

РУКОВОДСТВО

ЯНВАРЬ 2016

РУКОВОДСТВО

В ОБЛАСТИ НЕДИСКРИМИНАЦИИ

ДЛЯ ПРАКТИЧЕСКИХ РАБОТНИКОВ

РУКОВОДСТВО

**РУКОВОДСТВО
В ОБЛАСТИ НЕДИСКРИМИНАЦИИ
ДЛЯ ПРАКТИЧЕСКИХ РАБОТНИКОВ**

АВТОРЫ:

ЮСТИНА ИОНЕСКУ

РОМАНИЦА ЙОРДАКЕ

ПАВЕЛ ГРЕКУ

НАДЕЖДА ХРИПТИЕВСКИ

ИШТВАН ХАЛЛЕР (ПРИЛОЖЕНИЕ)



Данная публикация разработана в рамках проекта „Продвижение равенства — консолидация агентов перемен“, внедрённого при финансовой поддержке Европейского Союза. Содержание данной публикации является исключительно предметом ответственности Центра Юридических Ресурсов Молдовы и Европейского Регионального Центра общественных Инициатив и ни в коей мере не является отражением взглядов Европейского Союза.

Кишинев, 2016 г.

Руководство в области недискриминации для практических работников / Юстина Ионеску, Романица Йордаке, Павел Греку [и др.] ; Центр юрид. ресурсов Молдовы. – Кишинев : Imprint Star, 2016. – 72 p.

Referințe bibliogr. în subsol. – При фин. поддержке Европейского Союза. – 1900 ex.

ISBN 9789975310826.

342.72/.73(478)

P 85

СОДЕРЖАНИЕ

ОБ АВТОРАХ	7
СОКРАЩЕНИЯ	9
О РУКОВОДСТВЕ	10
1. ВСТУПЛЕНИЕ	11
2. ЧТО ТАКОЕ ДИСКРИМИНАЦИЯ?	16
Исключения от дискриминации	23
3. ФОРМЫ ДИСКРИМИНАЦИИ	25
Прямая дискриминация	25
Косвенная дискриминация	27
Домогательство	28
Подстрекательство к дискриминации	30
4. СПЕЦИАЛЬНЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ ПО ДЕЛАМ О ДИСКРИМИНАЦИИ	34
Принцип разделения бремени доказывания	34
Специальная доказательная база по делам о дискриминации	37
Виктимизация	39
Активная процессуальная роль неправительственных организаций и профсоюзов	41
5. ПРИНЦИПЫ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ДИСКРИМИНАЦИЮ	43
Возмещение ущерба, нанесенного дискриминацией	43
Кто может нести ответственность за дискриминацию?	48
6. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ	50
Рассмотрение жалоб СПЛДОР	51
Рассмотрение заявлений о дискриминации судебными инстанциями	52
Рассмотрение уголовных актов дискриминации	54
ПРИЛОЖЕНИЕ №1. ПРИНЦИПЫ ОТНОСИТЕЛЬНО ДИСКРИМИНАЦИИ, ИЗЛОЖЕННЫЕ СУДЬЯМИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА	57
1. Вступление	57
2. Дополнение определения судебной практикой	57
2.1. Различие/дискриминация (Дифференциация)	57

2.2. Признаки	58
2.3. Нарушенное право	63
2.4. Новый элемент: объективное обоснование	64
3. Процессуальные элементы	66
3.1. Процессуальный статус	66
3.2. Доказательная база	66
4. Выводы	68

ОБ АВТОРАХ

Юстина ИОНЕСКУ - адвокат по правам человека в Румынии и член Европейской сети правовых экспертов в области гендерного равенства Европейской комиссии. Юстина специализируется в вопросах антидискриминации и вопросах сексуальных и репродуктивных прав. Юстина руководила Программой по антидискриминации Центра юридических ресурсов (2003 – 2007 гг.). В 2010 году, после окончания двухлетней юридической стажировки в рамках европейской программы Центра репродуктивных прав (Нью-Йорк), Юстина присоединилась к Европейскому региональному центру общественных инициатив (ЕРЦОИ), в котором занимает в настоящее время должность директора программ. Юстина представляет в судебных инстанциях и органах власти Румынии лиц, подвергшихся дискриминации в правоотношениях, и в 2012 – 2013 гг. была членом команды юристов, а также выступала в качестве адвоката заявителя в Суде Европейского союза по делу АСCEPT против НСБД, являющемуся первым случаем отказа в принятии на работу по критерию сексуальной ориентации, рассмотренным Люксембургским судом.

Романица ЙОРДАКЕ - выпускница факультета права Бухарестского университета, Романица, получила степени магистра сравнительного конституционного права в Центрально-Европейском университете и международного права в области прав человека в Школе права Нью-Йоркского университета, а также степени доктора в менеджменте многообразия и управлении ЕС в университете Karl Franzens, г. Грац, Австрия, и в Болонском университете, Италия. Романица работала в качестве консультанта в Организации объединённых наций, Международной организации труда, Совете Европы, Агентстве Европейского Союза по основным правам. В настоящее время Романица является независимым экспертом по Румынии Европейской сети правовых экспертов в области гендерного равенства и недискриминации Европейской комиссии, а также старшим экспертом, координирующим команду из Румынии в рамках Исследовательской сети Агентства основных прав Европейского союза (FRANET).

Павел ГРЕКУ - юрист, специализирующийся на вопросах защиты прав человека. С 2013 года работает в качестве юридического советника в Центре юридических ресурсов Молдовы. Павел задействован в деятельности, связанной с применением стандартов Европейской конвенции по правам человека в Республике Молдова, с предупреждением и борьбой с дискриминацией, а также продвижением независимой и ответственной судебной системы. Павел получил высшее образование и степень магистра на юридическом факультете Молдавского государственного университета.

Надежда ХРИПТИЕВСКИ – юрист, специализирующийся на вопросах защиты прав человека, основатель и директор программ в Центре юридических ресурсов Молдовы (ЦЮРМ). С 16 сентября 2013 года Надежда является членом Европейской комиссии по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРН). Она специализируется главным образом

в вопросах, связанных с недискриминацией, организацией судебной системы и с юридической помощью, гарантируемой государством. С 2001 по 2006 годы проработала в фонде «Открытое общество» в Будапеште. Надежда получила степень магистра в области сравнительного конституционного права, с дополнительной специализацией в области прав человека в Центральном-Европейском университете в Будапеште, и является выпускницей юридического факультета Молдавского государственного университета.

Иштван ХАЛЛЕР – выпускник факультета геологии (1987 г.) и юридического факультета (2010 г.). Работал в качестве геолога (1987-1990 гг.), журналиста (1990-1993 гг.), был координатором Бюро по правам человека в рамках Лиги «Про Европа» (PRO EUROPA) (1993-2007 гг.), с 2007 года является членом Руководящей коллегии Национального совета по борьбе с дискриминацией Румынии. Опубликовал многочисленные исследования в области расизма и дискриминации. В январе 2016 года получил ученую степень доктора социологических наук.

Руководство перевела с румынского языка на русский Лилия Ионицэ, редактор – Ольга Гагауз.

СОКРАЩЕНИЯ

ЕКПЧ	Европейская конвенция по правам человека
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
СЕС	Суд Европейского союза
СПЛДОР	Совет по предупреждению и ликвидации дискриминации и обеспечению равенства
Закон № 121	Закон № 121 от 25 мая 2012 г. об обеспечении равенства
Закон № 298	Закон № 298 от 21 декабря 2012 г. о деятельности Совета по предупреждению и ликвидации дискриминации и обеспечению равенства
Закон № 793	Закон № 793 от 10 февраля 2000 г. об административном суде
УПК	Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова, № 122 от 14 марта 2003 г.
ГПК	Гражданский процессуальный кодекс Республики Молдова, № 225 от 30 мая 2003 г.
Уголовный кодекс	Уголовный кодекс Республики Молдова № 985 от 18 апреля 2002 г.
Гражданский кодекс	Гражданский кодекс Республики Молдова № 1107 от 6 июня 2002 г.
Кодекс о правонарушениях	Кодекс о правонарушениях Республики Молдова от 24 октября 2008 г.

О РУКОВОДСТВЕ

Данное руководство адресовано юристам и правозащитникам, а также всем, кто интересуется продвижением равенства и недискриминации с правовой точки зрения. Руководство кратко объясняет ключевые понятия, касающиеся права недискриминации, опираясь на судебную практику Европейского суда по правам человека, на стандарты недискриминации, разработанные в рамках Европейского союза, и на законодательство Республики Молдова. Надеемся, что это руководство будет полезно тем, кто представляет интересы жертв дискриминации и будет способствовать развитию национальной практики в области недискриминации.

Ввиду того, что существующий в Республике Молдова механизм по защите от дискриминации, является относительно новым – имеется в виду Закон № 121 от 25 мая 2012 года, имеющий довольно много недостатков, связанных, в частности, с механизмом привлечения к ответственности, в этом руководстве мы сосредоточились на ключевых понятиях, связанных с дискриминацией, и лишь кратко изложили национальные процедуры в надежде, что законодательство в ближайшем будущем будет изменено, и станет возможна разработка новых материалов относительно национальных процедур.

1. ВСТУПЛЕНИЕ

В 2012 году Республика Молдова приняла специальный закон в области равенства и недискриминации – Закон № 121 от 25 мая 2012 года об обеспечении равенства. Законопроект вызвал широкие дискуссии и даже противоречия среди молдавской общественности, будучи воспринят как внешнее влияние на национальную правовую и социальную базу, несмотря на то, что принцип равенства и недискриминации уходит корнями в международное право по защите прав человека и, как это будет показано далее, этот принцип содержался в молдавском законодательстве еще до принятия Закона № 121, даже и на конституционном уровне.

Ниже дан примерный перечень положений молдавского законодательства из различных областей, содержащих принцип равенства и недискриминации. Этот короткий список может быть использован правоприменителями для быстрого обнаружения текстов законов, на которых они могут обосновывать свои требования в процессе своей деятельности по защите от дискриминации в различных областях.

ПРИМЕРНЫЙ ПЕРЕЧЕНЬ ПОЛОЖЕНИЙ МОЛДАВСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ПРЕДУСМАТРИВАЮЩИХ ПРИНЦИП РАВЕНСТВА И НЕДИСКРИМИНАЦИИ (ИНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КРОМЕ ЗАКОНА № 121):

Область	Название закона	Статья о принципе равенства и недискриминации
Конституционные положения	Конституция	ст. 16
Труд	Трудовой кодекс	п. g) ст. 5, п. e) ст. 7, ст. 8, п. f ¹)-f ⁶) ч. (2) ст. 10, ч. (2) ст. 128
	Закон № 102 от 13 марта 2003 г. о занятости населения и социальной защите лиц, находящихся в поиске работы	ст. 8
	Закон № 5 от 9 февраля 2006 г. об обеспечении равных возможностей для женщин и мужчин	ст.ст. 6, 9, 10
	Закон № 60 от 30 марта 2012 г. о социальной интеграции лиц с ограниченными возможностями	ст. 1, п. i) ч. (2) ст. 3, п. e) ст. 5, ст. 8, ч. (2) ст. 20, ч. (3) ст. 27, ч. (3) ст. 33, ч. (1) ст. 34

Область	Название закона	Статья о принципе равенства и недискриминации
Здравоохранение	Закон № 263 от 27 октября 2005 г. о правах и ответственности пациента	п. б) ст. 5, ч. (3) ст. 9
	Закон № 5 от 9 февраля 2006 г. об обеспечении равных возможностей для женщин и мужчин	ст. 14
	Закон № 60 от 30 марта 2012 г. о социальной интеграции лиц с ограниченными возможностями	ч.ч. (1), (4) ст. 42
	Закон № 411 от 28 марта 1995 г. об охране здоровья	ч. (1) ст. 17, ч. (1) ст. 20
	Закон № 264 от 27 октября 2005 г. о врачебной деятельности	п. а) ч. (1) ст. 5
	Закон № 263 от 27 октября 2005 г. о правах и ответственности пациента	п. б) ст. 5, ч. (1)-(3) ст. 8, ч. (3) ст. 9
Образование	Кодекс об образовании от 17 июля 2014 г.	п.п. а), г)-и) ст. 7, п. и) ч. (1) ст. 135
	Закон № 5 от 9 февраля 2006 г. об обеспечении равных возможностей для женщин и мужчин	ст. 13
Правосудие	Уголовный кодекс от 18 апреля 2002 г.	ч. (1) ст. 5
	Уголовно-процессуальный кодекс от 14 марта 2003 г.	ст. 9
	Кодекс о правонарушениях от 24 октября 2008 г.	ст. 6
	Гражданский кодекс от 6 июня 2002 г.	ч. (1) ст. 1
	Гражданский процессуальный кодекс от 30 мая 2003 г.	ст. 22
	Закон № 514 от 6 июля 1995 г. о судоустройстве	ст. 8
Полиция	Закон № 320 от 27 декабря 2012 г. о деятельности полиции и статусе полицейского	ч. (1) ст. 4

Область	Название закона	Статья о принципе равенства и недискриминации
Пенитенциарные учреждения	Исполнительный кодекс от 24 декабря 2004 г.	ст. 3, ч. (1) ст. 167, ст. 167 ²
Телерадио-вещание	Кодекс телевидения и радио Республики Молдова от 27 июня 2006 г.	ч. (1) ст. 6, ч. (2) ст. 9
Выборы	Кодекс о выборах от 21 ноября 1997 г.	ч. (1) ст. 46, ч. (6) ст. 47, ч. (2)-(3) ст. 64
	Закон № 294 о политических партиях от 21 декабря 2007 г.	ч. (5) ст. 3, ч. (2) ст. 5
	Закон № 5 от 9 февраля 2006 г. об обеспечении равных возможностей для женщин и мужчин	ст. 7

Принцип равенства и недискриминации является частью внутреннего законодательства, в том числе, благодаря ратификации Республикой Молдова ряда международных договоров и конвенций в области защиты прав человека, закрепляющих этот принцип. Согласно ст. 4 Конституции Республики Молдова, положения международных договоров имеют обязательную юридическую силу. Ввиду того, что они являются поддержкой правовой защиты от дискриминации, важно знать эти положения и обращаться к ним в дополнение к вышеуказанному списку законодательных актов.

Принцип равенства и недискриминации был закреплен в международном праве с появлением международного законодательства в области защиты прав человека, принятого после Второй мировой войны в рамках Организации Объединенных Наций (ООН). Таким образом, во Всеобщей декларации прав человека был впервые введен принцип равенства и недискриминации (ст.ст. 1, 2 и 7). Впоследствии этот принцип был включен в каждую международную конвенцию о правах человека, принятую на глобальном или региональном уровне (например, Совет Европы). Принцип был включен либо среди общих принципов о применении положений соответствующей конвенции (например, ст. 26 Международного пакта о гражданских и политических правах) либо ему были посвящены целые конвенции по защите от дискриминации конкретной группы лиц (например, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин).

Ниже в столбцах изложен список международных конвенций по правам человека, посвященных защите от дискриминации и соответствующие статьи этих конвенций, устанавливающие принцип равенства и недискриминации.

**ПРИМЕРНЫЙ СПИСОК МЕЖДУНАРОДНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ
РАВЕНСТВА И НЕДИСКРИМИНАЦИИ:**

Название	Статья/ Защищаемая группа
Всеобщая декларация прав человека	ст.ст. 1, 2 и 7
Конвенция Международной организации труда о дискриминации в области труда и занятий от 1958 г. (Конвенция № 111)	ст. 1
Конвенция Международной организации труда о равном вознаграждении от 1951 г. (Конвенция № 100)	ст. 1
Конвенция ЮНЕСКО о дискриминации в образовании от 1960 года	ст. 1
Международный пакт о гражданских и политических правах	ст.ст. 2, 3, 20 и 26
Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах	ст.ст. 2 и 3
Конвенция о правах ребенка	ст. 2
Конвенция о правах лиц с ограниченными возможностями	ст.ст. 5, 6 и 7
Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации	ст.ст. 1 и 4; расовые или этнические группы
Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин	ст. 1; женщины
Европейская конвенция по правам человека	ст. 14, Протокол № 12 (Республика Молдова еще не ратифицировала Протокол)
Европейская социальная хартия (пересмотренная)	ст. E
Рамочная конвенция по защите национальных меньшинств	ст. 4

Европейская защита от дискриминации развивалась в рамках двух систем – Европейской конвенции по правам человека и положениях о недискриминации, содержащихся в договорах Европейского союза, подробно описанных в европейских директивах. Для правоприменителей Республики Молдова Европейская конвенция по правам человека (ЕКПЧ) и Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) имеют особое значение, являясь главными источниками вдохновения в области международных стандартов по правам человека и основным международным путем обжалования в случаях, когда национальные суды не дают удовлетворения сторонам.

Ст. 14 ЕКПЧ запрещает дискриминацию в отношении гарантированных ею прав. Положения ЕКПЧ в отношении прав и основных свобод считаются составной частью национального

законодательства. Когда национальные положения противоречат ЕКПЧ, национальные власти обязаны прямо применять положения ЕКПЧ или судебную практику ЕСПЧ¹. Поэтому в конце настоящего руководства содержится подробное описание эволюции судебной практики ЕСПЧ в области недискриминации.

Что касается недискриминационных положений, содержащихся в договорах Европейского союза и в европейских директивах, то они имеют прямое применение только для государств-членов Европейского союза. Ратифицировав 2 июля 2014 года Соглашение об ассоциации между Европейским Союзом и Республикой Молдова, наша страна взяла на себя обязательство в течение трех-четырёх лет с момента подписания соглашения принять соответствующее законодательство, которое переняло бы, среди прочего, и европейские директивы в области недискриминации (Приложение III к Главе 4 Раздела IV). Кроме того, законодательство ЕС послужило источником основных стандартов для принятия Закона № 121 и других законов в области равенства и недискриминации. Таким образом, при применении внутреннего законодательства правоприменители могут ссылаться на эти стандарты, имеющие значение для толкования, которые были развиты в дальнейшем и судебной практикой Суда Европейского союза (СЕС).

СПИСОК ДИРЕКТИВ ЕС В ОБЛАСТИ НЕДИСКРИМИНАЦИИ И РАВЕНСТВА ПОЛОВ, ПЕРЕНЯТЫЕ РЕСПУБЛИКОЙ МОЛДОВА НА ОСНОВАНИИ СОГЛАШЕНИЯ ОБ АССОЦИАЦИИ С ЕС:

№	Название документа
1.	Директива Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000 г., об имплементации принципа равного обращения с людьми, независимо от их расовой или этнической принадлежности
2.	Директива Совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г. о создании общих стандартов в поддержку равноправия в сфере занятости и труда
3.	Директива 2006/54/ЕС Европейского парламента и Совета от 5 июля 2006 г. об имплементации принципа равных возможностей и равного обращения в отношении мужчин и женщин в вопросах трудоустройства и занятости (в новой редакции)
4.	Директива 2004/113/ЕС Совета от 13 декабря 2004 г. о применении принципа равного обращения в отношении мужчин и женщин в отношении доступа к товарам и услугам и предоставления товаров и услуг
5.	Директива 92/85/ЕЭС Совета от 19 октября 1992 г. о внедрении мер, содействующих улучшению безопасности и здоровья на рабочем месте в отношении беременных работниц
6.	Директива Совета 79/7/ЕЭС от 19 декабря 1978 г. о поступательной имплементации принципа равенства мужчин и женщин в сфере социальной защиты

¹ Ст. 4 Конституции Республики Молдова, ч. (4) ст. 12 Гражданского процессуального кодекса, ч. (2) ст. 7 Уголовно-процессуального кодекса.

2. ЧТО ТАКОЕ ДИСКРИМИНАЦИЯ?

Согласно ст. 2 Закона № 121, под «**дискриминацией**» понимается **любое различие, исключение, ограничение или предпочтение в правах и свободах личности или группы лиц, а также поддержка дискриминационного поведения, основанного на реальных признаках, установленных в настоящему законе или предполагаемых**».

Это базовое определение дискриминации, применяемое, в принципе, к случаям прямой дискриминации. Исходя из этого определения, в международной судебной практике был разработан набор составных элементов акта дискриминации или «тест дискриминации». Решения ЕСПЧ по статье 14 ЕКПЧ включают дополнительный элемент анализа, а именно - наличие объективного и разумного обоснования. Решения СПЛДОР шаг за шагом отслеживают наличие в каждом деле, в совокупности, всех составных элементов акта дискриминации.



«...До сих пор Суд установил, что предусмотренное статьей 14 право не подвергаться дискриминации при осуществлении прав, гарантированных Конвенцией, считается нарушенным в случае, если государства по-разному относятся к лицам, находящимся в аналогичных ситуациях, не предоставляя на то объективного и разумного обоснования (см. постановление по делу Инце (Inze), стр. 18, § 41). Тем не менее, Суд считает, что это не единственный аспект запрещения дискриминации, предусмотренный в статье 14. Право не подвергаться дискриминации при осуществлении прав, гарантированных Конвенцией, нарушается и тогда, когда государства не могут обеспечить разное обращение с лицами, находящимися в значительно различающихся ситуациях, без объективного и разумного на то обоснования». (ЕСПЧ, пост. Тлименнос (Thlimenнос) против Греции, 6 апреля 2000 г., § 44).

СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ АКТА ПРЯМОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ:

- дифференцированный подход к лицам, находящимся в сопоставимых ситуациях (кроме случаев, когда не представляется возможным определить или представить сопоставитель);
- в связи с признанием или осуществлением права или законного интереса;
- на основании признака, защищаемого законом;
- при отсутствии объективного и разумного обоснования.

СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ АКТА КОСВЕННОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ:

- равное обращение, явно нейтральное, которое ставит в невыгодное положение лиц, находящихся в существенно различных ситуациях (с дифференцированным воздействием);

- в связи с признанием или осуществлением права или законного интереса;
- на основании признака, защищаемого законом;
- при отсутствии объективного и разумного обоснования.

Ниже изложен краткий анализ каждого элемента:

А **ДИФФЕРЕНЦИРОВАННЫЙ ПОДХОД** может проявляться посредством различных действий, предусмотренных Законом № 121: различие (работница женского пола получает более низкую зарплату, чем коллега мужского пола за ту же должность, опыт и навыки), исключение (дети рома не принимаются в школу в центре местности, а только в расположенную в их районе, где образование более низкого качества), ограничение (специальное предложение в День влюбленных, доступное только парам противоположного пола), предпочтение (на пост мастера участка на заводе автозапчастей предпочитают мужчин в ущерб женщинам).

При доказывании дифференцированного подхода в качестве составного элемента акта дискриминации мы проводим, по умолчанию, сравнение между тем, как обращаются с жертвой дискриминации (неблагоприятно) и тем, как обращаются с другими лицами, находящимися в сопоставимых ситуациях. Сравнение является сутью дискриминации. Как правило, суды выделяют данное сравнение, ссылаясь на элементы, фактические установленные по делу. Поэтому поданная жалоба должна содержать доказательства и доводы, необходимые для осуществления данного сравнительного анализа. Сравнение может быть сделано только между лицами, находящимися в той же ситуации или в ситуациях, сопоставимых с жертвой дискриминации.

Например: В одинаковой ситуации находятся две женщины, одна 25-ти лет и другая 45-ти лет, участвовавшие в конкурсе по найму на должность бухгалтера. Обе имеют сопоставимый уровень образования, но женщина 45-ти лет имеет к тому же 15-летний опыт работы в должности бухгалтера, с очень хорошими рекомендациями с предыдущего места работы. Ее интервью было очень коротким и поверхностным. На работу была принята 25-летняя женщина.

В сопоставимых ситуациях находятся работники, работающие полный рабочий день, и те, кто работает неполный день, в отношении права на получение отпуска продолжительностью в 28 дней в году. Несмотря на разное количество часов, отработанных в месяц (причина, по которой они не находятся в одинаковой ситуации), с точки зрения охраны здоровья на рабочем месте, и те и другие нуждаются в одинаковом минимальном периоде ежегодного отдыха (в виде ежегодного отпуска).



Дела ЕСПЧ, в которых рассматривался вопрос сравнительного элемента:

ЕСПЧ, пост. Маркс (*Марскх против Бельгии*, 13 июня 1979 г.

⚖️ Дела ЕСПЧ, в которых рассматривался вопрос сравнительного элемента:

ЕСПЧ, пост. *Ван дер Мусселе (Van der Musselle) против Бельгии*, 23 ноября 1983 г.

ЕСПЧ, пост. *Фредин (Fredin) против Швеции (№ 1)*, 18 февраля 1991 г.

ЕСПЧ, пост. *Шеффилд и Хоршем (Sheffield / Horsham) против Соединенного Королевства*, 30 июля 1998 г.

ЕСПЧ, пост. *Тлимменос (Thlimmenos) против Греции*, 6 апреля 2000 г.


ЕСПЧ, пост. *Мустахим (Moustaquim) против Бельгии*, 18 февраля 1991 г.

ЕСПЧ, пост. *P.B. и J.S. против Австрии*, 22 июля 2010 г.

ЕСПЧ, пост. *Берден (Burden) против Соединенного Королевства*, 29 апреля 2008 г.

Европейские директивы в области недискриминации говорят о том, что сравнительный элемент может быть настоящим, прошедшим или гипотетическим. Это означает, что обращение, которому подверглась жертва, сравнивается с обращением, которому одновременно с ним подверглось другое лицо, либо с обращением, которому подверглось в прошлом лицо, находившееся в сопоставимой ситуации. Например, зарплата, получаемая в настоящее время жертвой, сравнивается с зарплатой, которую получают другие коллеги, занимающие ту же должность, или с заработной платой, которую получал работник, ранее занимавший эту должность. В то же время, ввиду того, что сравнительный элемент может быть недоступен, можно сравнить обращение, которому подверглась жертва, с обращением, которому подверглось бы гипотетическое лицо. Например, если речь идет о заработной плате для вновь введенной в штатное расписание должности, которую предложили женщине, в меньшем размере, чем та, которая следовала бы из шкалы заработных плат, принятой на уровне фирмы, то элемент сравнения может быть только гипотетическим – мужчина, которому предложили бы соответственную должность с соблюдением шкалы заработной платы.

Однако существуют случаи, когда отсутствует подходящий элемент сравнения, потому что ситуация, в которой находится жертва дискриминации, характерна только для лиц, находящихся в ее ситуации. Например, состояние беременности характерно только беременным женщинам и не может сравниваться ни с одним другим состоянием, в котором могли бы находиться мужчины (болезнь, ограниченные возможности) или другие женщины, которые не беременны (болезнь). Даже если отсутствует элемент сравнения, неблагоприятное отношение по признаку беременности санкционируется как дискриминация. Например, работодатель, который увольняет женщину по причине ее беременности, совершает акт дискриминации. Аналогично этому, признак ограниченных возможностей не имеет в некоторых случаях элемента сравнения. Например, детям с некоторыми трудностями в обучении необходимы специальные меры для доступа к общему образованию, которые обычно не требуются общему числу школьников. Отсутствие таких мер является дискриминацией по признаку ограниченных возможностей, даже если они необходимы исключительно для учащихся с ограниченными возможностями.

 **Дела СЕС, из которых следует, что отсутствует необходимость в сопоставителе для беременности:**

СЕС, *Dekker против Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, С-177/88, 8 ноября 1990 г.

СЕС, *Вебб (Webb) против EMO Air Cargo (UK) Ltd*, С-32/93, 14 июля 1994 г.

Б Не любой дифференцированный подход санкционируется законом как дискриминация. Дифференцированный подход должен быть применен **В СВЯЗИ С ОСУЩЕСТВЛЕНИЕМ ПРАВА ИЛИ ЗАКОННОГО ИНТЕРЕСА.**

Например, лицо, которому отказали в найме на работу по признаку возраста, может жаловаться на дискриминацию, потому что любое лицо трудоспособного возраста в соответствии с законом, имеет право на недискриминационных условиях участвовать в конкурсе для занятия должности, объявленной вакантной посредством публичного объявления; в этом случае дискриминация проявляется в связи с осуществлением права на труд.

Ст. 14 ЕКПЧ в особом порядке рассматривается в контексте одного из прав, предусмотренных ЕКПЧ, с учетом того, что ст. 14 не применяется самостоятельным образом. Протокол № 12 сохраняет условие связи с конкретным правом, но расширяет перечень прав, в связи с которыми имеет место дифференцированный подход, списком прав, предусмотренных национальным законодательством и не только (смотри подробности в Приложении 1).



«Несмотря на то, что применение статьи 14 не предполагает в обязательном порядке нарушения этих положений [установленных в качестве прав в Конвенции], – и в этом смысле она автономна, – она не может быть применена кроме случаев, когда данные деяния подпадают под область применения одного или нескольких положений.» (ЕСПЧ, *пост. Стек и др. против Соединенного Королевства*, 12 апреля 2006 г., § 51).

Дискриминация может существовать не только в связи с осуществлением права, но также и в случае **законного интереса**. Мы говорим о законном интересе в деле о дискриминации когда, например, работодатель создает дополнительные льготы в дополнение к правам, предусмотренным законом, и предоставляет их по собственному усмотрению только определенным сотрудникам, исключая других сотрудников, по одному из признаков, предусмотренных законом. *Например*, работодатель предоставляет на 8 марта премию только сотрудникам женского пола, исключая сотрудников мужского пола.

Суд Европейского союза установил, что является законным интересом конечных потребителей электроэнергии возможность самим считывать показания счетчика (не располагая его на высоте шести – семи метров от земли), так как потребители заинтересованы в возможности эффективно и регулярно сверять и контролировать собственное потребление

электроэнергии (СЕС, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD против Комиссии по защите от дискриминации*, 16 июля 2015 г., [C-83/14](#)).

С другой стороны, не может быть никакого законного интереса и, соответственно, дискриминации, в ситуации, касающейся межличностных отношений или частной жизни. Например, 8 марта коллега дарит цветы всем коллегам-женщинам, исключая коллег из кабинета бухгалтерии, или на свой день рождения ребенок приглашает только тех одноклассников, с которыми хорошо ладит.

Дела СЕС, в которых затрагиваются право или законный интерес:


СЕС, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD против Комиссии по защите от дискриминации*, 16 июля 2015 г., C-83/14

СЕС, *Валери Хариев Белов (Valeri Hariev Belov) против CHEZ Elektro Bulgaria AD и других*, 31 января 2013 г., C-394/11 (Мнение Генерального адвоката Кокот)

В Дискриминация существует только если дифференцированное отношение основано на одном или нескольких **ПРИЗНАКАХ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЗАКОНОМ**: расы, цвета кожи, национальности, этнического происхождения, языка, религии или убеждений, пола, возраста, ограниченных возможностей, политической принадлежности или любых других аналогичных признаков.

Если невозможно определить признак дискриминации, то речь идет не о дискриминации, а соответствующая ситуация может представлять собой нарушение других норм (трудового законодательства, прав потребителей, прав пациентов и т.д.). В то же время не обязательно, чтобы лицо, являющееся жертвой дискриминации, было на самом деле наделено данным признаком; достаточно того, чтобы лицо, совершившее деяние, верило в это, подразумевая, что речь идет о предполагаемом признаке. Например, сотрудница была уволена, так как ее считали лесбиянкой. Кроме того, в некоторых случаях, в которых признак дискриминации относится к характеристике личности, нет необходимости, чтобы жертва дискриминации доказывала свою принадлежность к данному признаку, но будет достаточным, если она укажет на него (например, этническая принадлежность, сексуальная ориентация, религия).

Наравне с ЕКПЧ в Законе № 121 перечень защищаемых признаков является открытым. Но не каждая особенность человека может подпадать под выражение «любого другого подобного признака». Речь идет о группах лиц, имеющих стабильные, определяющие или личностные особенности, по типу тех, которые прямо указаны среди признаков, защищаемых Законом № 121.

 «Статья 14 защищает не от любого дифференцированного подхода, а только от такого, которое основано на идентифицируемой, объективной или личностной характеристике или на «статусе», по которым лицо или группа лиц различаются между собой.» (ЕСПЧ, пост. *Клифт против Соединенного Королевства*, 13 июля 2010 г., § 55)

ПРИЗНАКИ, ПРЯМО УКАЗАННЫЕ В ЗАКОНЕ № 121:

- | | |
|--|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> раса | <input checked="" type="checkbox"/> пол |
| <input checked="" type="checkbox"/> цвет кожи | <input checked="" type="checkbox"/> возраст |
| <input checked="" type="checkbox"/> национальность | <input checked="" type="checkbox"/> ограниченные возможности |
| <input checked="" type="checkbox"/> этническое происхождение | <input checked="" type="checkbox"/> взгляды |
| <input checked="" type="checkbox"/> язык | <input checked="" type="checkbox"/> политическая принадлежность |
| <input checked="" type="checkbox"/> религия или убеждения | <input checked="" type="checkbox"/> или любой другой подобный признак |

ПРИЗНАКИ, ПРЯМО УКАЗАННЫЕ В СТ. 14 ЕКПЧ:

- | | |
|---|--|
| <input checked="" type="checkbox"/> пол | <input checked="" type="checkbox"/> национальное или социальное происхождение |
| <input checked="" type="checkbox"/> раса | <input checked="" type="checkbox"/> принадлежность к национальным меньшинствам |
| <input checked="" type="checkbox"/> цвет кожи | <input checked="" type="checkbox"/> имущественное положение |
| <input checked="" type="checkbox"/> язык | <input checked="" type="checkbox"/> рождение |
| <input checked="" type="checkbox"/> религия | <input checked="" type="checkbox"/> любой иной признак |
| <input checked="" type="checkbox"/> политические или иные убеждения | |

ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ, ПРИЗНАННЫЕ В ПРАКТИКЕ ЕСПЧ**(подпадающие под понятие «любой иной признак», примерный список):**

- | | |
|---|--|
| <input checked="" type="checkbox"/> возраст ² | <input checked="" type="checkbox"/> воинское звание ⁹ |
| <input checked="" type="checkbox"/> ограниченные возможности ³ | <input checked="" type="checkbox"/> легитимность ребенка, рожденного вне брака ¹⁰ |
| <input checked="" type="checkbox"/> сексуальная ориентация ⁴ | <input checked="" type="checkbox"/> место проживания ¹¹ |
| <input checked="" type="checkbox"/> гендерная идентичность ⁵ | <input checked="" type="checkbox"/> состояние здоровья (в определенных условиях) ¹² |
| <input checked="" type="checkbox"/> отцовство ⁶ | |
| <input checked="" type="checkbox"/> семейное положение ⁷ | |
| <input checked="" type="checkbox"/> членство в организациях ⁸ | |

ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ, ПРИЗНАННЫЕ В ПРАКТИКЕ СПЛДОР**(примерный список):**


- | | |
|---|---|
| <input checked="" type="checkbox"/> социальное происхождение ребенка сироты ¹³ | <input checked="" type="checkbox"/> специальный статус работников (воинское звание) ¹⁴ |
|---|---|

² ЕСПЧ, пост. *Буамар (Buatar) против Бельгии*, 29 февраля 1988 г.³ ЕСПЧ, пост. *Глор против Швейцарии*, 30 апреля 2009 г.⁴ ЕСПЧ, пост. *Смит (Smith) и Грейди (Grady) против Соединенного Королевства*, 27 сентября 1999 г.⁵ ЕСПЧ, пост. *P. V. против Испании*, 30 ноября 2010 г.⁶ ЕСПЧ, пост. *Веллер (Weller) против Венгрии*, 31 марта 2009 г.⁷ ЕСПЧ, пост. *Петров против Болгарии*, 22 мая 2008 г.⁸ ЕСПЧ, пост. *Даниленков и другие против Российской Федерации*, 30 июля 2009 г.⁹ ЕСПЧ, пост. *Энгель (Engel) и другие против Голландии*, 8 июня 1976 г.¹⁰ ЕСПЧ, пост. *Зоммерфельд (Sommerfeld) против Германии*, 8 июля 2003 г.¹¹ ЕСПЧ, пост. *Карсон и другие против Великобритании*, 16 марта 2010 г.¹² ЕСПЧ, пост. *G. N. и другие против Италии*, 1 декабря 2009 г.¹³ СПЛДОР, решение № 004/13 от 22 ноября 2013 г.¹⁴ СПЛДОР, решение № 008/13 от 17 февраля 2014 г.

- профессиональный статус (адвокаты)¹⁵
- статус ВИЧ/СПИД¹⁶
- семейное положение¹⁷

Г Для санкционирования деяния как дискриминации **ДОЛЖНО ОТСУТСТВОВАТЬ ОБЪЕКТИВНОЕ И РАЗУМНОЕ ОБОСНОВАНИЕ** для данного деяния.

Это является стандартом ЕКПЧ за нарушение прав человека в целом, и применяется ЕСПЧ и в случае статьи 14 относительно запрета дискриминации.

 **Список дел ЕСПЧ, в которых рассматривалось объективное и разумное обоснование:**

ЕСПЧ, пост. Дело «о некоторых аспектах законов о преподавании языков в школах Бельгии» против Бельгии, 23 июля 1968 г.

ЕСПЧ, пост. *Гиллоу (Gillow)* против Соединенного Королевства, 24 ноября 1986 г.

ЕСПЧ, пост. *Расмюссен (Rasmussen)* против Дании, 28 ноября 1984 г.

ЕСПЧ, пост. *Юнал Текели (Ünal Tekeli)* против Турции, 16 ноября 2004 г.

ЕСПЧ, пост. *Земан (Zeman)* против Австрии, 29 июня 2006 г.

ЕСПЧ, пост. *Е.В.* против Франции, 22 января 2008 г.

ЕСПЧ, пост. *Рангелов (Rangelov)* против Германии, 22 марта 2012 г.

ЕСПЧ, пост. *S.H. и другие* против Австрии, 3 ноября 2011 г.

ЕСПЧ, пост. *Константин Маркин* против России, 22 марта 2012 г.

Лицо, в отношении которого подана жалоба о дискриминации, как правило, в свою защиту ссылается на тот факт, что дифференцированный подход имеет объективное и разумное обоснование. Иногда данный аргумент совпадает с тем, что лица фактически находятся в различных ситуациях, для которых оправдано иметь различные подходы.

Например, разная стоимость за женскую и мужскую прически оправдана, поскольку выполненная работа и количество продуктов, использованных для обслуживания клиента женского пола, больше, чем для клиента мужского пола; установление различной заработной платы для различных должностей, с учетом обязанностей и результатов, необходимых для каждой должности; установление разного квалификационного времени для женщин и мужчин в спортивных состязаниях, с учетом физических характеристик.

С точки зрения формы вины, с которой было совершено деяние, следует отметить, что не является обязательным, чтобы акт дискриминации был совершен умышленно; достаточно того, чтобы эффект был дискриминационным для лица – жертвы дискриминации.

¹⁵ СПЛДОР, решение № 060/14 от 17 апреля 2014 г.

¹⁶ СПЛДОР, решение № 055/14 от 1 мая 2014 г.

¹⁷ СПЛДОР, решение № 097/14 от 28 июня 2014 г.

Например, в ситуации, когда в течение многих лет в одном и том же государственном учреждении осуществляется политика оплаты труда, при которой персонал, выполняющий уборку в офисах (преимущественно женщины) получает меньшую заработную плату по сравнению с персоналом, обеспечивающим охрану учреждения (преимущественно мужчины); вполне возможно, что работодатель не сохраняет эту ситуацию умышленно, он просто не обратил внимание на то, что эти две категории лиц выполняют работу равной ценности, однако, получают разную заработную плату.

ИСКЛЮЧЕНИЯ ОТ ДИСКРИМИНАЦИИ:

Некоторые исключения от санкционирования дискриминации прямо указаны Законом № 121:

- 1) **СУЩЕСТВЕННЫЕ И ОПРЕДЕЛЯЮЩИЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ** (ч. (5) ст. 7 Закона № 121) проявляются в ситуациях, когда один или несколько признаков дискриминации, предусмотренных Законом № 121 являются обязательными условиями для трудоустройства, поскольку они существенны для того, чтобы отобранное лицо соответствовало этой должности, в связи со спецификой деятельности (например, принадлежность к православной религии для принятия на работу священника православной религии) или условий, в которых данная деятельность осуществляется (наем исключительно женщин для должности агента безопасности в аэропорту для работы, предполагающей личный обыск женщин).

Работодатель, который сумеет доказать, что признак, требуемый при отборе, является существенным и определяющим требованием, не будет нести ответственность за дискриминацию в отношении исключенной группы.

- 2) **ПОЗИТИВНЫЕ ДЕЙСТВИЯ ИЛИ ПОЛОЖИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ** (ст. 2 Закона № 121) являются мерами, принимаемыми на ограниченный период времени для улучшения состояния социально уязвимой продолжительное время группы и приведения его к уровню большинства. Эти меры необходимы, в частности, в отношении некоторых групп, подвергающихся в течение длительного времени дискриминации в нашем обществе: рома (создание отдельных мест для детей рома в лицейском или высшем образовании), лица с ограниченными возможностями (предоставление налоговых льгот для работодателей, нанимающих лиц с ограниченными возможностями), женщины (установление минимальных квот для женщин в некоторых органах управления или политических партиях).

Учреждение или орган, принимающие такие позитивные меры, не несут ответственность за дискриминацию.

- 3) **РАЗУМНАЯ АДАПТАЦИЯ** (ст. 2 Закона № 121) состоит из ряда мер, влекущих за собой изменение или необходимую и целесообразную адаптацию в частных случаях, но это не предполагает непропорциональную или необоснованную нагрузку, если это необходимо

для обеспечения осуществления основных прав и свобод человека в равных условиях с другими. Наиболее распространенным примером разумной адаптации является установление пандусов для обеспечения доступа в здания для лиц с ограниченными опорно-двигательными возможностями, которые находятся в неблагоприятном положении при доступе к определенным общедоступным услугам, поскольку окружающая среда традиционно смоделирована для людей без ограниченных возможностей. Тот же подход проявляется и в отношении других признаков: религия (национальные экзамены не принимают во внимание дни, являющиеся большими религиозными праздниками для миноритарных религиозных культов), пол (график работы не учитывает необходимость перерыва для работающих женщин, кормящих грудью).

Разумная адаптация преследует цель снижения дискриминационного воздействия на защищаемое лицо или группу лиц, по сравнению с другими лицами, не являющимися социально уязвимыми. Разумная адаптация применяется, если не предполагает чрезмерное бремя, что, как правило, относится к расходам на обеспечение адаптации.

Работодатель или поставщик услуг, принимающие меры по разумной адаптации, не будут нести ответственность за дискриминацию большинства, однако, принятие некоторых таких мер может рассматриваться как дискриминация.

- 4) **СПЕЦИАЛЬНЫЕ МЕРЫ** не предусмотрены Законом № 121, но возникают в Трудовом кодексе как результат обязательств, вытекающих из Конвенции Международной организации труда № 183 от 2000 г. об охране материнства, Конвенции о работниках с семейными обязанностями № 156 от 1981 г. или Конвенции о ночном труде № 178 от 1990 г., и приняты с целью защиты определенных уязвимых групп: беременных женщин или женщин, кормящих грудью, имеющих право на сокращенный график труда или перерывы для кормления грудью, молодежи в возрасте до 18-ти лет, имеющей сокращенный рабочий день.

3. ФОРМЫ ДИСКРИМИНАЦИИ

В данном разделе мы рассмотрим 4 самые распространенные формы дискриминации: прямую дискриминацию, косвенную дискриминацию, домогательство и подстрекательство к дискриминации. Для каждой из этих форм мы представим составные элементы деяния, список того, что должен представить заявитель/истец для обоснования своего дела, и описанием того, что следует считать основательной защитой со стороны ответчика. Для удобства будут использованы понятия «заявитель»/«истец» и «ответчик».

Прямая дискриминация

Прямая дискриминация определена Законом № 121 как обращение с одним лицом по любому из запретительных признаков менее приятное, чем с другим лицом в сопоставимой ситуации. Например, недопуск ученицы к классному часу по причине того, что она принадлежит к этническому населению рома, является актом прямой дискриминации.

КАК БЫЛО УКАЗАНО В ПРЕДЫДУЩЕМ РАЗДЕЛЕ, СОСТАВНЫМИ ЭЛЕМЕНТАМИ АКТА ПРЯМОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ ЯВЛЯЮТСЯ:

дифференцированный подход к лицам, находящимся в сопоставимых ситуациях (кроме случаев, когда не представляется возможным определить или представить сопоставитель);

в связи с признанием или осуществлением права или законного интереса;

на основании признака, охраняемого законом;

при отсутствии разумного и объективного обоснования.

Для обоснования своего дела, заявитель должен представить факты, из которых можно сделать предположение о существовании дискриминационного деяния. В соотношении с составными элементами прямой дискриминации, вышеуказанное утверждение означает, что **заявитель должен установить следующее:**

- дифференцированный подход, примененный к лицам, находящимся в сопоставимых ситуациях (за исключением случаев, когда нет или невозможно представить сопоставитель);
- какое право или законный интерес были затронуты;
- какой признак, защищаемый законом, был основанием для дифференцированного подхода.

После того как заявитель доказал дело на первый взгляд (*prima facie*), то есть довел до запуска презумпции дискриминации, бремя доказывания переходит на ответчика, который должен устранить презумпцию дискриминации, в противном случае должен будет нести ответственность за совершение деяния прямой дискриминации. Для построения надежной защиты **ответчик должен доказать, что не выполнен один из составных элементов деяния дискриминации:**

- лица не находились в сопоставимых ситуациях;
- отсутствует соответствующее право или законный интерес;
- в основе дифференцированного подхода не стоял признак, защищаемый законом;
- существует объективное и разумное обоснование для примененного подхода;
- факты попадают под одну из ситуаций, предусмотренных законом в качестве исключений от дискриминации (существенные и определяющие профессиональные требования или специальные меры).

Впоследствии заявитель может повторно выступить, чтобы оспорить обоснование, представленное ответчиком, с аргументацией того факта, что обоснование не является объективным и разумным. **Если ответчик не может опровергнуть презумпцию, установленную жертвой, она считается подтвержденной.**

Из практики рассмотрения дел СПЛДОР о прямой дискриминации:

- ⇒ В решении № 041 /13 от 24 февраля 2014 г. СПЛДОР установил, что требования вроде «возраст от 18 до 35 лет», «женщина», «прописка в Кишиневе», «незамужняя», «без детей», содержащиеся во многих объявлениях о трудоустройстве, опубликованных на различных веб-страницах, при отсутствии объективного и разумного обоснования являются прямой дискриминацией;
- ⇒ В решении № 157/14 от 9 декабря 2014 г. СПЛДОР установил, что отказ водителя микроавтобуса обслужить лицо с ограниченными возможностями является прямой дискриминацией;
- ⇒ В решении № 029/2013 от 21 января 2014 г. СПЛДОР установил дискриминацию по признаку религии, без установления формы дискриминации. В этом деле Совет коммуны Киоселия вынес решение, на основании которого запрещалось проведение собраний всеми религиозными культурами. В действительности, по данному делу было установлено, что прихожане Православной церкви проводили публичные собрания, а решение использовалось только для обоснования запрета проведения собраний для других культов. Решение Совета, кажущееся нейтральным, которым запрещалось всем религиозным культурам проводить собрания, может создать впечатление, что данное дело является косвенной дискриминацией. Однако фактически Совет допускал собрания Православной церкви, а решение служило только необъективным и неразумным оправданием для запрета собраний других культов. По данному делу СПЛДОР мог бы констатировать прямую дискриминацию.

КОСВЕННАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ

Закон № 121 определяет косвенную дискриминацию как любое очевидно нейтральное условие, действие, критерий или практика, ставящие одно лицо в неудобное положение по сравнению с другим лицом по установленным в настоящем законе признакам, кроме случая, когда такое условие, действие, критерий или практика объективно оправданы законной целью и средства достижения этой цели являются пропорциональными, соответствующими и необходимыми.

Другими словами, под косвенной дискриминацией понимается применение правил или определенных действий по отношению ко всем, без разбора, но которые при их применении ставят лицо или группу лиц, характеризующихся каким-либо защищаемым признаком, в неблагоприятное положение.

Например, объявление о найме главного бухгалтера с указанием условия наличия не менее 10-ти лет непрерывного стажа работы, может поставить в невыгодное положение женщин, уходящих в отпуск по беременности и родам и в отпуск по уходу за ребенком и, следовательно, является косвенной дискриминацией.

КАК БЫЛО ПОКАЗАНО В ПРЕДЫДУЩЕМ РАЗДЕЛЕ, СОСТАВНЫМИ ЭЛЕМЕНТАМИ АКТА КОСВЕННОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ ЯВЛЯЮТСЯ:

равное обращение, явно нейтральное, которое ставит в невыгодное положение лиц, находящихся в существенно различных ситуациях (с дифференцированным воздействием);

в связи с признанием или осуществлением права или законного интереса;

на основании признака, защищаемого законом;

при отсутствии разумного и объективного обоснования.

Для обоснования своего дела заявитель должен представить факты, отталкиваясь от которых можно предположить существование деяния дискриминации. В соответствии с составными элементами косвенной дискриминации, приведенное выше утверждение означает, что **заявитель должен установить следующее:**

- равное обращение, явно нейтральное;
- наличие дифференцированного воздействия, выраженного в том, что обращение ставит в неблагоприятное положение лиц, находящихся в существенно различных ситуациях (можно доказать с помощью статистических данных, но не только);
- какое право или законный интерес были ущемлены;
- в основе различного воздействия, оказываемого явно нейтральным положением или документом политик, лежит защищаемый законом признак – принадлежность к группе, находящейся в неблагоприятном положении.

После того как заявитель доказал дело на первый взгляд (*prima facie*), то есть привел к запуску презумпции дискриминации, бремя доказывания переходит на ответчика, который должен разрушить презумпцию дискриминации, либо в противном случае будет нести ответственность за совершение акта косвенной дискриминации.

Для обеспечения надежной защиты, ответчик должен либо устранить хотя бы один из составных элементов дискриминации, представленных заявителем, либо доказать, что существует объективное и разумное обоснование для имевшего место обращения – наличие законной цели и факта того, что принятые меры были адекватными и соразмерным.

Впоследствии заявитель может повторно выступить, чтобы оспорить обоснование, представленное ответчиком, с аргументацией того факта, что обоснование не является объективным и разумным.

Дела ЕСПЧ и СЕС относительно косвенной дискриминации:

ЕСПЧ, пост. *Тлимменос (Thlimmenos) против Греции*, 6 апреля 2000 г.

ЕСПЧ, решение *Хоогендик (Hoogendijk) против Голландии*, 6 января 2005 г.

ЕСПЧ, пост. *Зарб Адами (Zarb Adami) против Мальты*, № 17209/02, 20 июня 2006 г.

ЕСПЧ, пост. *D.H. и другие против Республики Чехия*, 13 ноября 2007 г.

ЕСПЧ, пост. *Хорват и Кисс (Horváth/Kiss) против Венгрии*, 29 января 2013 г.

СЕС, *Дж.П. Дженкинс (J.P. Jenkins) против Кингсгейт (Производство одежды) Лимитед (Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.)*, 31 марта 1981 г., С-96/80

СЕС, *Урсула Фосс (Ursula Voss) против Федеральной земли Берлин*, 6 декабря 2007 г., С-300/06

ДОМОГАТЕЛЬСТВО

Закон № 121 определяет домогательство как любое нежелательное поведение, которое ведет к созданию недоброжелательной, враждебной, деструктивной, унижительной или оскорбительной обстановки, целью или результатом которого является унижение достоинства личности по установленным настоящим законом признакам.

СОСТАВНЫМИ ЭЛЕМЕНТАМИ АКТА ДОМОГАТЕЛЬСТВА ЯВЛЯЮТСЯ:

обжалуемое поведение, унижающее достоинство;

выражение индивидуального отказа или общий недопустимый характер поведения;

поведение может затронуть достоинство лица;

в основе нежелательного поведения лежит признак, установленный законом.

Как можно заметить из составных элементов акта домогательства, в отличие от прямой или косвенной форм дискриминации, при домогательстве нет необходимости доказывать различное, соответственно, равное (в случае косвенной дискриминации) отношение или сравнительный элемент. Эта часть заменена требованием наличия нежелательного характера и требованием доказать, что соответствующее поведение может задеть достоинство лица, по сравнению с общими стандартами поведения в обществе или соответствующем сообществе. Также, в отличие от двух других форм дискриминации, в случае домогательства не принимается никакое обоснование именно потому, что речь идет о поведении, имеющем в общем неприемлемый характер в обществе. Умысел не играет никакой роли для наказания домогательства, а ударение ставится на нежелательный или в целом неприемлемый характер поведения.

В делах о домогательстве заявитель:

- доказывает, в чем проявилось нежелательное поведение;
- утверждает, что было ущемлено его достоинство;
- доказывает, что домогательство было связано с определенным признаком, установленным законом.

Очень часто заявитель находится в сложном положении, потому что должен доказать, в чем выражалось обжалуемое поведение, с учетом того, что домогательство часто происходит в отсутствие свидетелей, не выражается в письменной форме и т.д. Признак вытекает из заявлений или поведения агрессора.

СПЛДОР или судебной инстанции принадлежит активная роль, как и в случае других форм дискриминации, в том смысле, что они оценивают: присутствуют ли элементы для возникновения простого предположения о неприемлемости в целом характера обжалуемого поведения (угрожающего, враждебного, унижающего человеческое достоинство или оскорбительного) или о его способности ущемить достоинство человека. Общий неприемлемый характер обжалуемого поведения можно вывести из этических или профессиональных стандартов (если таковые имеются), которые должны равным образом применяться ко всем пользователям в случае определенных профессий, таких как полицейский, врач, государственный служащий, учитель, психолог, социальный работник, адвокат и т.д.

В делах о домогательстве ответчик:

- разрушает утверждение / оспаривает существование обжалуемого поведения;
- доказывает, что это было поведение желаемое жертвой;
- доказывает, что это законное поведение.

Примером домогательства может служить решение СПЛДОР № 164/14 от 15 октября 2014 г., в котором была установлена дискриминация в форме домогательства по признаку атеистических убеждений со стороны педагога в отношении несовершеннолетнего, а также отсутствие мер по разумной адаптации образовательного процесса по признаку

атеистических убеждений. В этом деле Совет отметил, что учитель навязывал православную религию посредством чтения молитв и крестного знамения, обсуждая на уроках духовно-нравственного воспитания только православие, организовывая экскурсии по монастырям, где несовершеннолетнего дразнили его сверстники, отсутствием корректного вмешательства при проявлении агрессии в отношении несовершеннолетнего и подстрекательство других детей против жертвы на том основании, что он является атеистом, а также путем игнорирования несовершеннолетнего на празднике по поводу окончания учебного 2013-2014 года, где он был единственным учеником, которому не вручили диплом об окончании четвертого класса.

Дела ЕСПЧ и СЕС о домогательстве:

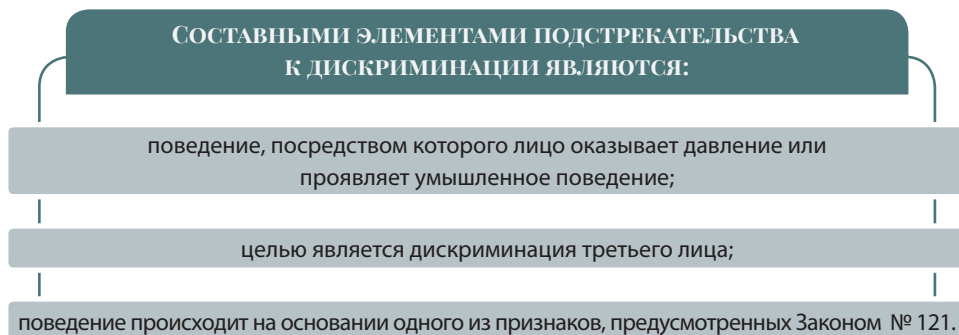
ЕСПЧ, пост. *Джорджевич (Dordevic) против Хорватии*, 24 июля 2012 г.

ЕСПЧ, пост. *Бегелури (Begheluri) и другие против Грузии*, 7 октября 2014 г.

СЕС, Колеман (*Coleman*) против *Аттридж Лоу и Стив Лоу (Attridge Law and Steve Law)*, C-303/06, 17 июля 2008 г.

ПОДСТРЕКАТЕЛЬСТВО К ДИСКРИМИНАЦИИ

Подстрекательством к дискриминации, согласно Закону № 121, является любое поведение, посредством которого лицо оказывает давление или проявляет определенное поведение с целью дискриминации третьего лица по установленным настоящим законом признакам.



Для квалификации подстрекательства к дискриминации нет необходимости, чтобы подстрекательство привело к желаемому результату: чтобы кто-то дискриминировал третье лицо. Достаточно того, что действия подстрекательства уже были публично озвучены или были уже применены к другим лицам – либо оказывается давление на посредников, либо публично проявляется умышленное поведение с целью дискриминации третьего лица.

В отличие от других форм дискриминации, в случае подстрекательства к дискриминации, деяние совершается с прямым умыслом, характеризующимся целью побудить других к совершению дискриминационных деяний в отношении третьих лиц.

Тот факт, что Закон № 121 использует слово «поведение», означает, что деяние может быть совершено через различные виды действий, в том числе путем публичного выступления, при условии, что оно оказывает давление или характеризуется умыслом.

Выполнение данного условия, характерного для поведения по подстрекательству к дискриминации, очень часто связано с авторитетной позицией правонарушителя – будь то речь о должности, социальном статусе, о позиции лидера или о роли лица, формирующего общественное мнение. *Например*, правонарушитель занимает вышестоящую позицию и дает своим подчиненным приказ о дискриминации; политик выступает с речью, которая подстрекает людей к дискриминации в отношении определенной группы людей; учительница подстрекает учеников дискриминировать одноклассницу этнического происхождения рома или одноклассника, принадлежащего к религиозному меньшинству.

Кроме того, выполнению вышеуказанного специфического условия может благоприятствовать и контекст, в котором имеет место поведение по подстрекательству, то есть посредством капитализации эмоций народных масс и их направления на дискриминационные цели – *например*, постконфликтные периоды, во время кризиса, в период выборов.

Если акт подстрекательства достигает высокого уровня опасности, он может повлечь ответственность в соответствии со ст. 346 Уголовного кодекса (Умышленные действия, направленные на разжигание национальной, этнической, расовой или религиозной вражды, дифференциации или розни).

В делах о подстрекательстве к дискриминации заявитель:

- доказывает поведение, посредством которого лицо оказывает давление или проявляет умышленное поведение;
- из поведения должна вытекать цель, а именно – дискриминация жертвы;
- поведение находится в связи с защищаемым признаком.

Когда поведение имеет место при публичном выступлении, заявителю относительно легко представить доказательства, из которых явствует, в чем заключается обжалуемое поведение. Другие условия, предусмотренные законом, должны вытекать из содержания поведения, контекста, в котором оно имело место, из специфических элементов, относящихся к обвиняемой стороне. В случаях, когда поведение представляет собой меру, принятую подстрекателем - влиятельным лицом, равно как и в случае распоряжения дискриминировать, данного подчиненным, или действий, посредством которых поощряется дискриминация, заявитель прибегает к классическим средствам доказывания, чтобы доказать содержание этих фактов (документы, свидетели, аудио-видео записи).

В делах о подстрекательстве к дискриминации ответчик:

- опровергает наличие поведения;
- доказывает, что не имеет возможности оказывать давление, соответственно, что не

занимает позицию, которая позволила бы принудить другое лицо к дискриминации третьего лица;

- доказывает, что требовал определенное поведение по причинам иным, чем те, которые связаны с дискриминацией;
- ссылается на свободу выражения мнения и доказывает, что ее реализация не являлась злоупотреблением правом.

Поскольку подстрекательство к дискриминации часто проявляется в выступлениях, вполне естественно, что обвиняемая сторона будет ссылаться в свою защиту на свободу выражения мнения. Безусловно, множество оскорбительных, беспокоящих или раздражающих выступлений защищены свободой выражения мнения, однако это право имеет некоторые ограничения в европейских рамках защиты прав человека. В связи с этим ниже обратимся к судебной практике ЕСПЧ.

Во-первых, согласно ЕСПЧ, свобода выражения мнения, гарантированная через призму ст. 10 ЕКПЧ, не подлежит защите, если утверждения подпадают под статью 17 ЕКПЧ (запрещение злоупотребления правами). На основании этой статьи можно запретить утверждения, сделанные умышленно, с целью уничтожения или ограничения прав или свобод, признанных ЕКПЧ. Право на защиту от дискриминации является одним из прав, признанных ЕКПЧ. Выступления, представлявшие собой яростные атаки против определенных групп людей, или отрицание Холокоста были квалифицированы ЕСПЧ как нарушения ст. 17 ЕКПЧ.



«...[Т]олерантность и уважение равным образом достоинства всех человеческих существ являются основой демократического и плюралистического общества. Следовательно, в принципе, можно считать необходимым в некоторых демократических обществах наказание или даже предупреждение всех форм выражения, которые распространяют, разжигают, продвигают или оправдывают ненависть на почве нетерпимости...» (ЕСПЧ, пост. Эрбакан (*Erbakan*) против Турции, 6 июля 2006 г., § 56).

Дела ЕСПЧ о подстрекательстве к дискриминации, подпадающие под ст. 17 ЕКПЧ (злоупотребление свободой выражения мнения)

ЕСПЧ, решение *Норвуд (Norwood) против Соединенного Королевства*, 16 ноября 2004 г.

ЕСПЧ, пост. Эрбакан (*Erbakan*) против Турции, 6 июля 2006 г.

ЕСПЧ, решение *Глиммервен и Хагенбек (Glimmerveen /Haagenbeek) против Голландии*, 11 октября 1979 г.

ЕСПЧ, решение *Серо (Seurot) против Франции*, 18 мая 2004 г.

ЕСПЧ, решение *Павел Иванов против Российской Федерации*, 20 февраля 2007 г.

ЕСПЧ, решение *W.P. и другие против Польши*, 2 сентября 2004 г.

ЕСПЧ, решение *Гарауди (Garaudy) против Франции*, 24 июня 2003 г.

ЕСПЧ, решение *М'Бала М'Бала (M'Bala M'Bala) против Франции*, 20 октября 2015 г.

Во-вторых, ЕСПЧ оставил вне защиты свободы выражения мнения те выступления, которые выходят за рамки свободы выражения мнения, предусмотренные ч. 2 ст. 10 ЕКПЧ. Речь идет о случаях, в которых санкции со стороны государства были наложены в соответствии с законом для защиты законной цели, и которые необходимы в демократическом обществе для защиты этой цели. В контексте развития Интернета и социальных сетей ЕСПЧ указывает, что мы имеем дело с уточнением выступлений, «разжигающих ненависть». Это уже не прямое выступление с призывом к насилию, но, не теряя при этом своей сути по разжиганию ненависти, выступление принимает форму других нападок в адрес определенных групп лиц, будучи подкрепленными действиями в социальных сетях и в Интернете, и т.д.:



«призывы к ненависти не содержат в обязательном порядке призыв к насильственным действиям или другим уголовным деяниям. Нападки в адрес лиц, совершенные путем их оскорбления, высмеивания или дискредитации определенных групп населения, могут быть достаточными для властей для принятия решения о борьбе с выступлением, противоречащим свободе выражения мнения, когда эта свобода осуществляется безответственным образом.» (ЕСПЧ, пост. Вейделанд (Vejdeland) и другие против Швеции, 9 февраля 2012 г., § 54 и ЕСПЧ, пост. Фере (Féret) против Бельгии, 16 июля 2009 г., § 73).



Дела ЕСПЧ о подстрекательстве к дискриминации, подпадающие под ч. 2 ст. 10 ЕКПЧ (ограничение свободы выражения мнения)

ЕСПЧ, пост. Леруа (Leroy) против Франции, 2 октября 2008 г.

ЕСПЧ, пост. Фере (Feret) против Бельгии, 16 июля 2009 г.

ЕСПЧ, пост. Вейделанд (Vejdeland) и другие против Швеции, 9 февраля 2012 г.

ЕСПЧ, пост. Делфи АС (Delfi SA) против Эстонии, 16 июня 2015 г.

4. СПЕЦИАЛЬНЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ ПО ДЕЛАМ О ДИСКРИМИНАЦИИ

Принимая во внимание сложность для жертвы в делах о дискриминации добыть доказательства и управлять ими, европейское право о недискриминации предусмотрело процессуальные гарантии, характерные этой категории дел, которые впоследствии были переняты и Законом № 121. Эти элементы, характерные праву о недискриминации, относятся к (1) бремени доказывания и специальной доказательной базе по делам о дискриминации, (2) санкционированию виктимизации, как способ защиты жертвы или свидетелей, против которых были приняты ответные меры вследствие их вовлечения в дело о дискриминации (3) и активная процессуальная роль, выделенная неправительственным организациям или профсоюзам в делах о дискриминации. Законодательство Республики Молдова переняло их в качестве норм специального характера, дополняющих действующие процессуальные нормы. Знание и правильное использование этих специальных элементов права недискриминации особенно важны для обеспечения адекватной защиты жертв дискриминации.

ПРИНЦИП РАЗДЕЛЕНИЯ БРЕМЕНИ ДОКАЗЫВАНИЯ

Специальное правило о принципе разделения бремени доказывания по делам о дискриминации является исключением из общего правила гражданского процессуального права, согласно которому лицо, утверждающее что-то, должно привести доказательства в поддержку своего утверждения (ч. (1) ст. 118 ГПК). По сути, это означает, что лицо, жалующееся на дискриминацию, не обязано ее доказывать, а должно привести факты, из которых вытекает презумпция дискриминации, – момент, с которого на другую сторону переходит обязанность по опровержению созданной таким образом презумпции.

Вместе с тем, область равенства и недискриминации не является первой или единственной областью права, в которой применяются специальные правила доказывания. Например, работодатель-ответчик обязан доказать обоснованность и законность решения об увольнении, а не уволенный работник, который обжаловал данное решение в суд. Публичное учреждение - ответчик должно доказать законность и обоснованность решения, обжалованного в административный суд, а не лицо, подавшее такое заявление. По делам о клевете бремя доказывания разделяется между истцом и ответчиком (ст. 24 Закона № 64 о свободе выражения мнения от 23 апреля 2010 г.). Возможное нарушение принципа презумпции невиновности не должно нас заботить, поскольку эта презумпция применяется только в уголовном праве, а принцип разделения бремени доказывания в делах о дискриминации применяется только в гражданском порядке и в делах о правонарушениях, связанных с дискриминацией.

Закон № 121 предусматривает нормы, соответствующие принципу разделения бремени доказывания как в части, касающейся процедуры в СПЛДОР, так и в части, касающейся процедуры в судебных инстанциях. Для СПЛДОР имеют значение следующие нормы: ч. (2) ст. 13, предусматривающая, что «жалоба должна содержать описание нарушения права лица, момент, когда произошло нарушение, факты и возможные доказательства, подтверждающие жалобу, фамилию и адрес подателя жалобы» и ч. (1) ст. 15, предусматривающая что «бремя доказывания того, что деяние не является дискриминацией, возлагается на лицо, предположительно считающееся совершившим дискриминационное деяние». Также ч. (2) ст. 15 Закона № 121 предусматривает обязанность предоставления физическими и юридическими лицами информации, запрошенной СПЛДОР, а ч. (3) ст. 15 устанавливает, что «необоснованный отказ в предоставлении запрашиваемой Советом информации влечет применение санкций в соответствии с действующим законодательством и толкуется Советом не в пользу лица, не представившего запрашиваемые данные»¹⁸.

Согласно ст. 19 Закона № 121, судебные инстанции обязаны соблюдать в качестве *lex specialis* (специальной нормы) принцип разделения бремени доказывания в гражданских процессах и делах о правонарушениях, связанных с дискриминацией. В соответствии с этой нормой, лицо, подающее иск в судебную инстанцию, должно представить факты, позволяющие предположить существование дискриминационного деяния. Та же статья предусматривает в ч. (2), что бремя доказывания того, что деяния не являются дискриминацией, возлагается на ответчика, за исключением действий, влекущих уголовную ответственность.

Говоря конкретно, «фактами, позволяющими предположить факт дискриминации» (бремя заявителя/истца), могут считаться от случая к случаю:


- наличие трудовых отношений заявителя/истца с работодателем и факт его увольнения;
- публичное объявление о поиске с целью найма, участие в публичном отборе для занятия должности, опыт и навыки, доказанные заявителем/истцом в поданной заявке;
- просьба о предоставлении общедоступной услуги и отказ ответчика предоставить ее заявителю;
- наличие трудовых отношений заявителя с работодателем и маленькая заработная плата заявителя в сравнении с другим работником того же предприятия.

¹⁸ Ст. 71² Кодекса о правонарушениях: «Вмешательство в деятельность Совета по предупреждению и ликвидации дискриминации и обеспечению равенства в целях воздействия на его решения, непредставление в установленные законом сроки соответствующих сведений, необходимых для рассмотрения жалобы, умышленное игнорирование и невыполнение его рекомендаций, воспрепятствование в любой другой форме осуществлению его деятельности, влекут наложение штрафа на физических лиц в размере от 50 до 100 условных единиц и на должностных лиц в размере от 75 до 150 условных единиц»

В том же контексте, бремя ответчика «доказывания того, что действия не являются дискриминацией» может быть успешно выполнено, если будет доказано, что факты, приведенные другой стороной, не имели места или были представлены в искаженном виде, либо что лица не находятся в сопоставимых ситуациях, либо что мотивы, послужившие основой предполагаемого дискриминационного поведения, были объективными и разумными, и не основывались на дискриминации.

Например:

- ♦ заявитель не был уволен, но истек срок его срочного трудового договора и, согласно законодательству, работодатель не обязан его возобновить либо представить объяснения причин, по которым он его не продлил;
- ♦ увольнение с работы произошло по дисциплинарным основаниям, связанным с поведением заявителя, нарушившего внутренние правила и/или не выполнил свои служебные обязанности;
- ♦ обоснование требований, указанных в публичном объявлении о трудоустройстве и справедливый процесс отбора (например, как они были выполнены заявителем в сравнении с отобранным кандидатом); в качестве доказательств могут быть представлены: объявление о найме, оценочный табель, процедура отбора, досье кандидатов, полученные оценки, запись интервью и др.;
- ♦ факт того, что в действительности заявитель/истец не запрашивал соответствующую услугу у ответчика; что услуга не была общедоступной, а предоставлялась только ограниченной группе лиц-членов частного клуба;
- ♦ отказ был связан с невыполнением заявителем/истцом ряда существенных условий для получения соответствующей услуги, предусмотренных документами поставщика и опубликованными транспарентным образом;
- ♦ бóльший размер вознаграждений, выплаченных другим работникам по сравнению с вознаграждением заявителя, не относится к заработной плате, а вытекает из надбавок, в случае соответствующих работников, компенсаций, связанных с другими выполненными ими, по сравнению с заявителем, работы, или в связи с бóльшим стажем работы, лучшими результатами труда, подтвержденными табелем оценки деятельности или другими доказательствами;
- ♦ различия в заработной плате заявителя и других работников обусловлены выполнением разных, не сопоставимых между собой, видов работ.

 **Дела ЕСПЧ и СЕС, в которых рассматривается принцип разделения бремена доказывания в области недискриминации**

ЕСПЧ, пост. *Начова (Nachova) и другие против Болгарии*, 6 июля 2005 г.
ЕСПЧ, пост. *Тимишев против Российской Федерации*, 13 декабря 2005 г.
ЕСПЧ, пост. *D.H. и другие против Республики Чехия*, 13 ноября 2007 г.
ЕСПЧ, решение *Хугендайк (Hoogendijk) против Голландии*, 6 января 2005 г.
ЕСПЧ, пост. *Хорват и Кисс (Horvath / Kiss) против Венгрии*, 29 января 2013 г.

Дела ЕСПЧ и СЕС, в которых рассматривается принцип разделения бремени доказывания в области недискриминации

СЕС, *Сузанна Бруннхофер (Susanna Brunnhofer) против Банка австрийской почтово-сберегательной кассы АГ (Bank der österreichischen Postsparkasse AG)*, дело С-381/99, 26 июня 2001 г.

СЕС, *Центр за равные возможности и противодействие расизму (Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding) против Компании Ферин НВ (Firma Feryn NV)*, дело С-54/07, 10 июля 2008 г.

СЕС, *С. Колеман (S. Coleman) против Амтридж Лоу (Attridge Law) и Стив Лоу (Steve Law)*, С-303/06, 17 июля 2008 г.

СЕС, *Галина Майстер (Galina Meister) против Speech Design Carrier Systems GmbH*, С-415/10, 19 апреля 2012 г.

СЕС, *Ассоциация АСCEPT против Национального совета по борьбе с дискриминацией*, дело С-81/12, 25 апреля 2013 г.

СПЕЦИАЛЬНАЯ ДОКАЗАТЕЛЬНАЯ БАЗА ПО ДЕЛАМ О ДИСКРИМИНАЦИИ

Закон № 121 не содержит норм о специальных средствах доказывания по делам о дискриминации, в результате чего следует применять положения о доказывании, предусмотренные Гражданским процессуальным и Уголовно-процессуальным кодексами, а также Кодексом о правонарушениях, в зависимости от дела.

Учитывая прямое применение ЕКПЧ и судебной практики ЕСПЧ в Республике Молдова, более диспозитивный подход к доказыванию по делам о дискриминации должен быть перенят как СПЛДОР, так и судебными инстанциями. Соответственно, адвокаты и неправительственные организации в области прав человека могут способствовать развитию практики СПЛДОР и судебных инстанций путем использования различных доказательств.

Специальные доказательства, которые могут быть представлены по делам о дискриминации:

- статистические данные,
- мнения специалистов или экспертов в данной области (*amicus curiae*),
- доклады неправительственных или международных организаций,
- ситуационное тестирование.

Во-первых, статистические данные, международные доклады некоторых международных организаций или неправительственных организаций и мнения специалистов могут быть предложены в качестве доказательств при более широком толковании письменных доказательств, принимаемых в гражданском судопроизводстве и производстве по делам о правонарушениях. Например, в деле *D.H. и другие против Республики Чехия* ЕСПЧ установил презумпцию косвенной дискриминации детей рома в связи с их сегрегацией в специальные школы для детей с ограниченными умственными возможностями, в результате рассмотрения официальных статистических данных, представленных сторонами о соотношении учеников, принадлежащих к этнической группе рома, обучавшихся в данных школах (примерно 50%),

по отношению к их доле от общего количества учеников (примерно 5%). ЕСПЧ потребовал у государства предоставить объективное и разумное обоснование для подавляющего числа учеников рома в специальных школах¹⁹. Также СЕС установил в деле *Галины Майстер (Galina Meister)*, что национальные инстанции могут толковать отказ работодателя в предоставлении доступа к заявкам о трудоустройстве других кандидатов, как факты, по которым можно предположить наличие акта дискриминации со стороны соответствующего работодателя²⁰.

Во-вторых, доказательства, полученные путем ситуационного тестирования (допустимое для доказывания фактов дискриминации в судебной практике других стран, таких как Венгрия или Соединенные Штаты Америки), могут быть представлены по делам о дискриминации, рассматриваемых в Республике Молдова, как доказательства свидетелей или как письменное доказательство. Метод ситуационного тестирования начинается в момент установления информации о том, что определенный работодатель, поставщик услуг или любое другое лицо дискриминируют лица по определенному признаку. В этот момент тестируется реакция работодателя путем создания похожих ситуаций типа «sandwich», в которых сначала привлекается лицо, не характеризующееся соответствующим признаком, потом лицо, обладающее этим признаком (*к примеру*, этническое происхождение, цвет кожи), а потом снова лицо, не характеризующееся данным признаком. Реакция работодателя во всех трех случаях фиксируется либо путем аудио-видео записи, либо через свидетелей или письменные доказательства. Ниже кратко проанализируем дело, рассмотренное судебными инстанциями Республики Молдова, в котором отношение судей к данному виду доказательств было ограничительным.

В деле *Зэпеску против SRL «Trabo Plus»*²¹ истец жаловался на дискриминацию при трудоустройстве по признаку этнической принадлежности²². Для доказательства своих претензий истец использовал *метод ситуационного тестирования*. На собеседование пошел какистец, принадлежащий к этнической группе рома, таки другое лицо со схожей квалификацией, но являющееся молдаванином по этническому происхождению. Судебные инстанции не признали доказательства, вытекающие из метода ситуационного тестирования, примененного истцом и лицом, которое было принято на работу в качестве официанта, критически подойдя к тому факту, что лица обратились к адвокату сразу после интервью о найме, дали объяснения

¹⁹ ЕСПЧ, пост. *D.H. и другие против Республики Чехия*, 13 ноября 2007 г.

²⁰ СЕС, *Галина Майстер (Galina Meister) против Speech Design Carrier Systems GmbH*, C-415/10, 19 апреля 2012 г.

²¹ Суд сектора Центру, мун. Кишинэу, Решение № 2-472/14 от 27 июня 2014 г.; Апелляционная палата Кишинэу, Решение № 2а-3692/14 от 22 января 2015 г.

²² По данному делу лицо, принадлежащее к этническому населению рома, пошло на собеседование по трудоустройству в качестве официанта в сети ресторанов «Andy's Pizza». По словам истца, отношение представителя работодателя в процессе собеседования было поверхностным: он несколько раз говорил по телефону, выходил из офиса, проявив полное безразличие к интервьюируемому лицу. В дальнейшем с истцом не связывались в связи с соответствующей должностью, что было расценено как отказ в трудоустройстве. В тот же день было проведено собеседование с другим лицом, того же пола, с теми же физическими данными, тем же ростом, возрастом, говорящим на том же языке, с тем же профессиональным опытом, но молдавской национальности. Этого человека приняли на должность официанта. Истец заявил, что его дискриминировали по признаку этнической принадлежности, учитывая, что в данном случае единственной видимой разницей между ним и лицом, получившим работу, была этническая принадлежность.

об отношении к ним во время собеседования и заполнили опросник об определении случаев дискриминации при трудоустройстве, считая эти действия злонамеренными. Хотя это не указано прямо, из мотивировочной части судебных решений вытекает, что судьи не приняли доказательства, полученные в результате ситуационного тестирования, ввиду того, что право истца не подвергаться дискриминации в действительности не было ущемлено, учитывая тот факт, что его участие в собеседовании было инсценировкой. Такой подход упускает из вида тот факт, что работодатель сам организовал отбор по своей инициативе, а дискриминационное поведение работодателя имело место на самом деле, и не было симуляцией. При отказе принять доказательства, вытекающие из метода ситуационного тестирования, дискриминационное поведение не может быть доказано и остается безнаказанным.

ВИКТИМИЗАЦИЯ

Европейские директивы развили концепт «виктимизации» – концепт, призванный обеспечить защиту лиц, будь то жертвы или свидетели, от любого недолжного обращения или неблагоприятных последствий, явившихся реакцией на жалобу или процесс, целью которых является соблюдение принципа равного обращения. В отличие от дискриминации, понятие «защита от виктимизации» не требует наличия определенного признака, и достаточно обращения с целью мести, как следствие подачи жалобы на факт дискриминации или дачи свидетельских показаний в качестве стороны дела о дискриминации.

В ст. 2 Закон № 121 предусматривает следующее понятие виктимизации: «любое действие или бездействие, сопровождающееся негативными последствиями в результате подачи жалобы, предъявления иска в судебную инстанцию в целях обеспечения применения положений настоящего закона или предоставления информации, в том числе свидетельских показаний, которые касаются жалобы или иска, поданных другим лицом».

СОСТАВНЫМИ ЭЛЕМЕНТАМИ АКТА ВИКТИМИЗАЦИИ ЯВЛЯЮТСЯ:

наличие жалобы или иска о дискриминации;

враждебное отношение, явившееся результатом подачи соответствующей жалобы или судебного иска;

лицо, в отношении которого проявляется враждебное отношение, является либо автором жалобы или судебного иска о дискриминации, либо предоставило информацию, включая свидетельские показания в связи с делом о дискриминации.

Например:

- ♦ Учитель начал снижать оценки ребенка рома после подачи им жалобы в администрацию школы по поводу дискриминации этим учителем;
- ♦ Работодатель уволил свидетеля, предоставившего полиции информацию в связи с уголовным заявлением о сексуальном домогательстве, поданным его коллегой.

Несмотря на то, что Закон № 121 ставит виктимизацию в один ряд с формами дискриминации, в действительности, виктимизация является процессуальной гарантией по делам о дискриминации. Виктимизация представляет собой попытку запугать жертву дискриминации или её свидетелей, либо отомстить им. Должна существовать причинно-следственная связь между случаем дискриминации, в связи с которым были инициированы законные обращения, и поведением, которое принимает форму виктимизации. Закон не определяет конкретно процедуру, согласно которой должна подаваться жалоба или иск о дискриминации. Следовательно, речь идет о любом виде процедуры: будь то внутренняя жалоба в рамках дисциплинарной процедуры или в рамках административной процедуры, жалоба в СПЛДОР, жалоба в полицию или прокуратуру (по деяниям уголовного характера), либо иск, подаваемый в судебную инстанцию.

В делах о виктимизации заявитель:

- доказывает, что была подана жалоба или иск о дискриминации;
- доказывает, что он лично имеет отношение к поданной жалобе о дискриминации или к предоставлению информации, включая свидетельские показания, связанные с жалобой о дискриминации;
- доказывает существование действия или бездействия, следствием которых явились негативные последствия для него после подачи жалобы или иска.

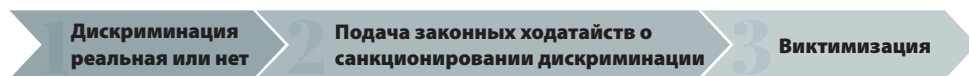
Не имеет значение, будут ли подтверждены первоначально поданные жалоба или иск, факт виктимизации подлежит наказанию в любом случае.

Враждебное отношение очень часто принимает форму незаконных наказаний, налагаемых с нарушением процедуры или несоразмерно строгих.

В делах о виктимизации СПЛДОР:

- на основании вышеуказанных фактических обстоятельств, доказанных жертвой, приводится в действие простая презумпция о существовании причинно-следственной связи между подачей законных ходатайств о санкционировании дискриминации и виктимизацией.

При виктимизации играет роль хронологическая последовательность событий:



В делах о виктимизации ответчик:

- доказывает, что причины, по которым он принял обжалуемую меру, имеют законные основания, не связанные с делом о дискриминации.

Например: Работодатель доказывает, что свидетель по делу о сексуальном домогательстве, упомянутый ранее, был уволен по причине совершения серьезного дисциплинарного проступка, а не по причине предоставления информации.

 **Дела СПЛДОР, в которых рассматривалось понятие виктимизации:**

СПЛДОР, решение № 004/13 от 22 ноября 2013 г.
 СПЛДОР, решение № 047/14 от 11 апреля 2014 г.
 СПЛДОР, решение № 056/14 от 15 мая 2014 г.
 СПЛДОР, решение № 125/14 от 28 июля 2014 г.
 СПЛДОР, решение № 158/14 от 11 декабря 2014 г.

АКТИВНАЯ ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ РОЛЬ НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ И ПРОФСОЮЗОВ

Во избежание риска того, что жертвы дискриминации не будут сообщать о случаях дискриминации или не будут подавать жалобы, опасаясь последствий, европейские директивы обязали стран-членов признать особую роль ассоциаций, организаций, профсоюзов и других юридических лиц, которые, в соответствии с установленными национальным законодательством критериями, имеют законный интерес в продвижении равенства и борьбе с дискриминацией. Эта роль заключается в возможности инициировать судебные и/или административные процессы, будь то от имени жертвы на основании доверенности, либо в её поддержку в качестве третьего лица или советчика (*amicus curiae*), либо от собственного имени без доверенности от индивидуальной жертвы в случае, когда дискриминации подвергается группа лиц или сообщество (*actio popularis*).

Согласно ч. (1) ст. 13 Закона № 121, СПЛДОР рассматривает дела по обязанности или по заявлению заинтересованных лиц, а также по заявлению профсоюзов и общественных объединений, действующих в области продвижения и защиты прав человека. Ввиду того, что в тексте закона отсутствует требование, чтобы жалоба была подана для защиты прав конкретного лица, можно сделать вывод, что жалоба может быть подана и от своего имени в случаях, когда дискриминации подвергается группа лиц или сообщество. Таким образом, СПЛДОР допустил общественные объединения в качестве заявителей²³.

Что касается судебных инстанций, согласно ст. 73 ГПК, общественные объединения вправе подавать иски в судебные инстанции в защиту прав отдельных лиц или неопределенного круга лиц только в случаях, предусмотренных законом. Закон № 121 прямо указывает, что иск в судебную инстанцию в защиту лиц, полагающих себя жертвами дискриминации, может быть подан профсоюзами или общественными объединениями, действующими в области продвижения и защиты прав человека (ч. (2) ст. 18). Независимо от того, подают ли они иск в защиту прав конкретных лиц или неопределенного круга лиц, общественные объединения должны представить доказательства, что в их уставе предусмотрено полномочие подавать иски в судебные инстанции для защиты прав человека. В случае подачи иска в защиту конкретных лиц, общественные объединения должны будут представить и заявление, в

²³ СПЛДОР, решение № 082/14 от 26 мая 2014 г.; СПЛДОР, решение № 124.14 от 22 сентября 2014 г.

котором была запрошена подача иска (ст. 73 ГПК). Что касается подачи искового заявления в судебную инстанцию общественными объединениями от собственного имени, без доверенности от индивидуальных жертв (*actio popularis*), Гражданский процессуальный кодекс не предусматривает прямо такое право, но и не запрещает. Таким образом, организации, действующие активно в области прав человека по делам о дискриминации, субъектом которых являются группа или сообщество, могут проверить, смогут ли они подать иски от собственного имени, без доверенности от индивидуальной жертвы. В то же время, необходимо внести изменения и в Закон № 121, и в Гражданский процессуальный кодекс для признания активной процессуальной роли организаций, активно действующих в области прав человека по делам о дискриминации, субъектом которых выступает группа лиц или сообщество, от собственного имени, без установления условия наличия доверенности со стороны жертвы.

Общественные объединения также могут выступать в качестве третьих лиц, не заявляющих самостоятельные требования, на основании ст. 67 Гражданско-процессуального кодекса.

5. ПРИНЦИПЫ ПРИВЛЕЧЕНИЯ К ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ДИСКРИМИНАЦИЮ

Европейские директивы в области недискриминации предусматривают ряд условий, которым должен соответствовать режим санкционирования дискриминации – наказание должно быть эффективным, пропорциональным и сдерживающим. Эти условия применяются не только к сочетаниям механизмов (гражданский + административный), но также к любому механизму, предоставленному в распоряжение жертвам дискриминации отдельным образом (административный – отдельно, гражданский – отдельно).

Под эффективностью наказания СЕС подразумевает, что национальные процедуры должны быть фактически доступными, быть достигаемы на практике, а также, чтобы не существовало слишком много сложностей для доступа лиц, имеющих право подавать жалобу о дискриминации.

Под пропорциональностью наказания СЕС понимает, что возмещение должно быть соразмерно нанесенному ущербу, и чтобы не применялись простые символические санкции. Однако СЕС не исключает тот факт, что санкции неденежного характера, в случае их применения на национальном уровне для деяний соразмерных по тяжести с дискриминацией, могут соблюдать в определенных случаях условие пропорциональности, но эти санкции должны сопровождаться определенным высоким уровнем публичности²⁴. В то же время, Суд подчеркивает, что факты дискриминации не могут толковаться как менее тяжкие проступки.

Под тем, что наказание должно носить сдерживающий характер, понимается, что оно должно иметь реальные последствия, сдерживать дискриминационное поведение и предупреждать повторение такого поведения в дальнейшем.



Дела СЕС о принципах, применяемых к механизму привлечения к ответственности за дискриминацию:

СЕС, *Фон Кольсон (Von Colson) и Каманн (Kamann)*, С-14/83, 10 апреля 1984 г.

СЕС, *Нильс Дрэмпэль (Nils Draehmpaehl)*, С-180/95, 22 апреля 1997 г.

СЕС, *Recheio-Cash & Carry* [2004], С-30/02, 17 июня 2004 г.

СЕС, *Ассоциация АСCEPT против Национального совета по борьбе с дискриминацией*, С-81/12, 25 апреля 2013 г.

ВОЗМЕЩЕНИЕ УЩЕРБА, НАНЕСЕННОГО ДИСКРИМИНАЦИЕЙ

Возмещение ущерба, нанесенного дискриминацией, является важной частью механизма привлечения к ответственности за дискриминацию. Согласно действующему законодательству, в Республике Молдова единственным органом, уполномоченным предоставлять возмещение

²⁴ СЕС, *Ассоциация АСCEPT против Национального совета по борьбе с дискриминацией*, С-81/12, 25 апреля 2013 г.

ущерба, нанесенного нарушением прав человека, является судебная инстанция. Компенсация выплачивается как за материальный, так и за моральный ущерб.

При установлении размера морального ущерба национальные инстанции руководствуются положениями ч. (1) ст. 1423 Гражданского кодекса, согласно которой размер возмещения морального вреда определяется судебной инстанцией в зависимости от:

- характера и тяжести причиненных потерпевшему нравственных или физических страданий,
- степени вины причинителя в случае, когда вина является условием ответственности, и
- степени, в которой это возмещение может удовлетворить потерпевшего.

Вышеуказанное законодательное положение предоставляет судебным инстанциям широкое поле для усмотрения, но предполагает и большую ответственность при установлении эффективных средств правовой защиты. Из молдавской судебной практики вытекает, что на данном этапе судебные инстанции устанавливают низкие размеры компенсаций за нарушение прав человека, в том числе за установленные случаи дискриминации. Для практиков данная ситуация означает, что, с одной стороны, они обязаны правильно информировать своих клиентов о шансах на успех, соответственно, о предполагаемом уровне компенсаций, устанавливаемых судебными инстанциями, во избежание создания ложных ожиданий. С другой стороны, практики играют важную роль в убеждении судей о стоимости затрат для человека, пострадавшего от дискриминации, путем конкретного указания физических, эмоциональных, психологических или социальных последствий для жертв и лиц, подвергшихся дискриминации. Защитники и жертвы дискриминации знают как никто другой, в чем конкретно заключается нанесенный моральный ущерб.

Для правильного установления морального ущерба очень полезно, чтобы судьям были представлены все аргументы в пользу самой верной оценки объема нанесенного ущерба. С этой целью будет полезно, чтобы размер ущерба был подтвержден такими доказательствами как:

- свидетели, которые могут показать, как вела себя жертва в процессе или по истечении дискриминационного поведения;
- психологическая оценка жертвы по отношению к дискриминационному поведению, которому она подверглась.

Практика Высшей судебной палаты (ВСП) и ЕСПЧ также могут помочь практикующим специалистам. Во-первых, ВСП рекомендует судебным инстанциям предоставлять компенсацию в размере от 1000 до 10000 евро за случаи нарушения прав человека, по которым применялся тест пропорциональности (ст.ст. 8, 9, 10, 11 ЕКПЧ)²⁵. Несмотря на то, что ВСП не указало суммы, подлежащие возмещению при нарушении права не быть дискриминированным, считаем, что при нарушении права не подвергаться дискриминации должны присуждаться те же суммы. Однако при установлении размера компенсации за дискриминацию необходимо учесть и тяжесть права, в осуществлении которого лицо было подвергнуто дискриминации.

²⁵ ВСП, Рекомендация № 6 о справедливом разбирательстве.

Во-вторых, согласно ЕСПЧ, компенсации морального ущерба, установленные на национальном уровне за нарушение ЕКПЧ, должны быть сопоставимы с теми, которые установил ЕСПЧ по схожим делам²⁶. Также ЕСПЧ предполагает, что нарушение ЕКПЧ неизбежно причиняет определенные психические страдания²⁷, а истец может убедить ЕСПЧ установить ему более высокую компенсацию. Например, если истец докажет, что обстоятельства его дела отличаются от других похожих дел, а ситуация или наступившие для него последствия являются более тяжкими, чем по другим похожим делам, то компенсация, установленная ЕСПЧ, будет выше.

В сборнике о компенсации ущерба ЕСПЧ, опубликованном ЦЮРМ, указаны и другие принципы, которые могут применяться по делам о дискриминации (более подробно можно ознакомиться в сборнике²⁸):

- a)** Претензии о материальном ущербе должны быть убедительными, а не спекулятивными, поскольку это может повлечь за собой риск применения наименее выгодного метода исчисления для истца²⁹;
- b)** Размер морального ущерба зависит от серьезности нарушения ЕКПЧ и последствий такого нарушения для заявителя, а также от других обстоятельств (например, от возраста и состояния здоровья истца, ценности для истца и др.);
- c)** В случае длящегося нарушения, ЕСПЧ учитывает срок действия ситуации, противоречащей ЕКПЧ (например, по делам о дискриминации может учитываться срок домогательства);
- d)** Иногда ЕСПЧ компенсирует моральный ущерб наследникам, несмотря на то, страдания были причинены усопшему³⁰;
- e)** Для ЕСПЧ установление нарушения права уже является достаточным справедливым возмещением, но как исключение³¹ и только по нарушениям, связанным с менее тяжкими последствиями для истца³² или когда признание нарушения само по себе влечет за собой выгоду для заявителя³³. Данный подход не применяется в случае нарушения ст. 2 или ст. 3 ЕКПЧ или в случае серьезных нарушений ст.ст. 5, 6, 8-11, 14 ЕКПЧ;
- f)** В случае установления большего количества нарушений ЕКПЧ, ЕСПЧ, как правило, присуждает одну компенсацию, меньшую по размеру, чем сумма компенсаций, которые были бы предоставлены за каждое отдельное нарушение права, но больше, чем сумма, которая подлежала бы выплате за самое тяжкое нарушение.

²⁶ ЕСПЧ, пост. *Чоран № 2 против Молдовы*, 20 июля 2010 г.

²⁷ ЕСПЧ, пост. *Гужа против Молдовы*, 12 февраля 2008 г., § 101.

²⁸ ЦЮРМ, Аналитическая заметка «Компенсация морального ущерба». Судебная практика ЕСПЧ, август 2013 г., доступна по адресу: http://crjm.org/wp-content/uploads/2013/08/Compensa%C8%9Bii-morale-acordate-de-ЕСПЧ-2013_3.pdf.

²⁹ ЕСПЧ, пост. *Попов № 1 против Молдовы*, справедливое разбирательство, 17 января 2006 г., § 12.

³⁰ ЕСПЧ, пост. *Далбан против Румынии*, 28 сентября 1999 г., § 59; пост. *Давид против Молдовы*, 27 ноября 2007 г., § 47.

³¹ ЕСПЧ, пост. *Бурдов против Российской Федерации № 2*, 15 января 2009 г., § 154.

³² ЕСПЧ, пост. *Херст (Hirst) против Соединенного Королевства № 2*, 6 октября 2005 г.

³³ ЕСПЧ, пост. *Амихалакиоасе против Молдовы*, 20 апреля 2004 г.

Практический аспект, который необходимо учитывать при расчёте затрат, связанных с делом о дискриминации, это то, что наряду с компенсацией материального и/или морального ущерба необходимо компенсировать и затраты на уже оплаченную правовую помощь. Могут возникать ситуации, когда истец получает в целом (моральный ущерб + затраты и расходы) меньше, чем гонорар, выплаченный им адвокату³⁴. В результате, право лица не подвергаться дискриминации, хотя формально и было компенсировано путем выплаты морального ущерба, *de facto* не получило справедливого удовлетворения от судебных инстанций.

В этом контексте, для лучшей аргументации претензий о расходах и затратах, можно обратиться к сборнику принципов об установлении расходов и затрат ЕСПЧ. Некоторыми принципами, установленными в этом сборнике, являются:

- a) ЕСПЧ требует отчет о работе, проделанной адвокатом, в котором были бы достаточно подробно описаны осуществленные действия и потраченное на это время. Непредставление отчета привело к отклонению претензии о затратах и расходах³⁵. По некоторым сложным делам ЕСПЧ покрыл затраты на правовую помощь даже при отсутствии информации о времени, посвященного разрешению дела³⁶;
- b) ЕСПЧ не предоставил компенсацию за время, посвященное обоснованию требований, которые были признаны недопустимыми³⁷ или необоснованными³⁸;
- c) ЕСПЧ оценил час работы адвоката, приняв во внимание рекомендации Союза адвокатов Республики Молдова. Судья по всему, ЕСПЧ посчитал разумной почасовую ставку в размере 50-60 евро, но в 2008 году, по сложному делу, согласился и с оплатой в 100 евро за час за работу адвоката из Республики Молдова³⁹;
- d) Устанавливая, является ли разумной стоимость правовой помощи, запрошенная истцом, ЕСПЧ принял во внимание новизну и сложность рассматриваемых фактических и правовых обстоятельств дела⁴⁰. С другой стороны, когда дело является повторным и уже существует твердая наработанная судебная практика в отношении рассматриваемых вопросов, ЕСПЧ постановит выдачу компенсации за оказанную правовую помощь в меньшем размере⁴¹.
- e) При установлении разумного характера затребованных юридических услуг, ЕСПЧ принимает во внимание вклад адвокатов⁴², а также применимость и качество замечаний, сделанных представителем в ЕСПЧ⁴³.

³⁴ ЦЮРМ, Документ политик «Является ли эффективным механизм возмещения ущерба, нанесенного нарушением разумных сроков?», сентябрь 2014 г., доступен по адресу: <http://crjm.org/wp-content/uploads/2014/09/Document-de-politici-nr1-web.pdf>.

³⁵ ЕСПЧ, пост. *Лупэску и другие против Молдовы*, от 21 марта 2006 г., § 40; пост. *Амихалакиоасе против Молдовы*, от 20 апреля 2004 г., § 47.

³⁶ ЕСПЧ, пост. *Левинца против Молдовы*, от 16 декабря 2008 г., § 117.

³⁷ ЕСПЧ, пост. *Попов против Молдовы*, от 18 января 2005 г., § 78.

³⁸ ЕСПЧ, пост. *Шарбан против Молдовы*, от 4 октября 2005 г., § 139.

³⁹ ЕСПЧ, пост. «*Оферта Плюс*» ООО («*Oferta Plus*» SRL) *против Молдовы*, от 12 февраля 2008 г.

⁴⁰ ЕСПЧ, пост. *Манале и другие против Молдовы*, от 13 июля 2010 г., § 11.

⁴¹ ЕСПЧ, пост. *Опря против Молдовы*, от 21 декабря 2010 г., § 55.

⁴² ЕСПЧ, пост. *Бойченко против Молдовы*, от 11 июля 2006 г., § 176.

⁴³ ЕСПЧ, пост. *Гимп против Молдовы*, от 30 октября 2012 г., § 71.

Более подробно можно ознакомиться в сборнике⁴⁴.

Судебные инстанции Республики Молдова имеют скромный опыт в области недискриминации. Вплоть до настоящего времени судебные инстанции проявляют сдержанность в установлении фактов дискриминации в рассматриваемых ими делах⁴⁵. Даже в случае установления факта дискриминации, они предоставляют незначительную компенсацию. Это может быть связано и с тем, что жертвы дискриминации и/или их защитники не требуют существенных компенсаций.

Например, за призывы к ненависти и подстрекательство к дискриминации путем опубликования «черного списка» лиц, поддерживающих лиц гомосексуальной ориентации, судебные инстанции постановили выплатить ущерб в размере 5000 леев в качестве морального ущерба и 1200 леев для расходов и затрат каждому истцу (–всего их 6)⁴⁶. В другом деле суды постановили выплатить 5000 леев за дискриминационный запрет в доступе истца, лица с ограниченными возможностями, в ночной клуб⁴⁷. В решении от 29 октября 2015 г. по делу № 2-1379/15 было установлено, что водитель маршрутного такси, курсирующего по одному из маршрутов Кишинэу, отказался впустить в свое транспортное средство лицо с ограниченными умственными возможностями (детский церебральный паралич) по причине отсутствия свободных мест, несмотря на то, что один из пассажиров уступил ему одно из мест. И даже после того, как все пассажиры проявили недовольство и не позволили водителю продолжить движение, водитель высадил всех пассажиров и отказался обеспечить доступ к своему транспортному средству лицу с ограниченными возможностями. Суд Ботаника взыскал в порядке солидарной ответственности с шофера и с ООО «Ремта-Транспорт Приват» (Remta-Transport-Privat), где он работал, сумму в размере 10000 леев в качестве моральной компенсации за дискриминацию при доступе к общедоступным услугам, по признаку ограниченных возможностей. При установлении размера суд принял во внимание, что дискриминационный отказ причинил жертве психические страдания, а ответчик по данному делу не принес свои извинения. Вместе с тем, суд отказал в претензии в размере 2000 леев для покрытия расходов на юридическую помощь в связи с тем, что адвокат истца не представил накладную или квитанцию об уплате соответствующей суммы. Решение было обжаловано в Апелляционную палату Кишинэу (на момент опубликования руководства решение Апелляционной палаты еще не было опубликовано).

Если компенсация, полученная на национальном уровне, не устраняет статус жертвы нарушения права, предусмотренного ЕКПЧ, лицо может подать заявление в ЕСПЧ и на его основании потребовать взыскания разумной компенсации ущерба. ЕСПЧ установил нарушение ЕКПЧ по

⁴⁴ ЦЮРМ, Аналитическая заметка «Компенсация расходов на оказание правовой помощи ЕСПЧ», ноябрь 2013 г., доступна по адресу: <http://crjm.org/wp-content/uploads/2013/11/CRJM.-cercet.asist.juridic.ЕСПЧ.2013.1.pdf>.

⁴⁵ К примеру, решение Суда Центру, № 2-472/14 от 27 июня 2014 г., решение Апелляционной палаты Кишинэу, № 2а-3692/14 от 22 января 2015, Решение суда Буякань № 3-282/2014 от 19 марта 2014, Решение Апелляционной палаты Кишинэу № 3а-1010/14 от 17 июля 2014 г.; Определение ВСП № 3га-1486/14 от 26 ноября 2014 г.

⁴⁶ Решение ВСП № 2га-135/14 от 13 марта 2014 г.

⁴⁷ Определение ВСП № 2га-3745/13 от 18 декабря 2013 г.

причине выплаты недостаточной компенсации по ряду молдавских дел, например: *Чоран* (№ 2)⁴⁸, *Ганеа*⁴⁹, *Аврам и другие*⁵⁰, *Кристина Бойченко*⁵¹, *Г.В и Р.В*⁵², *Гаврилицэ*⁵³, *Чоран* (№ 4)⁵⁴.

Также ЕСПЧ рассмотрел несколько дел о дискриминации против Республики Молдова. Например, в деле *Genderdoc-M*⁵⁵ ЕСПЧ установил компенсацию в размере 11010 евро за дискриминационный отказ в разрешении проведения собраний ЛГБТ сообщества. По другим трем делам ЕСПЧ установил компенсацию в размере 15000 евро по каждому делу, за необеспечение властями защиты истцов от насилия в семье, а также попустительство властями этого насилия, что отразило дискриминационное отношение к заявительницам, как женщинам⁵⁶.

КТО МОЖЕТ НЕСТИ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ДИСКРИМИНАЦИЮ?

Обязанность о недискриминации является универсальной. Ответчиком по делам о дискриминации может стать любое физическое или юридическое лицо из публичной или частной сферы (ст. 3 Закона № 121).

СПИСОК СУБЪЕКТОВ, ПРЯМО ОПРЕДЕЛЕННЫХ ЗАКОНОМ № 121, ИМЕЮЩИХ ОБЯЗАННОСТЬ ПО НЕДИСКРИМИНАЦИИ (СТ. 7–9)

- ✓ работодатели;
- ✓ образовательные учреждения;
- ✓ органы публичной власти;
- ✓ учреждения здравоохранения;
- ✓ учреждения социальной защиты;
- ✓ банки и финансовые учреждения;
- ✓ транспортные предприятия;
- ✓ учреждения и предприятия, предоставляющие развлекательные услуги.

Посредством прямого перечисления этих субъектов были отражены некоторые зоны риска дискриминации, но данное перечисление не является исчерпывающим.

В то же время, ЕСПЧ установил, что государство не несет ответственность за нарушение прав лиц, находящихся на территории, которая не находится под его фактическим контролем. В этом случае государство несет ответственность только за невыполнение свои позитивные

⁴⁸ ЕСПЧ, пост. *Чоран* (№ 2) против Молдовы, от 20 июля 2010 г.

⁴⁹ ЕСПЧ, пост. *Ганя против Молдовы*, от 17 мая 2011 г.

⁵⁰ ЕСПЧ, пост. *Аврам и другие против Молдовы*, от 5 июля 2011 г.

⁵¹ ЕСПЧ, пост. *Кристина Бойченко против Молдовы*, от 27 сентября 2011 г.

⁵² ЕСПЧ, пост. *Г.В. и Р.В против Молдовы*, от 18 декабря 2012 г.

⁵³ ЕСПЧ, пост. *Гаврилицэ против Молдовы*, от 22 апреля 2014 г.

⁵⁴ ЕСПЧ, пост. *Чоран* (№ 4) против Молдовы, от 8 июля 2014 г.

⁵⁵ ЕСПЧ, пост. *Гендердок-М (Genderdoc-M) против Молдовы*, от 12 июня 2012 г.

⁵⁶ ЕСПЧ, пост. *Еремия и другие против Молдовы*, от 28 мая 2013 г.; *Мудрик против Молдовы*, от 16 июля 2013 г. и *Т.М. и С.М. против Молдовы*, от 28 января 2014 г.

обязанности. Например, по делу *Иванцок и другие против Молдовы и Российской Федерации*⁵⁷, заявители пожаловались на незаконное лишение свободы и нарушение права на переписку и встречи с близкими родственниками в приднестровском регионе Республики Молдова. ЕСПЧ еще в постановлении *Илашку и другие против Молдовы и Российской Федерации* установил, что Республика Молдова фактически не контролирует приднестровский регион. Однако ЕСПЧ установил, что Республика Молдова обязана предпринять позитивные действия и меры, направленные на восстановление своего контроля над этим регионом и для прекращения нарушения прав человека⁵⁸. Таким образом, в деле *Иванцок и другие* ЕСПЧ установил, что Республика Молдова никогда не прекращала протестовать против поддержки сепаратистского режим Российской Федерацией, а при двусторонних встречах с приднестровскими лидерами, молдавские власти систематически затрагивали вопрос освобождения истцов и их прав, гарантированных ЕКПЧ⁵⁹. Таким образом, Республика Молдова обязана предпринять необходимые и возможные меры для прекращения любых нарушений прав человека, включая право не быть дискриминированным в приднестровском регионе.

Аргументом, встречаемым на практике, при помощи которого пытаются уклониться от выплаты компенсаций, установленных судебной инстанцией, является отсутствие денег, выделенных на такие цели, в бюджетах органов публичной власти или государственных предприятий. Данное обоснование не может считаться допустимым для невыплаты компенсаций или сниженной компенсации ущерба, причинённого нарушением прав человека. В деле *G.B. и R.B. против Молдовы* ЕСПЧ установил, что судебные инстанции установили недостаточную компенсацию (607 евро) за стерилизацию женщины без её согласия и отклонил тот аргумент, что выплата более высокой компенсации затронула бы способности больницы предоставлять в дальнейшем медицинские услуги. Учитывая то, что больница являлась собственностью государства, оно несло ответственность за любые расходы, связанные с больницей, и покрытие которых оно должно обеспечить⁶⁰. В поддержку данного решения надо привести и тот аргумент, что государство могло взыскать хотя бы частично компенсацию ущерба с доктора, виновного во врачебной халатности.

Таким образом, из обстоятельств вышеизложенного дела вытекают два важных принципа в контексте компенсаций, предоставляемых за нарушение прав человека. Во-первых, отсутствие денег, в частности, когда речь идет о бюджетах, управляемых государством, не освобождает от обязанности компенсирования нанесенного ущерба. Во-вторых, в случае нарушения права лицом, находящимся при исполнении должностных обязанностей в государственном учреждении или частной организации, можно требовать взыскания ущерба как с учреждения или организации, так и с физического лица, виновного в нарушении права. А если ущерб был взыскан только с учреждения или организации, они, в свою очередь, на общих основаниях солидарной ответственности могут взыскать часть ущерба с ответственного лица (ст. 530-549 Гражданского кодекса).

⁵⁷ ЕСПЧ, пост. *Иванцок и другие против Молдовы и Российской Федерации*, 15 ноября 2001 г., §§ 107-111.

⁵⁸ ЕСПЧ, пост. *Илашку и другие против Молдовы и Российской Федерации*, 8 июля 2004 г., §§332-352.

⁵⁹ ЕСПЧ, пост. *Иванцок и другие против Молдовы и Российской Федерации*, 15 ноября 2001 г., §§ 108-109.

⁶⁰ ЕСПЧ, пост. *G.B. и R.B. против Молдовы*, от 18 декабря 2013 г., § 33.

6. ДЕЙСТВУЮЩИЕ НАЦИОНАЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

Лицо, считающее себя жертвой дискриминации, может использовать различные национальные способы защиты, в зависимости от тяжести предполагаемого дискриминационного деяния и преследуемой им цели. Если лицо хочет обратиться в орган, специализирующийся по делам о дискриминации, то оно может обратиться в СПЛДОР. Если лицо хочет получить компенсацию, оно может напрямую обратиться в судебную инстанцию (для констатации факта дискриминации и установления причиненного ущерба) или может обратиться в СПЛДОР для констатации факта дискриминации, а после этого в судебную инстанцию для возмещения ущерба. Если речь идет о дискриминационном административном акте, лицо может обратиться в порядке административного судопроизводства и потребовать его аннулирования либо в порядке обжалования на основании Закона № 121. Законодательство не указывает порядок использования этих путей обжалования, поэтому их можно использовать и одновременно. Если акты дискриминации содержат элементы преступления, лицо может подать заявление в орган уголовного преследования с целью проведения соответствующего расследования.

Подводя итог вышесказанному, согласно действующему законодательству, лицо, подвергнувшееся дискриминации, может:⁶¹

ОБРАТИТЬСЯ С ИНДИВИДУАЛЬНОЙ ЖАЛОБОЙ В СОВЕТ ПО НЕДИСКРИМИНАЦИИ

для установления факта дискриминации; по необходимости, после установления факта дискриминации СПЛДОР направляет дело в судебную инстанцию для наложения штрафа за правонарушение.

ПОДАТЬ В СУДЕБНУЮ ИНСТАНЦИЮ ГРАЖДАНСКИЙ ИСК

для установления факта дискриминации, для аннулирования дискриминационного административного акта / восстановления ситуации, существовавшей до нарушения, и требовать возмещения ущерба в гражданском порядке (компенсация морального и/или материального ущерба, нанесенного вследствие дискриминации)⁶¹.

ПОДАТЬ ЖАЛОБУ В ПОЛИЦИЮ ИЛИ ПРОКУРАТУРУ,

если речь идет о преступлении на почве ненависти, с целью привлечения к уголовной ответственности лица, совершившего дискриминацию.

⁶¹ Лицо также может обратиться с иском в административный суд для аннулирования дискриминационного административного акта и возмещения нанесенного ущерба. Однако эта процедура возбуждается в более сжатые сроки (30 дней по сравнению с одним годом, что является менее благоприятным положением для жертвы).

Далее кратко изложим некоторые процессуальные аспекты и преимущества каждого из путей, указанного выше.

РАССМОТРЕНИЕ ЖАЛОБ СПЛДОР

Детальная информация о рассмотрении жалобы СПЛДОР содержится в ст. 15 Закона № 121 и ст. 37-66 Закона № 298. Жалоба может быть подана в СПЛДОР в течение одного года со дня совершения дискриминационного деяния или со дня, когда должно было стать известно о его совершении (ч. (2) ст. 13 Закона № 121). Жалоба может быть подана путем использования любых средств (почта, факс, электронная почта) или изложена устно при аудиенции. Для ее рассмотрения СПЛДОР по существу жалоба должна соответствовать условиям, предусмотренным ч. (2) ст. 13 и ст. 14 Закона № 121 и не должна быть недопустимой в соответствии со ст. 42 Закона № 298.

Согласно закону, жалоба, поданная в СПЛДОР, будет рассмотрена в срок не более 90 дней. В процессе рассмотрения жалобы заявитель должен представить факты и доказательства, подтверждающие его жалобу, то есть создать презумпцию дискриминации (*смотри выше раздел о бремени доказывания по делам о дискриминации*). Если СПЛДОР получил достаточно доказательств для запуска презумпции дискриминации, он потребует у ответчика представить свою защиту – либо опровергнуть факты, указанные заявителем, либо доказать, что у него есть разумное и объективное обоснование, не связанное с дискриминацией по совершенным деяниям. СПЛДОР разрешает дело путем вынесения решения, которое может быть обжаловано в судебной инстанции в порядке административного судопроизводства, в соответствии с Законом № 793⁶².

Также в процессе рассмотрения жалобы СПЛДОР может установить ряд административных правонарушений (ст.ст. 54², 65¹, 71¹ и 71² Кодекса о правонарушениях). Но санкции могут налагаться только судебными инстанциями (ст. 423⁵ Кодекса о правонарушениях). На практике большинство протоколов, составленных СПЛДОР, аннулируются судебными инстанциями по причине их несоответствия форме, предусмотренной ст. 443 Кодекса о правонарушениях⁶³.

⁶² Одним из проблематичных аспектов является возможность использования предварительной процедуры при обжаловании решения СПЛДОР в судебную инстанцию. С учетом того, что СПЛДОР является квази-судебным органом, не имеет вышестоящего органа и даже не имеет полномочий пересматривать свои решения, его решения следует обжаловать напрямую в судебную инстанцию, которая уполномочена рассматривать дело и по существу. Однако действующее законодательство не предусматривает прямых исключений от применимости Закона об административном суде в отношении к СПЛДОР, и есть случаи, когда заявления по обжалованию решений СПЛДОР были возвращены судебной инстанцией, в связи с несоблюдением предварительной процедуры. Соответственно, до внесения изменений в действующее законодательство, решение СПЛДОР подлежит обжалованию в порядке, предусмотренном специальными правилами административного суда.

⁶³ ЦЮРМ, Анализ совместимости законодательства Республики Молдова с европейскими стандартами в области равенства и недискриминации, июль 2015 г., стр. 180, доступен по адресу: <http://crjm.org/wp-content/uploads/2015/07/CRJM-Studiu-Compat-legislatie-MD-EU-2015-07.pdf>.

Неспособность СПЛДОР самостоятельно налагать санкции создает трудности в борьбе с дискриминацией при использовании данного механизма.

Действующее законодательство предоставляет СПЛДОР ограниченный список полномочий в принятии решений о борьбе с дискриминацией. Вследствие рассмотрения жалобы СПЛДОР может установить существование или отсутствие факта дискриминации, может составить рекомендации для обеспечения прав жертвы и предупреждения появления похожих фактов в будущем и, в ограниченных ситуациях, может устанавливать правонарушения (п. i) и k) ч. (1) ст. 12 и ч. (4) ст. 15 Закона № 121). Если лицо хочет взыскать моральную и/или материальную компенсацию или обязать кого-то сделать или не сделать что-то, или аннулировать дискриминационный акт, ему следует обратиться с гражданским иском о факте дискриминации и в судебную инстанцию.

РАССМОТРЕНИЕ ЗАЯВЛЕНИЙ О ДИСКРИМИНАЦИИ СУДЕБНЫМИ ИНСТАНЦИЯМИ

Лица, считающие себя жертвами дискриминации, могут подать иск напрямую в судебную инстанцию без предварительного обращения в СПЛДОР (ч. (3) ст. 13 Закона № 121). Иск подается в течение одного года со дня совершения действия или со дня, когда лицо могло узнать о его совершении, без уплаты государственной пошлины (ст.ст. 20 и 21 Закона № 121). Судебные иски о дискриминации рассматриваются в порядке административного производства, предусмотренного ГПК, за исключениями, установленными Законом № 121.

Отдельным аспектом дел о дискриминации является тот факт, что общественные объединения, действующие в области защиты прав человека, вправе подавать иски в защиту прав лиц или неопределенного круга лиц (*смотри дискуссию о процессуальном качестве в главе 4, изложенную выше*).

Другим специфическим аспектом по делам о дискриминации является бремя доказывания. Закон № 121 опровергает общее правило, согласно которому каждое лицо должно доказать то, о чем оно заявляет, и создает правило, согласно которому лицо, возбудившее иск в судебной инстанции, должно представить факты, позволяющие предположить наличие факта дискриминации, а ответчик должен доказать что этих фактов не было либо то, что они разумно и объективно обоснованы (ст. 19 Закона № 121). Больше подробностей относительно специфики бремени доказывания можно найти в главе 4 Руководства.

В результате рассмотрения дела судебные инстанции могут установить факт дискриминации, запретить дискриминацию в дальнейшем, могут восстановить ситуацию, существовавшую до нарушения права не подвергаться дискриминации, могут постановить возмещение материального, морального ущерба, возмещение судебных расходов и признать недействительность акта, приведшего к дискриминации. В рамках рассмотрения дела судебные инстанции могут также, по просьбе истца, запретить распространение информации о его частной жизни и личности (ч. (1) и (3) ст. 18 Закона № 121). Истцы могут прибегнуть и к другим

способам защиты гражданских прав, предусмотренных ст. 11 Гражданского кодекса. При всем при этом, судебные инстанции сдержанно относятся к установлению фактов дискриминации, что иногда ведет к фактической неэффективности гражданского иска о дискриминации. По этой причине, в контексте действующего законодательства, рекомендуется использовать два пути: подать жалобу в СПЛДОР и гражданский иск в судебную инстанцию.

Для обжалования административного акта, нормативного или индивидуального характера, любое лицо, считающее себя, ущемленным этим актом, может подать исковое заявление в судебную инстанцию и просить об аннулировании акта, признании ущемленного права и возмещении нанесенного ущерба в порядке административного судопроизводства. Однако данная процедура менее благоприятна для жертвы дискриминации, чем судопроизводство на основании ГПК, в частности из-за более коротких сроков и наличия предварительной процедуры. А именно, после 1 января 2013 года (вступление в силу Закона № 121) лица могут требовать аннулирования дискриминационных административных актов на основании Закона № 121, *в течение одного года с момента когда они могли узнать об административном акте дискриминационного характера*, без соблюдения предварительной процедуры, необходимой для обращения в административный суд.

В НИЖЕИЗЛОЖЕННОЙ ТАБЛИЦЕ КРАТКО ПРЕДСТАВЛЕНЫ ПРЕИМУЩЕСТВА И НЕДОСТАТКИ ОБРАЩЕНИЯ В СПЛДОР И СУДЕБНЫЕ ИНСТАНЦИИ:

СПЛДОР	Судебные инстанции (гражданский иск)
Является специализированным органом в области равенства и недискриминации (владеет экспертными знаниями в данной области).	Судьи, рассматривающие дела о дискриминации в первой инстанции являются судьями общего права (на данном этапе судьи не специализированы).
Государственная пошлина не оплачивается.	Государственная пошлина не оплачивается.
	Обращение в СПЛДОР не является обязательным и не затрагивает право обращения с гражданским иском в судебную инстанцию (ч. (3) ст. 13 Закона об обеспечении равенства). Однако если время позволяет, решение СПЛДОР может стать важным доказательством для лица, обратившегося в судебную инстанцию.
Рассматривает заявления в краткие сроки, установленные законом (до 3-х месяцев).	Гражданские дела могут рассматриваться сроком до одного года в рамках только одной инстанции, а сложные дела могут рассматриваться и дольше.

СПЛДОР	Судебные инстанции (гражданский иск)
Может проводить осмотр на месте происшествия и может собирать труднодоступные для жертвы доказательства.	Может давать оценку доказательствам в месте их хранения или нахождения, если их представление в судебную инстанцию является невозможным или затруднительным, только в исключительных случаях (на практике это очень редко происходит). Может принимать от жертвы заявления о запросе информации у ответчика и других ответственных лиц.
Устанавливает факт дискриминации.	Устанавливает факт дискриминации.
Дает рекомендации по устранению факта дискриминации и причин, способствовавших его появлению.	Аннулирует дискриминационный акт и/или восстанавливает положение, существовавшее до нарушения права.
Составляет протоколы о совершении правонарушений, которые представляет в судебную инстанцию для наложения санкций за правонарушение (штрафов, перечисляемых в государственный бюджет).	Устанавливает выплату компенсаций (моральный и материальный ущерб) и возмещение судебных расходов, которые перечисляются жертве.

РАССМОТРЕНИЕ УГОЛОВНЫХ АКТОВ ДИСКРИМИНАЦИИ

Преступления, совершенные на почве нетерпимости к определенным группам населения называются также и **преступлениями на почве ненависти**. По уголовным делам о дискриминации государственные органы обязаны доказать, что лицо совершило деяние (ч. (2) ст. 18 Закона № 121 и ст. 8 УПК). Государству вменяется в обязанность расследовать мотив преступления, в том числе, если оно не было совершено на почве ненависти на основании одного из признаков, защищаемых Законом № 121. Если жертва преступления или её родственники считают, что преступление было совершено из ненависти, основанной на одном из защищаемых законом признаков (например, раса, цвет кожи, язык, сексуальная ориентация, пол, религия и т.д.), рекомендуется запросить у органа уголовного расследования в письменной форме проведения расследования его причин.

Исходя из действующих положений:

- ➔ ст. 176 Уголовного кодекса запрещает **нарушение равноправия граждан**. Для применения этого элемента преступления необходимо доказать в альтернативном порядке, что преступление было совершено должностным лицом, причинило ущерб в крупных размерах, было совершено путем размещения дискриминационных

символов и сообщений в общественных местах, было совершено по двум или более признакам или двумя или более лицами.

- ⇒ Ст. 173 Уголовного кодекса инкриминирует **сексуальное домогательство**, то есть физическое, вербальное или невербальное поведение, ущемляющее достоинство личности либо создающее неприятную, враждебную, подавляющую, унижительную, дискриминационную или оскорбительную обстановку с целью вынуждения лица к половому сношению или иным нежелательным действиям сексуального характера, совершенное путем угроз, принуждения, шантажа.
- ⇒ Ст. 346 Уголовного кодекса запрещает **умышленные действия, публичные призывы, в том числе через печатные и электронные средства массовой информации, направленные на** разжигание национальной, этнической, расовой или религиозной вражды, дифференциации или розни, на унижение национальной чести и достоинства, а равно прямое или косвенное ограничение прав либо установление прямых или косвенных преимуществ граждан в зависимости от национальной, этнической, расовой или религиозной принадлежности.
- ⇒ Законодатель также предусмотрел в **п. d) ст. 77** Уголовного кодекса, что **«совершение преступления на почве социальной, национальной, расовой либо религиозной ненависти» является обстоятельством, отягчающим ответственность**. Данное отягчающее обстоятельство применимо к любому преступлению, если присутствует мотив ненависти. Отягчающие обстоятельства влияют на уголовное наказание.
- ⇒ Уголовный кодекс также предусматривает в качестве специального отягчающего обстоятельства совершение преступлений на почве ненависти (например, для **умышленного убийства** (п. l) ч. (2) ст. 145), **умышленного причинения тяжкого телесного повреждения или иного тяжкого вреда здоровью** (п. j) ч. (2) ст. 152); **умышленного уничтожения или повреждения имущества** (п. b) ч. (2) ст. 197); **надругательства над могилами** (п. b) ч. (2) ст. 222 Уголовного кодекса).

Несмотря на видимость наличия множества дискриминационных деяний, наказуемых в уголовном порядке, законодатель ограничивает преступления на почве ненависти по признакам социального статуса, национальности, расы, религии; действия, связанные с подстрекательством к ненависти, дифференциации или разделения также ограничиваются признаком национальности, этнической, расовой или религиозной принадлежности; нарушение равенства имеет квалифицирующие признаки (к примеру: ущерб в крупном размере, множественные признаки); домогательство рассматривается только под сексуальным аспектом. Безусловно, эти составы не покрывают весь спектр уголовных деяний в области дискриминации. Поэтому, в контексте действующего законодательства, важно помнить, что, если в рамках уголовного дела выявляются признаки совершения преступления на почве ненависти, власти должны с особой тщательностью изучить этих

причины. Невыполнение данной обязанности может противоречить ст. 14 ЕКПЧ⁶⁴. В деле *Начова (Nachova) и другие против Болгарии* ЕСПЧ установил ряд принципов, которыми должны руководствоваться государства в делах, по которым приводятся мотивы ненависти при совершении преступлений⁶⁵.

Практически полностью отсутствует судебная практика в области преступлений, совершенных по дискриминационным основаниям, что определено, большей частью, двумя факторами. В первую очередь, органы, уполномоченные в борьбе с преступлениями, не признают дискриминационные деяния в качестве тяжких преступлений, по которым необходимо начинать уголовное преследование. Во-вторых, как было указано выше, уголовные деяния дискриминации, такие как преступления на почве ненависти, не имеют достаточного регулирования в уголовном законе⁶⁶. В настоящее время ряд организаций гражданского общества вовлечены в процесс разработки предложений о внесении изменений в уголовную законодательную базу с целью инкриминирования преступлений на почве ненависти.

⁶⁴ ЕСПЧ, пост. *Начова (Nachova) и другие против Болгарии*, от 6 июля 2005 г., параграфы 160-168.

⁶⁵ *Ibidem*, параграф 160.

⁶⁶ СПЛДОР, Отчет о деятельности за 2013 г., Кишинев 2014 г., стр. 8.

ПРИЛОЖЕНИЕ №1.

ПРИНЦИПЫ ОТНОСИТЕЛЬНО ДИСКРИМИНАЦИИ, ИЗЛОЖЕННЫЕ СУДЬЯМИ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

АВТОР: ИШТВАН ХАЛЛЕР (ISTVÁN HALLER)

1. ВСТУПЛЕНИЕ

В первоначальном виде, в *Конвенции о защите прав человека и основных свобод* (общеизвестная как **Европейская конвенция по правам человека** или ЕКПЧ), дискриминация была определена в ст. 14: *«Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам»*. Впоследствии **Дополнительный протокол № 12** распространил определение и в отношении других прав, не ограничивая дискриминацию только правами, предусмотренными Конвенцией: *«Пользование любым правом, признанным законом, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или любого иного обстоятельства»*.

Этими определениями ЕСПЧ установил следующие элементы дискриминации:

- ▶ дифференциация („без какой бы то ни было дискриминации“);
- ▶ признак («по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам»);
- ▶ нарушенное право («пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции», соответственно, «пользование любым правом, признанным законом»).

2. ДОПОЛНЕНИЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКОЙ

2.1. Различие/дискриминация (Дифференциация)

Под отсутствием дифференциации судьи Европейского суда по правам человека (далее ЕСПЧ

или Суд) понимают, в первую очередь, равное обращение с лицами, находящимися в сходном или аналогичном положении: «ст. 14 защищает лиц, находящихся в сходном положении»⁶⁷,⁶⁸

Таким образом, «необходимо установить среди прочего, может ли считаться положение предполагаемой жертвы сходным с положением лиц, с которыми обращались более благоприятно»⁶⁹.

Дифференциация имеет место и тогда, когда к лицам, находящимся в существенно различающемся положении, не относятся различным образом⁷⁰.

Она может являться и результатом явно нейтральных мер, которые непропорционально затрагивают определенную группу лиц, даже если данная мера не была обращена именно к этой группе⁷¹. Таким образом, ЕСПЧ включил в сферу дискриминации и косвенную дискриминацию⁷².

Дифференциация происходит и тогда когда есть подозрения в совершении преступления на почве ненависти, а органы власти решают данное дело как дело о простом преступлении, без учета специфики преступления, совершенного на почве ненависти⁷³. Неспособность государства защитить женщин от домашнего насилия является обращением сходным с дискриминацией⁷⁴.

В некоторых случаях неприменение положительных мер является дискриминацией: «статья 14 не запрещает государствам-участникам применять различное отношение к определенным группам для того, чтобы скорректировать «фактическое неравенство» между ними; более того, в некоторых обстоятельствах принятие мер по исправлению неравенства путем различного отношения может само по себе привести к нарушению статьи»⁷⁵.

2.2. Признаки

Признаки, изложенные в ЕКПЧ, являются лишь иллюстративными, а не исчерпывающими, поскольку список защищаемых признаков содержит ссылку на «любую другую ситуацию»⁷⁶.

⁶⁷ В «аналогичном» (ЕСПЧ, пост. Ван дер Мусселе (*Van der Musselle*) против Бельгии, 23 ноября 1983 г., § 46) или «релевантно-сходном» (ЕСПЧ, пост. Фредин (*Fredin*) против Швеции (№ 1), 18 февраля 1991 г., § 60). В дальнейшем «аналогичное или релевантно-сходное» (ЕСПЧ, пост. Шеффилд и Хоршем (*Sheffield and Horsham*) против Соединенного Королевства, 30 июля 1998 г., § 75).

⁶⁸ ЕСПЧ, пост. Маркс (*Marckx*) против Бельгии, 13 июня 1979 г., § 32.

⁶⁹ ЕСПЧ, пост. Фредин (*Fredin*) против Швеции (№ 1), 18 февраля 1991 г., § 60.

⁷⁰ ЕСПЧ, пост. Тлимменос (*Thlimmenos*) против Греции, 6 апреля 2000 г., § 44.

⁷¹ ЕСПЧ, пост. Шанаган (*Shanaghan*) против Соединенного Королевства, 4 мая 2001 г., § 129.

⁷² ЕСПЧ использует это понятие, определенное директивами Европейского союза, смотри в этом смысле *Д.Н. и другие* против Чехии, 13 ноября 2007 г.

⁷³ ЕСПЧ, пост. Начова (*Nachova*) и другие против Болгарии, 26 февраля 2004 г., § 157-158; принципы были подтверждены Большой Палатой (*Начова и другие* против Болгарии, 6 июля 2005 г.)

⁷⁴ ЕСПЧ, пост. Опуз (*Opuz*) против Турции, 9 июня 2009 г., § 191.

⁷⁵ ЕСПЧ, пост. Стек (*Stec*) и другие против Соединенного Королевства, 12 апреля 2006 г., § 51.

⁷⁶ ЕСПЧ, пост. Энгель (*Engel*) и другие против Голландии, 8 июня 1976 г., § 72.

Эти признаки являются личными качествами, на основании которых лица или группы лиц могут отличаться от других⁷⁷.

РАСОВАЯ ДИСКРИМИНАЦИЯ является настолько тяжелой формой дискриминации, что в некоторых случаях может представлять собой даже унижающее достоинство обращение по смыслу ст. 3 Конвенции⁷⁸. *«Расовое насилие является особым оскорблением человеческого достоинства и, учитывая его опасные последствия, требует особого внимания со стороны властей и быстрого реагирования. В связи с этим власти должны использовать все доступные средства для борьбы с расизмом и расовым насилием, укрепляя таким образом демократическое видение общества, в котором многообразие воспринимается не как угроза, а как источник богатства»⁷⁹.*

ЭТНИЧЕСКОЕ ПРОИСХОЖДЕНИЕ И РАСА являются родственными и совпадающими понятиями. В то время как понятие расы коренится в идее биологической классификации людей на подвиды, основываясь на некоторых морфологических признаках, таких как цвет кожи или особенности лица, то этническое происхождение исходит от идеи общественных групп, имеющих совместное гражданство, племенную принадлежность, религиозные убеждения, язык, культурные корни и традиции. Дискриминация, основанная на реальной или предполагаемой этничности, является расовой дискриминацией⁸⁰. ЕСПЧ считает, что *«никакое различие в отношении, основанное исключительным или решающим образом на этническом происхождении лица, не может быть разумно обосновано в современном демократическом обществе, построенном на принципах плюрализма и уважения к разным культурам»⁸¹.*

Проблема дискриминации рома рассматривается отдельным образом даже в рамках расовой дискриминации. *«Ввиду уязвимого положения рома, как меньшинства, необходимо обращать особое внимание на их нужды и образ жизни, отличающиеся от других, как в рамках планирования релевантных регулирований, так и при принятии решений по частным делам»⁸².* Рома обладают специфическим характером ввиду того, что *«их буйная история и постоянное искоренение сделали их ущемляемым и уязвимым меньшинством»⁸³.*

„В демократических обществах, в которых сосуществуют различные религии внутри того же населения, может возникнуть необходимость внесения ограничения свободы совести, мысли и вероисповедания с целью примирения интересов различных групп при обеспечении соблюдения свободы каждого вероисповедания», но государство должно исполнять роль

⁷⁷ ЕСПЧ, пост. *Кьелдсен, Буск Мадсен и Педерсен (Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen) против Дании*, 7 декабря 1976 г., § 56.

⁷⁸ Европейская комиссия по правам человека, отчет по делу *Восточно-африканские азиаты против Соединенного Королевства*, № 4407/70 и др., 14 декабря 1973 г., § 196

⁷⁹ ЕСПЧ, пост. *Начова и другие против Болгарии*, 6 июля 2005 г., § 145.

⁸⁰ ЕСПЧ, пост. *Тимишев против России*, 13 декабря 2005 г., § 55-56.

⁸¹ ЕСПЧ, пост. *Тимишев против России*, 13 декабря 2005 г., § 58.

⁸² ЕСПЧ, пост. *Чапман (Charman) против Соединенного Королевства*, 18 января 2001 г., § 96.

⁸³ ЕСПЧ, пост. *Сампанис (Sampanis) против Греции*, 5 июня 2006 г., § 72.

нейтрального и беспристрастного регулятора, должно обеспечивать общественный порядок, религиозную гармонию и толерантность в демократическом обществе⁸⁴.

ДИСКРИМИНАЦИЯ ПО ПРИЗНАКУ РЕЛИГИИ ИЛИ УБЕЖДЕНИЙ означает неспособность государства сохранить нейтральность. Нейтральность государства по отношению к культурам является его обязанностью⁸⁵.

Признак **ПОЛИТИЧЕСКИХ УБЕЖДЕНИЙ** размещен в ряду признаков, считающихся особенно важными с точки зрения обеспечения их защиты. «*Политический плюрализм предполагает мирное сосуществование многообразия мнений и политических движений, имеет особую важность для выживания демократического общества, основанного на правовом государстве таким образом, что акты насилия, совершенные лицами, работающими на государство, целью которых является ограничение, устранение политического диссидентства или наказание тех, кто выражает диссидентское политическое мнение, являются особой угрозой для идеалов и ценностей такого общества*»⁸⁶.

В отношении дискриминации по **ПРИЗНАКУ ПОЛА** ЕСПЧ считает, что очень немногие причины могут её оправдать: «*прогресс гендерного равенства на сегодняшний день является важной задачей государств-членов Совета Европы, поэтому для того чтобы такое различие в обращении было признано как соответствующее Конвенции, должны быть приведены очень значительные доводы*»⁸⁷.

Принцип, по которому очень немногие причины могут оправдать различное отношение, был озвучен и в отношении **гражданства**⁸⁸, **сексуальной ориентации**⁸⁹, **статуса ребенка** — рожденного в браке или вне брака⁹⁰, **статуса гражданского состояния**⁹¹, **диабета**⁹² или **психического состояния**⁹³. ЕСПЧ обосновывает данный принцип тем фактом, что некоторые группы лиц нуждаются в более высокой защите с учетом их уязвимости в связи с их дискриминацией в прошлом и предрассудков по отношению к данной группе⁹⁴.

ТРАНСГЕНДЕРНЫЕ ЛИЦА, подвергшиеся операциям по смене пола, являются лицами, защищаемыми ст. 14 Конвенции⁹⁵. Это относится и к лицам, имеющим определенные заболевания⁹⁶.

⁸⁴ ЕСПЧ, пост. *Гжелак (Grzelak) против Польши*, 15 июня 2010 г., § 86.

⁸⁵ ЕСПЧ, пост. *Религиозная община Свидетелей Йеговы (Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas) и другие против Австрии*, 31 июля 2008 г., § 97.

⁸⁶ ЕСПЧ, пост. *Вирабян (Virabyan) против Армении*, 2 октября 2012 г., § 200.

⁸⁷ ЕСПЧ, пост. *Шулер-Зрагген (Schuler-Zraggen) против Швейцарии*, 24 июня 1993 г., § 67.

⁸⁸ ЕСПЧ, пост. *Гайгюсюз (Gaygusuz) против Австрии*, 16 сентября 1996 г., § 42.

⁸⁹ ЕСПЧ, пост. *Смит и Грейди (Smith and Grady) против Соединенного Королевства*, 27 сентября 1999 г., § 90.

⁹⁰ ЕСПЧ, пост. *Мазурек (Mazurek) против Франции*, 1 февраля 2000 г., § 49.

⁹¹ ЕСПЧ, пост. *Весселс-Бергерфот (Wessels-Bergervoet) против Голландии*, 4 июня 2002 г., § 49.

⁹² ЕСПЧ, пост. *Глор (Glor) против Швейцарии*, 30 апреля 2009 г., § 84.

⁹³ ЕСПЧ, пост. *Алайош Кишш (Alajos Kiss) против Венгрии*, 20 мая 2010 г., § 42.

⁹⁴ ЕСПЧ, пост. *Кiyутин (Kiyutin) против России*, 10 марта 2011 г., § 63.

⁹⁵ ЕСПЧ, пост. *I. против Соединенного Королевства*, 11 июля 2002 г., § 88.

⁹⁶ ЕСПЧ, пост. *Кiyутин против России*, 10 марта 2011 г., § 57.

Относительно **ОГРАНИЧЕННЫХ ВОЗМОЖНОСТЕЙ** ЕСПЧ устанавливает, что существует европейский и международный консенсус о необходимости защищать лица с ограниченными возможностями от дискриминационного обращения⁹⁷.

В части **ВИЧ-ИНФИЦИРОВАННЫХ ЛИЦ** ЕСПЧ указывает: «Неосведомленность о способах распространения болезни породила предрассудки, повлекшие к клеймлению и изоляции лиц, инфицированных ВИЧ. По мере накопления информации о путях передачи ВИЧ/СПИД, с признанием того, что ВИЧ-инфекция может быть связана с некоторыми специфическими видами поведения, - такими как однополые сексуальные связи, внутривенное употребление наркотиков, проституция или распущенность, которые уже были заклеены во многих обществах, - возникла ложная связь между инфекцией и личной безответственностью, объединив в себе другие формы клеймления и дискриминации, такие, как расизм, гомофобия и женоненавистничество. Несмотря на значительный прогресс в последнее время в области профилактики ВИЧ и расширения доступа к лечению ВИЧ, клеймление и дискриминация лиц, живущих с ВИЧ/СПИД, остается предметом сильной обеспокоенности. [...]»

Люди, живущие с ВИЧ, - это уязвимая группа, традиционно являющаяся жертвой предрассудков и клеймления, поэтому государствам должны предоставляться только узкие пределы усмотрения при выборе мер, которым подвергаются представители этой группы при различном обращении на основании их ВИЧ-статуса⁹⁸. «ВИЧ-позитивные люди сталкиваются с рядом проблем не только медицинского характера, но также и профессионального, социального, личного и психологического характера и, прежде всего, с глубоко укорененными предрассудками даже среди лиц с высшим образованием⁹⁹.

Положение **ЛИЦ, СОСТОЯЩИХ В БРАКЕ**, не является полностью аналогичным положению лиц, не состоящих в браке; этот вид особого статуса может привести к различным последствиям, но в некоторых обстоятельствах их можно считать аналогичными¹⁰⁰. Например, в случаях, когда государственные власти устанавливают правовые механизмы для признания гражданского брака между лицами различного пола, однополые пары не могут подвергаться дискриминации, а отсутствие аналогичного признания для однополых пар является одновременным нарушением ст. 14 и ст. 8¹⁰¹. В 2015 году, в деле *Олиари и другие против Италии*, ЕСПЧ провел анализ последних тенденций в отношении к вопросам сожительства двух лиц одного пола в Италии и установил, что сожительство двух лиц одного пола фактически представляет собой семейную жизнь по смыслу ст. 8 ЕКПЧ и подлежит защите, а сама защита является прямой обязанностью государственных властей¹⁰².

⁹⁷ ЕСПЧ, пост. *Глор против Швейцарии*, 30 апреля 2009, § 53.

⁹⁸ ЕСПЧ, пост. *Киятин против России*, 10 марта 2011, § 64.

⁹⁹ ЕСПЧ, пост. *И.В. против Греции*, 3 октября 2013 г., § 80.

¹⁰⁰ ЕСПЧ, пост. *Петров против Болгарии*, 22 мая 2008 г., § 53.

¹⁰¹ ЕСПЧ, пост. *Валлианатос (Vallianatos) и другие против Греции*, 7 ноября 2013 г., § 70-92.

¹⁰² ЕСПЧ, пост. *Олиари и другие против Италии*, 21 июля 2015 г., § 165-187.

Нельзя говорить о существовании признака, если сравнение проводится не между различными группами лиц, а между различными правовыми ситуациями, такими как вид преступления, по которому лицо было осуждено¹⁰³ или между лицами, проживающими в разных географических пространствах с другим законодательством, характерным для соответствующего географического региона¹⁰⁴.

Несмотря на то, что еще в 2000 году ЕСПЧ постановил, что при установлении акта дискриминации рассматривается признак, который должен являться личной характеристикой¹⁰⁵, в дальнейшем, в 2007 году, он указывает, что список признаков является исчерпывающим. Таким образом, Суд более не рассматривает наличие определенного признака, если устанавливает наличие различного обращения при реализации прав, предусмотренных ЕКПЧ, если Правительство не может представить разумное обоснование для соответствующего различного обращения¹⁰⁶.

После того, как в ряде решений более не рассматривался вопрос о наличии определенного признака, ЕСПЧ использует этот элемент время от времени, считая, что «ст. 14 защищает не от всех случаев различного обращения, а только от тех, которые основываются на определяемой, объективной или личной характеристике или на «статусе», на основании которых лицо или группа лиц различаются между собой»¹⁰⁷, отмечая, что понятие «любое другое обстоятельство», должно толковаться как можно более широко¹⁰⁸, тем шире, насколько нарушенное право считается более важным¹⁰⁹.

В категорию «другое похожее обстоятельство», кроме вышеуказанных обстоятельств, могут входить: военный чин¹¹⁰, регистрация в качестве резидента¹¹¹, вид разрешения на строительство, выданное просителю¹¹², если заявитель арендовал здание, принадлежащее государству или частному лицу¹¹³, находившемуся ранее на службе КГБ¹¹⁴, вид отцовства заявителя¹¹⁵, место жительства¹¹⁶, вид приговора, примененного к пленному лицу¹¹⁷, статус иммигранта¹¹⁸, если брак был совершен до или после получения статуса беженца¹¹⁹.

¹⁰³ ЕСПЧ, пост. *Гергер (Gerger) против Турции*, 8 июля 1999 г., § 69.

¹⁰⁴ ЕСПЧ, пост. *Маги (Magee) против Соединенного Королевства*, 6 июня 2000 г., § 50.

¹⁰⁵ ЕСПЧ, пост. *Алатулккила (Alatulkkila) против Финляндии*, 28 июля 2005 г., § 69.

¹⁰⁶ ЕСПЧ, пост. *Беян (Beian) против Румынии*, 6 декабря 2007, § 62.

¹⁰⁷ ЕСПЧ, пост. *Клифт (Clift) против Соединенного Королевства*, 13 июля 2010 г., § 55.

¹⁰⁸ ЕСПЧ, пост. *Клифт против Соединенного Королевства*, 13 июля 2010 г., § 56-61.

¹⁰⁹ ЕСПЧ, пост. *Клифт против Соединенного Королевства*, 13 июля 2010 г., § 62.

¹¹⁰ ЕСПЧ, пост. *Энгель и другие против Голландии*, 8 июня 1976 г., § 72.

¹¹¹ ЕСПЧ, пост. *Дарби (Darby) против Швеции*, 23 октября 1990 г., § 31-34.

¹¹² ЕСПЧ, пост. *Pine Valley Developments Ltd и другие против Ирландии*, 29 ноября 1991 г., § 64.

¹¹³ ЕСПЧ, пост. *Ларкос (Larkos) против Кипра*, 18 февраля 1999 г., § 30.

¹¹⁴ ЕСПЧ, пост. *Сидабрас и Джайутас (Sidabras and Džiautas) против Литвы*, 27 июля 2004 г., § 40-41.

¹¹⁵ ЕСПЧ, пост. *Паулик (Paulik) против Словакии*, 10 октября 2006 г., § 54.

¹¹⁶ ЕСПЧ, пост. *Карсон (Carson) против Соединенного Королевства*, 16 марта 2010 г., § 71.

¹¹⁷ ЕСПЧ, пост. *Клифт против Соединенного Королевства*, 13 июля 2010 г., § 63.

¹¹⁸ ЕСПЧ, пост. *Бах (Bah) против Соединенного Королевства*, 27 сентября 2011, § 46.

¹¹⁹ ЕСПЧ, пост. *Ходе и Абди (Hode and Abdi) против Соединенного Королевства*, 6 ноября 2012 г., § 50.

2.3. Нарушенное право

ЕСПЧ неоднократно указывал, что ст.14 Конвенции не действует отдельным образом. Таким образом, права, предусмотренные ЕКПЧ, не могут оцениваться и толковаться по отдельности, а только с учетом положений ст. 14 Конвенции¹²⁰.

Даже если не будет установлено нарушение другого права, ЕСПЧ должен рассмотреть, имеет ли место акт дискриминации, затрагивающий соответствующее право. Более того, ст. 14 Конвенции применяется и к тем правам, которые подпадают под общее действие любой статьи ЕКПЧ, гарантированные государствами добровольным образом¹²¹. *«Несмотря на то, что применение ст. 14 не предполагает в обязательном порядке нарушение этих положений [предусмотренных в Конвенции в виде прав] — и в этом смысле, является автономной, — она может применяться только если данные деяния подпадают под сферу действия одного или нескольких положений»*¹²².

Право, в отношении которого рассматривается дискриминация, должно быть обеспечено практическим и эффективным образом, а не теоретически и иллюзорно¹²³. Ст. 14 рассматривается как играющая важную роль в дополнение ко всем остальным положениям¹²⁴.

ЕСПЧ не всегда рассматривает нарушения, связанные с дискриминацией, если отдельным образом констатировал нарушение заявленного права наряду с дискриминацией. . *«Статья 14 не действует самостоятельно; она представляет собой особый инструмент защиты (запрет дискриминации) каждого из прав, охраняемого Конвенцией. [...] Статьи, устанавливающие эти права, могут быть нарушены как таковые или/и в совокупности со статьей 14. Если Суд не установит нарушение по отдельности либо по совокупности со ст. 14 одной из статей, указанной заявителем, то он должен рассмотреть дело еще относительно его подпадания под статью 14. С другой стороны, такое рассмотрение вообще не обязательно, если Суд установил нарушение статьи по отдельности»*¹²⁵.

Дополнительный протокол № 12, предусматривающий общий запрет дискриминации, не относится только к «любому праву, предусмотренному законом»¹²⁶. *„Протокол № 12 расширяет область защиты не только на «любое право, предусмотренное законом», как вытекает из первого параграфа, но даже более того. В частности, это вытекает из ст. 2, предусматривающей, что никто не может подвергаться дискриминации со стороны государственных органов. Согласно Пояснительному докладу к ст. 1 Протокола № 12, область защиты охватывает четыре случая, в частности, когда речь идет о дискриминации лица:*

¹²⁰ ЕСПЧ, пост. Дело «о некоторых аспектах законов об использовании языков в процессе обучения в Бельгии» (Belgium Linguistics Case / “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v Belgium), 23 июля 1968 г., § 8.

¹²¹ ЕСПЧ, пост. *Стек и другие против Соединенного Королевства*, 12 апреля 2006 г., § 51

¹²² ЕСПЧ, пост. *Абдулазиз, Кабалез и Балкандали (Abdulaziz, Cabales and Balkandali) против Соединенного Королевства*, 28 мая 1985 г., § 71.

¹²³ ЕСПЧ, пост. *Глор против Швейцарии*, 30 апреля 2009 г., § 76.

¹²⁴ ЕСПЧ, пост. *Азиз (Aziz) против Кипра*, 22 июня 2004 г., § 35.

¹²⁵ ЕСПЧ, пост. *Эйри (Airey) против Ирландии*, 9 октября 1979 г., § 30.

¹²⁶ ЕСПЧ, пост. *Сейдич и Финци (Sejdić and Finci) против Боснии и Герцеговины*, 22 декабря 2009 г., § 53.

- «I. при осуществлении любого права, специально гарантированного физическому лицу в национальном законодательстве;*
- II. при осуществлении права, которое вытекает из ясного обязательства публичной власти, зафиксированного в национальном законодательстве, а именно когда публичная власть берет на себя, согласно национальному законодательству, обязательство поступать соответствующим образом;*
- III. со стороны публичной власти при осуществлении ею дискреционных полномочий (например, назначение некоторых субсидий);*
- IV. в результате любого другого действия или бездействия публичной власти (например, поведение сотрудников правоохранительных органов при подавлении мятежа)».*

Пояснительный доклад уточняет в дальнейшем, что «не нужно конкретизировать, какой из этих четырех элементов покрывается пунктом 1 статьи 2, а какой ее пунктом 2. Эти пункты дополняют друг друга, а их совместный эффект состоит в том, что все четыре вышеупомянутых элемента покрываются статьей 1. Следует также помнить, что различия между соответствующими категориями i – iv не являются четко прочерченными и что национальные правовые системы могут иметь различные подходы к тому, какие случаи попадают в какую категорию»¹²⁷.

2.4. Новый элемент: объективное обоснование

Начиная с первого, рассмотренного ЕСПЧ дела, анализ дискриминации был дополнен 4-м элементом, а именно, - объективное обоснование: различное отношение, основанное на признаке, затрагивающем право, не является дискриминацией, если такое различное отношение было объективно обосновано.

Согласно первому толкованию понятия дискриминации¹²⁸, принцип равного отношения нарушен, если различное отношение не является объективно и разумно обоснованным. Наличие такого обоснования должно оцениваться в связи с целью и последствиями анализируемой меры с учетом принципов, которые верховенствуют в демократическом обществе. Различное отношение при осуществлении прав должно не только преследовать законную цель; ст. 14 также считается нарушенной, если можно точно установить, что отсутствует разумная пропорциональная связь между использованными средствами и преследуемой целью.

И преимущественное отношение можно разумно обосновать¹²⁹. Необходимость разумного обоснования всегда является задачей государства, которое имеет процессуальный статус ответчика (смотри п. 3.2.).

¹²⁷ ЕСПЧ, пост. *Союз церквей «Мир жизни» (Savez crkava „Riječ života“) и другие против Хорватии*, 9 декабря 2010 г., § 104.

¹²⁸ ЕСПЧ, пост. *Дело «о некоторых аспектах законов об использовании языков в процесс обучения в Бельгии»*, 23 июля 1968 г., § 10.

¹²⁹ ЕСПЧ, пост. *Гиллоу (Gillow) против Соединенного Королевства*, 24 ноября 1986 г., § 65.

Государства-участники имеют свободу усмотрения в установлении того, обосновывают ли, и в какой мере, различия в ситуациях, схожих во всем остальном, применение различного отношения при реализации права. Свобода усмотрения зависит от обстоятельств, предмета и существа дела¹³⁰. Даже при наличии у всех стран свободы усмотрения, обоснование должно оцениваться по отношению к принципам, которые верховенствуют в демократическом обществе¹³¹. Свобода усмотрения шире в сфере общих мер по подготовке экономических или социальных стратегий, в связи с тем, что национальные органы лучше, чем международная инстанция знают какие интересы общества являются более важными в экономической и социальной сферах¹³².

Аналогичным образом свобода усмотрения шире в области защиты прав ребенка¹³³ или уголовной политики, включающей и пенитенциарную систему¹³⁴. В областях, в которых нет общей политики государств (такой как медицинская сфера, которая меняется очень быстро) свобода усмотрения государств также намного шире¹³⁵. Даже при отсутствии общей практики возможно установить наличие или отсутствие определенной европейской тенденции¹³⁶. Если проанализировать дискриминацию в области образования, свобода усмотрения государств шире в части, касающейся высшего образования, по сравнению с обязательным первичным образованием, *„которое обеспечивает распространение грамотности и базовые математические знания, равно как и интеграцию в общество и первый социальный опыт“*¹³⁷.

Конвенция *«является живым инструментом»*, который *«должен толковаться в свете действующих обстоятельств»*¹³⁸. Таким образом, свобода усмотрения меняется со временем; ЕСПЧ должен учитывать изменения, происходящие в обществе¹³⁹. Традиции не могут обосновывать различное отношение к женщинам и мужчинам по причине того, что мужчина играет первичную роль в семье, а женщины играют роли второго плана¹⁴⁰.

ЕСПЧ допускает, что защита семьи в традиционном смысле является, в принципе, важным и законным мотивом, которым можно оправдать различное отношение. Цель защиты является достаточно абстрактной, и в этом смысле можно использовать большой спектр конкретных мер. В случае если свобода усмотрения, предоставленная государствам, является слишком узкой (как это происходит в случае различного отношения, основанного на половом признаке или сексуальной ориентации¹⁴¹), принцип пропорциональности

¹³⁰ ЕСПЧ, пост. *Расмюссен (Rasmussen) против Дании*, 28 ноября 1984 г., § 40.

¹³¹ ЕСПЧ, пост. *Юнал Текели (Ünal Tekeli) против Турции*, 16 ноября 2004 г., § 50.

¹³² ЕСПЧ, пост. *Земан (Zeman) против Австрии*, 29 июня 2006 г., § 33.

¹³³ ЕСПЧ, пост. *Е.В. против Франции*, 22 января 2008 г., § 70.

¹³⁴ ЕСПЧ, пост. *Рангелов (Rangelov) против Германии*, 22 марта 2012 г., § 87.

¹³⁵ ЕСПЧ, пост. *С.Н. и другие против Австрии*, 3 ноября 2011 г., § 96.

¹³⁶ ЕСПЧ, пост. *И.В. против Греции*, 3 октября 2013 г., § 82-83.

¹³⁷ ЕСПЧ, пост. *Пономарёвы (Popotaşovi) против Болгарии*, 21 июня 2011 г., § 56.

¹³⁸ ЕСПЧ, пост. *Тайрер (Tyrrer) против Соединенного Королевства*, 25 апреля 1978 г., § 31.

¹³⁹ ЕСПЧ, пост. *Глор против Швейцарии*, 30 апреля 2009 г., § 75.

¹⁴⁰ ЕСПЧ, пост. *Константин Маркин против России*, 22 марта 2012 г., § 127.

¹⁴¹ С учетом интимности и уязвимости данной области частной жизни (ЕСПЧ, пост. *Гендердок-М (Genderdoc-M) против Молдовы*, 12 июня 2012 г., § 51).

требует, чтобы выбранная мера подходила для реализации преследуемой цели. Также должно быть продемонстрировано, что мера была необходимой для достижения этой цели. Если Правительство не представляет аргументы, ведущие к такому выводу, деяние будет считаться дискриминацией¹⁴².

3. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ

3.1. Процессуальный статус

Согласно положениям Конвенции и судебной практике ЕСПЧ, только прямые или косвенные жертвы нарушения прав человека могут выступать в качестве заявителя (активный процессуальный статус). Этот процессуальный статус могут иметь не только физические, но и юридические лица¹⁴³.

В принципе, ЕСПЧ не рассматривает дела частной сферы (конфликты между физическими лицами), но «не может оставаться пассивным в случае если толкование национальным судом правового акта — либо завещательного положения, частного договора, публичного документа, уставного положения или административной практики — кажется нерациональным, произвольным или прямо несовместимым с запретом дискриминации, предусмотренным ст. 14, и, в целом с принципами, стоящими в основе Конвенции»¹⁴⁴.

Неправительственные организации, продвигающие определенные идеи, взгляды, но не являющиеся прямыми или косвенными жертвами дискриминации, не могут считаться жертвами и, следовательно, не могут выступать в качестве заявителей¹⁴⁵. В деле **Центр юридических ресурсов от имени Валентина Кымпяну (Valentin Câmpeanu) против Румынии** (не имеет отношения к области дискриминации) ЕСПЧ признал процессуальную роль организации, показав тем самым, что в данном случае имел место ряд исключительных обстоятельств: лицо, права которого были нарушены, умерло вскоре после того, как его начала представлять организация; лицо страдало психическим заболеванием, не оставило после себя наследников, а обвинения, выдвинутые против государства, были чрезвычайно серьезными¹⁴⁶.

3.2. Доказательная база

В рассмотренных делах ЕСПЧ использовал и статистические данные¹⁴⁷, но указал на то, что статистических данных недостаточно для того, чтобы доказать факты дискриминации¹⁴⁸.

¹⁴² ЕСПЧ, пост. *Карнер (Karner) против Австрии*, 24 июля 2003 г., § 40-43.

¹⁴³ ЕСПЧ, пост. *Литгоу (Lithgow) против Соединенного Королевства*, 8 июля 1986 г., § 177.

¹⁴⁴ ЕСПЧ, пост. *Фабри (Fabris) против Франции*, 7 февраля 2013 г., § 60.

¹⁴⁵ ЕСПЧ, пост. *Валлианатос и другие против Греции*, 7 ноября 2013 г., § 48.

¹⁴⁶ ЕСПЧ, пост. *Центр юридических ресурсов от имени Валентина Кымпяну против Румынии*, 17 июля 2014 г., § 110-113.

¹⁴⁷ ЕСПЧ, пост. *Гиллоу против Соединенного Королевства*, 24 ноября 1986 г., § 65.

¹⁴⁸ ЕСПЧ, пост. *МакКер (McKerr) против Соединенного Королевства*, 4 мая 2001 г., § 165.

Впоследствии суд постановил, что статистические данные являются первоочередными доказательствами (*prima facie*)¹⁴⁹.

Объективное обоснование должно быть приведено обвиняемым в дискриминации в делах, представленных Правительством перед ЕСПЧ¹⁵⁰.

Изначально и по делам о дискриминации применялось правило «*доказательная база должна быть вне всякого разумного сомнения*», даже если было установлено, что сторона ответчика, Правительство, не прояснила должным образом фактическую ситуацию¹⁵¹. Согласно этому правилу, должны быть представлены достаточно сильные, четкие и взаимосвязанные выводы или неоспоримые фактические предположения¹⁵². Но данное правило не должно толковаться на таком высоком уровне, как в рамках уголовного процесса; ЕСПЧ не установил жестких норм о порядке доказывания, присоединившись к принципу свободной оценки доказательств. Такой подход вытекает из того, что ЕСПЧ принимает решения об ответственности государств на основании международного законодательства, не устанавливая виновных на основании уголовного законодательства. Мера может иметь дискриминационный характер, если есть доказательства о последствиях в отношении группы лиц, даже если соответствующая мера не относилась именно к данной группе.

Начиная с 2004 года, ЕСПЧ разделяет позицию директив Европейского союза, согласно которым применение запрета дискриминации нуждается в специфических мерах, учитывающих сложность доказывания дискриминации. Таким образом, для дел, в которых поднимается вопрос расследования преступлений, совершенных на почве ненависти, бремя доказывания об отсутствии дискриминации возлагается на государство¹⁵³. Следовательно, применяется принцип переноса бремени доказывания¹⁵⁴. В определенных случаях, когда доказательства полностью или большей частью находятся у властей, бремя доказывания принадлежит государственным органам, которые должны представить удовлетворительные и убедительные разъяснения¹⁵⁵.

¹⁴⁹ ЕСПЧ, решение *Хогендейк (Hoogendijk) против Голландии*, 6 января 2005 г. Принцип был использован и в постановлениях (ЕСПЧ, пост. *Зарб Адами (Zarb Adami) против Мальты*, 20 июня 2006 г., § 77-78).

¹⁵⁰ ЕСПЧ, пост. *Шассану (Chassagnou) и другие против Франции*, 29 апреля 1999 г., § 92. В этом деле ЕСПЧ ссылается на то, что «Государство пыталось оправдаться», в других решениях устанавливает, что «Правительство не представило обоснования для различного отношения к заявителям» (ЕСПЧ, пост. *Молдован (Moldovan) и другие против Румынии № 2*, 12 июля 2005 г., § 140), но в некоторых четко говорит: «В связи с тем, что заявители указали на различия в подходе, ответственное Правительство должно показать, что это различие можно обосновать» (ЕСПЧ, пост. *Тимишев против России*, 13 декабря 2005 г., § 57). Эта обязанность не связана с принципом переноса бремени доказывания (ЕСПЧ, пост. *Д.Н. и другие против Чехии*, 13 ноября 2007 г., § 177).

¹⁵¹ ЕСПЧ, пост. *Великова (Velikova) против Болгарии*, 18 мая 2000 г., § 94.

¹⁵² ЕСПЧ, пост. *Ангуелова (Angelova) против Болгарии*, 13 июня 2002 г., § 166.

¹⁵³ ЕСПЧ, пост. *Начова и другие против Болгарии*, 26 февраля 2004 г., § 166-169 (принципы были подтверждены Большой палатой в деле *Начова и другие против Болгарии*, 6 июля 2005 г.).

¹⁵⁴ ЕСПЧ, пост. *Начова и другие против Болгарии*, 6 июля 2005 г., § 156.

¹⁵⁵ ЕСПЧ, пост. *Начова и другие против Болгарии*, 6 июля 2005 г., § 157.

Учитывая принцип свободной оценки доказательств, первоочередные доказательства (*prima facie*) переносят бремя доказывания на государство-ответчика, без установления процессуальных барьеров или заранее установленных препятствий для оценки допустимости доказательств. Доказательство может вытекать из сосуществования достаточно сильных, ясных и согласованных выводов или неоспоримых фактических предположений. Уровень необходимой уверенности для того, чтобы сделать такой вывод и таким образом разделить бремя доказывания взаимосвязаны со спецификой деяний, природой сделанных утверждений и нарушенных прав¹⁵⁶.

Как указывает ЕСПЧ, «для заявителей было бы чрезвычайно сложно на практике доказать косвенную дискриминацию без такого переноса бремени доказывания»¹⁵⁷.

4. ВЫВОДЫ

Принципы, изложенные ЕСПЧ, привели к новому значению и пониманию понятия дискриминации, в сравнении с понятием, предусмотренным ст. 14 Конвенции.

Гораздо более комплексное определение дискриминации с 1986 года¹⁵⁸ содержится в следующем: «*статья 14 не запрещает любое различное обращение в осуществлении прав, предусмотренных Конвенцией [...]. Она защищает лиц (включительно юридических лиц), которые «находятся в аналогичной ситуации» против дискриминационных различий и подходов [если они] «не имеют объективного и разумного обоснования», то есть не преследуют «законную цель» или есть «разумная связь пропорциональности между использованными средствами и преследуемой целью». [...] Одновременно Государства участники пользуются определенными полномочиями оценки в установлении того, в какой мере различия для похожих ситуаций оправдывают различное отношение по праву; применение данного права будет варьировать в зависимости от его обстоятельств, предмета и сущности».*

По некоторым делам ЕСПЧ четко разделяет два анализа: анализ существования различного отношения и анализ обоснования различного обращения, отмечая, что эти два элемента могут составить сущность понятия дискриминации¹⁵⁹. Однако, предварительно отмечается, что различие относится к праву, предусмотренному Конвенцией¹⁶⁰, а признак учитывается при проведении указанных двух видов анализа.

Иногда анализом является поиск ответов на три основных вопроса:

¹⁵⁶ ЕСПЧ, пост. *D.H. и другие против Чехии*, 13 ноября 2007 г., § 178.

¹⁵⁷ ЕСПЧ, пост. *Хорват и Кисс (Horváth & Kiss) против Венгрии*, 29 января 2013 г., § 108.

¹⁵⁸ ЕСПЧ, пост. *Литгоу против Соединенного Королевства*, 8 июля 1986 г., § 177.

¹⁵⁹ ЕСПЧ, пост. *Сальгеро да Силва Мута (Salgueiro da Silva Mouta) против Португалии*, 21 декабря 1999 г., § 27-36.

¹⁶⁰ ЕСПЧ, пост. *Сальгеро да Силва Мута против Португалии*, 21 декабря 1999 г., § 23-26.

- 1) Обстоятельства, фактическая сторона дела подпадает под действие одного или нескольких существенных положений Конвенции?
- 2) Было ли допущено различное обращение между заявителями и другими лицами, находящимися в сходном положении?
- 3) Имеет ли различное обращение объективное и разумное оправдание?¹⁶¹

Относительно различного обращения ЕСПЧ четко определяет: сходные ситуации должны рассматриваться схожим образом, к различным ситуациям необходим различный подход. Положение лица, считающего себя дискриминированным, необходимо сравнить с положением лиц, в отношении которых, предположительно, применяется более благоприятное обращение. Этот принцип необходимо применить и при расследовании уголовных дел: государства должны прилагать дополнительные усилия, если уголовное деяние мотивировано расовой¹⁶², религиозной¹⁶³, политической ненавистью¹⁶⁴ или гомофобией¹⁶⁵; если этого не сделать, то дискриминация проявится через одинаковое отношение к делам, имеющим различную степень общественной опасности.

На сегодняшний день ЕСПЧ не выработал единого подхода в анализе признаков/ их ограничения, колеблясь между общим принципом продвижения равенства и более ограничительным принципом защиты от дискриминации, включая принцип борьбы со стереотипами и предрассудками. ЕСПЧ продвигает ранжирование признаков, при котором к некоторым признакам автоматически применяется чрезвычайно строгий анализ обоснований, предоставляемых властями. Вместе с тем, ЕСПЧ допускает возможность появления новых критериев, защищаемых на основании личных качеств, которые не были изначально упомянуты среди перечисленных в ст. 14; в некоторых случаях (которые представляют скорее исключение, чем правило) ЕСПЧ говорит о возможности констатации факта дискриминации в случаях различного обращения, даже если защищаемый признак не был идентифицирован.

В случае ст. 14 ЕКПЧ дискриминация может иметь место в области права, предусмотренного **Конвенцией**, а в случае **Дополнительного протокола № 12** дискриминация должна быть совмещена с любым правом, гарантированным национальным законодательством и международными договорами, ратифицированными соответствующим государством. ЕСПЧ указал, что в случае если в заявлении есть ссылка на **Дополнительный протокол № 12** в связи с нарушением другого права, гарантированного **Конвенцией**, нет необходимости проводить анализ на основании протокола, а применяется судебная практика, составленная ранее по ст. 14¹⁶⁶.

¹⁶¹ ЕСПЧ, пост. *Пономаревы (Popomarevovi) против Болгарии*, 21 июня 2011 г., § 48-64.

¹⁶² ЕСПЧ, пост. *Начова и другие против Болгарии*, 6 июля 2005 г., § 160.

¹⁶³ ЕСПЧ, пост. *Миланович (Milanović) против Сербии*, 14 декабря 2010 г., § 84.

¹⁶⁴ ЕСПЧ, пост. *Вирабян против Армении*, 2 октября 2012 г., § 200.

¹⁶⁵ ЕСПЧ, пост. *Общественная организация «Идентоба» (Identoba) и другие против Грузии*, 12 мая 2015 г., § 67.

¹⁶⁶ ЕСПЧ, пост. *Зорнич (Zornić) против Боснии и Герцеговины*, 15 июля 2014 г., § 27.

При любой форме дискриминации обвиняемая сторона может сослаться на объективное обоснование¹⁶⁷, но задача оценки такого обоснования зависит от ряда элементов, среди которых присутствует и дискриминационный признак.

Посредством своей практики ЕСПЧ установил чрезвычайно важные процессуальные элементы, указав, что активный процессуальный статус имеют также юридические лица, а бремя доказывания разделяется между сторонами, переняв таким образом практику Суда Европейского союза и положения директив Европейского союза в области дискриминации.

¹⁶⁷ Несмотря на то, что ЕСПЧ по определенным делам утверждает, что не допускается объективное обоснование для расовой дискриминации, все-таки в продолжение своих решений он дает оценку обоснований, представленных государствами (ЕСПЧ, пост. *D.H. и другие против Чехии*, 13 ноября 2007 г.).

Центр юридических ресурсов Молдовы является неприбыльной неправительственной организацией, расположенной в Кишинэу, Республика Молдова. ЦЮРМ стремится к обеспечению качественного, быстрого и прозрачного правосудия, а также эффективного соблюдения гражданских и политических прав. При реализации этих задач ЦЮРМ совмещает деятельность по изучению политик с правозащитной деятельностью, которые осуществляются независимым и нейтральным образом.

Центр юридических ресурсов Молдовы

ул. А. Щусева 33,
MD-2001 Кишинэу,
Республика Молдова
Tel: +373 22 843601
Fax: +373 22 843602
Email: contact@crjm.org
www.crjm.org

Facebook - <https://www.facebook.com/pages/Centrul-de-Resurse-Juridice/192147737476453>

Twitter - <https://twitter.com/CRJMoldova>