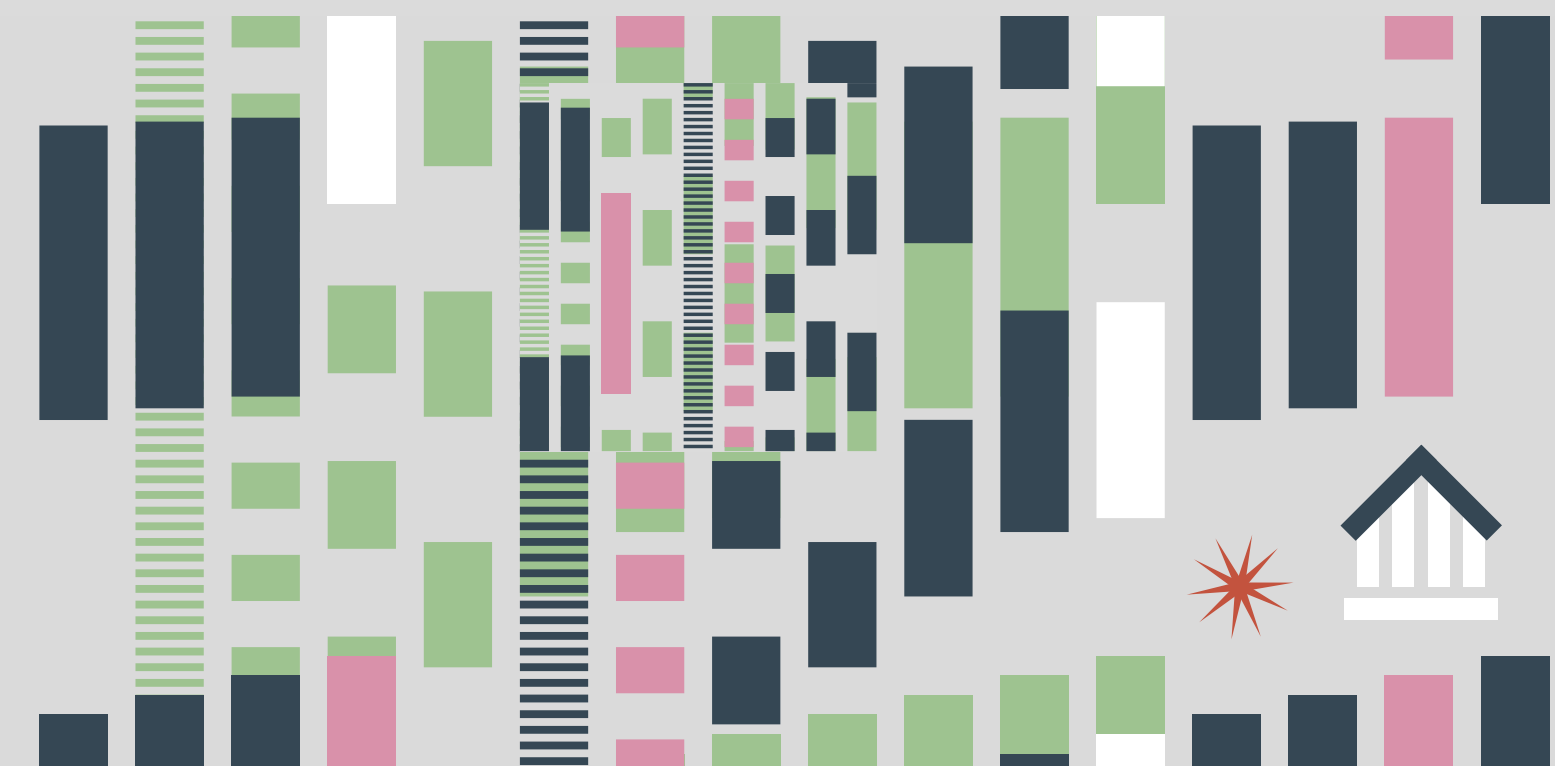


Дискримінація: судова практика за період 2012 – 2020 рр.

Огляд рішень судів у справах про дискримінацію в Україні за 2012 – 2020 роки



Funded
by the European Union
and the Council of Europe



EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Дискримінація: судова практика за період 2012 – 2020 рр.

**Огляд рішень судів у справах про дискримінацію
в Україні за 2012 – 2020 роки**

Видання українською мовою:
ДИСКРИМІНАЦІЯ: СУДОВА ПРАКТИКА
ЗА ПЕРІОД 2012 – 2020 РР.

Огляд рішень судів у справах про дискримінацію
в Україні за 2012 – 2020 роки

Видання англійською мовою:
DISCRIMINATION: CASE LAW
Overview of the 2012-2020 Case Law
of Ukrainian Courts on Discrimination

Авторки: Ірина Федорович, Олена Бондаренко
(ГО "Центр "Соціальна Дія")

Рецензенти/ки: Оксана Гузь (адвокатка), Юлія Науменко
(адвокатка), Валерія Рибак (директорка ГО "Вектор прав
людини"), Олександр Павліченко (виконавчий директор
Української Гельсінської спілки з прав людини)

Верстка та стиль: Анастасія Левицька

Коректорка: Наталія Пашковська

Аналіз судових рішень та підготовка публікації здійснені в
рамках проекту "Посилення доступу до правосуддя через
несудові механізми правового захисту для потерпілих від
дискримінації, злочинів на ґрунті ненависті та мови
ворожнечі у країнах Східного партнерства", що фінансується
Європейським Союзом і Радою Європи та впроваджується
Радою Європи в межах їхнього Партнерства заради
належного врядування II 2019-2022. Викладені в цьому
документі думки жодним чином не можуть розглядатися як
такі, що відображають офіційну позицію будь-якої сторони.

Літературна редакція, верстка і дизайн публікації здійснені ГО
"Центр "Соціальна Дія".

Відтворення уривків (до 500 слів) дозволено, за винятком
комерційних цілей, якщо зберігається цілісність тексту,
уривок не використовують поза контекстом, він не надає
неповну інформацію або іншим чином не вводить в оману
читача щодо
природи, обсягу чи змісту тексту. Вихідний текст завжди має
бути підтверджено в такий спосіб:
© Рада Європи, рік публікації.

З усіма запитамися щодо відтворення чи перекладу всього
документа або його частини слід звертатися до Директорату
комунікації Ради Європи (F-67075 Strasbourg Cedex або
publishing@coe.int).

Ілюстрації: ГО "Центр "Соціальна дія"

© Рада Європи, жовтень 2022 року
Всі права застережені. Використання дозволене
Європейському Союзу за певних умов.

Ця публікація не була відредагована редакційним відділом
Ради Європи для виправлення друкарських і граматичних
помилочок.

Більше про роботу ГО "Центр "Соціальна Дія" можна знайти
на сайті <http://socialaction.org.ua/>

Коментарі та пропозиції щодо огляду, будь ласка, надсилайте
на info@socialaction.org.ua

Зміст

Список скорочень	5
Вступ	6
Методологія	10
Розділ 1. Розвиток підходів суду в аналізі справ про дискримінацію за період 2012 – 2020	18
Розділ 2. Як розширювався перелік захищених ознак	30
Розділ 3. Аналіз справ за сферами суспільних відносин, де скарги заявляють дискримінацію	44
Розділ 4. Використання експертних висновків Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справах про дискримінацію	67
Розділ 5. Використання стандартів та цитування практики ЄСПЛ	82
Висновки і рекомендації	91
Додаток 1. Кількість документів у справах про дискримінацію за ознаками (2012 – 2020)	96

Список скорочень

- БПД** — (система) безоплатна правова допомога
ВПО — внутрішньо переміщені особи
ВСУ — Верховний Суд України
ВСС — Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ВРУ — Верховна Рада України
ГО — громадська організація
ЄС — Європейський Союз
ЄСПЛ — Європейський суд з прав людини
ЄКПЛ — Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄРДР — Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЗУ — Закон України
КПК — Кримінальний процесуальний кодекс України
ККУ — Кримінальний кодекс України
КЗпПУ — Кодекс законів про працю України
КМУ — Кабінет Міністрів України
КАС — Кодекс адміністративного судочинства України (КАС України)
МСЕК — медико-соціальна експертна комісія
ПЛ — права людини
РЕ — Рада Європи
СОГІ — сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність
ТОВ — товариство з обмеженою відповідальністю
Уповноважений — Уповноважений Верховної Ради України з прав людини
ФОП — фізична особа-підприємець
ЦПК — Цивільний процесуальний кодекс України
ЦОВВ — центральні органи виконавчої влади

Вступ

Публікація “Дискримінація: судова практика 2012 – 2020” містить порівняльний аналіз судових рішень за майже весь період існування антидискримінаційного законодавства в Україні.

Метою цього дослідження є огляд та аналіз саме судових позовів, поданих до різних судів в Україні, де скарги заявляли про дискримінацію, як основне чи одне із порушень своїх прав. Цей огляд має на меті дослідити розвиток судової практики у справах, що стосуються дискримінації, виявити, з якими скаргами українці найчастіше звертаються до суду, які є тенденції розгляду цих скарг та модельні рішення, а також сформулювати рекомендації для всіх стейкхолдерів у цій темі задля вирішення основних виявлених проблем.

Це другий огляд із серії досліджень судової практики українських судів у справах, що стосуються дискримінації. У 2020 році громадська організація (ГО) Центр “Соціальна Дія”¹ опублікував звіт “Дискримінація: судова практика 2019”, в якому експертки провели пілотний аналіз судових рішень за 2019 рік. Розроблена тоді методологія лягла в основу аналізу судових рішень за 2012 – 2020 роки, дані за 2021 рік будуть опрацьовані окремо та оприлюднені у 2022 році.

Закон України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” (надалі Закон) було ухвалено в 2012 році. Цим законом було визначено поняття дискримінації, окреслено широкий та відкритий перелік захищених ознак, пояснено різні форми дискримінації та встановлено відповідальність за дискримінацію. Точніше, окреслено можливу відповідальність за дискримінацію, адже цей Закон не встановлює окремої санкції, а лише вказує, що відповідальність може бути цивільна, адміністративна та кримінальна – без встановлення окремих санкцій в жодному з кодексів.

До цього було ухвалено ще два окремі закони, які визначали та забороняли дискримінацію за окремими ознаками – Закон України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків” у 2005 році та зміни до Закону України “Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні” у 2009 році. Після 2012 року зміни були внесені ще до двох законів, які б мали регулювати заборону дискримінації у сфері праці (оголошення про відкриті вакансії) та у сфері реклами загалом – це зміни до Закону України “Про рекламу” та Закону України “Про зайнятість населення”, які вступили в силу в 2013 році. У 2015 році були внесені зміни до статті 2-1 Кодексу законів про працю України (КЗпУ), якими було розширено перелік захищених від дискримінації ознак

¹ Центр “Соціальна Дія” – громадська організація, яка розробляє та просуває зміни заради рівних прав для кожного в Україні. Діяльність організації включає адвокацію створення комплексної ефективної системи захисту від дискримінації, підвищення обізнаності людей про механізми захисту і протидії дискримінації, а також просування ідей рівності і різноманіття в суспільстві.

і включено такі ознаки, як сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність. Останні зміни від вересня 2021 року до законодавства, що регулює рекламу, мають на меті посилити відповідальність за сексистську та дискримінаційну рекламу.² Крім того, триває розробка інших законопроектів, які би посилили відповідальність за вчинення злочинів на ґрунті ненависті та встановили адміністративну відповідальність за випадки дискримінації, не пов'язані з фізичним насильством.³ Вже кілька років відбувається дискусія щодо нагальності створення законопроекту, який би врегулював інститут цивільного партнерства на законодавчому рівні та вирішив питання дискримінації одностатевих пар у частині реалізації права на приватне та сімейне життя (наразі це передбачено Планом дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021–2023 роки).⁴

Всі ці зміни спрямовані на поширення захисту від дискримінації на різні сфери суспільного життя та встановлення механізмів відновлення порушених прав. Проведений аналіз судових рішень має на меті показати ефективність та можливість застосування існуючих норм при використанні судових механізмів захисту, а також дослідити їхню якість та розробити рекомендації різним стейкхолдерам щодо покращення використання судових механізмів захисту від дискримінації. Наведені наприкінці аналізу рекомендації направлені не тільки на суддів, але й стосуються роботи правників та адвокатів, державних службовців та громадських організацій, які підтримують та представляють позивачів.

² Закон України 1750-IX “Про внесення змін до Закону України “Про рекламу” щодо протидії дискримінації за ознакою статі” від 10.09.2021, режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1750-IX>.

³ Наприклад, проєкт Закону № 0931 про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо гармонізації законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації із правом Європейського Союзу) від 29.08.2019, режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66561 Проєкт Закону № 5488 про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо боротьби з проявами дискримінації від 13.05.2021, режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71891

⁴ План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на 2021–2023 роки <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-planu-dij-z-realizaciyi-nacionalnoyi-strategiyi-u-sferi-prav-lyudini-na-20212023-roki-i230621-756>

Коментарі щодо дослідження від правничої спільноти



Юлія Науменко, адвокатка

Вказане дослідження охоплює великий пласт судової практики національних судів у сфері дискримінації, а також практику Європейського суду з прав людини, яка застосовується національними судами у справах про дискримінацію. Враховуючи, що Україна лише розбудовує сталу та послідовну судову практику в сфері протидії дискримінації, аналіз та систематизація такої практики має велике практичне значення для юристів та людей, які стикнулися з дискримінацією.

Систематизація за розділами та напрямками відображає найбільш поширені сфери захисту від дискримінації. Вказана добірка судової практики дає як потенційним заявникам, так і адвокатам загальну уяву щодо стратегії судового захисту від дискримінації, підстав звернення до суду та найбільш поширених випадків визнання дискримінації.

Також велике значення для юристів має судова практика застосування законодавства про дискримінацію, яка міститься у вказаному дослідженні. Вже на етапі надання консультації з урахуванням судової практики юрист може оцінити перспективи судової справи, допомогти у зборі доказів та визначитися з ознаками дискримінації, позовними вимогами. Також вказана вибірка практики суду дає можливість посилатися на неї при зверненні до суду для підкріплення правової позиції.

Відслідковування узагальнення судової практики впливає на правосвідомість громадян та підвищує кваліфікацію юристів у сфері дискримінації. І врешті-решт, може призвести до підвищення кількості та якості судових справ з дискримінації.



Оксана Гузь, адвокатка

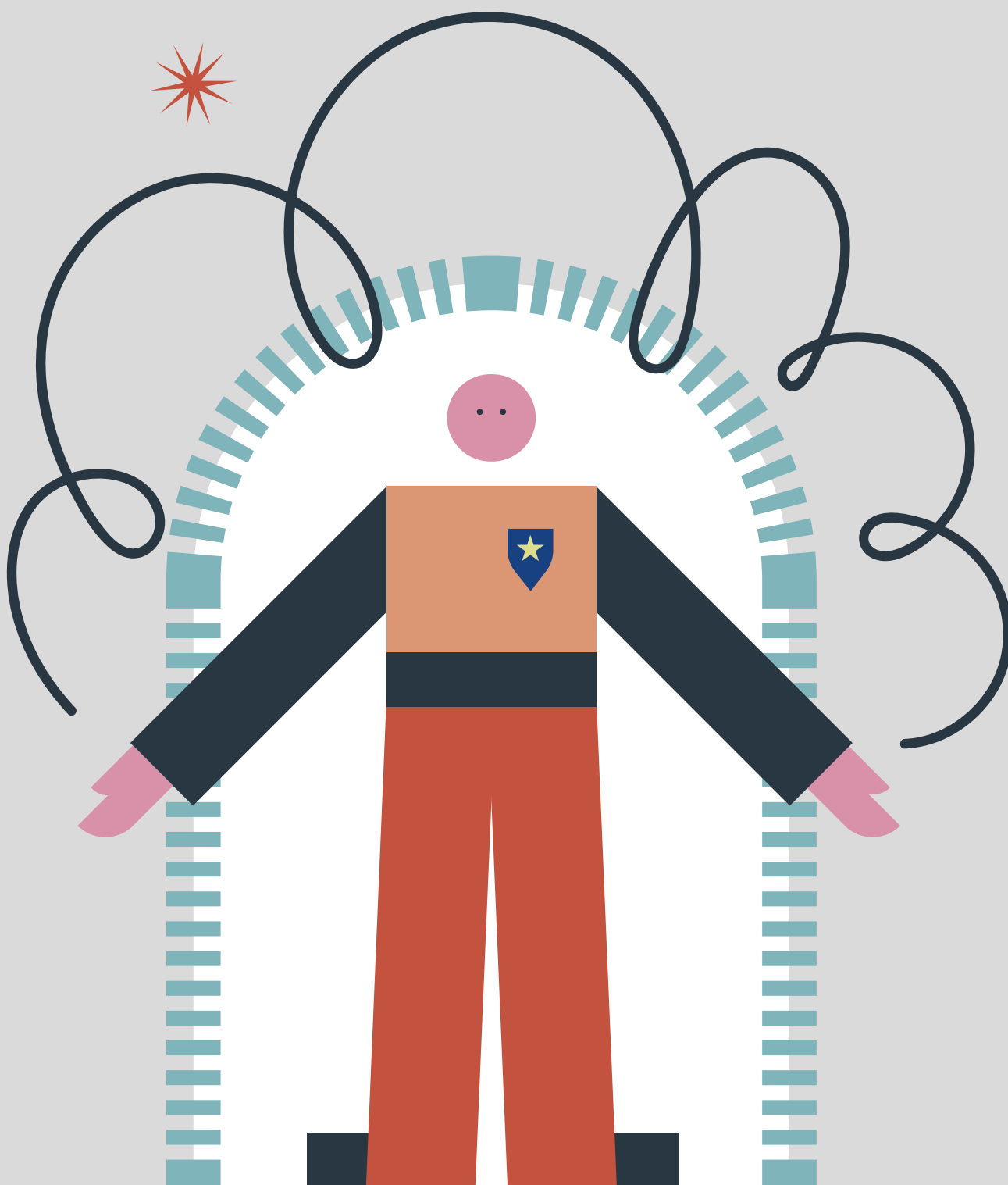
За результатами аналізу можна говорити про стабільне збільшення кількості справ, в яких на розгляд суду виносяться питання дискримінації, що свідчить про зростаючу кількість позивачів, які бачать дискримінаційне ставлення або навіть інтуїтивно відчують його. Так, залишається досить багато зауважень до якості мотивувальної частини рішень судів, але не менш важливими є питання якості обґрунтування заявлених позовних вимог.

Недостатність чіткого і структурованого викладення фактичних даних, які свідчать про дискримінацію, відсутність позиції стосовно перенесення тягара доказування на відповідача, невідображення ознак, за якими особа зазнала дискримінаційного ставлення, — дають можливість відповідачам уникати відповідальності. Складність полягає ще й у тому, що не всі позивачі у

справах цієї категорії мають достатньо знань для захисту своїх інтересів або можливості найняти адвоката для представництва в суді, та й не всі адвокати готові працювати у таких справах.

Так, ситуація поступово змінюється, але занадто повільно, і цей аналіз може стати в пригоді не тільки вузькому колу зацікавлених осіб, які працюють у цьому полі, а й адвокатам, які вже практикують або хотіли б розпочати роботу у антидискримінаційному напрямку. Так, аналіз не містить готових інструментів – шаблонів позовних заяв, набору “гарних” судових рішень, але він дає навички аналізу судової практики щодо запобігання та боротьби з дискримінацією, а також змогу зрозуміти напрямок, у якому потрібно діяти, і цього вже достатньо, щоб розпочати побудову стратегії у тій чи іншій справі.

Методологія



Інструменти аналізу

Для пошуку документів для аналізу, як і в першому дослідженні із серії,⁵ було використано інструменти бази судових рішень Verdictum від Ligazakon.⁶ Використання цих інструментів у порівнянні з базою даних reyestr.court.gov.ua обумовлене можливістю використання фільтрів та категоризації документів за групами, типом і формою рішення тощо, а також точного пошуку.

Наприклад, пошук за точним формулюванням “дискримінаці* за ознакою” в Єдиному державному реєстрі судових рішень⁷ за вказаний період дає 21 499 документів. Проте серед них є документи, що просто містять слово “дискримінаці[.]”, яке використовується в дуже різних контекстах і тому не може дати належну вибірку для аналізу справ, які, ймовірно, стосуються саме дискримінації в розумінні Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації” і, наприклад, статті 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (надалі Європейська конвенція / ЄКПЛ). Аналогічний пошук у системі Verdictum відображає лише документи із вказаним словосполученням, що дає можливість здійснити аналіз.

Про необхідність ведення статистики щодо випадків дискримінації, які розглядаються в Україні, зазначалося у доповідях Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (надалі Уповноваженого), рекомендаціях національних та міжнародних організацій. Більш того, Національна стратегія у сфері прав людини безпосередньо містить завдання “запровадити комплексну систему збору даних про порушення законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації та притягнення до відповідальності винних осіб”.⁸ Проте наразі відсутня статистика, яка могла б бути використана для зіставлення отриманих кількісних результатів.

Вибірка

Аналіз було проведено за ключовими словами:

“дискримінаці*”

“дискримінаці* за ознакою”

“дискримінаці* за ознаками”

⁵ Дискримінація: судова практика 2019. Огляд рішень судів у справах про дискримінацію в Україні за 2019 рік / І. Федорович, О. Бондаренко // ГО Центр “Соціальна Дія”. — К., 2020, режим доступу: https://issuu.com/home/published/discrimination_report_final_final

⁶ <https://verdictum.ligazakon.net/>

⁷ <https://reyestr.court.gov.ua/>

⁸ Національна стратегія у сфері прав людини, затверджена Указом Президента України від 24 березня 2021 року № 119/2021, режим доступу: <https://www.president.gov.ua/documents/1192021-37537>

Далі в тексті дослідження проаналізовано тексти документів, отриманих в результаті пошуку за ключовими словами “дискримінаці* за ознакою”, “дискримінаці* за ознаками”, рішення в яких було прийнято виключно у період з 6 вересня 2012 року⁹ по 31 грудня 2020 року. Для аналізу також використані матеріали попереднього дослідження “Дискримінація: судова практика 2019” для порівняння і висновків щодо загальної динаміки. Документи за 2019 рік не аналізувалися в ході цього дослідження (за винятком випадків, коли необхідно було порівняти методологію або підходи в різні роки), дивитися детальний огляд практики за 2019 рік можна у згаданій публікації.¹⁰



“дискримінаці*”

Всього система містить 338 014 документів, у яких є слова, що включають частину “дискримінаці” (наприклад, дискримінація, дискримінацію, дискримінаційний тощо).

Кількість згадувань слова “дискримінація” та подібних слів продовжує зростати з 2015 року (див. Рис. 1, ст.15). При цьому в 2014 році було внесено зміни до законодавства у цій сфері, зокрема доповнено статтю 60 ЦПК щодо перенесення тягаря доказування на відповідача, уточнено сферу дії Закону, уточнено форми тощо.

Масив для аналізу

Детально було проаналізовано 1 668 документів, із яких 453 (27%) не стосувалися дискримінації (сторони не заявляють вимог про дискримінацію, суд у своєму аналізі ситуації не вбачає в справі дискримінації).¹¹ Для визначення того, чи стосувалася певна справа дискримінації, за основу бралось визначення дискримінації в національному законодавстві та стандарти, вироблені на основі практики ЄСПЛ. У документах, де не була вказана конкретна захищена ознака, в деяких справах на це звертав увагу суд та вказував на необхідність зазначати ознаку у справах, де заявляється дискримінація.¹²

⁹ Дата ухвалення Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17/ed20120906#Text>

¹⁰ Дискримінація: судова практика 2019. Огляд рішень судів у справах про дискримінацію в Україні за 2019 рік / І. Федорович, О. Бондаренко // ГО Центр “Соціальна Дія”. — К., 2020, режим доступу: https://issuu.com/home/published/discrimination_report_final_final

¹¹ Дуже часто такі згадки слова “дискримінація” траплялись через цитування тих чи інших норм законодавства, де згадується слово “дискримінація” серед інших порушень прав людини. Наприклад, таким чином у вибірку потрапило багато рішень, які стосуються питань опіки над дітьми, через цитування положень Конвенції ООН з прав дитини, режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text

¹² Детальніше див. Розділ 3.

Проведений аналіз показав, що кількість справ зі згадуванням дискримінації з року в рік стабільно зростає — за винятком 2016 року (див. Рис. 2, ст.15), для якого характерна велика кількість справ, що стосуються захищеної ознаки “професія / рід занять”, які пов’язані із впровадженням у 2015 році змін до пенсійного законодавства і припинення виплати пенсії за віком для держслужбовців, працівників прокуратури, суддів тощо.

Документи, що стосувалися питання дискримінації, категоризовано за захищеними ознаками (див. Розділ 3) і сферами (див. Розділ 4).

Форми дискримінації

Закон України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” у статті 5 визначає, що формами дискримінації є пряма дискримінація, непряма дискримінація, підбурювання до дискримінації, пособництво у дискримінації та утиск. Стаття 1 цього ж закону містить визначення кожної з цих форм і загальне визначення явища “дискримінація”, яке, крім іншого, містить перелік захищених¹³ від дискримінації ознак та встановлює винятки: які випадки / ситуації не будуть становити порушення.¹⁴

Керуючись положеннями цього закону, в методологію було також закладено пошук судових рішень, де заявники звертали увагу на ту чи іншу конкретну форму дискримінації, а також рішень, де суд проводив аналіз тих чи інших порушень та доходив рішення про те, чи порушення становили одну з визначених законом форм дискримінації.

Серед випадків безпосереднього використання назв форм дискримінації в документах у реєстрі найчастіше зустрічається словосполучення “непряма дискримінація” у різних відмінках. Проте, як зазначено далі в аналізі (див. Розділ 2), термін “непряма дискримінація” суди часто використовують і тоді, коли йдеться про інші форми дискримінації, що може пояснити його часте використання в порівнянні, наприклад, із “пряма дискримінація”, при цьому самі заявники рідко вказують на конкретну форму дискримінації у своїх вимогах (Рис. 3, ст. 16).

¹³ “ ... за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними”, ст. 1 Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>

¹⁴ “... крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об’єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними”, там же.

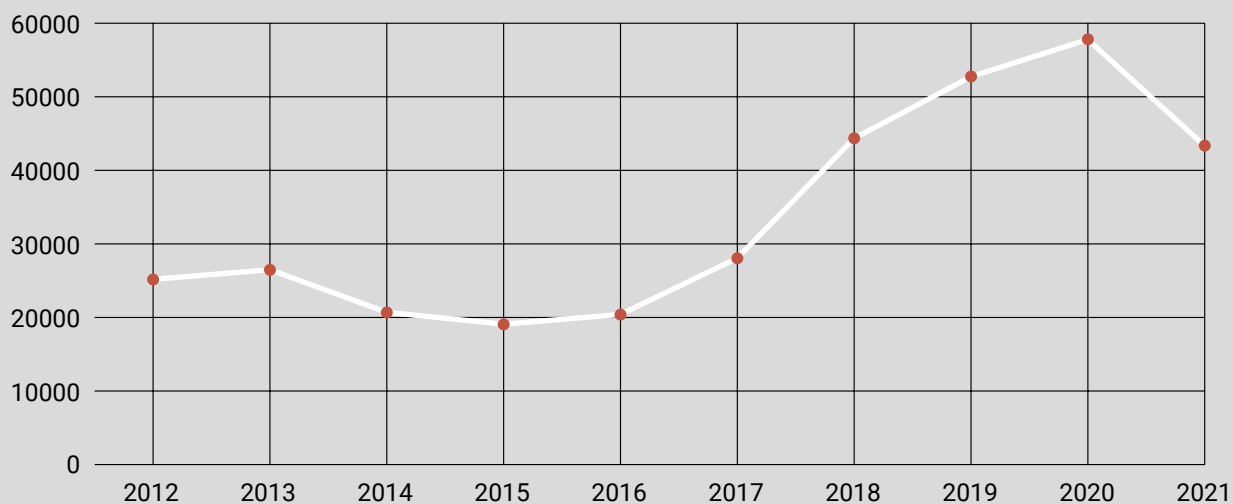
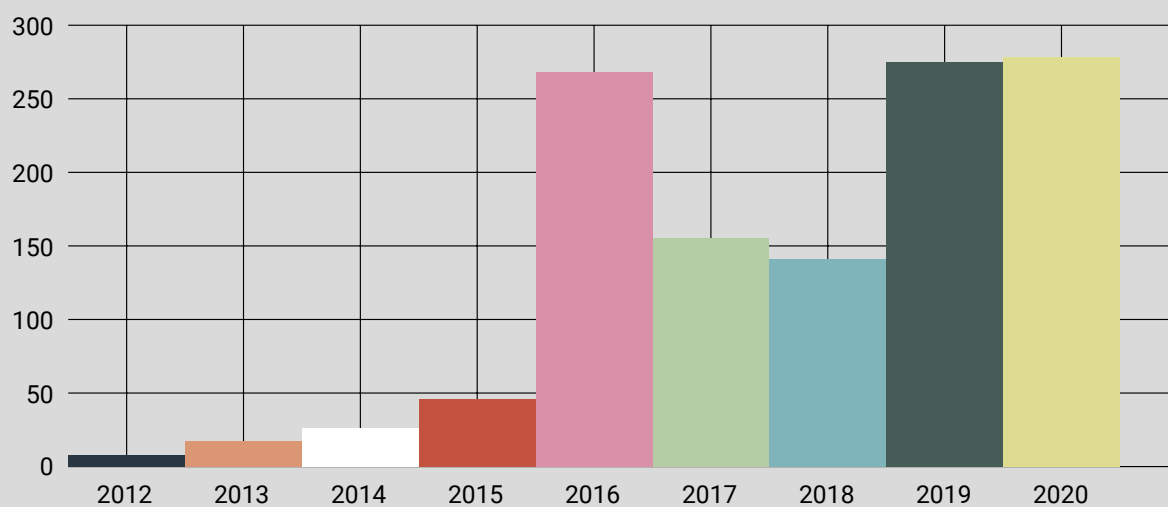
Рис. 1. | Згадування терміну «дискримінаці*» в ЄРДР**Рис. 2. | Кількість документів у справах про дискримінацію в ЄРДР**

Рис. 3.| Розподіл документів за формами дискримінації

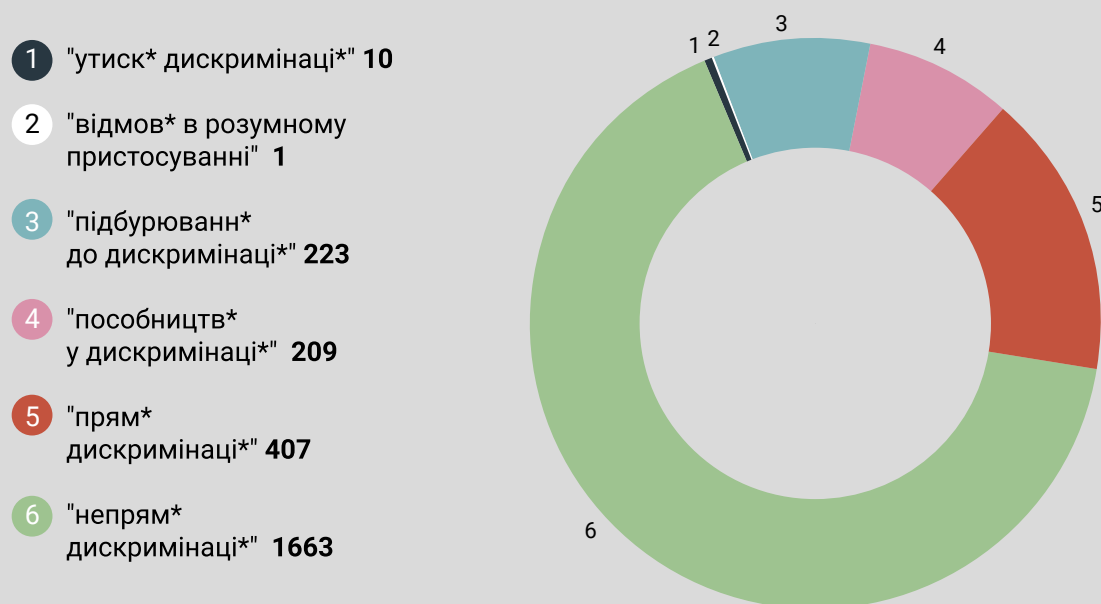
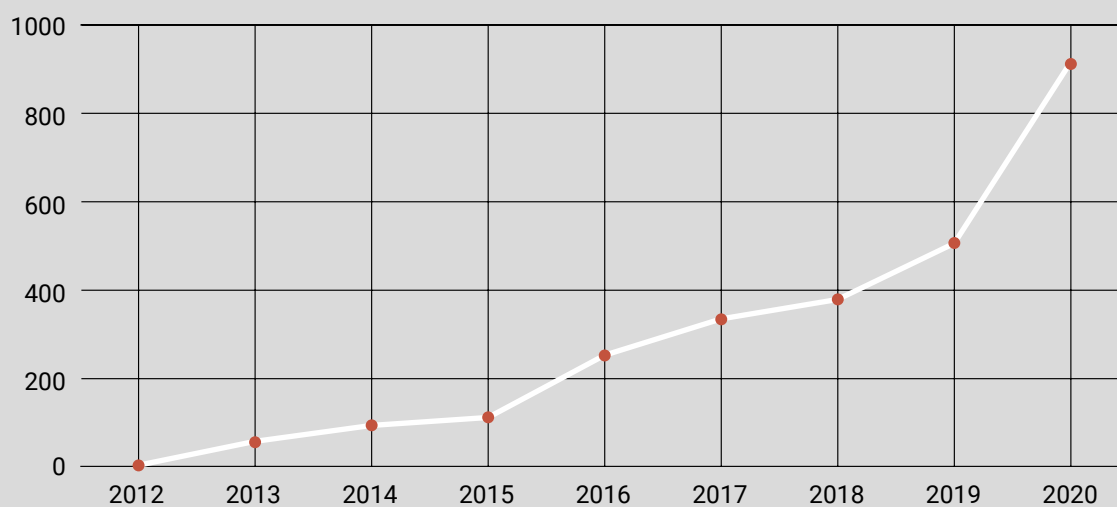


Рис. 4.| Згадки про Закон "Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні"



Законодавство

У судових рішеннях за обраний період постійно зростає кількість документів, у яких зазначається про дискримінаційне ставлення та міститься посилання на Закон “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, що свідчить про поступове збільшення кількості справ, які потенційно стосуються дискримінації, формування підходу судів до роботи з проблематикою і потребу в аналізі та узагальненні (**Рис. 4, ст.16**).

Особливості методології

Проведене пілотне дослідження практики за 2019 рік показало, що в адміністративних, цивільних і господарських справах такий вид рішення як “ухвала” переважно не розкриває позицію суду щодо суті порушених у скаргах питань, а скоріше, викладає процесуальні рішення. Тому для аналізу документів 2012 – 2020 років було вирішено проаналізувати постанови і рішення за весь період в усіх видах справ, а ухвали — лише в кримінальних справах.

Сфери

Весь масив даних за 2012 – 2020 роки умовно було поділено на такі тематичні групи (сфери суспільного життя, де відбувається дискримінація):

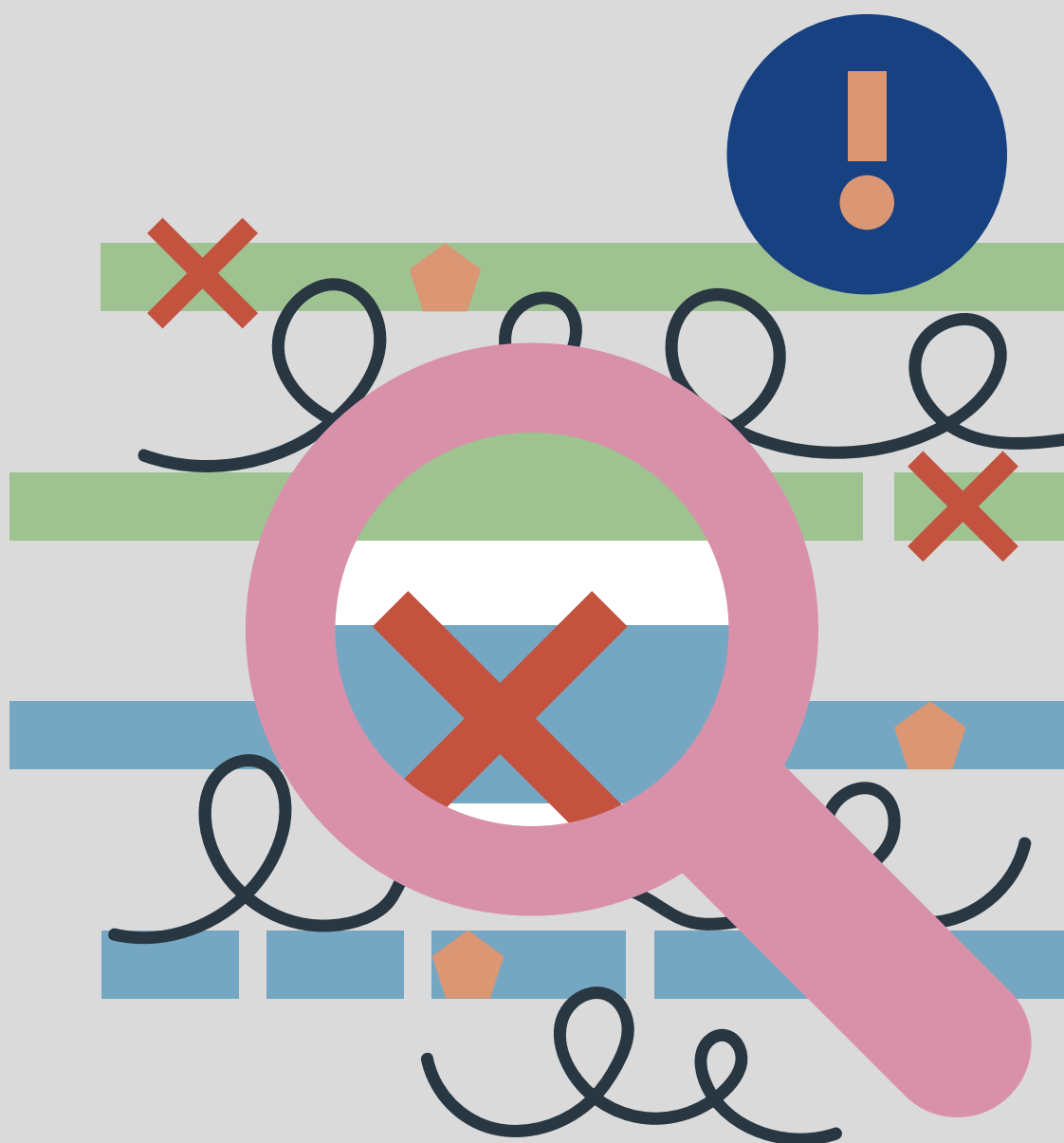
- Праця—включнозісправамипроневиконанняквотинапрацевлаштування осіб з інвалідністю та відмовою від розумного пристосування.
- Пенсійні та інші соціальні виплати — тут зібрані скарги на обчислення пенсійних виплат, припинення пенсійних виплат та інші дотичні питання, пов’язані із порушенням інших соціальних виплат.
- Житло — в цій категорії є невелика кількість скарг, пов’язаних із реалізацією права на житло та відмовами у приватизації та/або включенні заявників у чергу на отримання пільгового житла в рамках державних програм.
- Реклама — в цій категорії зібрані рішення, що стосуються сексистської та іншої дискримінаційної реклами.
- Питання політичної участі — дотримання заходів, покликаних забезпечити гендерну рівність щодо реалізації права обирати та бути обраним, а також питання дотримання принципу рівності щодо вже обраних депутатів.
- Освіта — питання, пов’язані з реалізацією права на освіту в дошкільних дитячих закладах.
- Послуги — в цій категорії зібрано кілька важливих справ, що стосуються реалізації прав споживачів без дискримінації за тими чи іншими ознаками.

Зазначені рішення аналізувалися з огляду на якість аргументів суду на користь наявності чи відсутності дискримінації та вирішення заявленої проблеми (з урахуванням, звичайно, обмежень, які притаманні рішенням суду).

Брались до уваги також посилання на рішення національних і міжнародних судів, включно із позиціями ВСУ та ЄСПЛ, та відповідність їхнього цитування до проаналізованих обставин справи, які стосуються виключно проблеми дискримінації.

За результатами аналізу складено цей звіт.

Розвиток підходів суду в аналізі справ про дискримінацію за період 2012 – 2020



Чому потрібен закон

Точкою відліку для дослідження став рік ухвалення Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” — 2012-й (надалі Закон). Необхідність прийняття цього Закону на практиці була зумовлена, в тому числі, потребою створити інструменти захисту від дискримінації, якими могли б користуватися особи при зверненні до суду. Адже попри декларативні положення Кодексу законів про працю України щодо рівності трудових прав, а також положення статті 24 Конституції України, для судового розгляду і дотримання принципу правової визначеності має вирішальне значення встановлення чітких термінів та критеріїв забороненої поведінки, що відбулось із прийняттям Закону.

Так, у справі, яка стосувалася спору, до моменту ухвалення антидискримінаційного закону, суд зазначає:

“Оскільки на момент звільнення [...] Закон України 5207-VI не було прийнято, тому суд вважає безпідставним поширення положень та норм вказаних нормативних актів на правовідносини, що склалися раніше за їх прийняття. [...] В задоволенні позову [...] про визнання бездіяльності дій та наказу про звільнення з роботи дискримінаційними за ознакою інвалідності та відшкодування шкоди — відмовити”.¹⁵

При цьому в рішенні суд не згадує про існування антидискримінаційних норм Європейської конвенції, хоча в рішеннях наступних років починаючи з 2012 – 2015-х суди поступово починають використовувати практику Європейського суду з прав людини (надалі ЄСПЛ) відносно регулярно. При цьому переважно у скаргах на різні порушені права характерне посилення на доволі стандартний набір рішень ЄСПЛ та відповідно закріплені там стандарти в якості сталого підходу, який можна рекомендувати і надалі (див. детальніше Розділ 3).

Лише в поодиноких проаналізованих випадках практика ЄСПЛ трактується українськими судами невірно. Наприклад, суд у справі, яка стосувалася дискримінації за ознакою статі, посилається на заяву про відступ від деяких зобов'язань за ЄКПЛ¹⁶ виключно на території АТО:

“Суд вважає необґрунтоване посилення позивача на рішення Європейського Суду з прав людини від 22.03.2012 року у справі за позовом

¹⁵ Рішення у справі № 180/1678/13-ц від 24 січня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/36911850>

¹⁶ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/462-19#Text>

К. Маркіна проти Росії¹⁷ щодо дискримінації за ознаками статі, так як відступлення від зобов'язань¹⁸ за Європейською конвенцією з прав людини відбулось у зв'язку з особливим періодом в державі, легітимною метою якого є захист національної та громадської безпеки”.¹⁹

Водночас у судовому рішенні щодо звільнення працівника за віком інший суд посилається на інші актуальні джерела права, як міжнародні, так і національні, включаючи Кодекс законів про працю України (надалі КЗпПУ) та роз'яснення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ:

“[...] роботодавцем фактично було взято до уваги його похилий вік, тоді як, відповідно до ст. 21 КЗпП України, ч. 1 ст. 21 Хартії основних прав Європейського Союзу²⁰ від 7 грудня 2000 року дискримінацією за ознаками віку заборонено, що додатково роз'яснено і Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ 7 травня 2014 року”.²¹

Альтернативу підходу “немає закону — немає дискримінації” також пропонує суд у рішенні, в якому чоловік просив зарахувати час, проведений у відпустці по догляду за дитиною, до стажу для отримання пенсії за вислугою років. Чинні на той момент положення Закону України “Про прокуратуру” передбачали таку можливість лише для жінок. У цій справі, орієнтуючись на положення міжнародних договорів і Закону України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків”, суд застосував підхід аналогії закону, вбачаючи погіршення становища осіб чоловічої статі в порівнянні з особами жіночої статі:

“У відсутності закону, що регулює правовідносини, пов'язані з зарахуванням до спеціального стажу для призначення пенсії за вислугу років часу знаходження осіб чоловічої статі у відпустці по догляду за дітьми до досягнення ними трьох років, суд відповідно до вимог ч.7 ст.9

¹⁷ Очевидно, що у цій справі суд посилався на рішення ЄСПЛ у справі Константін Маркін проти Росії (Konstantin Markiv v. Russia). Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/ukr?i=001-109868>
Примітка авторок: тут і надалі в аналізі будуть використовуватись назви транслітеровані з англійського оригіналу, крім того тут і надалі цитати з рішень українських судів даються дослівно без виправлення орфографічних, граматичних чи стилістичних помилок.

¹⁸ Тут також звертаємо увагу, що суд використовує помилковий термін, адже згідно постанови ВРУ мова йде про “Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод”. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/462-19#Text>

¹⁹ Рішення у справі № 813/2538/15 від 9 червня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/44809591>

²⁰ Цікаво, але незрозуміло, чому суд обрав саме цю норму для посилання у своєму рішенні, адже цей міжнародний документ не є обов'язковим для України, як для країни, яка не є членом Європейського Союзу.

²¹ Рішення у справі № 686/16129/14-ц від 22 вересня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/40752444>

Кодексу адміністративного судочинства України застосовує норму ст.50-1 Закону України «Про прокуратуру», яка регулює подібні правовідносини щодо осіб жіночої статі та передбачає можливість зарахування жінкам до спеціального стажу частково оплачуваної відпустки по догляду за дитиною до досягнення нею трьох років».²²

Проте навіть після ухвалення антидискримінаційного закону в 2012 – 2014 роках зустрічається невелика кількість рішень, в яких суд звертає увагу на позовні вимоги стосовно дискримінації, хоча позивачі і заявляють про них. Із часом ця ситуація змінюється з розвитком судової практики, суди починають включати аналіз з точки зору антидискримінаційних норм.



Хто має “бачити” дискримінацію?

Важливо окремо зазначити, що для судової практики були відзначені дві тенденції, які негативно впливають на відстоювання права на захист від дискримінації судовими засобами.

З одного боку, суд часто не звертає увагу на заявлені вимоги щодо дискримінації. Таких рішень, де під час аналізу судом обставин питання про дискримінацію просто не розглядаються, багато серед проаналізованих документів.

З іншого боку, існують і рішення, де самі заявники не зазначають про дискримінацію. В одному з таких рішень серед вимог не зазначені питання, пов'язані з дискримінацією. При цьому суд аналізує цей аспект самостійно і навіть доходить висновку про дискримінаційне ставлення, але у резолютивній частині про дискримінацію не згадує, орієнтуючись на заявлені вимоги:

“Таким чином, як Законом України «Про запобігання та протидії дискримінації в Україні», так і практикою ЄСПЛ встановлено, що дискримінація означає поводження з особами у різний спосіб, без об'єктивного та розумного обґрунтування, у відносно схожих ситуаціях.

З огляду на викладене, суд вбачає в діях відповідача відсутність єдиного підходу до виплати пенсій громадянам України згідно діючого законодавства, що є ознакою дискримінації по відношенню до позивача, як внутрішньо переміщеної особи”.²³

У 2018 році з'являється також і пояснення підходу, про який ішлося в дослідженні справ за 2019 рік, коли суд посилається на неможливість визнання дискримінаційними дії:

²² Постанова у справі № 308/14422/13-а від 18 листопада 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/35420719>

²³ Рішення у справі № 752/23468/17 від 12 лютого 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72872804>

“Тобто чинним Кодексом адміністративного судочинства України не передбачено способу захисту порушеного права шляхом визнання дій дискримінаційними, а достатнім і належним способом захисту в межах спірних правовідносин є визнання бездіяльності відповідача протиправною”.²⁴

Як зазначалося вже попередньо в пілотному дослідженні, суди демонструють різний підхід до розуміння того, яким чином суд може обирати спосіб захисту у випадку заявлення вимог про визнання певних дій дискримінаційними:

- Визнання факту дискримінації не обов’язкове для захисту прав, тобто суд вважає, що достатнім і належним способом захисту є визнання дій протиправними.
- Кодекс адміністративного судочинства не передбачає такого способу захисту, як визнання дій дискримінаційними.
- Дискримінація є складовою оцінки правомірності рішень (дій чи бездіяльності), тобто дискримінаційне рішення не може бути правомірним.

Огляд наразі не дає можливості говорити про формування загальної практики або єдиного підходу до розгляду вимог про дискримінацію.

Компаратор

Пошук так званого компаратора (можливий український відповідник — пошук порівняльника) — це умовна вправа, яку використовує ЄСПЛ, проводячи аналіз справ, де заявники скаржилися на дискримінацію. Суть цієї “вправи” полягає в тому, щоб до кожного випадку підібрати відповідне порівняння з іншою особою чи особами, які, не маючи заявленої скаржником захищеної ознаки, опинились у аналогічних обставинах. Проведення цього порівняння допомагає зрозуміти, чи буде відмінність у ставленні мати місце щодо інших осіб, які не мають такої самої захищеної ознаки.²⁵

Хоча визначення компаратора має ключове значення для того, щоб зрозуміти, чи мало місце нерівне ставлення, лише у кількох рішеннях наявні порівняння з іншими особами в ідентичному або дуже близькому становищі, хоча саме це може допомогти відповісти на ключові питання, які постають перед судом у справах щодо дискримінації.

²⁴ Рішення у справі № 752/13352/17 від 29 січня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71849672>

²⁵ Дивись більше про пошук компаратора у практиці ЄСПЛ в Посібнику з європейського антидискримінаційного права, режим доступу: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_UKR.pdf

В деяких справах суди наводять порівняння, і це часто допомагає з'ясувати, чи дійсно заявник/ця стикнувся з дискримінацією, наприклад:

“На виконання вимог п. 42 рішення Європейського Суду з прав людини [у справі «Пічкур проти України» - авт.] судом з'ясовано, і це підтверджено було під час дачі пояснень в судовому засіданні представником відповідача, що за наявності в позивача в паспорті відмітки про реєстрацію місця проживання у Донецьку станом на кінець червня — початок липня 2014 року, його [без] перешкод було б взято на облік як внутрішньо переміщену особу з видачею відповідної довідки та наданням всіх пов'язаних із її наявністю пільг, соціальної допомоги тощо”.²⁶

Форми дискримінації

Аналіз встановив, що рішення судів не розкривають суті і форм дискримінації в достатньому обсязі. За винятком декількох рішень, суди рідко аналізують, яка саме форма дискримінації мала місце. Часто суди цитують визначення форм дискримінації зі статті 1 Закону “Про запобігання та протидію дискримінації в Україні”, в якій і наведений перелік форм дискримінації, не аналізуючи надалі, яка саме форма дискримінації мала місце у справі. Наприклад, у справі щодо призначення пенсії, суд цитує Закон № 5207-VI, але далі в тексті не аналізує ні те, чи мала місце дискримінація, ні яка зі вказаних форм могла бути у цій справі:

“Відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» формами дискримінації є: пряма дискримінація, непряма дискримінація, підбурювання до дискримінації, пособництво у дискримінації, утиск (ст. 5).

Відповідно до ст. 1 цього Закону — непряма дискримінація — ситуація, за якої внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм, критеріїв оцінки, правил, вимог чи практики для особи та/або групи осіб за їх певними ознаками виникають менш сприятливі умови або становище порівняно з іншими особами та/або групами осіб, крім випадків, коли їх реалізація чи застосування має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними”.²⁷

З переліку форм дискримінації, зазначених в Законі, суди зазначають лише про пряму та непряму дискримінацію в окремих випадках. Набагато частіше суди

²⁶ Постанова у справі № 569/2646/15-а від 27 березня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/43654403>

²⁷ Рішення у справі №200/9671/20-а від 23 листопада 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93072878>

обмежуються аналізом і встановленням дискримінації як такої, без зазначення конкретної форми, що інколи не є достатнім. Адже якщо пряма дискримінація, як ситуація гіршого поводження, є більш очевидною та зрозумілою для аналізу, то навіть непряма дискримінація, як ситуація невинуватеного однакового поводження з особами в тих випадках, коли їхні захищені ознаки вимагають різного поводження, потребує окремого ретельного дослідження, обов'язкового встановлення компаратора та відповідних інструментів аналізу. Відмова від заглиблення в тему та намагання розглянути більшість скарг лише в рамках загального визначення дискримінації без врахування особливостей кожної з форм, обмежує висновки суду та веде до неврахування всіх обставин, які можуть бути важливими у цій конкретній скарзі.

В окремих рішеннях при посиланні на визначення форми дискримінації суди надають некоректну кваліфікацію порушення (враховуючи контекст та обставини справи). Так, наприклад, у справі по постанові щодо виплат пенсій внутрішньо переміщеним особам суд називає розрізнення ВПО непрямою дискримінацією, хоча правило виділяє саме цю категорію осіб, тобто це пряма дискримінація.²⁸

“...положення пунктів 7, 8, 9, 13 Порядку призначення (відновлення) соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам та Порядку здійснення контролю за проведенням соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам за місцем їх фактичного проживання/перебування, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 8 червня 2016 року № 365 обмежують позивача та інших осіб, що належать до ВПО у реалізації їхніх прав, зокрема, прав на пенсійне та соціальне забезпечення та є такою, що призводить до непрямой дискримінації за ознакою місця проживання та перебування на обліку ВПО”.²⁹

У справі щодо забезпечення доступності процедури купівлі залізничних квитків, наприклад, суд наступним чином аналізує питання дискримінації, описуючи фактично ситуацію, в якій можлива непряма дискримінація:³⁰

“ [...] процедура купівлі квитків інвалідами не може вважатись дискримінацією за ознакою інвалідності, оскільки така процедура

²⁸ Пряма дискримінація — ситуація, за якої з особою та/або групою осіб за їх певними ознаками поводяться менш прихильно, ніж з іншою особою та/або групою осіб в аналогічній ситуації, крім випадків, коли таке поводження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними

²⁹ Постанова у справі № 826/12123/16 від 4 липня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75172804>

³⁰ Непряма дискримінація — ситуація, за якої внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм, критеріїв оцінки, правил, вимог чи практики для особи та/або групи осіб за їх певними ознаками виникають менш сприятливі умови або становище порівняно з іншими особами та/або групами осіб, крім випадків, коли їх реалізація чи застосування має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними

встановлена нормативно—правовими актами і не лише для інвалідів, а й для інших категорій населення”.³¹

Надалі практика змінюється, часто — через застосування практики Європейського суду з прав людини, зокрема рішень на кшталт “Пічкур проти України” (Pichkur v. Ukraine), “Константін Маркін проти Росії” (Konstantin Markin v. Russia), “Тлімменос проти Греції” (Thlimmenos v. Greece). Саме підхід ЄСПЛ до розрізнення форм дискримінації часто цитується судами починаючи з 2015 року.

Так, ситуацію прямої дискримінації суд аналізує, цитуючи рішення у справі “Федорченко та Лозенко проти України”, не згадуючи при цьому про існування антидискримінаційного закону:

“Згідно практики Європейського Суду з прав людини, а саме пункту 62 рішення від 20.09.2012 року по справі «Федорченко та Лозенко проти України» (заява №387/03) дискримінація означає неоднакове ставлення, що не ґрунтується на будь-яких об’єктивних і розумних причинах, до осіб за приблизно подібних обставин... Саме такою і є ситуація щодо ставлення відповідача до позивача у порівнянні з іншими особами, які також вимушено залишили свої місця проживання в Донецькій і Луганській областях. Адже, іншим особам за наявності в них реєстрації місця проживання (відмітки в паспортах) в одній із вказаних вище областей видають довідки про взяття їх на облік як внутрішньо переміщених осіб, а позивачу в її видачі було відмовлено”.³²

Як приклад позитивної практики можна навести рішення, де суд проводить аналогію між підходом у справі “Тлімменос проти Греції” і Законом “Про запобігання та протидію дискримінації в Україні”, а далі аналізує ситуацію заявника:

“Правонебезнавати дискримінації у користуванні правами, гарантованими Конвенцією, також може бути порушене, коли Держави, не маючи об’єктивних і розумних підстав, не застосовують різний підхід до осіб, які перебувають у ситуаціях, що істотно відрізняються. Аналогічний підхід закріплено в національному праві. [...] Відповідно до ст. 1 цього Закону, непряма дискримінація [—] ситуація, за якої внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм, критеріїв оцінки, правил, вимог чи практики для особи та/або групи осіб за їх певними ознаками виникають менш сприятливі умови або становище порівняно з іншими особами та/або групами осіб, крім випадків, коли їх реалізація

³¹ Рішення у справі №461/431/13- ц від 14 березня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/30234654>

³² Постанова у справі № 569/2646/15—а від 27 березня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/43654403>

чи застосування має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

Саме в такій особливій ситуації опинився позивач у цій справі, який у спірний період працював на шахтах, архів яких на даний момент знаходиться на тимчасово окупованій території України, у зв'язку з чим він позбавлений можливості надати додаткові документи, які вимагає відповідач.

На переконання суду, вимога щодо надання уточнюючої довідки може бути визнана цілком виправданою в звичайній ситуації, [п]роте в ситуації позивача ця вимога становить дискримінаційне поводження по відношенню до осіб, які мають трудовий стаж на підприємствах, які залишилися на території, що на даний момент є тимчасово окупованою, адже такі особи навіть теоретично не можуть надати відповідні документи, а отже за такого підходу автоматично позбавляються права на пенсійне забезпечення”.³³

Якщо є закон, він не може бути неправовим

У декількох рішеннях за різні роки суди доходять висновку, що порушення не могло мати місце (включно зі скаргами заявників на дискримінацію), зважаючи на той аргумент, що відповідач дотримувався норм чинного законодавства. Так, у справі щодо забезпечення можливості купівлі квитків на залізничний транспорт через сайт для людей з інвалідністю, суд зазначає:

“... без внесення змін в діючі нормативні акти, що регулюють придбання квитків пільговими категоріями громадян, відсутня можливість внесення відповідних змін до вказаного сайту”.³⁴

В іншій справі, яка стосується вимоги внесення грошової застави для реєстрації кандидатом у Президенти України, яку позивач вважає дискримінаційною за ознакою майнового стану, суд не розглядає питання в контексті Закону “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, а лише посилається на рішення Конституційного Суду в іншій справі, яка стосувалася іншого закону, при цьому орієнтуючись лише на те, що положення Закону не були визнані неконституційними:

“Колегія суддів вважає, що позивачем порушено вимоги ч. 1 ст. 49 Закону України «Про вибори Президента України», оскільки положення

³³ Рішення у справі №805/3775/18-а від 26 червня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75071522>, а також постанова у справі №415/3024/17 від 30 листопада 2017 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70644447>

³⁴ Додаткове рішення у справі №461/431/13- ц від 16 липня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/32409717>

статей 49, 51 та 52 вказаного Закону щодо внесення грошової застави неконституційними не визнавались, а тому вони є чинними та обов'язковими для застосування”.³⁵

Надалі, у 2015 році, з'являються рішення у сфері виплат внутрішньо переміщеним особам, в яких суди демонструють різні підходи (хоча є і рішення, в яких суд вважає існування постанови, наприклад Кабінету Міністрів, достатнім для того, щоб не ставити питання щодо її положень):

“Те, що вказані положення закріплені на рівні закону не виправдовує наявність дискримінаційного характеру відповідної норми”.³⁶

Навіть пізніше, у 2018 році, деякі суди знову вважають апріорі, без аналізу конкретної ситуації, доведеним, що чинний нормативний акт не може бути дискримінаційним:

“[...] постанова Кабінету Міністрів України № 365 видана на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією України, з використанням повноважень з метою, з якою ці повноваження надано, обґрунтовано, безсторонньо, добросовісно, розсудливо, з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи несправедливій дискримінації”.³⁷

В той же час справи про дискримінацію, особливо якщо йдеться про непряму дискримінацію, можуть бути саме про оспорювання чинних нормативних документів, які не враховують інтересів тієї чи іншої групи осіб, як було у скарзі на критерії, встановлені міською програмою “Турбота. Назустріч киянам” у 2019 році:

“Так, з вищевикладених правових норм вбачається, що законодавством регламентовано рівні правові можливості для громадян України та громадян іноземних держав, які на законних підставах перебувають на території України (за виключенням випадків, чітко встановлених законодавством). При цьому, обмеження у правах іноземців за ознакою їх громадянської належності не допускається. Нормативно-правові акти, зокрема органів місцевого самоврядування, якими визначаються права окремих категорій осіб, у тому числі іноземців, повинні містити чіткі, однозначні та передбачувані у застосуванні положення, які

³⁵ Постанова у справі № 875/6/14 від 6 квітня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/38054460>

³⁶ Постанова у справі № 569/2646/15—а від 2 березня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/43654403>

³⁷ Рішення у справі № 812/302/18 від 10 квітня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73374308>

не допускають множинного тлумачення та відповідають принципу юридичної визначеності і «якості закону»».³⁸

Тягар доказування

Одним із важливих аспектів змін, внесених до Закону, стало перенесення тягара доказування у травні 2014 року.³⁹ Цивільний процесуальний кодекс України було доповнено наступним текстом (наразі це стаття 81 ЦПК): “У справах про дискримінацію позивач зобов’язаний навести фактичні дані, які підтверджують, що дискримінація мала місце. У разі наведення таких даних доказування їх відсутності покладається на відповідача”. Проте вже після цих змін, у грудні 2014 року, суд у справі очікує, що позивач доведе факт дискримінації, і в результаті виносить рішення не на користь особи, яка подала позов (наприклад, у справі через звільнення у зв’язку з релігійними переконаннями заявниці):⁴⁰

“ОСОБА_1 не довела належними і допустимими доказами те, що заява була написана нею під тиском роботодавця та, що вона не мала наміру звільнитися”.⁴¹

Такий підхід характерний для багатьох судових рішень, проаналізованих в рамках дослідження, прийнятих за весь період дослідження.

В той же час варто відзначити і позитивну практику, яка враховує принцип перенесення тягара доказування:

“Позивач навів в суді фактичні дані про його дискримінацію з боку відповідача у зв’язку з його членством в Незалежній професійній спілці «Побратими» ТОВ «Комплекс Агромарс», здійсненням активної діяльності по захисту прав робітників на підприємстві. Зокрема, факт такої дискримінації вбачається із невиплати ОСОБА_2 преміальної складової заробітної плати у зв’язку із вступом останнього до Незалежної професійної спілки «Побратими» вказаного товариства та обрання його на посаду заступника голови спілки.

Відтак саме на відповідача у вказаному випадку покладался обов’язок доказування відсутності фактів дискримінації позивача. Разом з тим, посилення представника ТОВ «Комплекс Агромарс» про недоведеність позивачем фактів, що підтверджують його дискримінацію з боку

³⁸ Рішення у справі № 826/7929/18 від 27 березня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80759773>

³⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1263-18#Text>

⁴⁰ Рішення у справі № 709/1960/14-ц від 10 грудня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/41864079>

⁴¹ Там же.

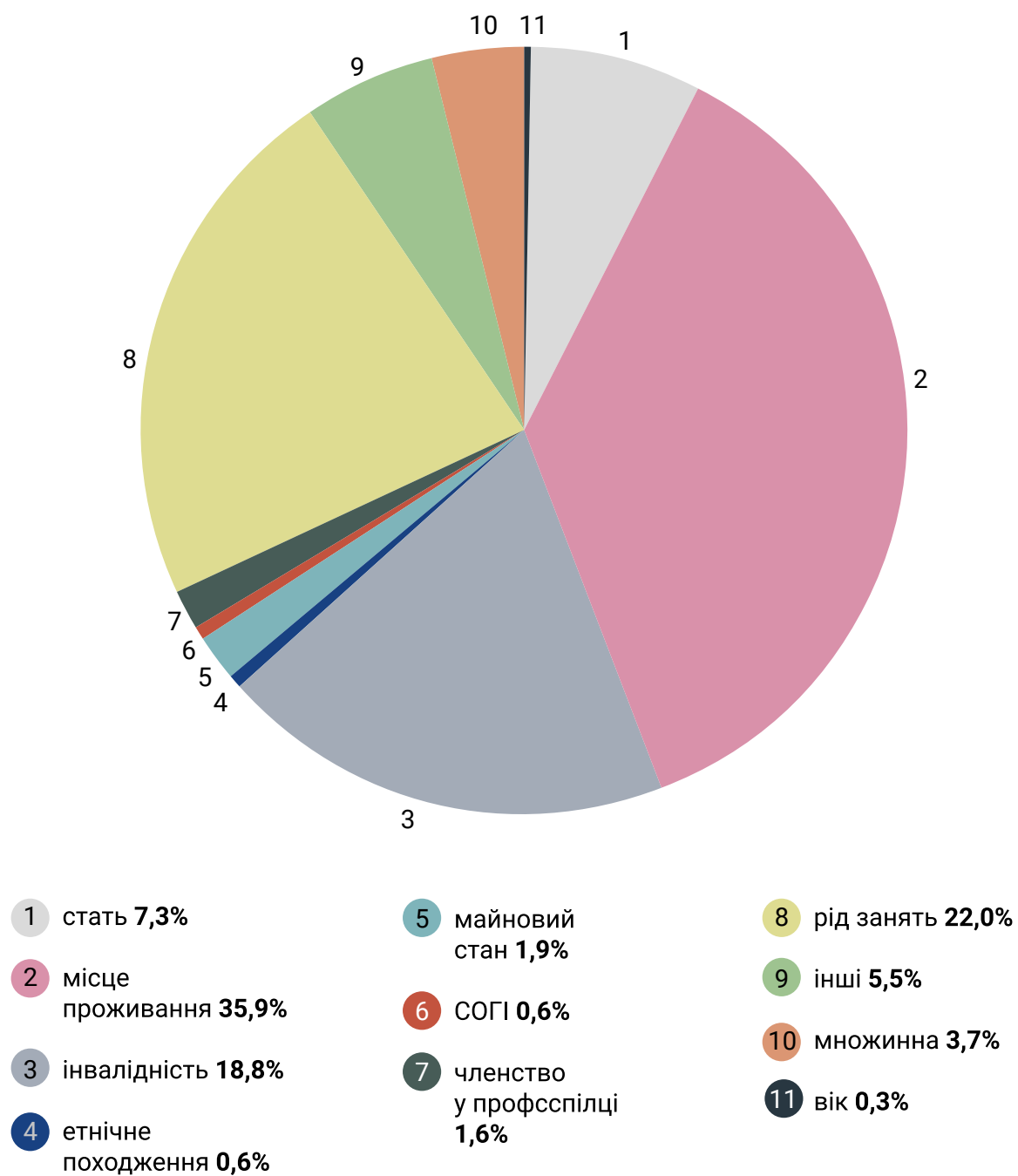
відповідача, на викладених вище вимогам Закону не ґрунтуються й обставинам позову не відповідають.

Таким чином, суд вважає доведеним факт дискримінації ОСОБА_2 з боку ТОВ «Комплекс Агромарс» у зв'язку з його членством в Незалежній профспілковій організації «Побратими» ТОВ «Комплекс Агромарс», що виразилось в невиплаті преміальної складової заробітної плати позивачу”.⁴²

⁴² Рішення у справі № 363/690/17 від 19 грудня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78920299>

Як розширювався перелік захищених ознак





Переважна більшість рішень за весь період (84%) стосувалися чотирьох ознак:

**місце проживання (455);
професія / рід занять (278);
інвалідність (238);
стать (92).**

Також зустрічаються справи щодо дискримінації за ознакою етнічного походження,⁴³ майнового стану,⁴⁴ сімейного стану,⁴⁵ членства у профспілці,⁴⁶ сексуальної орієнтації,⁴⁷ релігійних переконань,⁴⁸ звернення до суду⁴⁹ тощо.

Під іншими ознаками⁵⁰ ми маємо на увазі захищені ознаки, які прямо не згадані в жодному із обраних для аналізу законів України, але які є сутнісно подібними до ознак, перелічених у законодавстві, та є важливою і невід’ємною частиною індивідуальної особистості.



Серед інших ознак, які були заявлені позивачами (збережено формулювання):

Належність до громадської організації, соціальний статус, статус “дитина війни”, статус біженця, самоідентифікація, проходження кваліфікаційного оцінювання, меншовартість, рівень освіти, “вид доходу” (різні групи підприємців ФОП), дата виходу на пенсію, юридичний статус особи, ув’язнення⁵¹ (правове становище), статус особи та вид судочинства, політичні переконання стосовно в.о. старости

⁴³ Рішення у справі № 815/94/17 від 9 серпня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75925635>

⁴⁴ Постанова у справі № 875/6/14 від 6 квітня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/38054460>, рішення у справі № 908/79/20 від 17 грудня 2020 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/9396005>

⁴⁵ Постанова у справі № 703/6310/15-а від 5 січня 2016 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/54876338>

⁴⁶ Постанова у справі № 363/372/17 від 17 липня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75407237>

⁴⁷ Рішення у справі № 320/5975/18 від 2 липня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90191887>

⁴⁸ Постанова у справі № 806/51/17 від 21 лютого 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65006468>

⁴⁹ Рішення у справі № 523/3904/18 від 16 серпня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76014795>

⁵⁰ Фраза “або інші ознаки” означає, що наведений у положенні Закону перелік не є вичерпним та ілюстративним. Таке тлумачення підтверджується як аналізом міжнародного права, практикою його застосування різними міжнародними судовими і квазісудовими органами, так і практикою Європейського суду з прав людини. Так ЄСПЛ встановлює, що до переліку ознак, за якими заборонена дискримінація, входять сексуальна орієнтація, ґендерна ідентичність (трансґендерність або транссексуальність), членство у профспілках, ВІЛ-статус, інвалідність, генетичні характеристики особи, належність до національної меншини тощо. Пономарьов С. Ю., Федорович І. Ю. Запобігання та протидія дискримінації в Україні: Посібник для працівників органів державної влади та місцевого самоврядування. — К.: Міжнародна організація з міграції, Представництво в Україні, 2014. — 74 с. Режим доступу: https://ukraine.iom.int/sites/g/files/tmzbd11861/files/documents/iom_booklette-06_1kolonka_screen.pdf

⁵¹ Наприклад, дивись рішення у справі № 579/109/13-к від 20 червня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/31944332>

сіл, статус (наявність) щеплення, судимість,⁵² вид покарання, наявність маски, а також інші.⁵³

Частина з цих формулювань відповідає змісту захищених ознак з переліків, що містяться в українському антидискримінаційному законодавстві (тут варто нагадати, що навіть переліки у Конституції України, Законі України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” та Кодексі законів про працю України не збігаються та містять різні формулювання). ЄСПЛ в своїй практиці також застосовує підхід до розширення переліку ознак та його трактування через аналіз подібності кожної наступної “нової” ознаки заявленою в черговій новій скарзі на порушення статті 14 ЄКПЛ та її (ознаки) порівняння з іншими, згаданими в статті 14 та тими, за якими вже склалася судова практика.

Конструкт “інші ознаки” – про що він?

У 2012 – 2014 роках зустрічаються рішення, в яких суди не беруть до уваги вимоги, що стосуються тлумачення конструкту “інших ознак”, який зустрічається як у міжнародному праві, так і в українському законодавстві та є стандартом при створенні окремих законів чи положень щодо заборони дискримінації та захисту від неї. Суди не завжди розуміють зміст цього конструкту та що, відповідно, туди входить:

“Відмова у наданні послуг Товариством позивачу була обґрунтована з підстав наявності у позивача ряду хвороб і не пов’язана з жодною переліченою ознакою дискримінації, що містить визначення цього поняття”.⁵⁴

Це рішення суд виніс до публікації роз’яснення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ щодо забезпечення рівності трудових прав громадян. У цьому роз’ясненні суд вказав на те, що перелік захищених ознак відкритий, і пояснив, яким чином використовувати конструкт “інші ознаки”, а також те, які ознаки туди можуть і мають входити:

“[...] при розгляді спорів, що виникають у сфері трудових відносин, судам необхідно враховувати, що перелік ознак, за якими не може бути привілеїв або обмежень у реалізації трудових прав громадян, не є вичерпним. Зокрема, недопустимим є порушення рівності трудових прав громадян не лише на підставі ознак, зазначених у ч. 2 ст. 24 Конституції

⁵² Наприклад, дивись рішення у справі № 501/842/18 від 11 листопада 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92825002>

⁵³ Наприклад, дивись рішення № 640/12695/19 від 20 березня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88353353>

⁵⁴ Рішення у справі № 457/157/14-ц від 17 квітня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/38794973/>

України, ст. 2-1 КЗпПУ, п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону, а й за ознаками віку, кольору шкіри, іншими фізичними ознаками (вага, зріст, вади мовлення, вади обличчя), сімейного стану, сексуальної орієнтації тощо”.⁵⁵

Так, суд у попередньому цитованому рішенні,⁵⁶ очевидно, пише про стан здоров'я, який відноситься до переліку можливих “інших ознак”, вже після прийняття зазначеного роз'яснення.

Навіть у 2018 році підхід до розуміння змісту переліку ознак остаточно не сформований, хоча тут йдеться, скоріше, про різні варіації / формулювання захищеної ознаки:

“Пряма дискримінація - це коли до особи ставляться у менш сприятливий спосіб у порівнянні з тим, як ставилися чи могли б ставитися до інших осіб у подібній ситуації, і причиною такого ставлення є наявність у цієї особи певних характеристик, що відносяться до категорії «захищених ознак». Європейські антидискримінаційні директиви забороняють відмінне ставлення, що ґрунтується на «захищених ознаках». Для того, щоб стверджувати про наявність дискримінації, потрібно довести відмінне ставлення, в основі якого лежить захищена ознака, і яке не може бути об'єктивно виправдане.

В даному випадку суб'єктами регуляторного впливу спірного наказу є діти, які не зареєстровані у м. Тернопіль. Разом з тим, винятки, що зазначені у пункті 3 спірного Наказу, на думку суду не охоплюють поняття дискримінації за ознаками раси, кольору, шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного, етнічного або соціального походження, майнового стану, стану здоров'я та народження дітей і їх батьків (чи осіб, які їх замінюють) або будь-яких інших обставин, як про це зазначається у чинному законодавстві України”.⁵⁷

Керуючись таким вузьким підходом, суд не враховує весь перелік ознак, зазначений саме в Законі України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, який містить, на відміну від антидискримінаційних директив Європейського Союзу, таку ознаку, як місце проживання, яка мала би бути врахована в цьому позові.

⁵⁵ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v-644740-14#Text>

⁵⁶ Рішення у справі № 457/157/14-ц від 17 квітня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/38794973/>

⁵⁷ Рішення у справі № 1940/1387/18 від 7 листопада 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77908532>

Окремо також виділені справи, що стосувалися множинної дискримінації,⁵⁸ зокрема:

- вік і соціальний статус;
- вік і стан здоров'я;
- вік і стать;
- ВПО і інвалідність;
- ВПО і релігійні переконання;
- майновий стан і стать;
- місце проживання і сімейний стан;
- освіта і рід занять;
- політичні переконання і ВПО;
- соціальний і майновий статус;
- стать і вік та інвалідність;
- стать і вік та освіта;
- стать і сімейний стан.

Проте кількість документів, у яких йшлося про множинну дискримінацію, незначна в порівнянні із загальною кількістю проаналізованих матеріалів — за 2012 – 2020 рік їх було 47 (3,7%).

Приклади рішень за категоріями захищених ознак

Серед найбільш поширених ознак в різні роки “лідирували” різні ознаки (див. детальніше в Додатку 1). У 2013–2015 роках переважна кількість документів стосувалася дискримінації за ознакою інвалідності. У 2016-му найбільше документів стосувалися професії / роду занять, при цьому справи щодо дискримінації за ознакою інвалідності були на другому місці за кількістю. З 2017 по 2020 рік найбільше справ, які розглядаються в цьому дослідженні, стосувалися саме ознаки “місце проживання”.

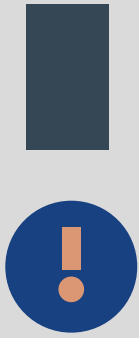


Місце проживання

Категорія “місце проживання” є складеною, тобто включає в себе декілька підкатегорій, а саме:

- місце проживання + ВПО;
- місце проживання (не ВПО);
- місце проживання (за кордоном);
- місце проживання (Крим).

⁵⁸ Під множинною дискримінацією для цілей цього аналізу ми розуміємо випадки, коли дискримінація заявляється / відбувається за двома або більше ознаками.



Наявність



Належність

Належність



Соціальний



Вид

Освіти



Освіти



Наявність



Наявність



Оцінювання



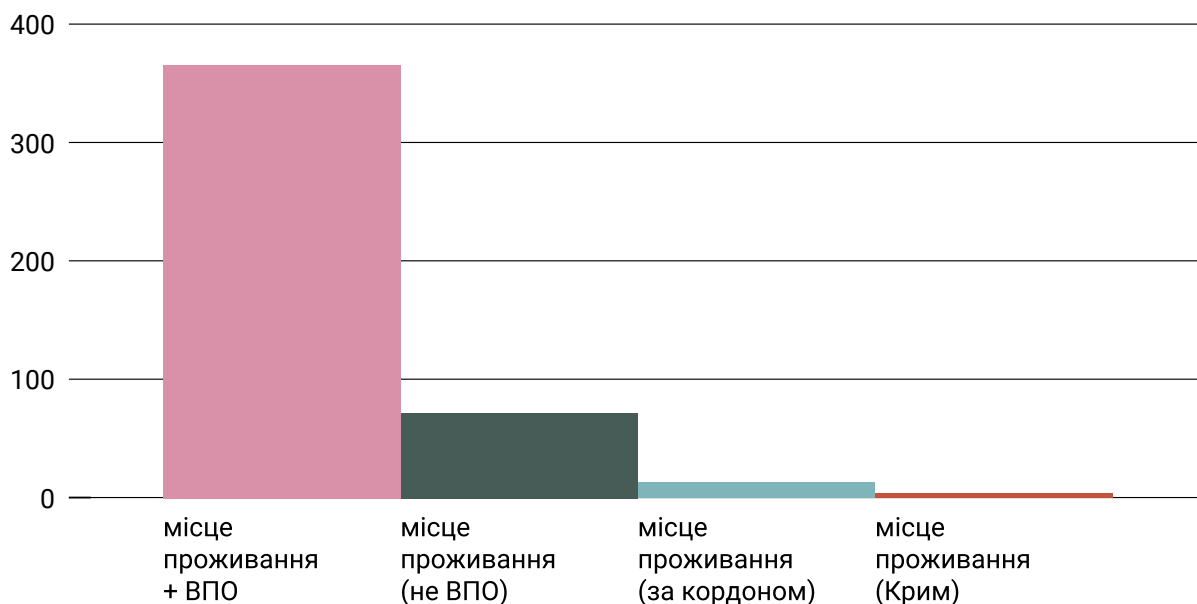
Дата



Соціальний



Рис. 6. | Розподіл в категорії «Місце проживання».



В кожній із цих підкатегорій можна виділити ключові предмети спорів і, відповідно, проблеми, з якими стикаються люди, які звертаються до суду.

Наприклад, у підкатегорії “місце проживання (за кордоном)” переважна більшість справ стосується виплати пенсії тим, хто проживає на території інших держав. Судова практика тут доволі стала і спирається на відповідне рішення ЄСПЛ, наприклад у справі “Пічкур проти України”:

“Як зазначив Європейський суд з прав людини у пунктах 51, 54 та тексті свого рішення у справі «Пічкур проти України» (№ 10441/06) право на отримання пенсії не може бути залежним від місця проживання заявника. Різниця в поводженні, є порушенням статті 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод”.⁵⁹



“Місце проживання + ВПО”

Більшість справ у цій підкатегорії стосуються пенсійного захисту, а також інших виплат, які були пов’язані з певними умовами, наприклад, перевітками місця проживання ВПО, довідками про статус тощо.

У цій групі суди не мали спільного підходу до вирішення питання Верховним Судом у грудні 2018 року у справі, де було визнано дискримінаційним положення

⁵⁹ Постанова у справі №761/2210/14-а від 17 квітня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73468503>

Постанови КМУ № 365 “Деякі питання здійснення соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам”:

“Положеннями чинного законодавства не передбачено перевірок інформації про постійне або тимчасове місце проживання пенсіонерів та отримувачів страхових виплат, які не перебувають на обліку ВПО шляхом здійснення виходу працівників державних органів за відповідною адресою.

Отже, суд першої інстанції вірно вказав, що встановлення додаткових вимог для ВПО, зокрема, з числа пенсіонерів при отриманні соціальних (у тому числі пенсійних) виплат вказує наявність нерівного поводження в порівнянні з іншими пенсіонерами, що призводить до обмеження їх можливості у реалізації свого права, гарантованого державою на соціальний захист”.⁶⁰

Проте схожих висновків суди доходили і до вирішення питання Верховним Судом України (надалі ВСУ) — наприклад, рішення із використанням посилань на національне та міжнародне законодавство, прийняте за рік до рішення ВСУ, вказує:

“З огляду на викладене, суд вбачає в діях відповідача відсутність єдиного підходу до виплати пенсій громадянам України згідно діючого законодавства, що є ознакою дискримінації по відношенню до позивача, як внутрішньо переміщеної особи.

В даному випадку наявність у позивача статусу внутрішньо переміщеної особи створює для нього на відміну від інших громадян України певні перешкоди в отриманні його пенсії, яка призначена у зв’язку з трудовою діяльністю, та потребує від пенсіонера здійснення додаткових дій”.⁶¹

Інші справи у категорії “місце проживання”, які не стосуються питання проживання за кордоном або внутрішнього переміщення, включають справи щодо:

-
- земельних прав для жителів певних територій;⁶²
диференціації надбавки для педагогічних працівників у сільській місцевості;⁶³

⁶⁰ Постанова у справі №826/12123/16 від 20 грудня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78808062>

⁶¹ Рішення у справі № 752/13352/17 від 29 січня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71849672>

⁶² Постанова у справі 546/449/15-а від 26 травня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/44353577>

⁶³ Рішення у справі №730/1275/2014-ц від 22 січня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/42472938>

- обрання запобіжного заходу;⁶⁴
- вартості харчування дітей з різним місцем реєстрації у садках та школах;⁶⁵
- відкриття поточного рахунку та оформлення картки банком;⁶⁶
- субсидій на оплату житлово-комунальних послуг.⁶⁷

Ці справи стосуються, як правило, рішень, в яких певні послуги або права надаються особам із певним місцем реєстрації проживання. Аналіз показує, що позивачі стикаються з такими обмеженнями у доволі різних сферах життя.



Професія / рід занять

Питання дискримінації за родом занять або професією найчастіше в аналізі стосувалися пенсійного забезпечення для працівників певних категорій, таких як судді, держслужбовці, співробітники органів прокуратури тощо. Наприклад, у рішенні щодо обмеження розміру виплати пенсії суд зазначає наступне, вказуючи на різницю у поводженні за родом занять:

“Всупереч статті 14 Конвенції, яка гарантує рівність у здійсненні основних свобод, позивачу з огляду на його рід занять обмежено виплату пенсії, тоді як без будь-якого об’єктивного і розумного обґрунтування виплата такої ж пенсії в повному обсязі проводилася іншим особам, які перебували в однаковому з ним положенні, однак звільнились з органів прокуратури і не мали іншого роду занять”.⁶⁸

Схоже обґрунтування різного рівня деталізації та наявності посилань на норми міжнародного права суди наводять і для багатьох інших подібних справ. Зокрема у справі щодо відновлення виплат пенсії держслужбовці суд вказує:

“Запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України №911-VIII від 24.12.2015 року та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» №213-VIII від 02.03.2015 р. тимчасові обмеження щодо виплати пенсії особам, що працюють на посадах та на умовах, передбачених законом України «Про державну службу» суперечать ст. 14, ст. 1 Першого протоколу Конвенції «Про захист прав

⁶⁴ Ухвала у справі № 759/9731/15-к від 19 червня 2015 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/50124215>

⁶⁵ Постанова у справі №607/2986/17 від 5 травня 2017 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66407159>

⁶⁶ Рішення у справі № 127/19067/16-ц від 17 лютого 2017 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/64863457>

⁶⁷ Постанова у справі № 809/360/18 від 2 травня 2018 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73704933>

⁶⁸ Рішення у справі № 569/1660/17 від 29 травня 2018 року, режим доступу <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74885927>

людини і основоположних свобод» щодо дискримінації при виплаті пенсії в залежності від роду занять”.⁶⁹



Інвалідність

Справи щодо цієї захищеної ознаки включають як безпосередньо позови людей з інвалідністю, які скаржаться на порушення їхніх трудових прав, прав на житло, медичне і соціальне обслуговування, користування послугами (доступу до закладів, сервісів, транспортних послуг), пенсійне забезпечення тощо, так і справи щодо дотримання квоти на працевлаштування роботодавцями за позовами Пенсійного фонду.

Так, одним із перших рішень було рішення у справі щодо забезпечення можливості придбання квитків на залізничні перевезення для людей з інвалідністю через сайт “Укрзалізниця”. Розділ купівлі квитків онлайн був недоступним для осіб з інвалідністю по зору, оскільки не дозволяв його повного прочитання програмним забезпеченням вголос спеціальними звуковими синтезаторами:

“Таким чином, норми «Конвенції про права інвалідів», Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні», та зміни до Постанов КМУ від 04 січня 2002 року №3 і від 29 серпня 2002 року №1302 [...] зобов’язують відповідачів вжити заходів для забезпечення інвалідам доступу до інтернет - сайтів та пристосувати ці сайти з їхніх потреб, в тому числі, забезпечити можливість придбання пільгових квитків через інтернет - сайт”.⁷⁰

Цікаво, що остаточно функція купівлі квитків через сайт була запроваджена лише через 8 років після цього рішення суду.⁷¹

У справі про доступ до нічного клубу від 2013 року суд наводить позицію, яка й зараз актуальна для усіх закладів, що пропонують послуги:

“Оскільки в судовому засіданні встановлено, що нічний клуб «Лица», який належить відповідачу ТОВ «Елемент» надає розважальні послуги споживачам, і це не оспоровалось в судовому засіданні учасниками процесу, суд вважає, що ненадання дозволу ОСОБА_1 на відвідування нічного закладу є дискримінацією за ознакою інвалідності.

[...] Таким чином, посилаючись на відсутність пандусів на території закладу, представник відповідача не надала доказів щодо повної

⁶⁹ Постанова у справі № 523/16224/17 від 14 грудня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71374807>

⁷⁰ Рішення у справі № 461/431/13 від 2 жовтня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/34204864>

⁷¹ <https://ua.interfax.com.ua/news/general/759292.html>

неможливості встановлення пандусів у НК «Лица», що свідчить про невиконання вимог Закону».⁷²

Рішення щодо питань дискримінації за ознакою інвалідності присутні в результатах пошуку за всі роки аналізу в рамках цього дослідження. Всього документів, які відносяться до цієї категорії, було 238 (19%), при цьому їхня кількість поступово зростає (5 документів у 2012 році, 37 — у 2020 році).

Велика група рішень, де в якості захищеної ознаки згадується інвалідність, — це рішення щодо невиконання нормативу по створенню робочих місць для людей з інвалідністю, яка більш детально описана у Розділі 3 (див. підрозділ “Порушення квоти на працевлаштування”).



Стать

Судова практика чітко окреслює, що з дискримінацією за ознакою статі стикаються як жінки, так і чоловіки.

Наприклад, чоловіки зверталися до суду з приводу відпустки по догляду за дитиною, питань опіки над дітьми, працевлаштування тощо (див. приклад, описаний вище).⁷³ Для цієї категорії суди використовують практику ЄСПЛ, а саме рішення у справі “Константін Маркін проти Росії”.⁷⁴

“Суд при прийнятті рішення бере до уваги рішення Європейського Суду з прав людини від 22.03.2012 у справі за позовом ОСОБА_7 проти Росії щодо дискримінації за ознаками статі. [...] суд зазначив, що гендерні стереотипи, які диктують сприйняття жінки як особи, яка здебільшого піклується про дітей, а чоловіка як годувальника, самі по собі не можуть становити достатнє виправдання різниці у поводженні, також як і інші стереотипи, пов’язані з расою, походженням, кольором шкіри або сексуальною орієнтацією”.⁷⁵

В іншій справі щодо відпустки по догляду за дитиною суд додатково звертає увагу на практику ЄСПЛ у справі “Веллер проти Угорщини”:

“Європейський суд визнав, що ненадання біологічному батьку права на отримання батьківських виплат, тоді як мати, прийомні батьки та

⁷² Рішення у справі № 256/1473/13-ц від 29 травня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/32002298>

⁷³ Постанова у справі № 308/14422/13-а від 18 листопада 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/35420719>

⁷⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/ukr?i=001-109868>

⁷⁵ Постанова у справі № 823/5085/15 від 21 жовтня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/52810098>

опікуни мають таке право, рівнозначно дискримінації за ознакою статусу батьківства”.⁷⁶

У справі щодо відмови у прийнятті на роботу суд не проводить належного аналізу дискримінації, натомість наводить аргументи на користь відповідача, який відмовився взяти на роботу працівника через відсутність чоловічої вбиральні, і знаходить виправдання для роботодавця:

“У зв’язку з зазначеним, відповідачем враховуючи фізіологічні особливості жіночого організму для працівниць (жінок) бюро комп’ютерного набору документації були створені відповідні санітарно-побутові умови. Крім цього, вільних площ для організації окремого санітарно-побутового приміщення для робітників чоловічої статі у відповідача не має. Таким чином, прийняття на зазначену посаду особу іншої статі призведе до порушення прав інших працівників (жінок)”.⁷⁷

У цьому ж рішенні суд також визнає дії протиправними і дискримінаційними, проте в подальшому суди відходять від такої позиції: хоч і звертають увагу на вимоги заявників, у рішенні вказують лише, що ті чи інші дії протиправні, залишаючи питання дискримінації без висновку, а часто і навіть окремого розгляду.

У справі, де заявниця скаржилася на дискримінацію при прийомі на роботу, суд на власний розсуд для з’ясування того, чи мала місце дискримінація, замість виконання вправи з пошуку компаратора, щоб встановити, чи таке поводження мало місце лише із заявницею, чи з іншими особами, які не мають такої самої захищеної ознаки, лише наводить міркування щодо загальної кількості претенденток:

“З матеріалів справи вбачається, що загальна кількість жінок як кандидатів, прийняти участь у конкурсі (та згодом допущених до співбесіди за результатами проходження попередніх етапів тестування) є значно меншою ніж загальна кількість чоловіків як кандидатів, таким чином, твердження позивача про пряму дискримінацію жінок як кандидатів за ознакою статі під час прийняття рішення про обрання переможців конкурсу є необґрунтованим”.⁷⁸

⁷⁶ Постанова у справі № 817/591/16 від 25 травня 2016 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57955763>

⁷⁷ Рішення у справі № 759/7119/13-ц від 5 червня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/32105992>

⁷⁸ Рішення у справі № 804/4192/17 від 4 травня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74318240>



Гендерна ідентичність

Щодо цієї категорії в процесі аналізу було виявлено і відверто упереджене ставлення суду до питання трансгендерності. У справі щодо заборони зміни (корекції) статевої належності за наявності неповнолітніх дітей суд застосовує власне уявлення про вплив зміни статі батька на дитину, не наводячи жодного доказу або посилання на підтвердження таких оціночних тверджень:

“Тому корекція (зміна) статевої належності одного з батьків може спричинити моральну чи психологічну травму у дитини, тобто порушити права та інтереси дитини”.⁷⁹

Така позиція суперечить принципу рівності і неупередженості, який лежить в основі принципу права на справедливий суд. При цьому можна звернути увагу, серед іншого, на Бангалорські принципи поведінки суддів: “5.1. Суддя має усвідомлювати і уявляти собі різноманітність суспільства та різницю, що впливає з багатьох джерел, включаючи, поміж інших, расову належність, колір шкіри, стать, релігію, національне походження, касту, непрацездатність, вік, сімейний стан, сексуальну орієнтацію, соціально-економічний стан та інші подібні причини (“підстави, що не стосуються справи”)”.⁸⁰

⁷⁹ Постанова справі № 826/16044/14 від 30 червня 2015, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/46189839>

⁸⁰ https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j67#Text

Аналіз справ за сферами суспільних відносин, де скаргники заявляють дискримінацію



Для цілей цього аналізу всі проаналізовані документи за період 2012 – 2020 років було згруповано у 7 кластерів відповідно до різних сфер суспільних відносин, де, на думку заявників, виникає дискримінація, це:



Праця



**Пенсійні та
інші соціальні
виплати**



**Житлові
питання**



Реклама



Освіта



**Право на
політичну
участь**



Послуги

Нижче наведено аналіз рішень у цих категоріях та приклади правозастосовчої практики за різні роки.

Праця

У цей розділ увійшли справи про невиконання квоти на працевлаштування осіб з інвалідністю та відмову від розумного пристосування, а також питання відмови у наданні відпустки по догляду за дитиною для чоловіків нарівні з жінками.

У скарзі на звільнення працівниці, яка перебувала у відпустці по догляду за дитиною, суд вчергове нагадує про особливий порядок звільнення таких працівниць та посилається на Європейську соціальну хартію,⁸¹ говорячи про заборону дискримінації за статтю у трудових відносинах:

“Працюючі жінки у разі материнства мають право на особливий захист [...]”

Відповідно до статті 20 частини II Європейської соціальної хартії, з метою забезпечення ефективного здійснення права на рівні можливості та рівне ставлення у вирішенні питань щодо працевлаштування та

⁸¹ https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062#Text

професії без дискримінації за ознакою статі, Сторони зобов'язуються визнавати це право і вживати відповідних заходів для забезпечення його застосування або для сприяння його застосуванню у таких галузях: а) працевлаштування, захист від звільнення та професійна реінтеграція; б) професійна орієнтація, підготовка, перепідготовка та перекваліфікація; в) умови працевлаштування і праці, включаючи винагороду; г) професійний ріст, включаючи просування по службі”.⁸²

Відпустки по догляду за дитиною для жінок та чоловіків

У справах про оскарження відмови в наданні відпустки по догляду за дитиною до трьох років чоловікам суди переважно, за деякими винятками, використовують підходи ЄСПЛ, вироблені у справі “Константін Маркін проти Росії”, констатуючи при цьому, що відмінність, встановлена Кодексом законів про працю України щодо можливості використання відпустки жінками та чоловіками на різних умовах, становить дискримінацію, таким чином підтверджуючи, що сам закон може містити дискримінаційні положення:

“Європейський суд з прав людини констатував, що неможливість використання відпустки для догляду за дитиною військовослужбовцями [-] мужчинами, в той час коли військовослужбовці жінки мають на це право, не може бути розумно і об'єктивно виправдано, а відповідно відмінність у відношенні, якої зазнав заявник, повинна бути прирівняна до дискримінації за ознакою статі. Європейський суд з прав людини постановив, що в даному випадку мало місце порушення статті 14 Конвенції у взаємозв'язку з статтею 8 Конвенції.

Відповідно до статті 17 Закону України [...] № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права. Аналізуючи викладене суд приходить до висновку, що встановлена статтею 184 Кодексу законів про працю України відмінність у відношенні до працівників чоловіків та працівників жінок, якої зазнав позивач, є дискримінацією за ознакою статі.

Відповідно до частин першої та другої статті 8 Кодексу адміністративного судочинства України суд при вирішенні справи керується принципом верховенства права, відповідно до якого зокрема людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

⁸² Рішення у справі № 825/3811/15-а від 7 червня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/67032593>

Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Відтак суд приходить до висновку, що на позивача також поширюються гарантії, передбачені частиною третьої статті 184 Кодексу законів про працю України, а відповідно відповідач зобов'язаний був запропонувати йому іншу роботу, яку він міг виконувати, однак не виконав такого обов'язку". ⁸³

Порушення квоти на працевлаштування осіб з інвалідністю

До цієї сфери входять питання обчислення та стягнення штрафів за невиконання положень статті 20 Закону України "Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю", а саме щодо створення робочих місць для осіб з інвалідністю та їхнього працевлаштування. Норму згаданого закону сконструйовано таким чином, що роботодавець має створити та анонсувати наявність робочого місця для особи чи осіб з інвалідністю, однак Закон не передбачає відповідальності роботодавця за відсутність кандидатів, які бажають зайняти вакантні робочі місця. З цього приводу суди першої та другої інстанції побудували вже сталу практику розгляду таких скарг як з боку роботодавців на стягнення штрафів, так і з боку Фонду соціального захисту осіб з інвалідністю, позиція судів полягає в тому, що:

"Абзацом четвертим пункту 2 статті 19 Закону України «Про зайнятість населення» [...] визначено право державної служби зайнятості направляти для працевлаштування на підприємства, в установи і організації всіх форм власності при наявності там вільних робочих місць (вакантних посад) інвалідів, які звертаються до служби зайнятості, відповідно до рівня їх освіти і професійної підготовки та рекомендацій МСЕК, наявних у них кваліфікації і знань та з урахуванням їх побажань.

З огляду на викладене, обов'язок по працевлаштуванню інвалідів відповідно до встановленого Законом нормативу покладається як на роботодавців, так і на державну службу зайнятості.

Разом з цим, обов'язок підприємства зі створення робочих місць для інвалідів не супроводжується його обов'язком займатися пошуком інвалідів для працевлаштування". ⁸⁴

⁸³ Постанова у справі № 876/9214/17 5 жовтня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/69465532>

⁸⁴ Рішення у справі № 920/836/15 від 16 листопада 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53734331>

В іншій справі, де оскаржувалось накладення пені за нестворення робочого місця для осіб з інвалідністю, суд, аналізуючи відсутність будь-яких зусиль роботодавця щодо виконання норми статті 20 Закону України “Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю”, доходить іншого висновку:

“[...]суд апеляційної інстанції виходив з того, що відповідачем не створені робочі місця для працевлаштування інвалідів, повідомлення центру зайнятості про наявність 7 вакансій по 0,1 ставки для працевлаштування інвалідів доводить не створення жодного із цих місць в розумінні Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні». Суд виходив з того, що визначення відповідачем 7 робочих місць по 0,1 ставки не виконує жодної з гарантій та завдань Закону України «Про реабілітацію інвалідів в Україні» стосовно інваліда, як особи зі стійким розладом функцій організму, що при взаємодії із зовнішнім середовищем може призводити до обмеження її життєдіяльності, внаслідок чого держава зобов’язана створити умови для реалізації нею прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити її соціальний захист.

Апеляційний суд дійшов висновку про те, що центром зайнятості інваліди для працевлаштування до відповідача не направлялися і не могли направлятися внаслідок не створення таких місць, так само як і не могло бути безпосереднього звернення інвалідів до відповідача для працевлаштування, у зв’язку з чим відповідачем не вжито усіх залежних від нього заходів щодо створення робочих місць для працевлаштування інвалідів та повинно бути застосовано адміністративно-господарські санкції”.⁸⁵

Щодо відмови у працевлаштуванні особи з інвалідністю суд, серед іншого, оцінює обов’язок роботодавця надавати розумне пристосування під час співбесіди та належні докази у випадку заявленої дискримінації під час співбесіди:

“Пункт 4 Порядку дотримання принципу недискримінації під час проведення конкурсу не виключає обов’язку застосування в ході його проведення розумного пристосування для особи з інвалідністю, яка виявила бажання взяти участь у конкурсі, а також можливості застосування позитивних дій відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні».

На виконання пункту 4 Порядку в умовах проведення конкурсу була передбачена умова щодо проведення розумного пристосування для особи з інвалідністю, яка виявила бажання взяти участь у конкурсі, що відбувається за відповідною заявою конкурсанта. Разом з тим, позивач

⁸⁵ Рішення у справі № К/9901/13878/18 від 22 серпня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76008664>

не заявляв до комісії вимог щодо застосування в ході його проведення розумного пристосування для особи з інвалідністю.

Відповідач стверджує, що доводи позивача щодо допущення з боку відповідача відносно нього дискримінації є безпідставними та не знаходять свого документального підтвердження. Ураховуючи перелік критеріїв, за якими проводилось оцінювання під час співбесіди, наявність у позивача інвалідності жодним чином не могла вплинути на оцінку за вищезазначеними критеріями відповідності вимогам до професійної компетенції”.⁸⁶

Відмова у розумному пристосуванні

Серед прикладів таких справ — справа щодо відмови роботодавця у належному наданні розумного пристосування працівникові з інвалідністю (згідно висновку МСЕК) та звільнення згаданого працівника, після відмови останнього залучити свою дружину у якості постійного безкоштовного супровідника:

“Суд першої інстанції [...] виходив з того, що з боку відповідача при звільненні позивача з роботи мав місце прояв непрямой дискримінації позивача за ознакою інвалідності, оскільки позивачем продемонстрована суду спроможність виконання своїх посадових обов’язків без істотних обмежень, адже за висновками медиків ОСОБА_6 може працювати на займаній посаді, натомість відповідачем не надано суду доказів чому він як роботодавець належним чином не забезпечив розумного пристосування робочого місця позивача.

Як убачається з матеріалів справи, листом Управління держпраці [...] відповідачеві роз’яснювалось, що факт встановлення працівникові групи інвалідності не може бути підставою для звільнення працівника з ініціативи власника або уповноваженого ним органу за п. 2 ст. 40 КЗпП України. [...] Оскільки у адміністрації КЗ «Семенівська дитяча музична школа» з лютого 2016 року існує індивідуальна реабілітаційна програма інваліда І групи ОСОБА_6 та визначено, що ОСОБА_6 може працювати на займаній посаді, то роботодавець зобов’язаний здійснити трудову реабілітацію інваліда. За таких обставин звільнення роботодавцем працівника-інваліда за п. 2 ст. 40 КЗпП України є неприпустимим грубим порушенням права ОСОБА_6 на працю.

Разом з тим, роботодавець має право звернутись до МСЕК, рішенням якої працівникові встановлено групу інвалідності, з проханням надати висновок щодо відповідності чи невідповідності фактичних умов праці

⁸⁶ Рішення у справі № 818/1318/17 від 24 листопада 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70578887>

цього працівника його стану здоров'я та вказати фактори, небезпечні для стану здоров'я працівника—інваліда. Отримавши висновок МСЕК, про умови та характер праці працівника—інваліда, роботодавець має запропонувати йому інші посади чи роботи які за умовами та характером праці відповідатимуть зазначеному висновку, а також його професії та кваліфікації.

Як встановлено апеляційним судом, відповідач КЗ «Семенівська дитяча музична школа» не звертався до МСЕК з проханням надати висновок щодо відповідності чи невідповідності фактичних умов праці ОСОБА_6 його стану здоров'я та вказати фактори, небезпечні для стану здоров'я працівника-інваліда, та іншу роботу позивачу не пропонував”.⁸⁷

В іншій справі суд також розглядав питання відмови у працевлаштуванні за направленням з центру зайнятості:

“Суд першої інстанції правильно встановив, що ОСОБА_1 не належить до кола осіб, з якими відповідач зобов'язаний був укласти трудовий договір [...]. Перелік обов'язку роботодавця укласти трудовий договір з працівником за правилами КЗпП є вичерпним і такого обов'язку відповідач не порушував. Із дискримінаційною ознакою відмова у прийнятті на роботу ОСОБА_1 не пов'язана.

[...] обґрунтованими є висновки суду першої інстанції про те, що на момент звернення ОСОБА_1 до відповідача щодо працевлаштування на вакантну посаду позивач не відповідав вимогам, які ставилася роботодавцем в частині наявності повної вищої освіти. Направлення з центру зайнятості не є безумовною підставою прийняття на роботу, оскільки це є прерогативою виключно роботодавця”.⁸⁸

Суд встановлює, що наявність направлення не є підставою для прийняття на роботу, а для встановлення факту дискримінації відмова у працевлаштуванні повинна бути пов'язана із захищеною ознакою, чого у цій справі не було встановлено.

Пенсійні та інші соціальні виплати

В цей підрозділ увійшли скарги на обчислення пенсійних виплат, припинення пенсійних виплат та інші дотичні питання, пов'язані із порушенням інших соціальних виплат. Великий масив справ, які стосуються пенсійних виплат та заявленої дискримінації в цій сфері, був проаналізований в пілотному звіті

⁸⁷ Ухвала у справі № 744/552/16-ц від 19 жовтня 2016 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/62217416>

⁸⁸ Рішення у справі № 161/15476/19 від 13 травня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89335835>

справ за 2019 рік,⁸⁹ тому в цьому підрозділі згадуються лише окремі справи, не охоплені аналізом раніше.

Суд здійснює ретельний аналіз практики ЄСПЛ і звертає увагу на обов'язок не вдаватись до непрямой дискримінації та враховувати різні обставини, в яких перебувають особи, зважаючи на їхні певні захищені ознаки, у справі про оскарження відмови у нарахуванні пенсії через відсутність довідки, що підтверджує частину стажу позивача:

“Слід зазначити, що дискримінація може бути прямою (різне поводження до людей в однаковій ситуації) та непрямую (однакове поводження з людьми, незважаючи на те, дехто з них знаходиться в певній особливій ситуації). Так, у справі «Тлімменос проти Греції» [...] ЄСПЛ наголосив, що згідно зі статтею 14 Конвенції право не зазнавати дискримінації у користуванні правами, гарантованими Конвенцією, порушується, коли Держави ставляться по-різному до осіб в аналогічних ситуаціях, не забезпечуючи при цьому об'єктивного та розумного виправдання. Однак це не єдиний аспект заборони дискримінації у статті 14 Конвенції. Право не зазнавати дискримінації у користуванні правами, гарантованими Конвенцією, також може бути порушене, коли Держави, не маючи об'єктивних і розумних підстав, не застосовують різний підхід до осіб, які перебувають у ситуаціях, що істотно відрізняються.

Саме в такій особливій ситуації опинився позивач у цій справі, який у спірний період працював на шахті, архів якої на даний момент знаходиться на тимчасово окупованій території України, у зв'язку з чим він позбавлений можливості надати додаткові документи, які вимагає відповідач. На переконання суду, вимога щодо надання уточнюючої довідки може бути визнана цілком виправданою в звичайній ситуації, оскільки формально вона базується на положеннях п. 20 Порядку підтвердження наявного трудового стажу [...] затвердженого постановою КМУ від 12 серпня 1993 р. № 637, та має на меті підтвердження тривалості роботи на посадах і роботах, указаних в трудовій книжці. Проте в ситуації позивача ця вимога становить дискримінаційне поводження по відношенню до осіб, які мають трудовий стаж на підприємствах, які залишилися на території, що на даний момент є тимчасово окупованою, адже такі особи навіть теоретично не можуть надати відповідні документи, а отже за такого підходу автоматично позбавляються права на пенсійне забезпечення”.⁹⁰

У справі про скаргу на припинення пенсійних виплат з причини встановлення інвалідності після виходу на пенсію та призначення відповідачеві пожиттєвих

⁸⁹ Дивись пілотний звіт за 2019 рік, режим доступу: https://issuu.com/socialactioncentre/docs/discrimination_report_final_final

⁹⁰ Постанова у справі № 415/3024/17 від 30 листопада 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70644447>

виплат, як колишньому судді, суд з посиланням на Конвенцію про права осіб з інвалідністю, яка серед іншого забороняє дискримінацію за ознакою інвалідності, проводить аналіз характеру різного роду соціальних та пенсійних виплат, доходючи висновку про різну їхню природу та невзаємозамінність:

“Пенсія по інвалідності є соціальною пенсійною виплатою, яка фінансується за рахунок коштів Пенсійного фонду України та має страховий характер (настає за наявності страхового випадку - настання інвалідності, призначається особам, які підлягають загальнообов’язковому державному пенсійному страхуванню, залежить від заробітної плати застрахованої особи та розміру внесків нарахованих і утриманих з цієї заробітної плати). Аналіз наведених вище правових норм показує, що довічне грошове утримання судді у відставці та пенсія по інвалідності є виплатами з різною правовою природою та з різних джерел фінансування”.⁹¹

В іншому схожому рішенні суд також стверджує:

“Надбавки, доплати та пенсії є майном в контексті тлумачення Європейським Судом з прав людини статті 1 Протоколу 1 до Європейської конвенції з прав людини поняття майно, оскільки існує у вигляді вимог, стосовно яких позивач наводить доводи, що він має принаймні законні сподівання (яке ґрунтується на законодавчій нормі) на набуття права володіння.

Таким чином, запроваджені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України №911-VIII від 24.12.2015 року та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо пенсійного забезпечення» №213- VIII від 02.03.2015 р. тимчасові обмеження щодо виплати пенсії особам, що працюють на посадах та на умовах, передбачених законом України «Про державну службу» суперечать ст.14, ст. 1 Першого протоколу Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод» щодо дискримінації при виплаті пенсії в залежності від роду занять та позбавленні права на належне майно у формі призначених пенсійних виплат, ст.ст.22,46,58 Конституції України щодо недопустимості звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод в тому числі і в сфері соціального захисту та пенсійних виплат, а також основоположним принципам, закріпленим у Законі України «Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування» щодо рівноправності застрахованих осіб при отриманні пенсійних виплат».”⁹²

⁹¹ Рішення у справі № 335/1973/17 від 21 липня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68139146>

⁹² Рішення у справі № 523/16224/17 від 14 грудня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71374807>

У справі, де позивач скаржиться на відмову Управління праці та соціального захисту населення взяти його на облік та видати довідку внутрішньо переміщеної особи через відсутність у нього реєстрації в місці попереднього проживання у місті Донецьку, суд проводить детальний аналіз порівняння становища заявника з іншими та, по суті, констатує наявність прямої дискримінації через конструкт Порядку надання щомісячної адресної допомоги особам, які переміщуються з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції:

“Згідно практики Європейського Суду з прав людини, а саме пункту 62 рішення від 20.09.2012 року по справі «Федорченко та Лозенко проти України» (заява №387/03) дискримінація означає неоднакове ставлення, що не ґрунтується на будь-яких об’єктивних і розумних причинах, до осіб за приблизно подібних обставин... Саме такою і є ситуація щодо ставлення відповідача до позивача у порівнянні з іншими особами, які також вимушено залишили свої місця проживання в Донецькій і Луганській областях. Адже, іншим особам за наявності в них реєстрації місця проживання (відмітки в паспортах) в одній із вказаних вище областей видають довідки про взяття їх на облік як внутрішньо переміщених осіб, а позивачу в її видачі було відмовлено.

Те, що вказані положення закріплені на рівні закону не виправдовує наявність дискримінаційного характеру відповідної норми.

Адже відповідно до другого речення пункту 41 рішення Європейського Суду з прав людини від 07.11.2013 року (заява №10441/06) у справі «Пічкур проти України» хоча Перший протокол не включає в себе право на отримання будь-яких видів виплат з соціального страхування, якщо держава вирішує створити механізм соціальних виплат, вона повинна зробити це у спосіб, що відповідає статті 14 Конвенції. Однак, спосіб в який передбачає надання соціальних виплат внутрішньо переміщеним особам Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» в поєднанні із Порядком надання щомісячної адресної допомоги особам, які переміщуються з тимчасово окупованої території України та районів проведення антитерористичної операції, для покриття витрат на проживання, в тому числі на оплату житлово-комунальних послуг, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України №505 від 01.10.2014 року не відповідає принципу верховенства права та положенням статті 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу до Конвенції.

В судовому засіданні доведено про існування менш сприятливого ставлення до ОСОБА_1 в порівнянні з іншими особами, які вимушено залишили місце свого проживання у м.Донецьк. І єдиною підставою для такого гіршого ставлення стала саме відсутність реєстрації його місця проживання по місцю фактичного мешкання. Таке ставлення суд вважає

явно протиправним і дискримінаційним, так як воно не має об'єктивного та розумного обґрунтування, а саме не переслідує легітимної цілі”.⁹³

Саме такий аналіз порівняння становища заявників, які стверджують про дискримінацію, та інших осіб у аналогічних ситуаціях мають проводити суди в кожній справі.

Цікавою є аргументація суду щодо наявності дискримінації в умовах отримання соціальної пільги. В рішенні за позовом до КМДА щодо дискримінаційності вимоги громадянства для отримання пільги в рамках програми “Турбота. Назустріч киянам” суд звертає увагу, крім аналізу дискримінаційності норми, і на обов’язковий критерій правової певності норми:

“Так, з вищевикладених правових норм вбачається, що законодавством регламентовано рівні правові можливості для громадян України та громадян іноземних держав, які на законних підставах перебувають на території України (за виключенням випадків, чітко встановлених законодавством).

При цьому, обмеження у правах іноземців за ознакою їх громадянської належності не допускається. Нормативно-правові акти, зокрема органів місцевого самоврядування, якими визначаються права окремих категорій осіб, у тому числі іноземців, повинні містити чіткі, однозначні та передбачувані у застосуванні положення, які не допускають множинного тлумачення та відповідають принципу юридичної визначеності і «якості закону».

Разом з тим, колегія суддів встановила, що у п. п. 3, 4 Рішення КМР N 116/116 не міститься чіткого визначення щодо поширення сфери дії закріплених у них положень на іноземних громадян, які постійно проживають на території України, належать до однієї з 10-ти визначених КМР категорій осіб (батьки багатодітної сім’ї, пенсіонери, інваліди 3 групи, учасники війни, члени сім’ї загиблого чи померлого ветерана тощо) та не є при цьому тимчасово переміщеними особами. Тобто, зазначені норми рішення КМР не є чіткими та передбачуваними в застосуванні, не відповідають принципам «якості закону» та юридичної визначеності.

Більш того, з положень п. п. 3, 4 Рішення КМР N 116/116 взагалі вбачається, що право на встановлені ними пільги мають дві групи осіб, які відповідають одному із зазначених у них критеріїв (батьки багатодітної сім’ї, пенсіонери, інваліди 3 групи, учасники війни, члени сім’ї загиблого чи померлого ветерана тощо): 1) громадяни України, місце проживання яких зареєстровано у м. Києві та 2) тимчасово переміщені особи (далі -

⁹³ Постанова у справі № 569/2646/15-а від 27 березня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/43654403>

ТПО). Тобто, іноземні громадяни, які перебувають в Україні на законних підставах та постійно проживають у м. Києві, але, при цьому, не є ТПО, до жодної за вказаних груп не відносяться, а отже, п. п. 3, 4 Рішення КМР N 116/116 не відповідають ст. 26 Конституції України та ст. 3 Закону N 3773-VI та є дискримінаційними у розумінні Закону N 5207-VI по відношенню до таких осіб”.⁹⁴

Питання рівного урахування строку відпустки по догляду за дитиною в загальний робочий стаж для призначення пенсії для жінок та чоловіків

З огляду на утвердження судами послідовної практики використання підходів, заснованих на гендерній рівності, цікаве рішення у скарзі чоловіка на відмову Пенсійного фонду зарахувати до його пенсійного стажу час, проведений у відпустці по догляду за дитиною. Скарга стосувалася того, що статтею 50-1 Закону України “Про прокуратуру” не передбачено зарахування чоловікам відпустки по догляду за дитиною до досягнення нею трьох років та відпустки по догляду за дитиною до досягнення нею шести років до стажу роботи, що дає право на пенсійне забезпечення за вислугу років незалежно від віку (див. цитату на рішення вище в Розділі 1 “Чому потрібен закон” і за посиланням).⁹⁵

Житло

У цій категорії є незначна кількість скарг (21 документ),⁹⁶ пов’язаних із реалізацією права на житло окремими категоріями громадян та відмовами у приватизації та/або включенні заявників у чергу на отримання пільгового житла в рамках державних програм.

У скарзі на визнання протиправною бездіяльність Кабінету Міністрів України та Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України щодо нерозроблення та неприйняття на реалізацію ст. 30 Закону України “Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні” порядку заміни житла особи з інвалідністю у разі його невідповідності вимогам безперешкодного доступу та неможливості пристосування до потреб особи з інвалідністю, та зобов’язати розробити та прийняти відповідний порядок, суд, аналізуючи положення Конвенції про права осіб з інвалідністю, зазначає щодо обов’язку держави виконувати взяті на себе зобов’язання:

⁹⁴ Постанова у справа N 826/7929/18 від 27 березня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80759773>

⁹⁵ Постанова у справі № 308/14422/13-а від 18 листопада 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/35420719>

⁹⁶ Всього 21 справа за весь проаналізований період.

“За наслідками прийняття цих нормативних актів Держава в особі своїх державних органів зобов’язалась створити прийнятні умови для життя осіб з особливими потребами, здійснити заходи щодо усунення їх дискримінації та забезпечити їх такими умовами життя, що будуть сприяти більшому розвитку їх здібності та враховувати їх потреби, у тому числі і житлові. Діяльність органів державної влади або органів місцевого самоврядування у цих напрямках повинна бути направлена та демонструвати дійсне бажання виконати свої обов’язки та створити належні умови для життя людини з особливими потребами.

При цьому фактичні потреби конкретної особи можуть бути задоволені будь-яким сприятливим способом для цієї особи та можливим способом для органу державної влади або місцевого самоврядування. Баланс між інтересами цієї людини та інтересами громади повинен бути знайдений з урахуванням інтересів усіх сторін та демонструвати дійсне бажання виконати з боку органів влади та місцевого самоврядування свої завдання у цьому напрямку своїх обов’язків. Створення цих умов є створенням умов доступності людям з особливими потребами до всіх можливостей інших людей у країні, зокрема доступності до житла”.⁹⁷

Схожим чином формулює думку про обов’язок держави виконувати свої зобов’язання за Конвенцією інший суд у схожій справі про відмову у наданні пристосованого житла:

“Таким чином, оскільки представник відповідачів на виконання свого процесуального обов’язку не надав належних і неспростовних доказів на підтвердження своєї позиції, а також оцінюючи належність, допустимість і достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємозв’язок доказів у їх сукупності, враховуючи те, що обставини, на які посилається позивач як на підставу позовних вимог частково знайшли своє підтвердження в судовому засіданні, суд ухвалює рішення про часткове задоволення позову в частині зобов’язання Харківської міської ради, Департаменту житлового господарства Харківської міської ради, виконавчого комітету Харківської міської ради надати ОСОБА_1 у користування житлову кімнату на першому поверсі або іншу пристосовану для осіб з інвалідністю кімнату згідно з вимогами ДБН України для осіб з інвалідністю, шляхом заміни кімнати АДРЕСА_1 .

При цьому посилання представника відповідачів на відсутність вільного житла на першому поверсі, яке б відповідало вимогам позивача як інваліда-колясочника як в житловому будинку по АДРЕСА_1 , так і в інших будинках, так само як і черговість надання такої житлової площі особам,

⁹⁷ Рішення у справі № 640/15966/19 від 7 жовтня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92136140>

які потребують поліпшення житлових умов, не може бути підставою для ненадання позивачу у користування житлової кімнати на першому поверсі або іншої пристосованої для осіб з інвалідністю кімнати, а отже існує порушення прав позивача як особи з інвалідністю на доступність житлового приміщення. Також на думку суду право позивача на приватизацію жилого приміщення - кімнати АДРЕСА_1 не може бути підставою для відмови в реалізації тих прав, про які зазначає ОСОБА_1 у позові, зокрема, права на доступність житлового приміщення”.⁹⁸

У скарзі про відмову у реалізації права на приватизацію житла через рід занять суд доходить такого висновку:

“Водночас, всупереч ст. 14 Конвенції, яка гарантує рівність у здійсненні основних свобод, позивачу з огляду на його рід занять відмовлено у приватизації займаного ним та членами його сім’ї жилого приміщення, в той час як без будь-якого об’єктивного і розумного обґрунтування приватизація здійснюється за іншими особами, які перебувають в однаковому із позивачем положенні, однак мають інший рід занять. Безоплатна передача квартир у власність громадян (приватизація) не зупинена за іншими особами, які працюють в інших сферах та секторах державного впливу та економіки. Таким чином, має місце вочевидь наявне запровадження дискримінації відносно позивача при здійсненні останнім права на мирне володіння майном”.⁹⁹

Реклама

В цій категорії зібрані рішення, що стосуються сексистської та іншої дискримінаційної реклами. Частково такі справи також проаналізовані в пілотному звіті за 2019 рік. Основними проблемами і в 2018-му, і в 2020 році залишаються відсутність усталеної практики розгляду таких справ і неврахування судами експертних висновків у таких справах.¹⁰⁰

⁹⁸ Рішення у справі № 638/968/18 від 19 лютого 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87783154>

⁹⁹ Рішення у справі № 658/4027/19 від 22 травня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90903686>

¹⁰⁰ Див. більше в звіті Дискримінація: судова практика 2019. Огляд рішень судів у справах про дискримінацію в Україні за 2019 рік / І. Федорович, О. Бондаренко // ГО Центр “Соціальна Дія”. — К., 2020 сторінки 74–81, режим доступу: https://issuu.com/socialactioncentre/docs/discrimination_report_final_final

Право на політичну участь

Після змін до Виборчого кодексу України, внесених у 2020 році,¹⁰¹ та проведення місцевих виборів 2020 року сформувалась невелика судова практика щодо зобов'язань місцевих рад у відмові реєстрації кандидатів у депутати, включених до єдиного та територіальних виборчих списків через порушення порядку висування кандидатів у депутати, визначеного ч. 9 ст. 219 Виборчого кодексу (квота на жінок-кандидаток, які мають бути включені до списку). Суд звертає увагу на таке:

“Зі змісту єдиного виборчого списку кандидатів у депутати Бердичівської районної ради, висунутих Житомирською обласною організацією політичної партії “Наш край” становить 31 кандидат. Суд звертає увагу, що першу п’ятірку кандидатів у вказаному виборчому списку сформовано без дотримання вимог частини дев’ятої статті 219 Виборчого кодексу в частині забезпечення присутності у кожній п’ятірці кожного виборчого списку чоловіків і жінок (не менше двох кандидатів кожної статі), оскільки у першій п’ятірці зазначено одну жінку та чотирьох чоловіків [...].

Встановлені обставини справи свідчать на користь наявного порушення принципу гендерної рівності під час формування списків кандидатів Житомирської обласної організації політичної партії «Наш Край».¹⁰²

Ще одна справа щодо рівної участі в політичному житті на реалізацію права обирати й бути обраним стосувалась непрямої дискримінації депутата селищної ради, який, будучи особою з інвалідністю та користувачем крісла колісного, не міг самостійно дістатись сесійної зали, розташованої на третьому поверсі. Аналізуючи справу, суд відзначив:

“Беручи до уваги наявність у відповідача іншого приміщення, яке розташоване на першому поверсі будинку за адресою АДРЕСА_1 , та яке може використовуватися для сесійних засідань, суд вважає, що використання відповідачем іншого приміщення на третьому поверсі без жодної технічної можливості дістатися до нього позивачу не має правомірної, об’єктивно обґрунтованої мети, способи досягнення якої є належними та необхідними”.¹⁰³

¹⁰¹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/805-20#n1590>

¹⁰² Рішення у справі № 240/16892/20 від 30 вересня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91875484>

¹⁰³ Рішення у справі № 500/1717/20 від 13 жовтня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92159442>

Серед справ цієї категорії також розглядалися питання дискримінації за ознакою майнового стану при реєстрації кандидатів у Президенти України¹⁰⁴ та припинення діяльності Комуністичної партії України через політичні погляди.¹⁰⁵

Послуги

В цій категорії зібрано кілька важливих справ, що стосуються реалізації прав споживачів без дискримінації за тими чи іншими ознаками.

У справі про визнання протиправними та такими, що становлять дискримінацію за ознакою місця проживання / реєстрації / місця знаходження дії Національного банку України щодо встановлення обтяжень в реалізації фізичними та юридичними особами, які знаходяться (zareєстровані / постійно проживають) на території вільної економічної зони “Крим”, права на здійснення банківських операцій та обміну валюти, суд, незважаючи на аргументи позивачів, вважає, що до виключної компетенції відповідача (НБУ) належить повноваження щодо встановлення порядку відкриття банками рахунків та їх режимів, і стверджує право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів. Окрім цього, суд не бачить у цій скарзі дискримінації, оскільки відповідач провів антидискримінаційну експертизу оскаржуваного законодавства і, відповідно, на думку суду, воно відповідає вимогам щодо легітимної мети:

“Надаючи оцінку твердженням позивачів та третьої особи про недотримання Національним банком України вимог чинного законодавства про заборону дискримінації, колегія суддів вважає за необхідне зазначити таке. У відповідності до приписів Закону України «Про засади запобігання і протидії дискримінації в Україні», а також рішення Європейського суду з прав людини у справах «Пічкур проти України», «Віліс проти Сполученого Королівства», «Ван Раалте проти Нідерландів», дискримінація означає поводження з особами у різний спосіб, без об’єктивного та розумного обґрунтування, у відносно схожих ситуаціях, якщо вона не переслідує легітимну ціль або якщо немає розумного співвідношення між застосованими засобами та переслідуваною ціллю. При цьому, у відповідності до статті 8 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», відповідачем було проведено антидискримінаційну експертизу проекту Постанови №699, про що складено відповідний висновок. Відтак, застосування відповідачем певних обмежувальних заходів ґрунтується

¹⁰⁴ Постанова у справі № 875/6/14 від 6 квітня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/38054460>

¹⁰⁵ Постанова у справі №826/15408/15 від 16 грудня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/54392066>

на необхідності виконання відповідачем приписів Закону України «Про створення вільної економічної зони «Крим» та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України», які є загальнообов'язковими, а, відтак, переслідують легітимну мету та не можуть вважатися такими, що містять ознаки дискримінації осіб».¹⁰⁶

Ще один важливий аспект цієї справи, який, можливо, став причиною такого рішення суду й ігнорування належної оцінки заяв позивачів про дискримінаційні наслідки Постанови КМУ № 699, — це відсутність належного аналізу висновку згаданої судом й нібито проведеної відповідачем антидискримінаційної експертизи¹⁰⁷ та її якості. Адже сам факт проведення законодавцем всіх необхідних експертиз на етапі розробки того чи іншого закону з точки зору ЄСПЛ автоматично не означає, що закон є правовим, а встановлені ним обмеження прав і свобод людини неодмінно легітимні та пропорційні.

В іншій цікавій справі, про яку вже згадувалося у Розділі 1, скарга стосувалась бездіяльності ПАТ “Укрзалізниця” щодо виправлення ситуації з інформаційною недоступністю сайту “Укрзалізниця”¹⁰⁸ для купівлі квитків онлайн для осіб з інвалідністю по зору (сайт не дозволяв повного прочитання програмним забезпеченням вголос спеціальними звуковими синтезаторами).

Третьою стороною в цьому позові також виступив Уповноважений ВРУ з прав людини, який у рамках здійснення парламентського контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини та громадянина та захистом прав кожного на території України і в межах її юрисдикції запобігає будь-яким формам дискримінації та здійснює заходи щодо протидії дискримінації. Це один із яскравих прикладів неналежного аналізу справи про дискримінацію і, відповідно, хибного висновку суду. Це рішення було оскаржено в апеляції, де апеляційний суд вже дійшов висновку про наявність порушення та зобов'язав “Укрзалізницю” вчинити дії.

Інший приклад відсутності належного аналізу заяви про дискримінацію в сфері послуг суд демонструє у скарзі на відмову у наданні споживчого кредиту заявнику з інвалідністю. Як вважає суд, відсутність письмової відмови — це підстава стверджувати, що фактичної відмови у наданні послуги не було, відповідно, немає потреби аналізувати заяву позивача про ймовірну дискримінацію:

¹⁰⁶ Постанова у справі №826/17587/14 від 27 липня 2016 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/59317282>

¹⁰⁷ Порядок проведення антидискримінаційної експертизи, наразі визначений Постановою Кабінету Міністрів, не містить чітких критеріїв та індикаторів для її проведення, наявні висновки таких експертиз переважно містять загальне формулювання “законопроект не містить дискримінаційних положень”. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/61-2013-п#Text>

¹⁰⁸ Рішення у справі №461/431/13-ц від 14 березня 2013 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/30234654>

“Судом не встановлено те, що позивач звертався в письмовій формі до відповідача із пропозицією укласти договір споживчого кредиту і позивач на це не посилається. Відповідно до ч. 1 ст. 60 ЦПК України - кожна сторона зобов’язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, встановлених статтею 61 цього Кодексу. Суду не надані докази того, що Публічне Акціонерне Товариство «Дельта банк» відмовило ОСОБА_1 в укладанні споживчого кредиту”.¹⁰⁹

Цікавим з точки зору аналізу, здійсненого судом, є позов про умови конкурсу на перевезення пасажирів. Заявник у цій справі стверджував, що відсутність обов’язкової умови при проведенні конкурсу з перевезення пасажирів на міжміських маршрутах загального користування щодо роботи на об’єкті конкурсу не менш як одного транспортного засобу, пристосованого для перевезення осіб з інвалідністю, є дискримінаційною. Тут також ключовою є помилка позивача, адже замість того, щоб заявляти про дискримінацію, яку суд намагається належним чином аналізувати, варто було би говорити про відсутність позитивної дії, яка могла би бути закладена в дизайн конкурсу і містити бажану позивачем вимогу щодо одного пристосованого до потреб осіб з інвалідністю транспортного засобу:

“Більше того, суд звертає увагу сторін на те, що відповідно до ч. 3 ст. 6 Закону України «Про запобігання та протидії дискримінації в Україні», не вважаються дискримінацією дії, які не обмежують права та свободи інших осіб і не створюють перешкод для їх реалізації, а також не надають необґрунтованих переваг особам та/або групам осіб за їх певними ознаками, стосовно яких застосовуються позитивні дії, а саме: спеціальний захист з боку держави окремих категорій осіб, які потребують такого захисту; здійснення заходів, спрямованих на збереження ідентичності окремих груп осіб, якщо такі заходи є необхідними; надання пільг та компенсацій окремим категоріям осіб у випадках, передбачених законом; встановлення державних соціальних гарантій окремим категоріям громадян; особливі вимоги, передбачені законом, щодо реалізації окремих прав осіб.

Водночас, позивачем у поданій позовній заяві не наведено жодних доказів, які б свідчили про те, що відповідачем не виконуються вимоги чинного законодавства в частині встановлення до перевізників при проведенні конкурсу на здійснення міжміських перевезень вимоги щодо забезпечення роботи на об’єкті конкурсу не менш як одного транспортного

¹⁰⁹ Рішення у справі № 638/2480/13—ц від 23 вересня 2014 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/40618958>

засобу пристосованого для перевезення осіб з обмеженими фізичними можливостями”.¹¹⁰

У справі про відмову у продажі особі з інвалідністю полісу добровільного страхування для виїжджаючих за кордон позивач вказує на дискримінаційність положень Договору страхування подорожуючих за кордон, згідно з якими не приймаються на страхування особи, які мають інвалідність I або II групи. Більше того, договір страхування вважається недійсним з моменту його укладання, якщо застрахована особа має I, II групу інвалідності. Суд, виходячи з аналізу положень міжнародного та національного права, доходить висновку:

“Оскільки в Україні проголошена і діє загальна заборона дискримінації, а п. 2.25. Ліцензійних умов ще й наголошує на необхідній відповідності внутрішніх правил страховика вимогам законів України, наявність дискримінаційного положення в правилах страхування відповідача свідчить про порушення прав інвалідів.

Суд також наголошує на тому, що ст. 9 Конвенції про права інвалідів як основоположне право визначено право на доступність, що передбачає інваліди мають право мати доступ до всіх аспектів суспільного життя нарівні з іншими, зокрема, до фізичного оточення, до транспорту, до інформації та зв'язку і до інших об'єктів і послуг, що надаються населенню.

За викладених обставин суд доходить до висновку про можливість задоволення позовних вимог позивача, оскільки вони знайшли обґрунтоване підтвердження в ході судового розгляду та вказані пункти правил та договору дійсно порушують права позивача та інших осіб із інвалідністю на доступ до страхування”.

¹¹¹

Однак уже в апеляційному рішенні суд апеляційної інстанції залишає питання дискримінації без розгляду і доходить висновку про скасування рішення суду першої інстанції, оскільки позивач, на його думку, мав спочатку оскаржити спірні правила страхування до Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг або безпосередньо самого відповідача.

¹¹²

¹¹⁰ Рішення у справі № 826/10211/15 від 24 липня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/47612105>

¹¹¹ Рішення у справі справа № 201/13021/16-ц від 14 березня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65364042>

¹¹² Рішення апеляційної інстанції № 201/13021/16-ц від 22 серпня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68468003>

Надалі Постановою Верховного Суду від 31 жовтня 2019 року рішення Апеляційного суду скасовано, а рішення суду першої інстанції в цій справі залишено в силі.

Освіта

Серед справ щодо цієї сфери в якості прикладу варто навести два цікавих спірних питання щодо дошкільної освіти, а саме щодо вартості харчування у дошкільних дитячих закладах та щодо відсутності окремого порядку організації харчування для дітей з алергією, які розглядалися судами першої та другої інстанцій.

У першій скарзі щодо вартості харчування в дитячому дошкільному закладі позивач стверджував, що рішення виконкому Тернопільської міської ради про надання пільги на оплату харчування батькам дітей, які зареєстровані у місті Тернополі, порівняно із батьками дітей, зареєстрованих у передмісті, є дискримінаційним за ознакою місця реєстрації. Суд проводить ретельний аналіз, чи є порушене питання правом, чи становить пільгу, чи має бути у дизайні пільги застосовано принцип недискримінації, чи має бути дотримано обов'язок перенесення тягара доведення на відповідача:

“Поділ дітей за ознакою місця проживання в п. 2, 4, 8.6, 10.2 рішення виконавчого комітету Тернопільської міської ради за 131 від 22.02.2017 року «Про встановлення плати за харчування та порядок нарахування батьківської плати в дошкільних навчальних закладах та навчально виховних комплексах м. Тернополя», як підстава надання пільг у батьківській платі дітям, мешканцям міста Тернополя, не може вважатися виправданим та обґрунтованим, оскільки ознака місця проживання не свідчить про особливі потреби захисту зі сторони держави у вигляді пільг та компенсацій щодо мешканців певної територіальної одиниці (м. Тернополя), надання останнім спеціальних соціальних гарантій чи збереження їх (тернополяни) ідентичності.

Відтак суд вважає п. 2, 4, 8.6, 10.2 рішення виконавчого комітету Тернопільської міської ради за 131 від 22.02.2017 року «Про встановлення плати за харчування та порядок нарахування батьківської плати в дошкільних навчальних закладах та навчально виховних комплексах м. Тернополя», такими, що порушують права дітей, котрі відвідують ДНЗ та НВК, проте не мають місця проживання у м. Тернополі, передбачені ст. 14 та ст. 1 протоколу 12 Конвенції, за ознакою дискримінації місця проживання, а тому можна стверджувати, що ухваленням відповідачем вищезазначених пунктів спірного рішення, позивач та його дитина, як і інші діти, котрі відвідують ДНЗ та НВК м. Тернополя, проте в Тернополі не живуть, і їх батьки, зазнали непрямої дискримінації - склалася

ситуація, за якої внаслідок реалізації та застосування положень спірного рішення ВК ТМР для позивача та його дитини, як і інших дітей, котрі відвідують ДНЗ та НВК м. Тернополя, проте в Тернополі не живуть, і їх батьків за ознакою місця проживання виникли менш сприятливі умови та становище порівняно з дітьми та їх батьками, мешканцями м. Тернополя”.¹¹³

В іншій справі позивач вважає, що норми, затверджені постановою Кабінету Міністрів України “Про затвердження норм харчування у навчальних та дитячих закладах оздоровлення та відпочинку”, та нерозроблення дієти Міністерством охорони здоров’я України та відповідних змін до законодавчих актів є незаконними, а саме такими, що дискримінують дітей за станом здоров’я. Розглядаючи цю скаргу, суд не звертає уваги та окремо не аналізує питання дискримінації, до якої призводить відсутність регулювання, однак здійснює ретельний аналіз оскаржуваної норми та її недоліків, що призводять до порушення права на освіту:

“Так, спір виник внаслідок відсутності нормативного врегулювання певної сфери суспільних відносин в сфері охорони здоров’я, в чому суд вбачає бездіяльність незалежно від безпосереднього звернення позивача до Міністерства охорони здоров’я України з приводу даного питання. Обов’язковим таке звернення є тоді, коли мова йде про конкретну, чітко визначену дію, що не вчинено органом. В даному ж випадку, спірне питання є питання виконання Міністерством охорони здоров’я України своїх основних завдань і функцій, а тому суд вважає відсутність нормативного врегулювання харчування у дошкільних навчальних закладах дітей з лактазною недостатністю питанням загальнодержавного рівня, що є достатнім обґрунтуванням для висновків про допущену Міністерством охорони здоров’я України бездіяльність”.¹¹⁴

Кримінальна юстиція



Доступ ув’язнених до медичних послуг

Справи у цій категорії стосувалися переважно питань доступу до медичних послуг для ув’язнених (всього 19 документів),¹¹⁵ в яких суд найчастіше посилається на міжнародні стандарти, наприклад:

¹¹³ Рішення у справі №607/2986/17 від 5 травня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/66407159>

¹¹⁴ Рішення у справі № 640/7879/19 від 12 лютого 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87753611>

¹¹⁵ Під документами тут маються на увазі рішення суду та ухвали.

“ЄСПЛ у справі «Луценко проти України №2» послався на Рекомендацію Комітету міністрів державам-членам щодо Європейських пенітенціарних правил, затверджену 11 січня 2006 року на 952-му засіданні Заступників міністрів, яка передбачає систему керівних принципів стосовно умов тримання під вартою та надання послуг з охорони здоров’я, а саме: [...] п.40.3. Ув’язнені повинні мати доступ до медичних послуг, які існують у країні, без дискримінації за ознакою їхнього правового становища.

Таким чином, перелічені норми права законодавства України та судова практика Європейського суду з прав людини вимагає надання хворим ув’язненим доступу до медичних послуг, які існують у країні, без дискримінації за ознакою їхнього правового становища, у тому числі наявні в комунальних установах, включаючи вільний вибір лікаря”.¹¹⁶

Також справи стосувалися невнесення відомостей про вчинення кримінального правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, коли заявники зверталися із повідомленнями про порушення статті 161 Кримінального кодексу щодо них за ознаками інвалідності,¹¹⁷ місця проживання¹¹⁸ тощо. У звіті за 2019 рік вже зазначалося, що питання вдосконалення законодавства про дискримінацію актуальне й тому, що такі справи мають бути віднесені до інших категорій, наприклад, трудових спорів або адміністративних справ, але чинне законодавство і надалі містить поняття дискримінації в кримінальній площині.

Серед проаналізованих справ лише одна стосувалася злочинів на ґрунті ненависті, а саме гомофобного нападу. Представники потерпілих зазначають про те, що корисливий мотив був не у всіх учасників нападу, а один із нападників діяв “з мотивів гомофобії з метою приниження потерпілих та обмеження їх у реалізації права на особисте життя”. Суд, використовуючи некоректну термінологію,¹¹⁹ не передбачену законодавством, також наводить розрізнення між мотивом і приводом, якого кримінальне законодавство не передбачає:

“Доводи представника потерпілих про те, що мотивом нападу ОСОБА_5 було приниження потерпілих через їх нетрадиційну (гомосексуальну) орієнтацію, не знайшли свого підтвердження. Так, нетрадиційна сексуальна орієнтація потерпілих була лише приводом для вчинення цього злочину. Судами попередніх інстанцій обґрунтовано встановлено,

¹¹⁶ Ухвала у справі № 504/2283/16к від 12 березня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72665497>. Ця справа та інші аналогічні перебувають на контролі Кабінету Міністрів Ради Європи в рамках виконання Україною рішення ЄСПЛ у справі “Кац та інші проти України”.

¹¹⁷ Ухвала у справі № 676/441/20 від 13 лютого 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87578680>

¹¹⁸ Ухвала у справі № 265/3295/20 від 22 травня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89382330>

¹¹⁹ Наприклад, рекомендована термінологія наведена тут <https://bf.in.ua/lhbtik/homoseksualnist/>

що метою вчинення нападу на ОСОБА_3 та ОСОБА_4 поєднаного із застосуванням насильства, небезпечного для життя і здоров'я осіб, що зазнали нападу, було бажання засуджених заволодіти майном потерпілих.

З огляду на викладене доводи представника потерпілих щодо наявності в діях ОСОБА_5 складу іншого злочину, а саме злочину, передбаченого ч. 2 ст. 161 КК, є безпідставними”.

Використання експертних висновків Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справах про дискримінацію



Згідно зі змінами до Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” від 13 травня 2014 року,¹²⁰ суддям необхідно враховувати, що надання Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини (надалі Уповноважений) висновків у справах про дискримінацію за зверненням суду є одним із заходів протидії дискримінації, який регламентовано абз. 7 ч. 1 ст. 10 Закону N 5207-VI, як зназначає в своєму листі Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ (надалі ВСС).¹²¹

На звернення Уповноваженого, ВСС готує і направляє суддям роз’яснення щодо доцільності використання звернення до Уповноваженого та пояснює деякі його аспекти:

Звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справах про дискримінацію є інструментом забезпечення належного використання встановлених законодавством заходів запобігання та протидії дискримінації суддям, за наявності ознак обмеження особи у визнанні, реалізації або користуванні її правами і свободами в будь-якій формі, що охоплюються поняттям “дискримінація”, закріпленим у Законі. Повноваження суду щодо звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини для отримання висновку в справах про дискримінацію може бути реалізоване як з ініціативи суду, так і за клопотанням сторони у справі.

Доцільно реалізувати повноваження зі звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини для отримання відповідного висновку на підставі ч. 3 ст. 45 ЦПК.¹²²

¹²⁰ Зміни, внесені до Закону N 5207-VI Законом України від 13 травня 2014 року N 1263-VII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання та протидії дискримінації».

¹²¹ Лист від 16.02.2015 N 9-199/0/4-15 “Щодо необхідності отримання судами висновків Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справах про дискримінацію”, режим доступу: <http://consultant.parus.ua/?doc=09HHQF9E98>

¹²² Стаття 45 частина 3 ЦПК: Органи державної влади та органи місцевого самоврядування можуть бути залучені судом до участі в справі або взяти участь у справі за своєю ініціативою для подання висновків на виконання своїх повноважень. Участь зазначених органів у цивільному процесі для подання висновків у справі є обов’язковою у випадках, встановлених законом, або якщо суд визнає це за необхідне.

Також ВСС звертає увагу суддів на перенесення тягаря доказування та зазначає про необхідність розглядати справи про дискримінацію з урахуванням процесуальних вимог про обов'язок доказування у цій категорії справ, які містяться в частині 2 статті 81 ЦПК.¹²³

Надалі наводимо аналіз та цитати кількох справ, де позивачі просили суд направити запит про отримання експертного висновку Уповноваженого, та основні проблемні питання, які виникали за роки практики. Також важливо зазначити, що таких справ було вкрай мало – як позивачі, так і суди самостійно недостатньо використовують цей інструмент запобігання та протидії дискримінації та вкрай рідко звертаються до Уповноваженого.

Перша проблема – незрозуміння позивачами, як залучати Уповноваженого та в чому різниця між “залученням Уповноваженого у якості третьої сторони” та “запитом про експертний висновок”.

У справі № 823/351/17 позивач спочатку просить суд залучити Уповноваженого у якості третьої сторони, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору на стороні позивача, однак суд відхилив це клопотання, мотивувавши тим, що:

“... позивачем не зазначено яким чином рішення у даній справі може вплинути на права та обов'язки ОСОБА_4 Верховної Ради України з прав людини ОСОБА_5, тому приходить до висновку про відмову у задоволенні клопотання щодо залучення вказаної особи до участі у справі, в якості третьої особи”.¹²⁴

Після цього позивач подав інше клопотання про звернення до Уповноваженого за висновком про дискримінацію. Суд погодився із цим клопотанням і зазначив, що залучення висновку Уповноваженого можливе як з власної ініціативи суду, так і за клопотанням сторони, і ухвалив витребувати експертний висновок Уповноваженого. Для належного отримання висновку суд також робить паузу у справі та припиняє провадження терміном на 1 місяць.

Друга проблема – це питання належного оформлення витребування судом експертного висновку Уповноваженого та чи має суд припиняти провадження

¹²³ ч.2 статті 81 ЦПК: 2. У справах про дискримінацію позивач зобов'язаний навести фактичні дані, які підтверджують, що дискримінація мала місце. У разі наведення таких даних доказування їх відсутності покладається на відповідача.

У справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення вхід держави позивач зобов'язаний навести у позові фактичні дані, які підтверджують зв'язок активів з особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та їх необґрунтованість, тобто наявність визначеної частиною другою статті 290 цього Кодексу різниці між вартістю таких активів та законними доходами такої особи. У разі визнання судом достатньої доведеності зазначених фактів на підставі поданих позивачем доказів спростування необґрунтованості активів покладається на відповідача.

¹²⁴ Ухвала у справі № 823/351/17 від 6 березня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65160609>

на час, необхідний для отримання такого висновку. Суд аналізує в іншій справі № 320/5975/18 за позовом ГО “Правозахисне бюро “Ми – є!” до Чернівецької міської ради про підбурювання до дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації.

В суді першої інстанції позивач висунув клопотання про витребування висновку Уповноваженого, яке суд задовольнив, з огляду на положення статті 10 ЗУ “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” та положення частини 1 статті 102 Кодексу адміністративного судочинства України (надалі КАС України):

“Ухвалою Київського окружного адміністративного суду від 24.01.2019 призначено експертизу в адміністративній справі за позовом Громадської організації «Правозахисне бюро «Ми - є!» до Чернівецької обласної ради про визнання протиправними дій.

Відповідно до пункту четвертого частини другої статті 236 КАС України суд має право зупинити провадження у справі в разі призначення судом експертизи - до одержання її результатів.

Враховуючи викладене, суд дійшов висновку, що провадження в даній справі необхідно зупинити до моменту отримання судом висновку експерта”.¹²⁵

Не погоджуючись із запитом експертного висновку у Уповноваженого, відповідач у справі подав апеляційну скаргу, посилаючись на те, що висновок Уповноваженого не можна вважати експертним:

“Не погоджуючись з таким судовим рішенням, відповідач подав апеляційну скаргу, в якій просить його скасувати та направити справу для продовження розгляду до суду першої інстанції, посилаючись на те, що Уповноважений Верховної Ради з прав людини не є експертом, що у суду не було жодних правових підстав для призначення експертизи в даній справі з дорученням її проведення вказаному суб’єкту владних повноважень.

При цьому, апелянт наполягає на тому, що надання Уповноваженим Верховної Ради з прав людини висновку у справах про дискримінацію здійснюється в рамках парламентського контролю, а не в порядку проведення судової експертизи.

З цих та інших підстав апелянт вважає, що рішення суду першої інстанції прийнято з порушенням норм матеріального та процесуального права,

¹²⁵ Ухвала про призначення експертизи у справі №320/5975/18 від 24 січня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79374399>

що призвело до неправильного вирішення питання про призначення судової експертизи”.¹²⁶

Апеляційний суд, досліджуючи матеріали справи та аналізуючи рішення суду першої інстанції, аналізує положення Закону України “Про судову експертизу” та Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” і порівнює їх. В результаті суд доходить висновку про те, що Уповноважений не є експертом в розумінні положень ЗУ “Про судову експертизу” і тому не може бути залученим судовим експертом у справі (чого і не вимагав позивач, позивач висуває клопотання про витребування експертного висновку Уповноваженого в рамках лише положень статті 10 ЗУ “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”):

“У ст. 1 Закону України «Про судову експертизу» визначено, що судова експертиза - це дослідження на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об’єктів, явищ і процесів з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду.

Статтею 10 зазначеного Закону передбачено, що судовими експертами державних спеціалізованих установ можуть бути фахівці, які мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності.

До проведення судових експертиз, крім тих, що проводяться виключно державними спеціалізованими установами, можуть залучатися також судові експерти, які не є працівниками цих установ, за умови, що вони мають відповідну вищу освіту, освітньо-кваліфікаційний рівень не нижче спеціаліста, пройшли відповідну підготовку в державних спеціалізованих установах Міністерства юстиції України, атестовані та отримали кваліфікацію судового експерта з певної спеціальності у порядку, передбаченому цим Законом. <...>

<...> Отже, законодавством чітко визначено поняття судової експертизи та кваліфікаційні вимоги до осіб, які мають право проводити судову експертизу. Одними з таких вимог є наявність в особи кваліфікації саме судового експерта.

При цьому, висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справах про дискримінацію не є експертним висновком у розумінні вищенаведених спеціальних норм Закону України «Про судову

¹²⁶ Ухвала про зупинення провадження у справі №320/5975/18 від 24 січня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79373656>

експертизу», а Уповноважений Верховної Ради України з прав людини не має кваліфікації судового експерта.

З огляду на це, колегія суддів приходить до висновку, що в даному випадку відсутні правові підстави для призначення судової експертизи за заявою позивача про звернення суду до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо надання висновку в порядку ст. 10 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»».¹²⁷

В результаті цього аналізу апеляційний суд прирівнює у своєму висновку експертний висновок Уповноваженого у справах про дискримінацію та судову експертизу і відмовив позивачеві.

Окружний адміністративний суд Києва, куди повернулась на розгляд справа, проводить власний аналіз того, чи є експертний висновок Уповноваженого належним доказом, чи є він письмовим доказом, який може бути залучено у справі та чи є правомірною відмова суду у задоволенні клопотання позивача про залучення цього експертного висновку саме у справах про дискримінацію:

“За визначеннями статей 91, 96, 99 Кодексу адміністративного судочинства України, - висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини не є ні речовим доказом, ні електронним доказом, ні показами свідка. Такий висновок не може бути віднесений судом і до письмового доказу. Адже за визначенням статті 94 Кодексу адміністративного судочинства України, письмовий доказ це документи (крім електронних документів), які містять дані про обставини, що мають значення для правильного вирішення спору. Тобто письмовий доказ не може бути створений після виникнення самого спору і може містити лише дані (інформацію) щодо обставин справи, а не висновок, який передбачає оцінку певних обставин справи після виникнення спору.

Натомість поняття «висновок експерта», яке міститься в статті 101 Кодексу адміністративного судочинства України, дає суду можливість віднести висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини саме до цього виду доказів. Адже за змістом ч.1 ст.101 Кодексу адміністративного судочинства України, висновок експерта - це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, поставлені перед експертом, складений у порядку, визначеному законодавством. Дане визначення не містить вказівку на те, що питання віднесення висновку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини регулюється законом України «Про судову експертизу». Також з визначення ст.101

¹²⁷ Постанова у справі № 320/5975/18 від 20 березня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80579300>

Кодексу адміністративного судочинства України слідує, що поняття «висновок експерта», як доказу у справі, є ширшим поняттям від поняття «судова експертиза», що міститься в ст.1 Закону України «Про судову експертизу».

Не передбачає ототожнення і поняття «експерт», яке міститься в ч.1 ст.68 Кодексу адміністративного судочинства України з поняттям «судовий експерт», яке міститься в ст.10 Закону України «Про судову експертизу». Так, відповідно, віднесення особи до «експерта» в адміністративному судочинстві не вимагає від суду встановлення у особи відповідних повноважень і статусу саме «судового експерта» та права такої особи на провадження професійної судово-експертної діяльності”.¹²⁸

Суд також звертає увагу на відсутність можливості зупинити провадження до моменту отримання експертного висновку Уповноваженого:

“Зазначений висновок передбачений законодавцем як особливий вид експертизи антидискримінаційна експертиза. Даний висновок слідує, зі змісту норми п.1 ч.1 ст.1 Закону України Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні, а саме: антидискримінаційна експертиза - аналіз проектів нормативно-правових актів, за результатами якого надається висновок щодо їх відповідності принципу недискримінації. Відповідно до статті 10 Закону України Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні, повноваження по наданню висновків про дискримінацію за зверненням суду є винятковим повноваженням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

Оскільки в силу статей 10 Закону України Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні та статті 1 Закону України Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, винятково Уповноважений Верховної Ради України з прав людини може проводити спеціальну антидискримінаційну експертизу та надавати відповідний висновок, суд приходить до висновку про винесення ухвали про звернення до Уповноваженого Верховної Ради України про надання такого висновку.

Оскільки Кодексом адміністративного судочинства України не передбачено права суду зупинити провадження у справі на період виконання даної ухвали, суд, враховуючи принцип розумності строку розгляду адміністративної справи, передбачений п.8 ч.3 ст.2 КАС України, також ухвалив звернутись до Уповноваженого Верховної Ради

¹²⁸ Ухвала у справі №320/5975/18 від 14 травня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81756951>

України з прав людини з вимогою розгляду даної ухвали та складення відповідного висновку протягом мінімально достатнього терміну”.¹²⁹

Окремої уваги варта цитата Київського окружного адміністративного суду у відповідь на незгоду відповідача із затребуваним експертним висновком Уповноваженого, де суд вчергове наголошує на тому, що Уповноважений є спеціалізованим та єдиним органом, якому надано право складати висновки щодо наявності (чи відсутності) дискримінації, і питання до суду лише в належному процесуальному оформленні таких висновків:

“Суд звертає увагу, що повторне винесення ухвали про призначення експертизи було обгрунтовано законодавчою неможливістю віднести висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини до жодного з інших видів доказів, передбачених статтею 72 КАС України, окрім експертизи. Суд, висловлюючи “незгоду” з судом апеляційної інстанції прагнув забезпечити принцип офіційності у даній справі, витребуючи у єдиного уповноваженого органу, якому надано право складати висновок щодо наявності дискримінації, що становить предмет доведення у даній справі - Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини.

При цьому, суд апеляційної інстанції, скасовуючи ухвалу суду першої інстанції про призначення експертизи, не вказав на неналежність висновку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, як доказу у справі, вказавши лише на неналежність процесуальної форми витребування таких доказів”.¹³⁰

Також це одне з небагатьох рішень, де суд наводить належний аналіз змісту отриманого від Уповноваженого ВРУ з прав людини експертного висновку та використовує його у якості одного із аргументів:

“На ухвалу Київського окружного адміністративного суду щодо надання висновку про дискримінацію Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини надано висновок у справі №320/5975/18 про дискримінацію, згідно якого рішення Чернівецької обласної ради від 23.05.2019 № 73-22/18 є таким, що містить ознаки підбурювання до дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності й порушує права громадян, зокрема на свободу, свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань, збиратися мирно, проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, які закріплені міжнародним, національним законодавством.

¹²⁹ Ухвала у справі №320/5975/18 від 15 липня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83038638>

¹³⁰ Ухвала про відвід судді у справі №320/5975/18 від 28 листопада 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85957245>

Отже, з огляду на зазначений висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, суд констатує, що рішення Чернівецької обласної ради «Про звернення депутатів Чернівецької обласної ради VII скликання до Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України щодо захисту інституції сім'ї в Україні» за № 73-22/18 від 23.05.2018 прийнято з порушенням статті 6 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» з огляду на наявність у вказаному рішенні ознак підбурювання до дискримінації. Відповідно, дії Чернівецької обласної ради по зверненню до Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України про захист інституції сім'ї в Україні також носять ознаки підбурювання до дискримінації”.¹³¹

У справі № 297/377/18 цікавими є два аспекти, перший — це визначення захищеної ознаки позивачем: мова про повторну віктимізацію, або покарання за використання свого права на оскарження дискримінаційних дій:

“При цьому, позивач вказує, що дискримінація його з боку директора ДП «Берегівський лісгосп» мала місце у зв'язку з його зверненням чи наміру звернення до суду чи інших правоохоронних органів за захистом своїх прав. Тобто, в даному випадку позивач не вказує про наявність однієї з ознак дискримінації, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Крім того, ст. ст. 251, 252 ЦПК України чітко визначено підстави для зупинення провадження по справі, серед яких відсутнє прав чи обов'язок суду зупинити провадження по справі у зв'язку з зверненням до Уповноваженої Верховної Ради України з прав людини для отримання висновку”.¹³²

Заборона дискримінувати через використання свого права на оскарження, зазначена у частині 2 статті 14 “Про оскарження дій чи бездіяльності з питань дискримінації”, яка говорить про те, що:

“Реалізація зазначеного права не може бути підставою для упередженого ставлення, а також не може спричиняти жодних негативних наслідків для особи, яка скористалася таким правом, та інших осіб”.¹³³

У клопотанні про запит висновку Уповноваженого суд вирішує відмовити. В апеляції позивач повторно висунув клопотання про залучення експертного висновку Уповноваженого, яке було задоволено апеляційним судом. Другий

¹³¹ Рішення у справі № 320/5975/18 від 2 липня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90191887>

¹³² Ухвала у справі № 297/377/18 від 26 липня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75532927> і рішення у справі № 297/377/18 від 17 серпня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75990548>

¹³³ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>

цікавий аспект цієї справи — це міркування суду щодо належного оформлення та функцій Уповноваженого:

“Таким чином, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини може бути залучений судом на стадії апеляційного провадження до участі у справі для подання на виконання своїх визначених законом повноважень висновку у справі про дискримінацію. У цьому разі залучена до участі в справі особа має процесуальні права і обов’язки, встановлені статтею 43 ЦПК України, а також має право висловити свою думку щодо вирішення справи по суті (ст. 57 ч. 6 ЦПК України).

Зупинення провадження в справі у зв’язку із залученням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини для подання висновку на виконання своїх повноважень або у зв’язку із зверненням по такий висновок цивільним процесуальним законом не передбачено (ст.ст. 251, 252 ЦПК України). Не може бути витребувана будь-ким, рівно як і не може бути надіслана будь-кому поза визначеним процесуальним законом порядком цивільна справа, провадження в якій не закінчено, зокрема, справа, яка перебуває в провадженні апеляційного суду. Передбачених цивільним процесуальним законом підстав для надіслання справи Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини з метою надання останнім висновку в справі про дискримінацію немає.

Виходячи з наведеного та беручи до уваги необхідність повного і всебічного з’ясування обставин справи, забезпечення сторонам можливості належної реалізації процесуальних прав та виконання процесуальних обов’язків (ст. 12 ч.ч. 2, 3, 5, ст. 13 ч.ч. 1, 3, ст. 81 ч.ч. 1, 2, ст. 214 ч. 2, ст. 263 ч. 5, інші норми ЦПК України), клопотання позивача підлягає задоволенню частково. Належною процесуальною формою отримання судом висновку у справі про дискримінацію є залучення відповідно до ст. 56 ч. 6 ЦПК України Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини до участі у справі для подання такого висновку з врахуванням необхідності вирішення трудового спору в розумний строк”.¹³⁴

Цікавим та важливим для цілей цього дослідження є розгляд практики судів у справі № 804/2823/16, яка стосувалася трудового спору, пройшла всі судові інстанції та навіть містить окрему думку суддів Верховного суду України.

По-перше, в цій справі є добре сформульована (та зрозуміла, на відміну від багатьох інших справ) позовна вимога щодо визнання факту дискримінації:

¹³⁴ Ухвала у справі № 297/377/18 від 24 лютого 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87983970>

“2.1 Визнати рішення та дії НБУ стосовно позивачки (незарахування її до кадрового резерву, відмову у переведенні до центрального апарату, незаконне звільнення з роботи, обмеження у доступі до професії, службової діяльності та посад), вчинені на підставі Положення № 96, незаконними і дискримінаційними за ознаками статі, віку, освіти при реалізації позивачкою права на працю з порушенням приписів антидискримінаційного законодавства.

2.2 Визнати дискримінацію з боку НБУ стосовно позивачки за ознаками статі, віку, освіти тощо при проходженні та звільненні з державної служби на підставі Положення № 96”.¹³⁵

Суд першої інстанції на клопотання від представника позивачки про витребування від Уповноваженого експертного висновку зазначає:

“Клопотання обґрунтовано тим, що витребуваний висновок може вплинути на повне і всебічне з’ясування обставин та здійснення повного захисту основоположних прав, свобод та інтересів ОСОБА_5 у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку суб’єкта владних повноважень.

Дослідивши матеріали справи та проаналізувавши зміст норм права, що регулюють дане питання, суд приходить до висновку про задоволення заявленого клопотання, з огляду на наступне. Частиною 3, 4, 5 ст.71 КАС України визначено, що якщо особа, яка бере участь у справі, не може самотійно надати докази, то вона повинна зазначити причини, через які ці докази не можуть бути надані, та повідомити, де вони знаходяться чи можуть знаходитися. Суд сприяє в реалізації цього обов’язку і витребує необхідні докази. Про витребування доказів або про відмову у витребуванні доказів суд постановляє ухвалу. Ухвала суду про відмову у витребуванні доказів окремо не оскаржується. Заперечення проти неї може бути включене до апеляційної чи касаційної скарги на рішення суду, прийняте за наслідками розгляду справи.

Суб’єкт владних повноважень повинен подати суду всі наявні у нього документи та матеріали, які можуть бути використані як докази у справі. У разі невиконання цього обов’язку суд витребує названі документи та матеріали.

Суд може збирати докази з власної ініціативи. Згідно вимог ч. 1 та ч. 3 ст. 79 КАС України - письмовими доказами є документи (у тому числі електронні документи), акти, листи, телеграми, будь-які інші письмові

¹³⁵ Постанова у справі № 804/2823/16 від 1 квітня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89082843>

записи, що містять в собі відомості про обставини, які мають значення для справи.

Письмові докази, які витребує суд, надсилаються безпосередньо до адміністративного суду. Суд може також уповноважити заінтересовану сторону або іншу особу, яка бере участь у справі, одержати письмовий доказ для надання його суду.

Для повного, всебічного та об'єктивного вирішення справи, суд вважає за необхідне витребувати від Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини висновок щодо провадження, яке було відкрито 12 березня 2016 року за зверненням ОСОБА_5 стосовно дискримінації за статтю та віком при реалізації права на працю в Національному банку України”.¹³⁶

Суд апеляційної інстанції використовує отриманий висновок Уповноваженого для аргументації на користь наявності дискримінації:

“З урахуванням приписів Законів України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» та «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», оскільки предметом розгляду даної адміністративної справи крім поновлення на роботі є й питання про дискримінацію, ст.ст.2, 9 КАС України, ухвалою суду від 19.02.2018 р. по справі № 804/2823/16 задоволено клопотання представника позивача та витребувано в Уповноваженого Верховної Ради України висновок.

Згідно висновку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справі про дискримінацію від 04.06.2018 р., який надійшов до суду 14.06.2018 р. (т.4 а.с.115-121), встановлено, що незарахування ОСОБА_7 до кадрового резерву Національного банку України, яке стало однією з підстав неможливості продовження роботи позивачки в системі Національного банку України, становить пряму дискримінацію за ознакою віку та статі”.¹³⁷

Цікавим є також рішення апеляційного суду вийти за межі позовних вимог у цій справі:

“Враховуючи, що однією з вимог позивача є визнання рішення і дій (не зарахування до кадрового резерву, відмови у переведенні до центрального апарату, незаконного звільнення з роботи, обмеження у доступі до професії, службової діяльності та посад) НБУ, вчинені на підставі Постанови Правління Національного банку України від 17.03.2006р. № 96

¹³⁶ Ухвала у справі №804/2823/16 від 30 листопада 2016 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68399340>

¹³⁷ Постанова у справі № 804/2823/16 від 17 січня 2019 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79376437>

стосовно позивача незаконними, як такими, що завдали дискримінації за ознаками статі, віку, освіті при реалізації права позивача на працю з порушенням положень антидискримінаційного законодавства, а з матеріалів справи вбачається безпідставне припинення відповідачем перебування ОСОБА_7 у кадровому резерві, суд вважає за можливе, в порядку ч.2 ст.9 КАС України вийти за межі позовних вимог в цій часті. А саме: визнати протиправними дії Національного банку України щодо припинення перебування ОСОБА_7 у кадровому резерві Управління Національного банку України в Дніпропетровській області”.¹³⁸

Варті уваги й рішення ВСУ та окрема думка трьох суддів до цього рішення, оскільки обидва документи зачіпають питання експертного висновку Уповноваженого у справах про дискримінацію та необхідності врахування судами таких висновків, як належних доказів:

“76. Велика Палата Верховного Суду також погоджується з висновком апеляційного суду про те, що висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у справі про дискримінацію від 04 червня 2018 року не може вважатись доказом у розумінні приписів статей 73-76 КАС України, оскільки вищезазначені обставини при вирішенні питання щодо дискримінації позивачки за віком не враховувались. При цьому у вказаному висновку також було зазначено, що відповідно до матеріалів судової справи встановлені й інші причини відмови у зарахуванні позивачки до кадрового резерву, зокрема рівень освіти”.¹³⁹

Натомість троє суддів у окремій думці до цього рішення звертають увагу на такі аспекти цієї справи (крім розгляду іншого, дуже важливого питання підсудності, чи є це цивільно-правові чи адміністративні відносини):

“26. По-друге, Велика Палата Верховного Суду у постанові погодилася і з твердженням апеляційного суду про те, що висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини не може вважатись доказом у розумінні приписів статей 73-76 КАС України. Вважаємо, що юридичних підстав для такої згоди не було.

26.1. Статті 73-76 КАС України визначають принципи належності, допустимості, достовірності та достатності доказів. У чому полягає одночасно неналежність, недопустимість, недостовірність і недостатність висновку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини для підтвердження факту дискримінації позивачки за ознаками статі та віку, не пояснили ні суд апеляційної, ні суд касаційної інстанції.

¹³⁸ Там же.

¹³⁹ Постанова у справі № 804/2823/16 від 1 квітня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89082843>

26.2. Крім того, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини належить до суб'єктів, наділених повноваженнями щодо Єдиний державний реєстр судових рішень 20.12.2021, 16:41 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89793579> Page 7 of 7 запобігання та протидії дискримінації (абзац третій частини першої статті 9 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»). І одним із таких повноважень є надання висновків у справах про дискримінацію за зверненням суду (абзац восьмий частини першої статті 10 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»). Отож, вочевидь, не може бути неналежним доказом, тобто таким, який не містить інформацію щодо предмета доказування (частина перша статті 73 КАС України), висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 4 червня 2018 року, в якому підтверджений факт дискримінації позивачки за ознаками статі та віку, на що вона, зокрема, скаржилася до суду.

26.3. В ухвалі від 19 лютого 2018 року суд першої інстанції вказав, що оскільки за відсутності висновку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини подальший розгляд справи може бути необ'єктивним, то з урахуванням принципу змагальності сторін, диспозитивності й офіційного з'ясування всіх обставин у справі, необхідно витребувати такий висновок. З огляду вже навіть на вказане суд апеляційної інстанції та Велика Палата Верховного Суду не мали підстав вважати висновок Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 4 червня 2018 року недопустимим доказом, тобто таким, який одержаний з порушенням встановленого законом порядку (частина перша статті 74 КАС України)".¹⁴⁰

Ще один ключовий для доказування справ про дискримінацію аргумент, про який не згадують належним чином українські суди першої та другої інстанції, але на який слушно звертають увагу трійка суддів ВСУ в окремій думці до цього рішення — це питання обов'язку доказування у справах про дискримінацію та його належності:

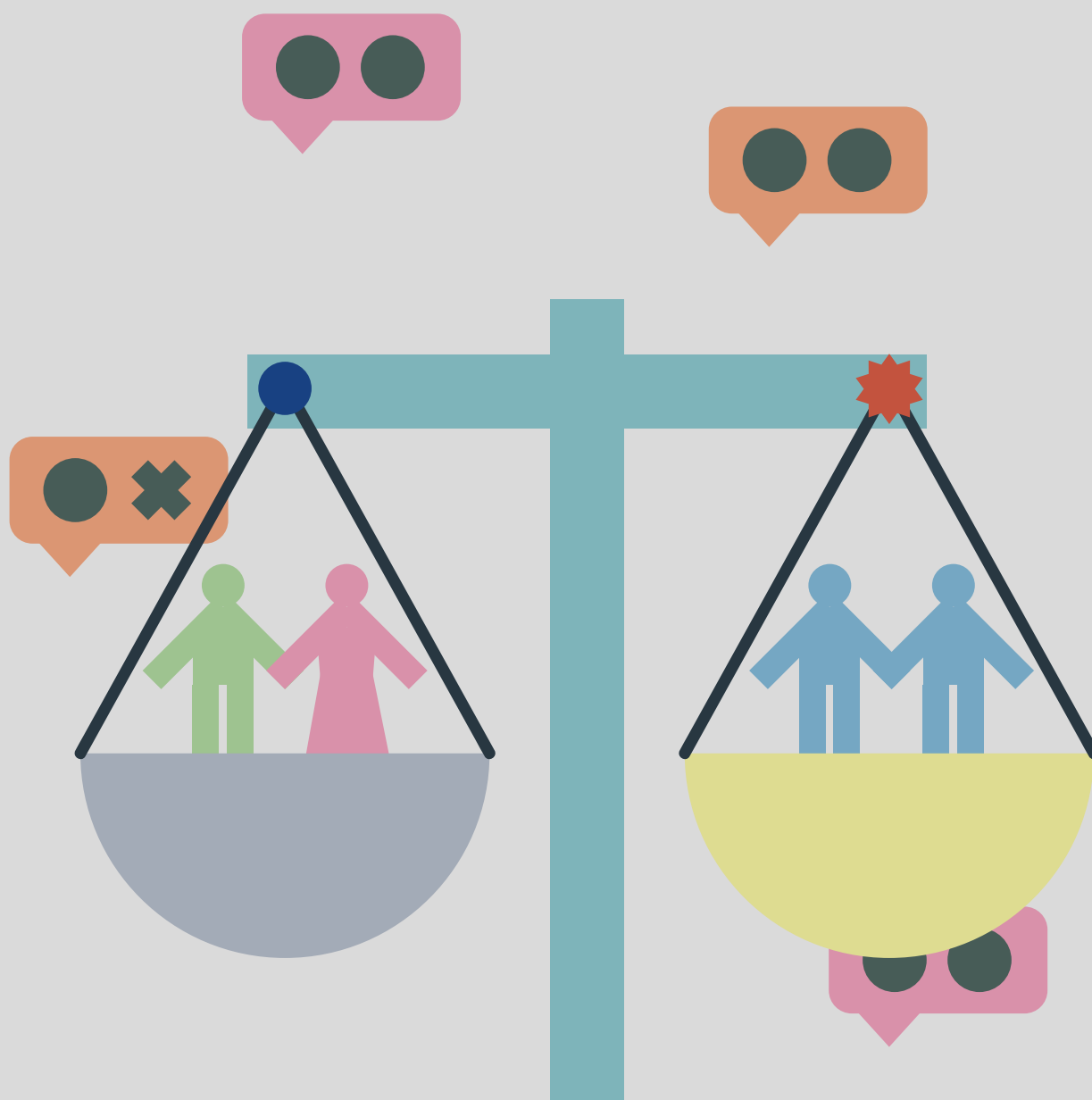
“Зрештою, у цій справі обов'язок щодо доказування правомірності рішення, дії чи бездіяльності покладалася на НБУ, а не на позивачку (частина друга статті 77 КАС України). НБУ заперечувало проти вимоги позивачки щодо її дискримінації насамперед тим, що ця вимога є безпідставною на необґрунтованою, не підтвердженою жодними доказами (заперечення проти адміністративного позову - т. 2, а. с. 18-22; відзив на адміністративний позов - т. 3, а. с. 173-177). А вже у відзиві на апеляційну скаргу НБУ стверджувало про те, що зарахування

¹⁴⁰ Окрема думка (розбіжна) суддів Великої Палати Верховного Суду Д. А. Гудими, Н. П. Лященко, О. М. Ситнік у справі № 804/2823/16 від 14 червня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89793579>

до кадрового резерву є не обов'язком, а правом роботодавця, який не зарахував позивачку до кадрового резерву саме через низький рівень виконання нею обов'язків, а не через дискримінацію за віком (т. 5, а. с. 14-17) (заперечень щодо скарг на дискримінацію за ознакою статі НБУ не наводив). Проте, на нашу думку, у Великої Палати Верховного Суду не було підстав вважати, що такими доводами НБУ виконав припис частини другої статті 77 КАС України та довів відсутність дискримінації позивачки. Навпаки, незважаючи на твердження відповідача про те, що саме позивачка не підтвердила вимогу щодо її дискримінації жодними доказами, НБУ ніяк не спростував доводи, викладені у висновку Уповноваженого Верховної ради України з прав людини від 4 червня 2018 року".¹⁴¹

Незважаючи на невелику кількість справ, де позивачі запитували, а суди задовольняли клопотання про звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини на отримання експертного висновку у справах про дискримінацію, вже є сформульована та підтверджена висновками Верховного Суду України практика, яка засвідчує важливість та доцільність використання цього інструменту запобігання та захисту від дискримінації і яку варто використовувати в судах всіх інстанцій.

Використання стандартів та цитування практики ЄСПЛ



Аналіз всього масиву рішень показав, що протягом останніх років (орієнтовно 2015–2020 роки) суди найчастіше використовують посилання на доволі стандартний набір рішень ЄСПЛ та відповідно закріплені там стандарти. Такий підхід можна рекомендувати використовувати й розвивати і надалі (див. приклади вище, зокрема, цитування рішень у справах “Тлімменос проти Греції”, “Константін Маркін проти Росії”, “Пічкур проти України”, “Веллер проти Угорщини”, “Федорченко і Лозенко проти України” та інші).¹⁴²

Однак також варто відзначити, що існуюча на сьогодні практика ЄСПЛ за статтею 14 Конвенції та за Протоколом 12 набагато різноманітніша за звичайно цитовані українськими судами правові стандарти, тож суддям варто звернути увагу на ширше коло справ і застосовувати новітні напрацьовані ЄСПЛ підходи в широкому розумінні.

Найчастіше українські суди у справах про дискримінацію цитують практику ЄСПЛ щодо наступних стандартів (що серед іншого вказує на пов'язаність питання дискримінації з іншими порушеннями прав людини та важливість його окремого ретельного розгляду).

Питання верховенства права та правової визначеності

“Частиною першою статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачено що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав та свобод людини та практику суду як джерело права. У преамбулі та статті 6 параграфу 1 Конвенції, у рішенні Європейського суду з прав людини від 25 липня 2002 року у справі «Совтрансавто-Холдінг» проти України» (заява № 48553/99), а також у рішенні Європейського суду з прав людини від 28 жовтня 1999 року у справі «Брумареску проти Румунії» (заява № 28342/95) встановлено, що існує усталена судова практика конвенційних органів щодо визначення основним елементом верховенства права принципу правової певності, який передбачає серед іншого і те, що у будь-якому спорі рішення суду, яке вступило в законну силу, не може бути поставлено під сумнів.

Європейський суд з прав людини зазначив, що одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип юридичної визначеності, який передбачає повагу до принципу *res judicata* - принципу остаточності рішень суду. Цей принцип наголошує, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду просто

¹⁴² Звертаємо також увагу на те, що в різних рішеннях використовується різний підхід до вказання повної назви справи, різні стандарти перекладу іншомовних імен та прізвищ позивачів тощо, у якості рекомендації, судам варто уніфікувати підходи до використання назв рішень ЄСПЛ в українській судовій практиці.

тому, що вона має на меті добитися нового слухання справи та нового її вирішення. Повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підміняти собою апеляцію, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть мати місце лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру (PONOMARYOV v. UKRAINE, № 3236/03, § 40, ЄСПЛ, 03 квітня 2008 року)".¹⁴³

Питання належного урядування

"Зокрема, у справі «Рисовський проти України» (заява № 29979/04) Суд підкреслив особливу важливість принципу «належного урядування». Він передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема, якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб (рішення у справах «Беєлер проти Італії» [ВП] (Beyeler v. Italy [GC]), заява № 33202/96, п. 120, ECHR 2000-I, «Онер`їлдіз проти Туреччини» [ВП] (Oneryildiz v. Turkey [GC]), заява № 48939/99, п. 128, ECHR 2004-XII, S.r.l. проти Молдови» (S.r.l. v. Moldova), заява № 21151/04, п. 72, від 8 квітня 2008 року, і «Москаль проти Польщі» (Moskal v. Poland), заява № 10373/05, п. 51, від 15 вересня 2009 року). Зокрема, на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок (наприклад, рішення у справах «Лелас проти Хорватії» (Lelas v. Croatia), заява № 55555/08, п. 74, від 20 травня 2010 року, і «Тошкуце та інші проти Румунії» (Toscuta and Others v. Romania), заява № 36900/03, п. 37, від 25 листопада 2008 року) і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси (рішення у справах «Онер`їлдіз проти Туреччини» (Oneryildiz v. Turkey), п. 128, та «Беєлер проти Італії» (Beyeler v. Italy), п. 119)".

Принцип «належного урядування», як правило, не повинен перешкоджати державним органам виправляти випадкові помилки, навіть ті, причиною яких є їхня власна недбалість (див. зазначене вище рішення у справі «Москаль проти Польщі» (Moskal v. Poland), п. 73). Будь-яка інша позиція була б рівнозначною, *inter alia*, санкціонуванню неналежного розподілу обмежених державних ресурсів, що саме по собі суперечило б загальним інтересам (див. там само). З іншого боку, потреба виправити минулу «помилку» не повинна непропорційним чином втручатися в нове право, набуте особою, яка покладалася на легітимність добросовісних дій державного органу (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі

¹⁴³ Рішення у справі № 344/17247/19 від 24 вересня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91818575>

«Пінкова та Пінк проти Чеської Республіки» (Pincova and Pine¹⁴⁴ v. the Czech Republic), заява № 36548/97, п. 58, ECHR 2002-VIII)”.¹⁴⁵

Принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя

“Суд також ураховує позицію ЄСПЛ (в аспекті оцінки аргументів учасників справи в касаційному провадженні), сформовану в пункті 58 рішення від 10 лютого 2010 року в справі «Серявін та інші проти України» (заява №4909/04): згідно з його усталеною практикою, яка відображає принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя, у рішеннях судів та інших органів з вирішення спорів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються; хоча пункт 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент; міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною в залежності від характеру рішення (пункт 29 рішення від 09 грудня 1994 року в справі «Руїс Торіха проти Іспанії» («Ruiz Torija v. Spain»)), заява №18390/91).¹⁴⁶

Суд також враховує позицію Європейського суду з прав людини (в аспекті оцінки аргументів учасників справи у касаційному провадженні), сформовану, зокрема у справах «Салов проти України» (заява № 65518/01; від 6 вересня 2005 року; пункт 89), «Проніна проти України» (заява № 63566/00; 18 липня 2006 року; пункт 23) та «Серявін та інші проти України» (заява № 4909/04; від 10 лютого 2010 року; пункт 58): принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя, передбачає, що у рішеннях судів та інших органів з вирішення спорів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються; хоча пункт 1 статті 6 Конвенції зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент; міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною в залежності від характеру рішення (див. рішення у справі «Руїс Торіха проти Іспанії» (Ruiz Torija v. Spain) серія А. 303-А; 09 грудня 1994 року, пункт 29)”.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Вказуючи англійську назву цього рішення, суд припустився помилки: назва має бути “Pincová and Pinc v. the Czech Republic”

¹⁴⁵ Рішення № 640/12695/19 від 23 березня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88353353>

¹⁴⁶ Рішення № 640/293/19 від 21 липня 2020 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90497920>

¹⁴⁷ Рішення у справі № 826/12123/16 від 20 грудня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78808062>

Питання пропорційності обмеження прав людини

“У справі Тросін проти України (Рішення від 23 лютого 2012 року), Європейський суд з прав людини, зокрема, зазначив, що окрім законності оскаржуваного рішення суб'єкта владних повноважень адміністративні суди повинні перевіряти і його пропорційність. Так, ЄСПЛ тлумачить принцип пропорційності рішень як дотримання справедливого балансу між інтересами суспільства та обов'язком забезпечити право людини. Отже, право людини може бути обмежене лише настільки, наскільки цього потребують інтереси суспільства.

В даному випадку оскаржуваним рішенням порушено вказаний принцип пропорційності. Не дотримано необхідного балансу між метою яку переслідувала держава і наслідками які настали для внутрішньо переміщеної особи”.¹⁴⁸

Про позитивні зобов'язання держави за статтею 1 Конвенції у справах, пов'язаних з територіями, над якими держава не здійснює ефективний контроль

“Відповідно до мотивів та обставин, викладених у Рішенні ЄСПЛ від 08 липня 2004 року у справі «Ілашку та інші проти Молдови та Росії», ЄСПЛ, задовольняючи позов щодо Молдови, визнав, що Уряд Молдови, який є єдиним законним Урядом Республіки Молдова за міжнародним правом,- не здійснював влади¹⁴⁹ над частиною своєї території, яка перебуває під ефективним контролем «Молдавської Республіки Придністров'я». Однак, навіть за відсутності ефективного контролю над Придністровським регіоном, Молдова все ж таки має позитивне зобов'язання за статтею 1 Конвенції вжити заходів, у рамках своєї влади та відповідно до міжнародного права, для захисту гарантованих Конвенцією прав заявників. Враховуючи, що рішення ЄСПЛ є джерелом права та обов'язковими для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції, суди при розгляді справ зобов'язані враховувати практику ЄСПЛ, у тому числі і рішення в справах «Пічкур проти України», «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» як джерело права відповідно до статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Рішення у справі № 826/12123/16 від 20 грудня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78808062>

¹⁴⁹ Рекомендоване формулювання за міжнародними стандартами - “наявність/відсутність ефективного/фактичного контролю” (див., наприклад, <https://www.kmu.gov.ua/news/249734247>)

¹⁵⁰ Рішення у справі № 805/1901/18-а від 19 квітня 2018, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73507092>

Про вимогу наявності у національному праві засобу ефективного юридичного захисту (стаття 13 Конвенції)

“При вирішенні справи судом враховано правову позицію ЄСПЛ, який зазначив, що ст. 13 Конвенції вимагає наявності у національному законодавстві ефективного засобу юридичного захисту у зв’язку зі скаргами, які розумінні Конвенції можуть вважатися «небезпідставними» (рішення у справі «Кіган проти Сполученого Королівства» (Keegan v. the United Kingdom), заява № 28867/03, п. 40; рішення у справі «Багієва проти України» (Bagiyeva v. Ukraine), заява № 41085/05, п. 57).

До того ж ЄСПЛ у рішенні у справі «Зінченко проти України» (case of Zinchenko v. Ukraine, заява № 63763/11) зазначив, що ст. 13 Конвенції гарантує на національному рівні доступність засобу юридичного захисту, здатного забезпечити втілення в життя змісту конвенційних прав і свобод, незалежно від того, у якій формі вони закріплені в національному правовому порядку (п. 108 рішення).

Водночас у п. 110 рішення у справі «Вінтман проти України» (Vintman v. Ukraine, заява № 28403/05) ЄСПЛ зазначив, що «для того, щоб відповідати вимогам статті 13 Конвенції, засоби юридичного захисту повинні бути ефективними як у теорії, так і на практиці, зокрема органи державної влади держави-відповідача своїми діями або бездіяльністю не повинні невинуватити та необґрунтовано перешкоджати їхньому використанню (див. рішення від 18 грудня 1996 року у справі «Аксой проти Туреччини» (Aksoy v. Turkey), п. 95, Reports of Judgments and Decisions 1996-VI). Іншими словами, для того, щоб бути ефективним, засіб юридичного захисту має бути незалежним від будь-якої дискреційної дії державних органів влади; бути безпосередньо доступним для тих, кого він стосується (див. рішення від 6 вересня 2005 року у справі «Гурепка проти України» (Gurepka v. Ukraine), заява № 61406/00, п. 59); спроможним запобігти виникненню або продовженню стверджуваного порушення чи забезпечити належне відшкодування за будь-яке порушення, яке вже мало місце (див. рішення у справі «Кудла проти Польщі» (Kudla v. Poland) [ВП], заява № 30210/96, п. 158, ECHR 2000-XI)”.¹⁵¹

¹⁵¹ Рішення у справі № 826/10049/17 від 27 червня 2018 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74975808>

Про підходи ЄСПЛ щодо права власності та втручання у право власності, яке може становити порушення Першого Протоколу Конвенції у сукупності із порушенням статті 14 Конвенції та Протоколу 12

“За правовою позицією Європейського Суду з прав людини, право на соціальні виплати є майновим правом, передбаченим ст. Першого протоколу Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, і зменшення розміру або припинення виплати належним чином встановленої соціальної допомоги може становити втручання у право власності (рішення у справі «Хонякіна проти Грузії» (Khoniakina v. Georgia), № 17767/08, пункт 72, від 19 червня 2012 року). Бездіяльність держави щодо прийняття нормативного акту, який визначає механізм реалізації прав та свобод громадян, закріплених у конституційних та інших, актах, тримання громадян у невизначеності є невинуватим втручанням у права, передбачені ст. 1 Першого протоколу (рішення у справі «Суханов та Ільченко проти України» (Sukhanov and Ilchenko v. Ukraine), № 68385/10 та 71378/10), від 26 вересня 2014 року)”.¹⁵²

" Враховуючи те, що майновий інтерес позивача ґрунтується на положеннях чинного законодавства, зокрема, ст. 14 Закону України «Про пенсійне забезпечення», стандарти ЄСПЛ можуть і повинні бути застосовані до цього випадку. ЄСПЛ неодноразово у своїх рішеннях зазначав, що предмет і мета Конвенції як інструменту захисту прав людини потребують такого тлумачення і застосування її положень, завдяки яким гарантовані нею права були б не теоретичними чи ілюзорними, а практичними та ефективними (п. 53 рішення у справі «ОСОБА_3 проти України», п. 59 рішення у справі «Мельниченко проти України», п. 50 рішення у справі «Чуйкіна проти України» тощо).

Відповідно до ст. 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою - статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою. А в ст. 1 Протоколу № 12 до цієї Конвенції передбачена загальна заборона дискримінації: 1. Здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою

¹⁵² Рішення у справі Справа № 426/542/17 від 1 лютого 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/64458755>

ознакою. 2. Ніхто не може бути дискримінований будь-яким органом державної влади за будь-якою ознакою, наприклад за тими, які зазначено в пункті 1”.¹⁵³

Щодо гендерної рівності

“Європейський суд з прав людини, юрисдикція якого поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції (пункт 1 статті 32 Конвенції) у своєму рішенні від 22 березня 2012 року у справі № 30078/06 «ОСОБА_4 [Константин Маркін] проти Російської Федерації»¹⁵⁴ зазначив, що просування гендерної рівності є однією з цілей кожної держави-члена Ради Європи. Тому в основі відмінного ставлення, яке могло б бути виправданим з точки зору Конвенції, повинні бути вагомі причини. Відсилання до традицій, гендерних упереджень чи поширеної серед жителів відповідної країни думки не є достатнім виправданням для відмінного ставлення за ознакою статі. Справді стаття 8 Конвенції не передбачає ні права на отримання відпустки для догляду за дитиною, ні права на отримання відповідної допомоги, однак така відпустка і допомога в принципі охоплюються гарантіями статті 8. Звідси випливає, що стаття 14 Конвенції у взаємозв'язку з статтею 8 Конвенції є такою, що підлягає застосуванню. Відповідно, якщо держава вирішує встановити систему відпусток для догляду за дитиною, вона повинна зробити це у спосіб, сумісний зі статтею 14 Конвенції.

Також Європейський суд з прав людини зазначив, що у питаннях відпустки для догляду за дитиною і відповідних виплат чоловіки знаходяться в аналогічній ситуації по відношенню до жінок. На відміну від відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами, яка забезпечує жінці можливість відновлення після пологів та вигодовування своєї дитини, якщо вона цього бажає, відпустка по догляду за дитиною і пов'язані з нею виплати відносяться до наступного періоду, який має за мету забезпечити одному з батьків можливість знаходитись вдома і особистого догляду за дитиною.

Європейський суд з прав людини констатував, що неможливість використання відпустки для догляду за дитиною військовослужбовцями мужчинами, в той час коли військовослужбовці жінки мають на це право, не може бути розумно і об'єктивно виправдано, а відповідно відмінність у відношенні, якої зазнав заявник, повинна бути прирівняна до дискримінації за ознакою статі”.¹⁵⁵

¹⁵³ Постанова у справі №415/3024/17 від 30 листопада 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/70644447>

¹⁵⁴ Примітка укладачок, мається на увазі справа “Константин Маркін проти Росії”

¹⁵⁵ Рішення у справі № 876/9214/17 від 5 жовтня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/69465532>

Про доступ ув'язнених до медичних послуг без дискримінації

“Європейський суд з прав людини у справі «Луценко проти України №2» (заява 29334/11) послався на Рекомендацію Кес(2006)2 Комітету міністрів державам-членам щодо Європейських пенітенціарних правил, затверджену 11 січня 2006 року на 952-му засіданні Заступників міністрів, яка передбачає систему керівних принципів стосовно умов тримання під вартою та надання послуг з охорони здоров'я”.¹⁵⁶

Відмінність у ставленні буде дискримінаційною, якщо вона не має легітимної мети

“Як зазначено у пунктах 48 та 49 Рішення Європейського суду з прав людини від 07.11.2013 р. («Справа «Пічкур проти України») практикою Суду встановлено, що дискримінація означає поводження з особами у різний спосіб, без об'єктивного та розумного обґрунтування, у відносно схожих ситуаціях (рішення у справі «Вілліс проти Сполученого Королівства», заява № 36042/97, п. 48, ECHR 2002-IV).

Відмінність у ставленні є дискримінаційною, якщо вона не має об'єктивного та розумного обґрунтування, іншими словами, якщо вона не переслідує легітимну ціль або якщо немає розумного співвідношення між застосованими засобами та переслідуваною ціллю. Договірна держава користується свободою розсуду при визначенні того, чи та якою мірою відмінності в інших схожих ситуаціях виправдовують різне ставлення (рішення від 21 лютого 1997 року у справі «Ван Раалте проти Нідерландів», п. 39, Reports 1997-I)”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Ухвала у справі № 523/1823/15-к від 13 грудня 2017 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/71036080>

¹⁵⁷ Постанова у справі № 826/17587/14 від 22 січня 2015 року, режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/42444834>

Висновки і рекомендації



- Питання дискримінації стосуються дуже широкого спектру сфер життя, а також великої кількості осіб з різними захищеними ознаками. Саме тому справи, в яких йдеться про дискримінацію, можуть трапитися будь-де, незалежно від регіону або форми судочинства. І це головна причина, чому судам для формування позиції суду на засадах принципу верховенства права важливо звернути увагу на вироблення уніфікованих підходів до їхнього розгляду і належного захисту та відновлення порушених прав.
- Хоча наявність окремого антидискримінаційного закону не є обов'язковою запорукою запобігання дискримінації, як показує практика, із прийняттям спеціалізованого законодавства стало більше як звернень, так і справ, у яких питання дискримінації враховане. Проте існують і інші нормативні акти, які варто враховувати судам, наприклад КЗпП, ЄКПЛ, окремі Закони України тощо.
- Загалом, попри роки існування окремого Закону, суди досі намагаються уникати констатації порушення права не бути підданим дискримінації, надаючи дискримінації дуже мало уваги в аналізі справи та майже не висуваючи аргументів щодо того, чому, на думку суду, у справі не було дискримінації.
- Існує потреба у роз'ясненні для суддів форм дискримінації на прикладах із судової практики на національному рівні та практики ЄСПЛ, включаючи при цьому ґрунтовний аналіз щодо важливості поєднання підходу українського антидискримінаційного Закону та підходів, напрацьованих ЄСПЛ¹⁵⁸, а також пояснення інших форм дискримінації для покращення аналізу обставин справи та належної їхньої оцінки.
- Існує потреба навчання суддів щодо переліку захищених ознак, зокрема розгляду питань можливих варіантів формулювання ознак та розуміння конструкту "інші ознаки". Важливо також навчити суддів проводити належний пошук та аналіз компаратора задля всебічного розгляду заяви про можливу дискримінацію.
- Вкрай важливим для уважного аналізу справ, де з'являється дискримінація, є розвиток підходів суду, заснованих на засадах верховенства права, коли суди розуміють, в тому числі, що норми українського законодавства можуть також призводити до порушень прав людини.
- Лише в деяких виняткових справах, де суд "бачить" дискримінацію, можна знайти аргументи, які частково відповідають тесту, розробленому ЄСПЛ для розгляду таких справ. В переважній більшості проаналізованих справ аналіз дискримінації не відповідає вимогам тесту ЄСПЛ. І хоча

¹⁵⁸ Мається на увазі співвіднесення справ із різними формами дискримінації відповідно до українського законодавства із підходом ЄСПЛ (див. докладніше аналіз цього питання, наприклад, у рішеннях у справах D.H. та інші проти Чеської Республіки, Тлімменос проти Греції та інші).

суди (зокрема ВСУ)¹⁵⁹ посилаються на відповідні рішення ЄСПЛ щодо того, що суд не зобов'язаний відповідати на аргументи сторін, як і проводити аналіз кожного окремого аргументу, саме цей аргумент не можна стовідсотково сприймати, як виправдання у кожному випадку – адже в деяких скаргах саме дискримінація є основним порушенням, яке якраз і вимагає детального аналізу для відправлення правосуддя.

- Часто формальним виглядає цитування рішень ЄСПЛ. Крім того, суди переважно вказують лише назви рішень ЄСПЛ, зазначені в зразкових рішеннях ВСУ, і дуже рідко суди дають належні цитати з цих рішень повністю, пояснюючи, на яку саме частину або на який саме аргумент ЄСПЛ з того чи іншого рішення вони посилаються, що зводить нанівець сенс використання такого цитування.¹⁶⁰
- Є питання до узгодженості судової практики з тих чи інших типових скарг або підходу до розгляду певного типу вимог (про визнання дій дискримінаційними), особливо коли йдеться про рішення судів першої та другої інстанції.
- Брак належного аналізу доказів та, відповідно, аналіз питання щодо перерозподілу тягаря доведення в деяких справах ставить позивачів у завідоме гірше становище в порівнянні з відповідачами та, по суті, позбавляє їх можливості скористатись ефективними способами судового захисту.

¹⁵⁹ “Європейський суд з прав людини (далі - ЄСПЛ) у рішенні від 10 лютого 2010 року у справі «Серявін та інші проти України» зауважив, що згідно з його усталеною практикою, яка відображає принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя, у рішеннях, зокрема, судів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються. Хоча пункт 1 статті 6 ЄСПЛ зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожний аргумент. Міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною залежно від характеру рішення. У справі «Трофимчук проти України» ЄСПЛ також зазначив, що хоча пункт 1 статті 6 Конвенції зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, це не можна розуміти як вимогу детально відповідати на кожен довід. Таким чином, питання, чи виконав суд свій обов'язок щодо подання обґрунтування, що випливає зі статті 6 Конвенції, може бути визначено тільки у світлі конкретних обставин справи. Відповідно до п. 41 висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень, обов'язок суддів наводити підстави для своїх рішень не означає необхідності відповідати на кожен аргумент захисту на підтримку кожної підстави захисту. Обсяг цього обов'язку може змінюватися залежно від характеру рішення.” Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92136999>

¹⁶⁰ Практика апеляційних судів та ВСУ виглядає набагато краще порівняно із практикою судів першої інстанції в цьому питанні. Також варто звернути увагу на те, що часто в рішеннях зустрічаються помилки, навіть у назвах рішень ЄСПЛ.

Поради до позиції позивачів:

- Зрозуміло, що далеко не всі позивачі мають змогу оплатити правову допомогу, однак кількість справ, де належним чином заявлені аргументи на користь твердження про дискримінацію, зростає дуже повільно.
- Починаючи від проблем з визначення ознаки,¹⁶¹ за якою відбувається дискримінація, до проблем із обґрунтуванням заявленого порушення права не піддаватись дискримінації. Враховуючи, що право на безоплатну первинну правову допомогу мають усі особи, які перебувають під юрисдикцією України, варіантом вирішення цієї проблеми може стати більше залучення та підготовка фахівців системи БПД до роботи із питаннями дискримінації та можливість отримання консультацій саме в таких випадках. Звернення позивачів до БПД за роз'ясненнями та правовими консультаціями у справах про дискримінацію може суттєво підвищити якість таких скарг та, відповідно, сприяти їхньому ефективному правовому вирішенню.
- Окремим недоліком в переважній більшості справ є незначна кількість доказів щодо заяв про дискримінацію та їхня низька якість, однак є окремі приклади скарг, де позивачі та їхні адвокати надають достатньо доказів, демонструючи можливість їхнього збору у справах про дискримінацію (питання, яке зазвичай викликає багато застережень у адвокатської спільноти). Приклади успішного використання доказів заподіяння як матеріальної, так і моральної шкоди варто використовувати і в інших аналогічних скаргах (за можливості).
- Варто звернути увагу на якість обґрунтування позовів, що стосуються системних порушень, наприклад питання пенсійних виплат, або позовів, які стосуються питань, раніше вже проаналізованих ЄСПЛ – в таких позовах обґрунтована позиція позивачів та їхніх адвокатів уже належно аналізується судом і може стати орієнтиром для інших подібних скарг.

¹⁶¹ Див., наприклад, рішення у справі № 640/6183/19: “Згідно з практикою Європейського суду з прав людини, з метою з’ясування обставин існування дискримінації у конкретній ситуації застосовується триступневий тест: по-перше, виявлення двох категорій осіб, які є порівнюваними та відмінними, оскільки відповідно до Конвенції, дискримінація передбачає належність людини до певної групи; по-друге, встановлення, чи дійсно члени цих двох груп оцінюються по-різному; і, по-третє, якщо так, то чи для цього є об’єктивні, обґрунтовані підстави. Водночас, позивачем, у поданій позовній заяві не наведено жодних даних які б свідчили про те, що неперерахування позивачу пенсії ґрунтується чи пов’язано із будь-якою, конкретно визначеною ознакою”. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84671527>

Рекомендації для адвокатів, які вирішили працювати у справах щодо дискримінації:

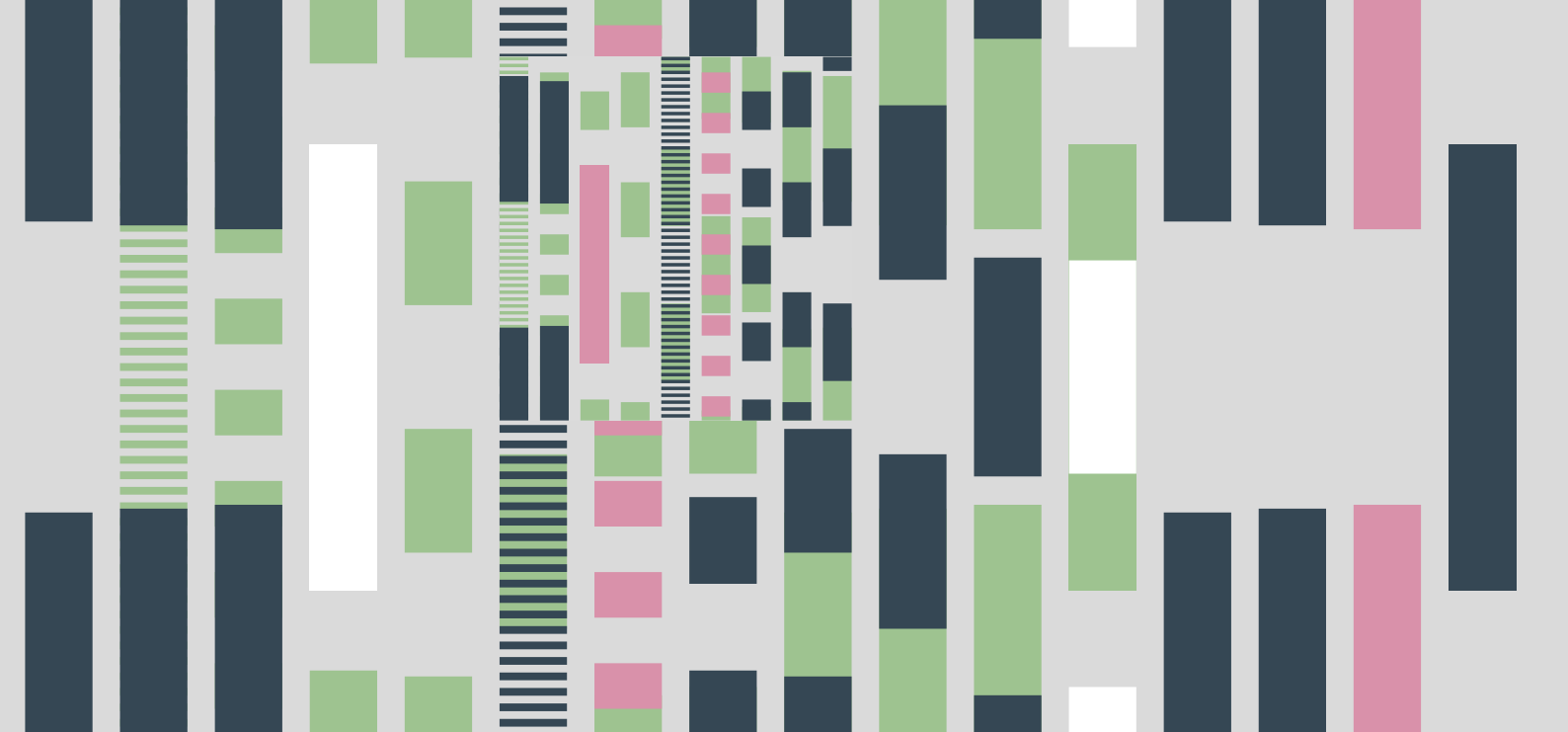
- Обов'язковий та ретельний пошук компаратора (зразка для порівняння) для ілюстрації нерівного поводження або заяви про необхідність іншого поводження (залежно від заявленої форми дискримінації) та належна увага до коректного вибору захищеної ознаки¹⁶² — обов'язкові елементи кожної скарги про дискримінацію.
- Обов'язковим є і проведення аналізу обставин справи за тестом, який використовує ЄСПЛ, та чітка презентація своїх аргументів суду. Використання інших стандартів, закріплених у практиці ЄСПЛ, на підтримку власних аргументів також є важливим. Кожне посилання на справу ЄСПЛ має супроводжуватись конкретною цитатою з відповідного рішення для того, щоб було зрозуміло, який саме з принципів та/чи стандартів ЄСПЛ має бути застосованим у цьому позові.
- Ретельна робота з доббором доказів та підготовкою аргументів для застосування принципу перенесення тягара доведення. Це вкрай важливий для справ про дискримінацію принцип, який варто частіше застосовувати (розвинути сталу практику його застосування), яка має ґрунтуватись на представлені суду достатніх фактичних даних, а не голослівних тверджень.
- Використання матеріалів національної судової практики та вивчення аналогічних справ і сталих підходів судів до вирішення справ певної категорії мають стати основою побудови стратегії в кожній справі про дискримінацію.

¹⁶² Адвокатам варто звернути увагу на справу № 120/1361/19-а, де суд окремо аналізує відсутність вказаної ознаки та зазначає, що відсутність ознаки означає відсутність дискримінації: "Отже, дискримінація має місце у разі, коли особа зазнає обмежень за певною дискримінаційною ознакою. Водночас, позивач не обґрунтував наявності такої ознаки, на підставі якої, на його думку, відповідачем допущено дискримінацію. Отже, доводи апеляційної скарги про порушення конкурсною комісією принципів недискримінації та рівності можливостей у виборі професії та роду трудової діяльності не знайшли свого підтвердження в матеріалах справи, оскільки конкурсна комісія діяла відповідно до положень Інструкції N 542/1255, яка встановлює порядок проведення конкурсного відбору на заміщення вакантних посад у вищих військових навчальних закладах, що підтверджується матеріалами справи". Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85742109>

**Додаток 1**

Кількість документів у справах про дискримінацію
за ознаками (2012 – 2020 рр.)

Ознаки	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Всього
Вік	0	0	2	0	1	0	0	0	2	5
Стать	0	2	0	6	0	5	8	42	28	91
Місце проживання	0	0	3	13	3	58	67	160	151	455
Інвалідність	5	14	11	18	61	42	17	33	37	238
Етнічне походження (національність)	0	0	0	0	0	0	2	3	2	7
Громадянство	0	0	1	0	0	0	0	0	1	2
Сімейний стан	0	0	0	0	2	1	0	0	1	4
Майновий стан	0	0	2	1	0	0	3	15	3	24
Мова	0	0	0	0	0	0	1	2	0	3
СОГІ	0	0	0	3	0	0	0	3	2	8
Релігія	0	0	1	0	0	1	0	2	0	4
Політичні переконання	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
Стан здоров'я	0	0	2	0	2	0	0	0	2	6
Членство у профспілці	2	0	0	2	5	0	5	6	0	20
Звернення до суду	0	0	0	0	0	0	1	1	0	2
Рід занять	0	0	2	0	191	39	13	16	20	281
Інші	1	1	2	1	3	9	12	17	21	67
Множинна	0	0	0	1	0	0	11	27	4	47



Публікація “Дискримінація: судова практика за період 2012 – 2020 рр.” містить порівняльний аналіз судових рішень за майже весь період існування антидискримінаційного законодавства в Україні. Метою цього дослідження є огляд та аналіз саме судових позовів, поданих до різних судів в Україні, де скарги заявляли про дискримінацію, як основне чи одне із порушень своїх прав. Цей огляд має на меті дослідити розвиток судової практики у справах, що стосуються дискримінації, виявити, з якими скаргами українці найчастіше звертаються до суду, які є тенденції розгляду цих скарг та модельні рішення, а також сформулювати рекомендації для всіх стейкхолдерів у цій темі задля вирішення основних виявлених проблем.

Держави-учасниці Європейського Союзу вирішили поєднати свої знання, ресурси та долі. Разом вони побудували простір стабільності, демократії та сталого розвитку, водночас утверджуючи культурне розмаїття, толерантність та індивідуальні свободи. Європейський Союз прагне розділити свої досягнення та цінності з країнами та людьми за межами своїх кордонів.

www.europa.eu

Рада Європи є провідною організацією із захисту прав людини на континенті. Вона нараховує 46 держав-членів, включно з усіма державами-членами Європейського Союзу. Усі держави-члени Ради Європи приєдналися до Європейської конвенції з прав людини – договору, спрямованому на захист прав людини, демократії та верховенства права. Європейський суд з прав людини здійснює нагляд за виконанням Конвенції у державах-членах.

www.coe.int

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe