

РОЗВИТОК ТА СТАНОВЛЕННЯ НОВИХ ТИПІВ ДИСКРИМІНАЦІЙНОЇ ПОВЕДІНКИ: ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА АСОЦІАЦІЄЮ, ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

Дискримінація є одним з найважливіших аспектів дотримання принципу рівності прав та основних свобод людини, а рівень розробки механізмів гарантування захисту від неї є лакмусовим папірцем стосовно забезпечення прав громадян з боку держави. Україна, ставши на шлях євроінтеграції, прийняла на себе низку зобов'язань щодо запобігання дискримінації та впровадження антидискримінаційного законодавства для забезпечення ефективного захисту від неї. На виконання Порядку денного про Асоціацію та Плану дій щодо лібералізації ЄС візового режиму для України було прийнято низку нормативних актів в означеній сфері правового регулювання й наша держава почала доводити, що спроможна показати прихильність європейським цінностям та стандартам, серед яких суттєве місце посідає проблема заборони та протидії дискримінації. Однак, саме окремі аспекти механізмів захисту від дискримінації стали «наріжним каменем» в тривалому та суперечливому процесі прийняття візового пакету законів Верховною Радою України та однією з причин провалу голосування по ньому на сесійних засіданнях 5 та 9 листопада поточного року (поправка до Трудового кодексу України щодо захисної ознаки «сексуальна орієнтація» було проголосована лише 11.11.2015 р.). Таке є показовим в площині ступеня суспільного усвідомлення та розуміння щодо форм, видів, типології та інших аспектів сучасного рівня розвитку антидискримінаційних механізмів. Тому аналіз практики в сфері застосування міжнародних антидискримінаційних стандартів, в тому числі судової практики Суду ЄС, є досить актуальним на сьогодні. Крім того, в рамках Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу першочерговою метою визнано досягнення правової системи України *acquis communautaire*, складовою якого є й рішення Суду ЄС [1, с. 319, 320]. Тому метою даної статті є дослідження нових

¹ Кандидат юридичних наук, доцент кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

аспектів антидискримінаційної концепції – дискримінації за асоціацією в різних проявах, в тому числі у практиці Суду ЄС.

Дискримінація за асоціацією (дискримінація через спорідненість). Дискримінацією за асоціацією вважається менш сприятливе ставлення через те, що особа пов'язана чи співвідноситься з захищеною характеристикою[2, р.169]. Тобто це визначення відноситься до ситуації, коли особа піддається дискримінації через асоціацію з іншою людиною. Наприклад, людина піддається переслідуванню (утиску) з боку її колег через те, що перебуває у шлюбі з кимось, хто володіє захисною ознакою (релігійні чи політичні переконання до прикладу), тобто відбувається дискримінація на основі релігії чи політичних переконань свого партнера, а не через власні переконання індивіда. Основоположним для розвитку та закріплення цього поняття в прецедентному праві Європейського Союзу стала справа Коулман (Coleman v. Attridge Law and Steve Law). Позивач в основному провадженні пані Шарон Коулман працювала в юридичній фірмі на посаді юридичного секретаря з 2001 року. У 2002 році вона народила сина, який є інвалідом (він страждає від вродженого bronchomalacia і laryngomalacia) та відносно якого вона стала основним доглядачем. 4 березня 2005 року позивачка була звільнена за скороченням штату. 30 серпня 2005 року вона подала позов до колишніх роботодавців щодо законності її звільнення та дискримінації за інвалідністю, стверджуючи, що вони ставилися до неї гірше, ніж до працівників із дітьми, які не мали інвалідності та що на робочому місці було створено ворожу атмосферу для неї через інвалідність її дитини. Серед прикладів дискримінаційного поводження щодо неї пані Ш. Коулман наводила наступні: її роботодавці відмовлялися дозволити їй повернутися до попередньої посади після повернення з відпустки по вагітності та пологах; називали її «ледачою», коли вона прагнула взяти відпустку по догляду за своїм сином і відмовлялися надати гнучкий графік роботи, такий як у її колег з дітьми, що не мають інвалідності; роботодавці наголошували на існуванні з боку скаржниці моментів маніпулювання інвалідністю власної дитини щодо умов праці. Трибунал з зайнятості Південного Лондона, що розглядав справу, подав запит до Суду ЄС з чотирьох питань, суть яких зводилась до вирішення однієї проблеми: чи застосовуються положення Директиви Ради 2000/78 / ЄС від 27 листопада 2000 року на осіб, які не є інвалідами, але які, в контексті їх зайнятості, страждають прямої дискримінації та / або утисків, бо вони пов'язані з інвалідом?

Думка генерального адвоката, пана П. Мадуро (Poiares Maduro) по цій справі зводилась до того, що оскаржувані позивачкою дії є проявом «дискримінації за асоціацією» (discrimination by association), тобто нерівним ставленням до особи, яка хоча особисто не володіє «захищеною ознакою», проте піддається дискримінуванню через спорідненість з особою, яка має таку характеристику [3]. Тобто розуміння дискримінації за асоціацією зводиться до буквального розуміння терміну «асоціація» та зачіпає людину через захищену характеристику третього учасника – «за компанію» так би мовити. Слід зазначити, що поширення захисту від дискримінації на осіб, що співвідносяться (мають спорідненість) до особи із захищеною характеристикою не є новелою у антидискримінаційному законодавстві. Так, національне законодавство Великобританії (Закон про расові відносини 1976 р., Акт про рівність у галузі зайнятості (Релігія або Віра) 2003 року і Правила щодо рівності у галузі зайнятості (Сексуальна орієнтація) 2003 р.) передбачало захист осіб, яких дискримінують на основі раси, релігії або переконань та сексуальної орієнтації «пов'язаної» людини [4–6]. Зокрема, заборонялось переслідування особи на основі релігії свого партнера і не через власні переконання індивіда [5]. Тож, надаючи висновок по вказаній справі генеральний адвокат не обмежує свою думку тільки щодо законодавства по інвалідності, він також згадує такі захищені характеристики як стать, вік та релігійні чи інші переконання та розширює сферу застосування й на осіб, що не відносяться до сфери зайнятості (п. 14 висновку). У підсумку, за висновком генерального адвоката по справі Коулман Директива 2000/78 / ЄС від 27 листопада 2000 року, що встановлює загальні рамки для рівного поводження в галузі праці та занять, захищає людей, які, хоча самі по собі не володіють захищеною характеристикою – інвалідність, проте страждають від прямої дискримінації та / або утисків у галузі праці та занять, через те що вони пов'язані з інвалідом (курсив мій – В. Г.). Суд Європейського Союзу погодився з думкою генерального адвоката та дійшов висновку, що заборона прямої дискримінації та переслідування, що міститься ст. ст. 1, 2(1), 2(3) і (2)(а) Директиви Ради 2000/78 / ЄС від 27 листопада 2000 року має бути інтерпретована як така, що не обмежується захистом людей, які є інвалідами, а й поширюється у разі існування умови «спорідненості» із особою, що є інвалідом [7]. Тим самим, Суд ЄС надав досить широке тлумачення поняття «захищена ознака», як таке, що може включати в себе «дискримінацію через спорідненість», коли особа, що зазнала дискримінації, сама не володіє захищеною ознакою.

Вказане рішення стало магістральним щодо подальшого розвитку європейських антидискримінаційних стандартів поводження. Так на сьогодні поняття дискримінація за асоціацією як нерівне ставлення до особи, що має споріднене відношення (пов'язана) із захищеними характеристиками було введено до національного антидискримінаційного законодавства Великобританії (з прийняттям Закону про рівність 2010 року, який замінив попереднє законодавство в цій сфері) [8]. Визначено дев'ять характеристик, що охороняються Законом про рівність, але тільки восьмеро є актуальними відносно дискримінації за асоціацією: вік; раса, інвалідність, зміна статі, релігія або переконання, стать, сексуальна орієнтація, та «по вагітності чи пологах». Шлюб або статус цивільного партнера виключається. Слід зазначити, що національне законодавство Великобританії розрізняє поняття «дискримінація за асоціацією» та «дискримінація за сприйняттям» (*discrimination by perception*). Остання визначається як нерівне ставлення до особи через сприйняття її такою, що володіє захищеною характеристикою, коли насправді цього нема («на основі фактичної – існуючої чи такої, що була у минулому захищеної характеристики, або передбачається наявність однієї або більше таких характеристик, якими володіють особи, яких піддають дискримінації або особі, пов'язаній з попередніми, або такий зв'язок передбачається, якщо він є основою для дискримінації (ст 4(1) Закону про рівність). Пряма дискримінація за сприйняттям може також статися й коли менш сприятливе ставлення відбувається з приводу захищеної характеристики, навіть якщо відомо, що дискримінована особа нею не володіє [8, art.4]. Закон про рівність визнає, що дискримінація може виникнути в декількох різних способів, включаючи: пряму дискримінацію, непряму дискримінацію, віктимізацію та утиск. Тим не менш, по відношенню до дискримінації за асоціацією, застосовані лише пряма дискримінація та переслідування. Водночас, обмеження сфери застосування дискримінації по асоціації формами прямої дискримінації і переслідувань можуть бути значно звуженими в світлі останніх європейських тенденцій у поглядах надосліджуваній аспекті дискримінації.

5 лютого 2014 року до Суду Європейського Союзу надійшов запит Адміністративного суду м. Софія (Болгарія) про надання попереднього висновку по справі C-83/14CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD. Позивачка по вказаній справі, пані Анелія Г. Ніколова здійснювала підприємницьку діяльність (тримала продуктовий магазин) в окрузі Gizdova mahala (м. Дупниця, Болгарія), населення якого складалось переважно

з циганської етнічної групи (роми) та в якому послуги електропостачання надавались CHEZ Razpredelenie Bulgaria (відповідач з основної справи). Важливим моментом є те, що позивачка не належала до вказаної етнічної групи. Протягом 1999–2000 років компанією-енергопостачальником було проведено встановлення лічильників, при чому в районах компактного проживання ромів вони встановлювались на висоті біля 6-ох метрів (яка є зависокою для звичайних візуальних перевірок), тоді як в інших районах лічильники електроенергії для всіх споживачів – у тому числі тих, хто належить до циганської етнічної групи – розміщені на вільно доступній висоті приблизно 1,70 м. Відповідач не заперечував, що така практика відбувається лише в районах, де переважна більшість мешканців є представниками ромської етнічної групи і що вона (практика) поширюється також й на осіб, які отримують услугу електропостачання в даних округах незалежно від того, чи є вони представниками етнічної групи чи ні. Причиною застосування вказаної практики стала велика кількість випадків підробки електролічильників і частих незаконних підключень до мережі електроенергії в цих районах. Тож скаржниця посилалась на дискримінаційний характер такої практики як менш сприятливий режим, що заважає самостійно та без застосування додаткового приладдя контролювати витрати електрики аби мати можливість регулювати своє споживання електроенергії. Вказана ситуація неодноразово розглядалась урядом та судами Болгарії на національному рівні (зокрема, Комісією з дискримінації та Вищим адміністративним судом Болгарії) на предмет наявності зв'язку між дискримінацією за ознакою національності та «особистої ситуації». Тож запит спрямований до Суду ЄС мав десять основних пунктів, загальна суть яких зводилась до вирішення питання, чи підпадає оспорювана практика під основне розуміння дискримінації за ознакою етнічного походження в значенні Директиви 2000/43/ЄС. Складність вирішення цього питання обумовлювалось тим, що як така була відсутня претензія щодо застосування до заявника прямої дискримінації за етнічною ознакою (оскільки остання не була представником ромської національності) та що оскаржувана практика ставила у несприйнятливому становищі як осіб ромської так не-ромської національності що мешкали в цьому районі. 12 березня 2015 року по цій справі було представлено висновок генерального адвоката від Німеччини Ж. Кокотт (Juliane Kokott), в якому застосування дискримінації за асоціацією визначено справедливим й щодо випадків непрямой дискримінації (ад-

вокат використовує також термін «дискримінація рикошетом» (*discrimination par ricochet*) [9]. За визначенням обох антидискримінаційних Директив (2000/43 та 2000/78) під непрямою дискримінацією розуміється застосування нейтральної на перший погляд норми (положення, критерію чи практики) що ставить певних осіб у більш вигідне становище, порівняно з особами що володіють захищеними характеристиками, крім випадків, коли ця норма (положення, критерії чи практика) є об'єктивно обґрунтованими законною метою та засоби досягнення цієї мети є відповідними і необхідними (ст. 2(2) обох директив) [11,12]. В своєму висновку по вказаній справі генеральний адвокат дійшла висновку, що відсутні перешкоди для застосування норм Расової Директиви 2000/43 до пані А. Ніколової як до жертви дискримінації за асоціації, так як: а) Расова Директива не обмежує принцип рівного ставлення до осіб, які страждають від дискримінації на основі їх власного расового чи етнічного походження; і б) концепція «асоціації» не обмежується тісними особистими відносинами, як у справі *Coleman*, але ї повинні застосовуватися там, де будь-яка міра є дискримінаційною і має «колективний характер». Майже відразу після опублікування думки генерального адвоката, розширення застосування концепції асоціативної дискримінації у випадках непрямої форми піддалось критики з боку науковців та практиків. Серед недоліків застосування, зокрема, вказувалось на невідповідність такого поширення нормативним вимогам ст. 2 Расової Директиви (яка прямо вимагала від позивача володіння захисною ознакою у випадку непрямої дискримінації) та непринципову причину для розширення дії закону [13]. Тим не менш, Суд Європейського Союзу, при винесенні рішення про справі *Chez*, погодився з думкою генерального адвоката та розширив сферу застосування дискримінації за асоціації, включаючи непряму дискримінацію [14]. Такий висновок Суду значною мірою змінив існуючу концепцію дискримінації за асоціацією, оскільки не тільки поширив антидискримінаційний захист на потенційно більш широкий спектр сфер, форм та учасників оскаржуваних дій, але й виключив з основ асоціативної концепції дискримінації необхідну наявність умов «спорідненості» між особою –скаржником та особою, що володіє захищеною характеристикою. До того ж, це було введено поняття «групового, колективного» характеру асоціативної дискримінації.

Тож на сьогодні в антидискримінаційному праві Європейського Союзу концепція дискримінації за асоціацією є усталеною, а стандарти

захисту в цій сфері підтверджені й розвинені судовою практикою. На жаль, доводиться констатувати, що вітчизняне законодавство поки що не містить чітких положень, які б дозволяли говорити про можливість захисту від дискримінації за асоціацією. Проте останні зміни в Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» включили до визначення поняття дискримінації у ст. 1(2) положення про «дійні або припущені» захищені ознаки, що свідчить про визнання дискримінації за сприйняттям [15]. А отже, процес приведення національного законодавства до європейських стандартів протидії дискримінації триває.

Література:

1. Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 березня 2004 року № 1629-IV// Основи права Європейського Союзу: нормативні матеріали / За ред. М. В. Буроменського. – Х.: Право, 2015. – 328 с.

2. See: Schiek, D., Waddington, L. and Bell M. (eds) Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law // Hart Publishingю – 2007. – pp. 169–170.

3. Case C-303/06, Opinion of Advocate General Poiares Maduro delivered on 31 January 2008, S. Coleman v Attridge Law and Steve Law [Electronic resource] // Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70456&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=62972>.

4. Race Relations Act 1976, United Kingdom [Electronic resource] // Access mode http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1976/74/pdfs/ukpga_19760074_en.pdf.

5. The Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003, United Kingdom [Electronic resource] // Access mode: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/1661/contents/made>.

6. The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, United Kingdom [Electronic resource] // Access mode: <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/1660/contents/made>.

7. Case C-303/06, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008, S. Coleman v Attridge Law and Steve Law. // European Court Reports. – 2008. – P. I-05603.

8. The Equality Act 2010, United Kingdom [Electronic resource] // Access mode: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

9. Case C-83/14, Opinion of Advocate General J. Kokott delivered on 12 March 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia [Electronic resource] // Access mode: [http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex= 62014CC0083&lang1=en&type=TEXT&ancre=](http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62014CC0083&lang1=en&type=TEXT&ancre=).

10. Detraz S. La discrimination «par ricochet»: un aspect latent du délit de discrimination, Stéphane DETRAZ, maître de conférences à l'université Paris Sud-XI faculté Jean Monnet // Droit penal. – juin 2008. – N 6. – étude 10.

11. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin// Official Journal. – L. 180, 19/07/2000. – P. 0022–0026.

12. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation // Official Journal. – L 303, 02/12/2000. – P. 0016–0022.

13. D. Masters and S. McKinley, Indirect discrimination by association: a regressive step? [Electronic resource] // Access mode: <http://www.cloisters.com/latest/indirect-discrimination-by-association-a-regressive-step>.

14. Case C-83/14, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 July 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia [Electronic resource] // Access mode: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=165912&doclang=EN>.

15. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI // Відом. Верхов. Ради України. – 2013. – № 32. – стор. 1720. – Ст. 412.

Л. В. Зіняк¹

ДО ПИТАННЯ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИХ НОРМ ЩОДО ВІЙСЬКОВОГО СПІВРОБІТНИЦТВА У ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

Одним із важливих і принципових елементів, що характеризує зміст процесу імплементації норм міжнародного права, є обов'язковість узгодження норм національного законодавства і практики із зобов'язаннями, що випливають з міжнародного права. Це дає можливість уникнути ко-

¹ Кандидат юридичних наук, старший викладач кафедри загальновійськових та правових дисциплін військово-юридичного факультету Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого