

Варшава, 6 февраля 2019 года

Opinion-Nr.: NDISCR/TAJ/329/2018

www.legislationline.org



АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА

О ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ И ПЕРЕДОВОЙ ПРАКТИКЕ В СФЕРЕ БОРЬБЫ С ДИСКРИМИНАЦИЕЙ В РЕГИОНЕ ОБСЕ

Настоящий документ подготовлен в сотрудничестве с г-ном Зораном Гавриловски, юристом, экспертом международного права из Бывшей Югославской Республики Македония.

Содержание

СОКРАЩЕНИЯ	4
1. ВВЕДЕНИЕ	5
2. СФЕРА АНАЛИЗА	5
3. КРАТКИЙ ОБЗОР.....	6
4. АНАЛИЗ	7
4.1. ОБЗОР ПРАВОВЫХ АКТОВ И СООТВЕТСТВИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ	7
4.1.1. Международные правовые акты	7
4.1.1.1. Предварительные замечания	7
4.1.1.2. Организация Объединенных Наций (ООН)	8
4.1.1.3. Организация по сотрудничеству и безопасности в Европе (ОБСЕ)	12
4.1.1.4. Совет Европы (СЕ)	17
4.1.1.5. Европейский союз (ЕС)	20
4.1.2. Национальные законодательные акты	21
4.1.2.1. Предварительные замечания	21
4.1.2.2. Обзор национальных законодательных актов	25
4.1.2.2.1. Конституции	25
4.1.2.2.2. Законодательство	26
4.1.2.3. Выполнение международных обязанностей и обязательств	27
4.1.2.3.1. Сфера действия антидискриминационных законов	27
4.1.2.3.2. Определение дискриминации	28
4.1.2.3.2.а. Прямая дискриминация	30
4.1.2.3.2.б. Косвенная дискриминация	31
4.1.2.3.2.с. Притеснения	32
4.1.2.3.2.д. Виктимизация	33
4.1.2.3.2.е. Дискриминация по ассоциации	35
4.1.2.3.3. Запрещенные основания для дискриминации	37
4.1.2.3.3.а. Раса, цвет кожи и этническая принадлежность	38
4.1.2.3.3.б. Религия или убеждения	40
4.1.2.3.3.с. Инвалидность	45
4.1.2.3.3.д. Возраст	46
4.1.2.3.3.е. Гражданство и национальное происхождение	47
4.1.2.3.3.ф. Пол (гендер) и гендерная идентичность	49
4.1.2.3.3.г. Сексуальная ориентация	52

4.1.2.3.3.h. Другие основания.....	54
4.1.2.3.3.i. Иножественные основания	55
4.1.2.3.4. Различное обращение, не считающееся дискриминацией	56
4.1.2.3.4.a. Позитивная дискриминация	56
4.1.2.3.4.b. Разумное приспособление и меры по обеспечению равенства инвалидов	57
4.1.2.3.4.c. Подлинные и определяющие профессиональные требования	60
4.1.2.3.4.d. Объективные и обоснованно оправданные различия в отношении на основании возраста.....	61
4.1.2.3.5. Процессуальные вопросы	63
4.1.2.3.5.a. Эффективность защиты	66
4.1.2.3.5.b.Бремя доказывания	64
4.1.2.3.5.c. Санкции и меры правовой защиты	65
4.1.2.4. Заключительные замечания.....	68

СОКРАЩЕНИЯ

АОП	Агентство ЕС по основным правам
АРП	Ассоциация равных прав
БДИПЧ	Бюро по демократическим институтам и правам человека
[БП]	Большая палата (Европейского суда по правам человека)
ВДПЧ	Всеобщая декларация прав человека
ДЕС	Договор о Европейском союзе
ДФЕС	Договор о функционировании Европейского союза
ЕКПЧ	Европейская конвенция по правам человека (<i>Конвенции о защите прав человека и основных свобод</i>)
ЕС	Европейский суд
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ЕСХ	Европейская социальная хартия
ЕСХ(П)	Европейская социальная хартия (пересмотренная)
ЕС	Европейский союз
КДОД	Конвенция о доступе к официальным документам
КЛДЖ	Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин
МКЗПТМ	Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей
МКЛРД	Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации
МПГПП	Международный пакт о гражданских и политических правах
КПИ	Конвенция о правах инвалидов
КПР	Конвенция ООН о правах ребенка
КПТЛ	Конвенция о противодействии торговле людьми
КПЧБ	Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины (<i>Конвенция о правах человека и биомедицине</i>)
МПЭСКП	Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах
МПО	Межправительственная организация
МОТ	Международная организация труда
НПО	Неправительственная организация
ОБСЕ	Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе
РКЗНМ	Рамочная конвенция по защите национальных меньшинств
СЕС	Суд Европейского союза
СЕ	Совет Европы
ООН	Организация Объединенных Наций
Хартия ЕС	Хартия Европейского союза об основных правах и свободах
ENLEGEND	Европейская сеть экспертов права в области гендерного равенства и недискриминации

ВВЕДЕНИЕ

1. 14 июня 2018 г. *Офис программ ОБСЕ в Душанбе (Таджикистан)* обратился в *Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека (далее БДИПЧ ОБСЕ)* с просьбой о составлении аналитической записки о стандартах в сфере борьбы с дискриминацией и передовом опыте законодательной практики в регионе ОБСЕ.
2. БДИПЧ выразило готовность удовлетворить просьбу Офиса в рамках своего общего мандата по оказанию государствам-участникам ОБСЕ помощи в реализации их обязательств в сфере человеческого измерения.
3. В *Универсальном периодическом обзоре (УПО) 2016 года по Таджикистану* содержится рекомендация о том, чтобы «принять комплексный закон по борьбе с дискриминацией, включив в него определение прямой и косвенной дискриминации»,¹ и привести все нормативные положения национального законодательства или их толкование и применение в соответствии с международными документами и стандартами.²

1. СФЕРА АНАЛИЗА

4. Аналитическая записка БДИПЧ о законодательстве и передовой практике в сфере борьбы с дискриминацией (здесь и далее «Записка») в регионе ОБСЕ (далее «Регион») охватывает соответствующие международные документы в области прав человека (конвенции, договоры и протоколы к ним), национальные законы и примеры передовой практики (включая законодательную, судебную и административную практику) в сфере борьбы с дискриминацией в регионе.
5. В отношении национальных источников, Записка идентифицирует и описывает правовые концепции и институты, способные реализовать обязательства, проистекающие из универсальных международных документов обязательного характера, которые были ратифицированы (или приобрели обязательный характер на основе практики) под эгидой Организации Объединенных Наций (ООН), Совета Европы (СЕ), или обязательства, принятые государствами-участниками ОБСЕ. Помимо методов и практики, применяемых в государствах-участниках ОБСЕ, в Записке также рассматриваются методы и практика, используемые государствами-членами ЕС в этой сфере.
6. Там, где это необходимо, в Записке также рассмотрены вопросы гендерного равенства и многообразия, что расширяет сферу охвата документа, так как в нем анализируется то, как источники права регулируют родственное понятие равного обращения вне зависимости от пола и гендерной идентичности.

¹ Доклад рабочей группы по Универсальному периодическому обзору (УПО) - Таджикистан, A/HRC/33/11, 33 сессия Совета по правам человека, 14 июля 2016 г., п. 118.21.

² Там же, положения относительно дискриминации по признакам пола/гендерной идентичности (п. 115.37); расы (п. 118.23); религии или убеждений (пп. 118.24 и 118.45).

2. КРАТКИЙ ОБЗОР

7. БДИПЧ приветствует стремление Офиса программ ОБСЕ в Душанбе получить от международных экспертов информацию о международных обязательствах и стандартах в сфере борьбы с дискриминацией и надеется, что эта Записка послужит полезным руководством для приведения национального законодательства в данной сфере в соответствие с международными обязательствами по защите прав человека и обязательствами в рамках ОБСЕ.
8. Право на защиту от дискриминации является основополагающим элементом международного права в области прав человека, закрепленным в ряде международных документов. В качестве основного принципа статья 7 Всеобщей декларации прав человека (ВДПЧ) 1948 г., провозглашает следующее: *«Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона. Все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации, нарушающей настоящую Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации»*. Этот принцип также отражен в целом ряде международных конвенций.
9. Помимо этого, различные образцы прецедентного права содержат полезные рекомендации относительно значения и объема международных норм и стандартов в этой сфере. Правильное толкование этих рекомендаций содействует верному пониманию значения и объема права на защиту от дискриминации, особенно в тех странах, где прецедентная практика играет важную роль в правовой системе.
10. Государства обязаны принять законодательство в соответствии с правами и принципами, закрепленными в обычном международном праве. Законодательство должно быть согласованным и должно предусматривать эффективные правовые методы защиты права на недискриминацию и равенство.
11. Комплексное исследование показывает, что некоторые государства-участники ОБСЕ соблюдают международные обязательства и обязательства в рамках ОБСЕ, или проявляют стремление к этому. Однако в государствах региона действуют различные национальные нормы, а международные нормы и стандарты прецедентного права толкуются неоднозначно или даже противоречиво.
12. В результате анализа законодательства и практики в сфере борьбы с дискриминацией в государствах-участниках были сделаны конкретные выводы и представлены рекомендации.

3. АНАЛИЗ

4.1. ОБЗОР ПРАВОВЫХ АКТОВ И СООТВЕТСТВИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ

4.1.1. Международные правовые акты

4.1.1.1. Предварительные замечания

13. Запрещение дискриминации и различные аспекты понятия равенства (равенство перед законом, равноправие в осуществлении прав и свобод, равная защита в судах и других государственных органах; а также специальные и соответствующие меры, не считающиеся дискриминацией): а) закреплены в международных документах (соглашениях и протоколах к ним); б) утверждены, разработаны и составлены при авторитетном толковании международных органов и судов, созданных в рамках этих международных документов; в) признаны в не обладающих обязательным характером актах, принятых органами межправительственных организаций (МПО); или г) являются обязательствами на международном (ООН) или региональном уровне. В статутном международном праве запрещение дискриминации является широко признанной императивной нормой (*jus cogens*) вне зависимости от формальных обязательств государства.
14. Большинство соглашений, касающихся дискриминации и ее запрещения/предотвращения/защиты от нее, а также большинство антидискриминационных положений в соглашениях по защите прав человека запрещают дискриминацию по различным основаниям/признакам, включая расу, цвет кожи, пол, язык, религию, политические или иные мнения, национальность, этническое или социальное происхождение, имущество, инвалидность, сословное или иное положение. С другой стороны, некоторые соглашения ограничивают список запрещенных оснований для дискриминации (к примеру, КЛДЖ сосредоточена на защите от дискриминации и обеспечении равного обращения/равных возможностей вне зависимости от половой принадлежности/гендерной идентичности; МКЛРД запрещает дискриминацию по признакам «расы, цвета кожи, происхождения, национальности или этнической принадлежности» и т.д.). Некоторые соглашения и положения охватывают многие сферы (все или многие сферы жизни общества, включая частный сектор) и стороны (лица и организации), рассматриваемые в качестве вероятных жертв или нарушителей. В то же время, некоторые соглашения по своей сути имеют ограниченный круг лиц, к которым они применяются (МКЗПТМ защищает права трудящихся мигрантов и их семей) или сферу применения (КПЧБ ограничивается сферой здравоохранения).
15. Международные гарантии защиты от дискриминации и антидискриминационные концепции общего и конкретного характера, относящиеся к дискриминации и ее отдельным видам (прямая и косвенная дискриминация, притеснения, сексуальные домогательства, дискриминация по ассоциации, подстрекательство к дискриминации и т.д.), а также специальные меры, рассматриваемые как допустимые формы неравного обращения (позитивная дискриминация, разумные

- приспособления для лиц с ограниченными возможностями, профессиональные требования и т.д.), закреплены в статутном международном праве и/или более тщательно проработаны и сформулированы в международном прецедентном праве, чье толкование способствует разработке антидискриминационного законодательства и практики на национальном уровне.
16. Международные соглашения нацелены на расширение (или, по крайней мере, предоставление равной) защиты, предусмотренной уже существующими международными или национальными документами в данной сфере. Поэтому, соглашения не следует рассматривать как нечто, что ограничивает или каким-либо иным способом отрицательно влияет на возможности государства-участника по принятию более широких мер для защиты от дискриминации, чем это предусмотрено законами или принято на международном уровне (статья 26 РКЗНМ, Статья 27 of КПЧБ и т.д.).
 17. Типичная гарантия защиты прав человека предусмотрена статьей 53 ЕКПЧ, которая гласит: *«Ничто в настоящей Конвенции не может быть истолковано как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые могут обеспечиваться законодательством любой Высокой Договаривающейся Стороны или любым иным соглашением, в котором она участвует»*. В конвенции может быть оговорено, что она не препятствует применению других международных инструментов, а заявление о том, что соглашение не затрагивает положения национального законодательства в определенной сфере иногда сопровождается оговоркой о том, что это происходит при условии, что эти положения не носят дискриминационного характера (Статья 1 (3) МКЛРД).
 18. Соглашения также предусматривают гарантии того, что их соблюдение не будет использоваться для нарушения гарантированных прав (например, статья 17 ЕКПЧ гласит: *«Ничто в настоящей Конвенции не может толковаться как означающее, что какое-либо государство, какая-либо группа лиц или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на упразднение прав и свобод, признанных в настоящей Конвенции, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции»*). Некоторые соглашения предусматривают запрет на злоупотребления правами для тех лиц, в интересах которых они были приняты (напр., статья 13 п. 3(d) МКЗПТМ ограничивает право трудящихся-мигрантов и членов их семей на свободное выражение своих мнений, если это необходимо, чтобы «предотвратить выступления в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющие собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию»).

4.1.1.2. Организация Объединенных Наций (ООН)

19. Право на защиту от дискриминации является основополагающим элементом международного права в области прав человека. В качестве основного принципа статья 7 Всеобщей декларации прав человека (ВДПЧ) 1948 г. провозглашает, что: *«Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона. Все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации, нарушающей настоящую Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации»*.

20. Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах³ (МПЭСКП), Международный пакт о гражданских и политических правах⁴ (МПГПП) и Конвенция ООН о правах ребенка⁵ (КПР) отражают принципы защиты от дискриминации, закрепленные в ВДПЧ. Помимо этого, эти соглашения также затрагивают другие аспекты, связанные с равенством. Например, Статья 3 МПГПП обязывает государства обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми гражданскими и политическими правами, предусмотренными в Пакте; статья 14 (1) гарантирует равенство перед судами и трибуналами; статья 14 (3) обеспечивает равные права лиц на минимальные гарантии при рассмотрении любого предъявляемого им уголовного обвинения; статья 23 (4) обязывает государства-участников обеспечить равенство прав и обязанностей супругов; статья 25 (в) гарантирует право голосовать и быть избранным; статья 25 (с) гарантирует право допускаться к государственной службе на общих условиях равенства; статья 3 МПЭСКП призывает государства обеспечить равное для мужчин и женщин право пользования всеми экономическими, социальными и культурными правами, предусмотренными в Пакте; статья 7 (a(i)) обязывает государства обеспечить равное вознаграждение за труд равной ценности без какого бы то ни было различия; статья 7 (с) предусматривает одинаковую для всех возможность продвижения в работе; статья 13 (2(с)) касается необходимости обеспечения одинаковой доступности высшего образования; статья 28 (1) КПР посвящена равным возможностям детей на получение образования; а статья 31 (2) закрепляет право ребенка на участие в культурной и творческой жизни, культурной и творческой деятельности.
21. **Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации**⁶ (МКЛРД) содержит следующее определение дискриминации: *«[л]юбое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на признаках расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, имеющие целью или следствием уничтожение или умаление признания, использования или осуществления на равных началах прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной или любых других областях общественной жизни»* (статья 1 п. 1). МКЛРД *«не применяется к различиям, исключениям, ограничениям или предпочтениям, которые государства-участники настоящей Конвенции проводят или делают между гражданами и негражданами»* (статья 1 п. 2). *«Принятие особых мер с исключительной целью обеспечения надлежащего прогресса некоторых расовых или этнических групп или отдельных лиц, нуждающихся в защите, которая может оказаться необходимой для того, чтобы обеспечить таким группам или лицам равное использование и осуществление прав человека и основных свобод, не рассматривается как расовая дискриминация, при условии, однако, что такие меры не имеют своим*

³ *Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах ООН*, принят Резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 г.

⁴ *Международный пакт о гражданских и политических правах*, принят Резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 г.

⁵ *Конвенция ООН о правах ребенка*, принята Резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 г.

⁶ *Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации*, принята Резолюцией 2106 (XX) Генеральной Ассамблеи от 21 декабря 1965 г.

последствием сохранение особых прав для различных расовых групп и что они не будут оставлены в силе по достижении тех целей, ради которых они были введены» (статья 1 п. 4).⁷ Государства-участники должны принимать, когда этого требуют обстоятельства, особые и конкретные меры в социальной, экономической, культурной и других областях, с целью обеспечения надлежащего развития и защиты некоторых расовых групп или принадлежащих к ним лиц, с тем чтобы гарантировать им полное и равное использование прав человека и основных свобод (статья 2 (2)), а также различные запретительные и карательные меры против организаций и лиц, подстрекающих к расовой дискриминации (статьи 3 и 4). Кроме этого, МКЛРД гарантирует равноправие каждого человека перед законом в отношении осуществления ряда гражданских, политических, экономических и социальных прав (статья 5).

22. Статья 1 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин⁸ (КЛДЖ) определяет «дискриминацию» как «любое различие, исключение или ограничение по признаку пола, которое направлено на ослабление или сводит на нет признание, пользование или осуществление женщинами, независимо от их семейного положения, на основе равноправия мужчин и женщин, прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой другой области». Орган, созданный в рамках КЛДЖ, счел, что дискриминация по признаку пола (гендерной принадлежности) включает в себя гендерное насилие.⁹ В статье 2 КЛДЖ содержится ссылка на обязательство государств-участников включить принцип равноправия мужчин и женщин в свое национальное законодательство, принимать соответствующие законодательные и другие меры, включая санкции, запрещающие всякую дискриминацию в отношении женщин, и обеспечить эффективную защиту женщин против любого акта дискриминации.¹⁰ Меры, направленные на то, чтобы гарантировать женщинам осуществление и пользование правами человека и основными свободами на основе равенства с мужчинами (статья 3), включают в себя специальные меры, направленные на ускорение установления фактического равенства между мужчинами и женщинами, которые не считаются дискриминационными и должны быть отменены, когда будут достигнуты цели равенства возможностей и равноправного отношения (статья 4). Соответствующие меры должны обеспечить женщинам на равных условиях с мужчинами осуществление прав и свобод,

⁷ Комитет по ликвидации расовой дискриминации в п. 2 *Общей рекомендации №14: Определение расовой дискриминации* (1993) поясняет, что «различия в обращении не являются дискриминацией, если критерии таких различий, в сравнении с целями и задачами Конвенции, являются законными или попадают под действие статьи 1, п. 4 Конвенции».

⁸ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, принята резолюцией 34/180 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1979 г.

⁹ Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, *Общая рекомендация №19: Насилие в отношении женщин*, 1992 г., п. 6: гендерное насилие включает в себя «действия, которые причиняют ущерб или страдания физического, психического или полового характера, угрозу таких действий, принуждение и другие формы ущемления свободы». См. также п. 7 *Общей рекомендации №19*.

¹⁰ В докладе Рабочей группы [Совета по правам человека] по УПО – Таджикистан (14 июля 2016 г., пп. 115.36 и 115.43) содержится рекомендация об «эффективном выполнении [КЛДЖ], в частности, путем устранения глубоко укоренившихся стереотипов относительно ролей и обязанностей женщин и мужчин в семье и обществе»; и «приняти мер по ликвидации гендерной дискриминации в обществе, в семье и на рынке труда».

включая право голосовать на выборах, занимать государственные посты, а также осуществлять все государственные функции, принимать участие в деятельности неправительственных организаций и ассоциаций, занимающихся проблемами общественной и политической жизни (статья 7); право представлять свои правительства (статья 8); право на приобретение, изменение или сохранение гражданства (статья 9); право на образование (статья 10); право на труд (статья 11); право на доступ к медицинскому обслуживанию (статья 12); а также равные права в других областях экономической и социальной жизни (статья 13). Право женщин на равенство может быть нарушено различными формами насилия, включая домашнее насилие¹¹; поэтому государствам-участникам следует принимать надлежащие и эффективные меры в целях искоренения всех форм насилия в отношении женщин, будь то со стороны государственных органов или частных лиц.¹²

23. Конвенция о правах инвалидов¹³ (КПИ) определяет «дискриминацию по признаку инвалидности» как «любое различие, исключение или ограничение по причине инвалидности, целью или результатом которого является умаление или отрицание признания, реализации или осуществления наравне с другими всех прав человека и основных свобод в политической, экономической, социальной, культурной, гражданской или любой иной области» (статья 2). КПИ, среди прочего, обязывает государства-участников «принимать все надлежащие меры для устранения дискриминации по признаку инвалидности со стороны любого лица, организации или частного предприятия» (статья 4.1(е)). Эти меры, среди прочего, включают в себя «разумное приспособление», что означает «внесение, когда это нужно в конкретном случае, необходимых и подходящих модификаций и коррективов, не становящихся несоразмерным или неоправданным бременем, в целях обеспечения реализации или осуществления инвалидами наравне с другими всех прав человека и основных свобод» (статья 2).
24. Другими применимыми международными документам являются: Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей¹⁴ (МКЗПТМ), Конвенция о дискриминации в области труда и занятий¹⁵

¹¹ Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин, док., цит. в сноске 9, п. 23: «Женщины всех возрастов подвергаются всем формам насилия в семьях, включая побои, изнасилования, другие насильственные действия сексуального характера, психологическое и иное насилие, чему способствуют традиционные взгляды».

¹² Там же, п. 24.а и далее и Мнения Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин от 6 августа 2007 г., Сообщение № 6/2005, представленное Венским центром по предотвращению домашнего насилия и Ассоциацией за доступ женщин к правосудию от имени Бану Акбака, Гюлена Хана и Мелиссы Оздемир (наследников покойной Фатьмы Йилдирим) против Австрии, п. 12.1.4-6, в котором Комитет постановил, что государство-ответчик не смогло принять меры, предусмотренные статьями 2 и 3 КЛДЖ, чтобы спасти жизнь Фатьмы Йилдирим от нападения супруга, окончившегося ее убийством.

¹³ Конвенция о правах инвалидов, принята Резолюцией 61/106 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 2006 года.

¹⁴ ООН, Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, принята Резолюцией 45/188 Генеральной Ассамблеи от 18 декабря 1990 г.

¹⁵ Конвенция о дискриминации в области труда и занятий (№ 111), принята Генеральной конференцией Международной организации труда 25 июня 1958 г.

Международной организации труда (МОТ), и Конвенция ЮНЕСКО о дискриминации в области образования.¹⁶

4.1.1.3. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ)

25. Государства-участники ОБСЕ приняли на себя ряд обязательств по соблюдению и обеспечению прав человека, стандартов и принципов равенства и недискриминации или гендерного равенства.¹⁷
26. Ниже приводятся обязательства ОБСЕ в отношении **равенства и недискриминации**:
- В ходе хельсинкского совещания на высшем уровне (1975) государства-участники выразили свою решимость «уважать права человека и основные свободы, включая свободу мысли, совести, религии и убеждений, для всех, без различия расы, пола, языка и религии».¹⁸
 - Во время венской встречи (1989) государства-участники обязались:
 - «обеспечивать в пределах своей территории каждому, подлежащему их юрисдикции, права человека и основные свободы без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства»;
 - «обеспечивать, чтобы ни лицо, осуществляющее, выражающее намерение осуществить или стремящееся осуществить эти права и свободы, ни кто-либо из членов его семьи не были вследствие этого подвергнуты дискриминации в какой-либо форме»; и
 - «принимать эффективные меры по предотвращению и ликвидации дискриминации лиц или объединений на почве религии или убеждений в отношении признания, осуществления и пользования правами человека и основными свободами во всех областях гражданской, политической, экономической, социальной и культурной жизни и по обеспечению действительного равенства между верующими и неверующими».¹⁹

¹⁶ Конвенция ЮНЕСКО о дискриминации в области образования, принята Генеральной конференцией ЮНЕСКО 14 декабря 1960 г.

¹⁷ Общие сведения об обязательствах в рамках ОБСЕ можно найти в справочном пособии «Обязательства ОБСЕ в области гендерного равенства и недискриминации», подготовленном для семинара ОБСЕ по человеческому измерению «Участие женщин в общественной и экономической жизни», Варшава, 13-15 2003 г. (<https://www.osce.org/odihr/19575?download=true>) или в тематическом сборнике «Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения» (третья редакция), ОБСЕ, 12 ноября 2012 г. (<https://www.osce.org/odihr/76894>). Оригиналы текстов доступны на вебсайте ОБСЕ в разделе, посвященном саммитам ОБСЕ (<https://www.osce.org/summits>), советам министров (<https://www.osce.org/ministerial-councils>) и т.д.

¹⁸ «Декларация принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях», хельсинкский саммит, 1 августа 1975 г. (Заключительный акт), Принцип VII, п. 1.

¹⁹ «Вопросы, относящиеся к безопасности в Европе: Принципы», итоговый документ венской встречи, январь 1989 г., пп. 13.7, 13.8. и 16.1.

- В ходе копенгагенского совещания (1990) государства-участники торжественно заявили, что:
 - Равенство всех людей (включая представителей национальных меньшинств) перед законом и право без какой бы то ни было дискриминации на равную защиту со стороны закона «относятся к числу элементов справедливости, которые существенно необходимы для полного выражения достоинства, присущего человеческой личности, и равных и неотъемлемых прав всех людей»;
 - «[З]акон запрещает любую дискриминацию и гарантирует всем лицам равную и эффективную защиту от дискриминации по какому бы то ни было признаку», а меры, представляющие собой отступление от обязательств, «не повлекут за собой дискриминации исключительно на основе расовой принадлежности, цвета кожи, пола, языка, религии, социального происхождения или принадлежности к меньшинству»;²⁰
 - «Лица, принадлежащие к национальным меньшинствам, имеют право полностью и эффективно осуществлять свои права человека и основные свободы без какой-либо дискриминации и в условиях полного равенства перед законом»;
 - «Государства-участники примут, в случае необходимости, специальные меры с целью гарантировать лицам, принадлежащим к национальным меньшинствам, полное равенство с другими гражданами в осуществлении прав человека и основных свобод и пользовании ими».²¹
- В ходе парижского совещания (1990) государства-участники подтвердили, что «без какой-либо дискриминации любой человек» имеет право на соблюдение государством ряда гражданских и политических прав, а также имеет право «пользоваться своими экономическими, социальными и культурными правами»,²² право «участвовать в свободных и справедливых выборах», право на «свободу ассоциаций и мирных собраний», право «владеть собственностью единолично или совместно с другими и заниматься индивидуальным предпринимательством», и право «пользоваться своими экономическими, социальными и культурными правами».²³
- Участники будапештской встречи (1994) подчеркнули важность принятия «энергичных мер по защите прав человека и основных свобод для всех людей независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, социального происхождения или принадлежности к какому либо меньшинству» и осудили различные практики, подвергающие риску эти права.²⁴

²⁰ Документ копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ, 5–29 июня 1990 г., пп. 5, 5.9, 25.3 и 25.4.

²¹ Там же, п. 31.

²² «Права человека, демократия и верховенство закона», парижское совещание 19-21 ноября 1990 г., пп. 3 и 5.

²³ «Новая эра демократии, мира и единства», парижское совещание, 19-21 ноября 1990 г.

²⁴ Декларация будапештской встречи на высшем уровне, 5-6 декабря 1994 г., п. 7 и «Решения: VIII. Человеческое измерение».

- В ходе лиссабонской встречи (1996) государства-участники подчеркнули, что социальная реинтеграция беженцев в местах первоначального проживания должна осуществляться на недискриминационной основе.²⁵
- Во время стамбульской встречи (1999) государства-участники вновь заявили «о своем твердом намерении уважать права человека и основные свободы и не допускать дискриминации в каких бы то ни было формах»; выразили сожаление по поводу «актов насилия и других проявлений расизма и дискриминации в отношении меньшинств, включая рома и синти»; обязались «обеспечить, чтобы законодательство и политические установки предусматривали полное уважение прав рома и синти и там, где это необходимо, содействовать принятию соответствующего антидискриминационного законодательства».²⁶
- Участники бухарестской встречи Совета министров иностранных дел (2001) призвали институты ОБСЕ, в частности БДИПЧ, Верховного комиссара по делам национальных меньшинств и Представителя по вопросам свободы средств массовой информации, среди прочего, уделять повышенное внимание борьбе с нетерпимостью и дискриминацией по признаку расового или этнического происхождения, религиозных, политических или иных убеждений, а также содействию уважению закона, демократических ценностей, прав человека и основных свобод.²⁷
- Участники маастрихтской встречи (2003) рекомендовали институтам и структурам ОБСЕ оказывать государствам-участникам по их просьбе помощь в разработке антидискриминационного законодательства, а также в учреждении органов по борьбе с дискриминацией.²⁸ Совет министров призвал государства-участников:
 - Собирать и хранить надежную информацию и статистические данные о преступлениях на почве ненависти, включая формы воинственного проявления расизма, ксенофобии, дискриминации и антисемитизма; информировать БДИПЧ об имеющемся законодательстве относительно преступлений, мотивированных нетерпимостью и дискриминацией; и, в соответствующих случаях, обращаться к БДИПЧ за помощью в разработке и пересмотре такого законодательства²⁹ (БДИПЧ было поручено, на основе всестороннего сотрудничества с соответствующими органами ООН и ЕС, способствовать внедрению наилучшей практики и распространять информацию об уроках борьбы с нетерпимостью и дискриминацией);³⁰
 - Обеспечить, чтобы антидискриминационное законодательство предусматривало: «запрет как прямой, так и косвенной расовой дискриминации [... расовой сегрегации]; введение эффективных и пропорциональных санкций, достаточных для предупреждения актов или практики дискриминации; равный доступ к эффективным средствам

²⁵ Декларация лиссабонской встречи на высшем уровне, 2–3 декабря 1996 г., п. 10.

²⁶ Декларация стамбульской встречи на высшем уровне, 18–19 ноября 1999 г., пп. 2 и 31.

²⁷ Решение № 5, принятое на 9-й встрече Совета министров иностранных дел, Бухарест, 3–4 декабря 2001 г.

²⁸ Приложение к Решению № 3/03: План действий по улучшению положения рома и синти в регионе ОБСЕ, принят на 11-й встрече Совета министров иностранных дел ОБСЕ, Маастрихт, 1–2 декабря 2003 г., п. 20.

²⁹ Решение № 4/03 о терпимости и недискриминации, принятое на 11-й встрече Совета министров, Маастрихт, 1–2 декабря 2003 г., п. 6.

³⁰ Там же, п. 7.

- правовой защиты (судебным или административным процедурам, процедурам примирения или посредничества)»; и
- Обеспечить, чтобы «все случаи предположительной дискриминации тщательно и объективно расследовались».³¹
 - В ходе встречи в Софии (2004) Постоянный совет поручил БДИПЧ осуществлять систематический сбор и распространение в масштабах региона ОБСЕ информации о лучшей практике предупреждения расизма, ксенофобии и дискриминации и реагирования на них, а также представлять государствам-участникам по их просьбе рекомендации в связи с их усилиями по борьбе с расизмом, ксенофобией и дискриминацией.³²
 - В ходе встречи в Любляне (2005) Совет министров ОБСЕ постановил, что:
 - «ОБСЕ следует и далее укреплять меры просвещения и разрабатывать меры по борьбе с предрассудками, нетерпимостью и дискриминацией, обеспечивая соблюдение прав и основных свобод [...] всех людей без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства»; и
 - «при осуществлении своего обязательства по содействию толерантности и недискриминации, государства-участники, среди прочего, сосредоточат свою деятельность на таких сферах как законодательство [...], и обязуются предпринять дополнительные меры с тем, чтобы их национальное законодательство, политика и практика гарантировали всем гражданам равную и эффективную защиту закона и запрещали проявления нетерпимости и дискриминации в соответствии с обязательствами ОБСЕ и соответствующими международными обязательствами этих государств»³³.
 - На своей встрече в Брюсселе (2006) Совет министров призывал государства-участников бороться с коренными причинами нетерпимости и дискриминации, поощряя развитие всеобъемлющей политики и стратегий внутреннего образования, а также путем укрепления мер просвещения.³⁴
 - В ходе встречи в Мадриде (2007) Совет министров призывал государства-участников, среди прочего, защищать мигрантов, на законных основаниях проживающих в принимающих странах, и лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, лиц без гражданства и беженцев, от

³¹ Приложение к Решению № 3/03: План действий по улучшению положения рома и синти в регионе ОБСЕ, принят на 11-й встрече Совета министров иностранных дел ОБСЕ, Маастрихт, 1–2 декабря 2003 г., пп. 9, 10 и 67.

³² Приложение к Решению № 12/04 о толерантности и недискриминации, Решение Постоянного совета №621: Толерантность и борьба с расизмом, ксенофобией и дискриминацией, принято на 12-ой встрече Совета министров, София, 6–7 декабря 2004 г., п. 2.

³³ Решение № 10/05 о толерантности и недискриминации, принято на 13-ой встрече Совета министров, Любляна, 5–6 декабря 2005 г., пп. 4, 5 и 5.1.

³⁴ Решение № 13/06 о борьбе с нетерпимостью и дискриминацией и содействии взаимному уважению и пониманию, принято на 14-ой встрече Совета министров, Брюссель, 5 декабря 2006 г., п. 5.

дискриминации и создать национальные институты или специализированные органы для борьбы с нетерпимостью и дискриминацией.³⁵

27. Ниже приводятся обязательства ОБСЕ в отношении **равноправия мужчин и женщин**:

- На встрече в Мадриде (1983) государства-участники подчеркнули «важность обеспечения равноправия мужчин и женщин» и согласились «принимать все необходимые меры для поощрения одинаково эффективного участия мужчин и женщин в политической, экономической, социальной и культурной жизни».³⁶
- В ходе венской встречи (1989) государства-участники подтвердили «свою решимость обеспечивать мужчинам и женщинам равные права» и «принимать все необходимые меры, включая законодательные, в целях поощрения равно эффективного участия мужчин и женщин в политической, экономической, социальной и культурной жизни». Они также заявили, что «рассмотрят возможность присоединения к Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, если они этого еще не сделали».³⁷
- Во время московского совещания (1991) государства-участники заявили, что «полное и подлинное равенство между мужчинами и женщинами является существенно важным элементом справедливого и демократического общества, основанного на верховенстве закона, и что целостное развитие общества и повышение благополучия всех его членов требуют равных возможностей для полного и равного участия мужчин и женщин». В этом контексте они обязались:
 - обеспечивать, чтобы все обязательства в рамках ОБСЕ, относящиеся к защите и поощрению прав человека и основных свобод, применялись в полном объеме и без какой-либо дискриминации по признаку пола;
 - полностью соблюдать Конвенцию о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, если они являются ее участниками, а если они еще не стали таковыми, они рассмотрят вопрос о ратификации этой Конвенции или о присоединении к ней; государства, которые ратифицировали эту Конвенцию или присоединились к ней с оговорками, рассмотрят вопрос об их снятии;
 - подтвердить, что их целью является достижение не только юридического, но и фактического равенства возможностей для мужчин и женщин, а также содействие принятию эффективных мер в этом направлении;
 - создать или укрепят соответствующий национальный механизм по улучшению положения женщин, с тем чтобы обеспечить проведение оценки влияния программ и политики на их положение;
 - эффективно поощрять меры по обеспечению всех экономических возможностей для женщин, включая отсутствие дискриминации в политике и

³⁵ *Решение № 10/07 о терпимости и недискриминации*, принято на 15-ой встрече Совета министров, Мадрид, 30 ноября 2007 г., пп. 7 и 10.

³⁶ *«Вопросы, относящиеся к безопасности в Европе: Принципы»*, Итоговый документ мадридской встречи представителей государств-участников Конференции по безопасности и сотрудничеству в Европе, 6 сентября 1983 г., п. 16.

³⁷ *«Вопросы, относящиеся к безопасности в Европе: Принципы»*, Итоговый документ венской встречи, январь 1989 г. п. 15.

- практике найма, равный доступ к образованию и профессиональной подготовке и меры, облегчающие трудящимся женщинам и мужчинам совмещение работы и семейных обязанностей; и стремиться обеспечить, чтобы любая политика или программы, предусматривающие структурную перестройку, не имели для женщин дискриминационных последствий;
- стремиться покончить со всеми формами насилия в отношении женщин и со всеми формами торговли женщинами и эксплуатации женской проституции, в том числе путем принятия соответствующих юридических запретов в отношении подобных действий и других соответствующих мер;
 - способствовать и содействовать равенству и самому широкому участию женщин во всех аспектах политической и общественной жизни и процессах принятия решений, а также в международном сотрудничестве в целом³⁸ и т.д.
- В ходе стамбульской встречи (1999) государства-участники обязались сделать обеспечение равенства между мужчинами и женщинами неотъемлемой частью своей политики как на национальном уровне, так и в рамках ОБСЕ; а также заявили, что будут принимать меры по ликвидации всех форм дискриминации женщин и прекращению насилия в отношении женщин и детей, а также сексуальной эксплуатации и всех форм торговли людьми. Для предотвращения подобных преступлений они будут, среди прочего, содействовать принятию или укреплению законодательства для привлечения виновных в таких действиях к ответственности и усилению защиты потерпевших.³⁹
 - В ходе софийской встречи (2004) было принято решение по оказанию государствам-участникам ОБСЕ помощи в выполнении соответствующих обязательств по содействию гендерному равенству; среди приоритетов было отмечено обеспечение «недискриминационного характера правовых и политических систем» и «равных возможностей для участия женщин в политической и общественной жизни».⁴⁰ Государствам-участникам было рекомендовано соблюдать КЛДЖ, если они являются ее сторонами; рассмотреть возможность снятия оговорок, которые они возможно сделали при присоединении к Конвенции; а также рассмотреть вопрос о ратификации этой Конвенции или присоединении к ней, если они еще не сделали этого, или рассмотреть вопрос о ратификации Факультативного протокола к Конвенции.⁴¹

4.1.1.4. Совет Европы (СЕ)

28. Статья 14 Европейской конвенции по правам человека⁴² (ЕКПЧ) гласит, что *«пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно*

³⁸ Документ московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ, Москва, 3 октября 1991 г., пп. 40-40.2 и 40.5–40.8.

³⁹ Хартия европейской безопасности, принята в ходе Стамбульской встречи на высшем уровне, 18–19 ноября 1999 г., пп. 23 и 24.

⁴⁰ Приложение к Решению 14/04; План действий ОБСЕ 2004 г. по поддержке гендерного равенства, принят на 12-ой встрече Совета министров, София, 6–7 декабря 2004 г., п., часть V, п. 44 (b) и (d).

⁴¹ Там же, п. 42.

⁴² Совет Европы, Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), СДСЕ № 005, принята 4 ноября 1950 г.

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». Протокол № 12 к ЕКПЧ⁴³ содержит общее запрещение дискриминации в пользовании любым правом. Защита от дискриминации, гарантированная этими двумя документами, опирается на эффективный правовой механизм Европейского суда по правам человека⁴⁴ (ЕСПЧ), чьи решения носят обязательный характер для Высоких Договаривающихся Сторон (по принципу *res judicata*), в то время как остальные стороны могут решить усовершенствовать свое законодательство и практику в соответствии с данными ЕСПЧ толкованиями (*res interpretata*), чтобы в будущем, рассматривая дела в отношении них, суд не пришел к заключению о наличии нарушений с их стороны. ЕСПЧ заключил, что статья 14 запрещает различия, основанные на определенных объективных или личных характеристиках, или "признаках", с помощью которых лица или группы лиц отличаются от других (запрещенные основания для дискриминации). В статье перечислены конкретные запрещенные основания, составляющие «признаки», включая, в частности, пол, расу и имущественное положение. Вместе с тем, перечень, содержащийся в статье 14 Конвенции, является примерным и неисчерпывающим, о чем свидетельствует включение в текст выражения «или по любым иным признакам» (во французском варианте «*toute autre situation*»). Словам «иным признакам» обычно придается широкое значение, и «их толкование не ограничивается характеристиками, которые являются личными в том смысле, что они могут быть естественными или неотъемлемыми». ⁴⁵ Прецедентное право (судебная практика) ЕСПЧ, среди прочих аспектов национального законодательства, послужило основанием для разработки законов и практики в области прав однополых пар, прав трансгендеров и организации «парадов гордости», а также послужило руководством по защите от дискриминационного отношения лиц, носящих религиозную одежду, включая предметы одежды, полностью закрывающие лицо (на рабочих местах, в учебных заведениях и т.д.). ⁴⁶

29. Европейская социальная хартия⁴⁷ (ЕСХ), в своей декларативной части (во вступительных пунктах), подчеркивает, что «осуществление социальных прав должно обеспечиваться без дискриминации по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, национальной принадлежности или социального происхождения». Европейская социальная хартия (пересмотренная)⁴⁸ (ЕСХ(П)) гласит, что «все трудящиеся имеют право на равные возможности и равное обращение в сфере занятости без дискриминации по признаку пола» (часть I п. 20 и

⁴³ Совет Европы, Протокол № 12 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, СДСЕ № 177, принят 4 ноября 2000 г., вступил в силу 1 апреля 2005 г.: https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=0Kq9rtcm.

⁴⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#> (База данных СЕ, касающаяся прав человека, среди прочего включает в себя судебную практику ЕСПЧ).

⁴⁵ ЕСПЧ, *Хамтоху и Аксенчик против России* [БП], №№ 60367/08 и 961/11, п. 61, 24 января 2017 г.

⁴⁶ Агентство ЕС по основным правам, *Основные права: вызовы и достижения в 2010 г.*, 2011 г., стр. 82; *Основные права: вызовы и достижения в 2017 г.*, 2018 г., стр. 65.

⁴⁷ Совет Европы, *Европейская социальная хартия*, СДСЕ № 035, принята 18 октября 1961 г.

⁴⁸ Совет Европы, *Европейская социальная хартия (пересмотренная)*, СДСЕ № 163, принята 3 мая 1996 г.

часть II статья 20), а также содержит общую антидискриминационную статью, которая заканчивается словами «иным признакам статуса» (часть V статья E), также, как и вышеупомянутый пункт статьи 14 ЕКПЧ. Соблюдение государствами ЕСХ(П) контролируется Европейским комитетом по социальным правам.

30. Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств⁴⁹ (РКЗНМ) гарантирует лицам, принадлежащим к национальным меньшинствам, право на равенство перед законом и равную защиту со стороны закона и запрещает любую дискриминацию, основанную на принадлежности к национальному меньшинству (статья 4 п. 1).
31. Конвенция о доступе к официальным документам (КДОД)⁵⁰ гарантирует «право каждого человека, без дискриминации по какому-либо признаку, на доступ, по его требованию, к официальным документам, находящимся в распоряжении органов государственной власти» (статья 2.1).
32. Конвенция о противодействии торговле людьми⁵¹ (КПТЛ) гласит: «Осуществление положений настоящей Конвенции Сторонами, в частности, пользование мерами по защите и соблюдению прав жертв, обеспечивается без какой-либо дискриминации, как то по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, рождения или любого иного обстоятельства» (статья 3).
33. Конвенция о правах человека и биомедицине⁵² (КПЧБ) обязывает государства-участников «защищать достоинство и индивидуальную целостность человека и гарантировать каждому без исключения соблюдение неприкосновенности личности и других прав и основных свобод в связи с применением достижений биологии и медицины» (статья 1) и запрещает «любую форму дискриминации в отношении лица по признаку его генетического наследия» (статья 11).
34. Так называемая Стамбульская конвенция⁵³ обязывает государства-участников осудить и запретить дискриминацию в отношении женщин (статья 4 п. 2) и гласит, что «соблюдение положений настоящей Конвенции Сторонами, в частности путем принятия мер по защите прав жертв, 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, сексуальной ориентации, гендерной идентичности, возраста, состояния здоровья, инвалидности, семейного положения, статуса мигранта или беженца или по иным признакам» (статья 4 п. 3).
35. Дополнительный протокол к Конвенции о киберпреступности обязывает каждую сторону «принимать такие правовые и иные меры, которые могут потребоваться

⁴⁹ Совет Европы, Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств, СДСЕ № 157, принята 10 ноября 1994 г.

⁵⁰ Совет Европы, Конвенция о доступе к официальным документам, СДСЕ № 205, принята 18 июня 2009 г.

⁵¹ Совет Европы, Конвенция о противодействии торговле людьми, СДСЕ № 197, принята 16 мая 2005 г.

⁵² Совет Европы, Конвенция о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины, СДСЕ № 064, принята 4 апреля 1997 г.

⁵³ Совет Европы, Конвенция о предупреждении и борьбе с насилием в отношении женщин и домашним насилием, СДСЕ № 210, принята 11 мая 2011 г.

для того, чтобы квалифицировать в качестве уголовных преступлений в соответствии с ее внутренним правом, когда это сделано умышленно и противоправно, распространение расистского и ксенофобского материала [любые письменные материалы, любое изображение или любое другое представление идей или теорий, которые пропагандируют, способствуют или подстрекают к ненависти, дискриминации или насилию] или обеспечение свободного доступа к нему через компьютерные системы».⁵⁴

36. Выводы и рекомендации Европейской комиссии по борьбе с расизмом и нетерпимостью⁵⁵ (ЕКРН), не будучи обязательными к исполнению, содержат полезные указания для государств-членов СЕ по содействию эффективной защите от дискриминации.

4.1.1.5. Европейский союз (ЕС)

37. Право на защиту от дискриминации является основополагающим принципом Европейского союза (который ранее носил название Европейского сообщества). Это право закреплено в Договоре о Европейском союзе (ДЕС),⁵⁶ а также в Договоре о функционировании Европейского союза (ДФЕС)⁵⁷ и Хартии Европейского союза об основных правах и свободах (Хартия ЕС).⁵⁸ Помимо этого, существует ряд Директив ЕС, включая Директиву Совета ЕС о расовом равенстве (2000/43/ЕС),⁵⁹ Директиву Совета ЕС о равноправии в сфере занятости (2000/78/ЕС),⁶⁰ Директиву Совета ЕС 2004/113/ЕС⁶¹ о равенстве между полами (равном доступе к товарам и услугам), Директиву 2006/54/ЕС⁶² Европейского парламента и Совета о равенстве между полами (в сфере занятости и трудоустройства) и Директиву 2010/141/EU⁶³ о

⁵⁴ Совет Европы, *Дополнительный протокол к Конвенции о преступлениях в сфере компьютерной информации, об инкриминировании актов расистского и ксенофобского характера, совершенных при помощи информационных систем*, СДСЕ № 189, принят 28 июня 2003 г., пп. 3.1 и 2.1.

⁵⁵ <https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance>.

⁵⁶ *Договор о Европейском союзе*, сводная редакция, опубликован в ОЖ [сокр. от *Официальный журнал Европейского сообщества* (теперь Европейского союза (ЕС))], С 326, 26.10.2012, стр. 1–390.

⁵⁷ *Договор о функционировании Европейского союза*, сводная редакция, ОЖ С 202, 7.6.2016, стр. 1–388.

⁵⁸ *Хартия Европейского союза об основных правах и свободах*, впервые опубликована в ОЖ С 364, 18.12.2000, стр. 1–22; приобрела обязательный характер после вступления в силу Лиссабонского договора 2009 г. в декабре 2009 г.

⁵⁹ *Директива Совета Европейского союза 2000/43/ЕС, имплементирующая принцип равного обращения с людьми, независимо от их расового или этнического происхождения*, ОЖ L 189, 19.7.2000, стр. 22–26.

⁶⁰ *Директива Совета Европейского союза 2000/78/ЕС о создании общих стандартов в поддержку равноправия в сфере занятости*, ОЖ L 303, 27.11.2000, стр. 16–22.

⁶¹ *Директива Совета Европейского союза 2004/113/ЕС от 13 декабря о применении принципа равного обращения между мужчинами и женщинами в отношении доступа к товарам и услугам и к снабжению ими*, ОЖ L 373, 21.12.2004, стр. 37–43.

⁶² *Директива 2006/54/СЕ Европейского парламента и Совета от 5 июля 2006 года о соблюдении принципа равных возможностей и равного обращения между мужчинами и женщинами в сфере занятости и трудоустройства (исправленная версия)*, ОЖ L 204, 26.7.2006, стр. 23–26.

⁶³ *Директива 2010/141/EU Европейского парламента и Совета от 7 июля 2010 г. о соблюдении принципа равных возможностей и равного обращения между мужчинами и женщинами, занятыми индивидуальной предпринимательской деятельностью, отменяющая Директиву Совета 86/613/ЕЕС*, ОЖ L 180, 15.7.2010, стр. 1–6.

равенстве между полами (в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности).

38. Европейский суд (ЕС) – высшая инстанция Суда Европейского союза (СЕС) - толкует Директивы 2000 г.⁶⁴ как *«содержащие конкретное выражение основной нормы правопорядка ЕС, а именно, общего принципа равного обращения»*.⁶⁵ Судебная практика ЕС, которая в большей степени касается дискриминации по признаку возраста и допустимым формам неравного обращения на основании возраста, и в меньшей степени – дискриминации по признакам сексуальной ориентации, инвалидности и расового или этнического происхождения (связанной с такими основными вопросами, как запрет на дискриминацию в сфере трудоустройства в ущерб интересам расовых и этнических меньшинств или женщин, определение понятия инвалидности, или невыплата однополым парам пособий, связанных с трудовой деятельностью, предусмотренных для гетеросексуальных пар), оказала значительное влияние в масштабах Европы и привела к реформированию законодательства и расширению применения судебной защиты от дискриминации в государствах региона.⁶⁶

4.1.2. Национальные законодательные акты

4.1.2.1. Предварительные замечания

39. *«Каждый действующий договор обязателен для его участников⁶⁷ и должен ими добросовестно выполняться»*.⁶⁸ Кроме того, *«договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора»*.⁶⁹ Не обязательно включать саму ЕКПЧ в национальное законодательство, но содержащиеся в ней гарантии (стандарты) должны применяться в судебном

⁶⁴ «Предварительные постановления» Европейского суда по вопросам о толковании или действительности европейского законодательства, рассмотренным национальными судами или трибуналами и представленным СЕС (ранее ЕС) в соответствии со статьей 267 ДФЕС, обеспечивают единообразное толкование и применение европейского законодательства во всех государствах-членах ЕС. Толкование вторичного законодательства (директив ЕС) зависит от основного законодательства ЕС (договоров и хартий).

⁶⁵ «Эволюция и влияние судебной практики Суда ЕС на директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС» (*The Evolution and Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*), Бюро официальных публикаций ЕС, Люксембург, 2012 г., стр. 5.

⁶⁶ Европейская комиссия, *Совместный отчет о применении Директивы Совета 2000/43/ЕС от 29 июня 2000г., имплементирующей принцип равного обращения с людьми, независимо от их расового или этнического происхождения («Директива о расовом равенстве») и Директивы Совета 2000/78/ЕС от 27 ноября 2000 г. о создании общих стандартов в поддержку равноправия в сфере занятости («Директива о равноправии в сфере занятости»)*, отчет Европейской комиссии Европейскому парламенту и Совету (здесь и далее именуемый как *Отчет о директивах 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС*), 2014 г., стр. 7 и 9.

⁶⁷ Для обозначения государств, связанных договорами, используются различные термины: государства-участники (договоры ООН и некоторые договоры ЕС, такие как РКЗНМ), государства-члены (Директивы ЕС), Высокие Договаривающиеся Стороны (ЕКПЧ) и т.д. Государства из региона ОБСЕ обозначаются как «государства-участники» (они берут на себя обязательство по выполнению обязательств в рамках ОБСЕ).

⁶⁸ *Венская конвенция о праве международных договоров*, принята 23 мая 1969 г., статья 26 («*Pacta sunt servanda*»).

⁶⁹ *Венская конвенция о праве международных договоров*, статья 31 («*Общее правило толкования*»), п. 1.

разбирательстве вне зависимости от того, ссылаются ли на них стороны дела.⁷⁰ После исчерпания эффективных средств правовой защиты на национальном уровне, сторона вправе подать ходатайство в ЕСПЧ.⁷¹

40. Пять договоров ООН (МПГПП, МПЭСКП, КПР, МКЛРД и КЛДЖ) являются обязательными для исполнения всеми государствами. ЕКПЧ обладает обязательным характером для государств-членов СЕ, но Протокол №12 к ЕКПЧ не является обязательным для более чем одной трети этих государств, что нарушает всеобъемлющий характер принципа защиты от дискриминации на европейском уровне.⁷² Государствам-участникам ОБСЕ рекомендовано рассмотреть возможность того, чтобы ратифицировать или присоединиться к соответствующим международным документам,⁷³ если они этого еще не сделали, без оговорок; или возможность снятия оговорок, которые они сделали при ратификации или присоединении.⁷⁴ БДИПЧ напоминает, что заявление о принятии на себя обязательств в рамках ОБСЕ⁷⁵ должно сопровождаться эффективным выполнением этих обязательств.⁷⁶
41. Международные нормы, как правило, имеют приоритет над национальными правовыми актами/законами, что обычно регулируется Конституцией⁷⁷ и

⁷⁰ *Справочник по европейскому антидискриминационному законодательству* (составлен на основе материалов, предоставленных д-ром Магдаленой Янковска-Гилберт и д-ром Дагмарой Райска), Агентство ЕС по основным правам и Совет Европы, 2018 г., стр. 16.

⁷¹ За выводами ЕСПЧ о нарушениях в рассматриваемых делах часто следуют индивидуальные меры со стороны государств-ответчиков (компенсация для истца(истцов) в конкретном деле (конкретных делах) согласно статье 41 ЕКПЧ) и общие меры (включая изменения отдельных законодательных актов с целью приведения их в соответствие со стандартами ЕКПЧ).

⁷² В деле *М.К. против Французской Республики* (№ 383664) «Conseil d'État» (Государственный совет-правительственный орган, действующий, среди прочего, как верховный судебный орган по административным делам) постановил 11 мая 2015 г., что истец не вправе ссылаться на Протокол №12 к ЕКПЧ, так как он не был ратифицирован Францией; при этом, статья 14 ЕКПЧ также была неприменима, так как она защищает от дискриминации только в отношении прав, гарантированных ЕКПЧ, а право на получение или сохранение гражданства не входит в их число.

⁷³ <https://treaties.un.org> (Собрание договоров ООН); <https://www.coe.int/en/web/conventions> (Бюро договоров СЕ); <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html> (Доступ к законодательству ЕС).

⁷⁴ См. рекомендации в п. 31 Декларации Стамбульского встречи на высшем уровне, 19 ноября 1999 г., и п. 42 *Приложения к Решению № 14/04; План действий ОБСЕ 2004 г. по поддержке гендерного равенства*, принят на 12-ой встрече Совета министров, София, 6–7 декабря 2004 г.

⁷⁵ См. Обязательства ОБСЕ на сайте <https://www.osce.org/mc/87211>.

⁷⁶ С учетом принципа эффективности, в своей резолюции «Призыв к действиям ОБСЕ по борьбе с насилием и дискриминацией» (Тбилиси, 1–5 июля 2016 г.), *Парламентская ассамблея ОБСЕ*, «подчеркивая, что государства – участники ОБСЕ приняли комплексные рамки предупреждения и устранения предрассудков и дискриминации, включающие обязательства в отношении, среди прочего, толерантности и недискриминации», призвала государства-участников принимать более энергичные меры по борьбе с предрассудками и дискриминацией.

⁷⁷ Например, статья 118 Конституции Бывшей Югославской Республики (БЮР) Македония гласит: «Договоры, ратифицированные в соответствии с Конституцией, являются частью внутреннего правопорядка и не могут быть изменены на основании закона». Прямая применимость ратифицированных договоров и их приоритет над национальным законодательством также предусмотрены статьей 10 Конституции Таджикистана и конституциями некоторых других стран, придерживающихся монистического подхода к взаимоотношениям между национальным и международным законодательством.

- подтверждается прецедентным правом,⁷⁸ в которых может быть подчеркнута применимость международных стандартов.⁷⁹
42. Национальное законодательство должно быть согласованным само по себе и должно соответствовать договорам, посвященным дискриминации/неравенству и защите от них. Поэтому (разработчикам и) законодателям следует основывать (проекты) актов/законов на соответствующем международном праве с учетом международной практики⁸⁰ (включая аналитические обзоры основных выводов правозащитных органов или суда, работающего в рамках конкретной МПО,⁸¹ либо сравнительные обзоры прецедентной практики различных органов/судов⁸²).
43. Законодатели могут сверяться с типовым антидискриминационным законодательством, разработанным ООН,⁸³ а также с различными моделями и руководствами, опубликованными другими МПО⁸⁴ (даже теми, что находятся вне пределов досягаемости государств-участников, если соответствующая модель

⁷⁸ В деле *Мария Тереза Кушиери против Генеральной прокуратуры* (25/2016/LSO, 28 марта 2017 г., <http://fra.europa.eu/en/caselaw-reference/malta-civil-court-constitutional-jurisdiction-522016lso>) Гражданский суд Мальты (конституционной юрисдикции), сославшись на соответствующие международные документы (включая КЛДЖ), установил нарушения статьей 8 и 14 ЕСПЧ и подтвердил правовой статус Хартии ЕС в качестве закона, являющегося частью мальтийского законодательства эквивалентно другим договорам ЕС, однако пришел к выводу о неприменимости Хартии ЕС в данном деле по причине применения внутригосударственного законодательства.

⁷⁹ Статья 8 Конституции БЮР Македония гласит: «*Основополагающими ценностями конституционного устройства Республики Македония являются: основные свободы и права человека и гражданина, признанные международным правом и определенные Конституцией*» (абзац 1); и «*уважение общепринятых норм международного права*» (абзац 11).

⁸⁰ Прецедентная практика договорных органов ООН, см. на сайте УВКПЧ ООН: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/CaseLaw.aspx>; База данных СЕ, касающаяся прав человека, среди прочего включает судебную практику ЕСПЧ, см. на сайте: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>, Судебная практика СЕС, см. на сайте: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/en.

⁸¹ «*Эволюция и влияние судебной практики Суда ЕС на директивы 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС*» (*The Evolution and Impact of the Case-Law of the Court of Justice of the European Union on Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*), автор Кольм О'Синнейд, под руководством Кристи Тоблер, Европейский Союз, 2012 г.; «*Перекрестная дискриминация в гендерном и антидискриминационном законодательстве ЕС*» (*Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*), автор Сандра Фридман, Европейский Союз, 2016 г.

⁸² «*Справочник по европейскому антидискриминационному законодательству*» (см. цит. выше); «*Запрещение дискриминации согласно европейскому праву в области прав человека: значимость для антидискриминационных директив ЕС - обновленная версия*» (*The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for the EU non-discrimination directives – an update*), автор Оливье де Шуттер), Европейские сообщества, 2011 г.

⁸³ «*Типовое национальное законодательство, призванное стать для государств руководством в деле принятия и совершенствования законов о борьбе с расовой дискриминацией*» (здесь и далее: «Типовое законодательство ООН»), третье десятилетие действий по борьбе против расизма и расовой дискриминации (1993-2000 годы), подготовлено Верховным комиссаром по правам человека на основе анализа законодательных актов и документов, принятых 42 странами в целях борьбы с расовой дискриминацией, доступно на сайте: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/Discrimination962en.pdf>.

⁸⁴ ОБСЕ, «*Законы, работающие на благо мужчин и женщин: Пособие по учету гендерной проблематики в законодательстве*», 4 июля 2017 г.

предлагает оптимальные законодательные решения⁸⁵), либо консультироваться с коалициями независимых экспертов.⁸⁶

44. Процесс законотворчества должен основываться на принципах *прозрачности* (по возможности полно информируя население о содержании проектов законов/изменений⁸⁷) и *инклюзивности* (вовлечение НПО и МПО в процесс разработки законопроектов посредством участия в дебатах, публичных призывов высказывать мнения, предложения и рекомендации⁸⁸). Открытость и доступность соответствующих документов, включая публикацию прецедентной практики государственных органов и судов в сфере борьбы с дискриминацией, принесет большую пользу участникам процесса разработки законодательства и самим законодателям, позволив им извлечь уроки из недоработок, проявившихся в ходе реализации существующего антидискриминационного законодательства.⁸⁹
45. Правовые акты/законы должны создавать прочную основу для уважения, соблюдения и защиты права/принципа недискриминации путем выполнения обязательства воздержаться от нарушения этого права/принципа посредством принятия мер по борьбе с дискриминацией в конкретных областях,⁹⁰ а также различных особых мер, принимаемых в целях обеспечения надлежащего содействия отдельным лицам или группе лиц.⁹¹ Для достижения этой цели необходимо создание и эффективная работа (функционально и финансово) независимых защитных механизмов (административных органов и судов), а также

⁸⁵ Карибское сообщество (КАРИКОМ), *Модельный закон КАРИКОМ по борьбе с дискриминацией (окончательный проект)*, 25 октября 2012 г., доступен на сайте: https://pancap.org/pc/pcc/media/pancap_document/Model-Anti-Discrimination-Legislation-FINAL-DRAFT.pdf.

⁸⁶ «Декларация принципов равенства» была принята 128 экспертами в области прав человека в ходе лондонской конференции 2008 г., организованной правозащитным фондом Ассоциация равных прав (Equal Rights Trust) (АРП). Декларация (<http://www.equalrightstrust.org/content/declaration-principles-equality>) основана на концепциях и судебной практике, существующих на международном, национальном и региональном уровнях, и имеет целью расширить базу консенсуса, вызвать интерес к дебатам и, таким образом, сделать вклад в укрепление и развитие права на равенство. 25 ноября 2011 г. Парламентская ассамблея Совета Европы (ПАСЕ) приняла рекомендацию 1986 (2011), одобряющую *Декларацию принципов равенства и деятельность Совета Европы*.

⁸⁷ Хорошим способом демонстрации прозрачности является публикация в интернете законопроектов с объяснительными меморандумами о целесообразности их принятия для достижения поставленных целей и соответствия законопроектов международным нормам и стандартам. К примеру, Проект закона БЮР Македонии «О предотвращении дискриминации и защиты от нее» от апреля 2018 г. опубликован на сайте Единого национального электронного реестра правовых актов (www.ener.gov.mk), однако он не сопровождается объяснительным меморандумом.

⁸⁸ В Докладе об оценке влияния законодательства, касающегося проекта закона БЮР Македонии «О предотвращении дискриминации и защиты от нее» от 2018 г., упоминается участие государственных органов, НПО и МПО в подготовке законопроекта, в связи с которым БДИПЧ ОБСЕ представил свои *Комментарии* (Opinion Nr. NDISCR-MKD/317/2017, Варшава, 21 февраля 2018 г.). Пособие ОБСЕ «*Законы, работающие на благо мужчин и женщин*», описывает полномочия парламентских органов, работающих над вопросами гендерного равенства (в сотрудничестве с представителями гражданского общества), связанные с анализом влияния действующих законов на вопросы равноправия полов и представлением рекомендаций по предотвращению дискриминации по признаку пола (там же, стр. 41–43 и 45).

⁸⁹ В *Сравнительном анализе законов о гендерном равенстве в Европе за 2017 г.* (Европейский Союз, 2018 г.) на стр. 88 говорится о слабой практической эффективности законодательства в сфере равноправия полов, что отчасти вызвано отсутствием прозрачности в работе антидискриминационных органов/судов, так как в некоторых странах «прецедентная практика не публикуется или является труднодоступной».

⁹⁰ Ср. с учетом необходимых изменений п. 7 *Типового законодательства ООН*.

⁹¹ Ср. с учетом необходимых изменений п. 6 во взаимосвязи с п. 3 *Типового законодательства ООН*.

достаточный уровень осведомленности, приверженности и способности работать во имя достижения реального равноправия.

4.1.2.2. Обзор национальных законодательных актов

4.1.2.2.1. Конституции

46. Конституции государств-участников⁹² гарантируют равенство *всех без исключения* перед законом (и судом)⁹³, запрещение (защиту от) дискриминации (в осуществлении прав),⁹⁴ и (содействие равенству) равенство между мужчинами и женщинами.⁹⁵ БДИПЧ поддерживает рекомендацию ЕКРН о том, что «Конституция должна содержать принцип равенства обращения, обязательство государства по обеспечению равенства, а также право индивидуума на недопущение в отношении него дискриминации по таким признакам как раса, цвет кожи, язык, религия, гражданство и национальное или этническое происхождение»,⁹⁶ отмечая, что в конституции следует также указать и другие основания.
47. Конституции некоторых государств-участников ОБСЕ⁹⁷, государств-членов Европейской экономической зоны (ЕЭЗ)⁹⁸ и государств-кандидатов в члены ЕС⁹⁹ фактически включают в себя существенный объем международных обязательств. Недавнее сравнительное исследование показало, что *«конституционные положения либо неприменимы вовсе, либо имеют вертикальное действие только в судебных разбирательствах, где ответчиком является государство»,* и *«считаются применимыми в горизонтальных отношениях [между частными и юридическими лицами] в Болгарии, на Кипре, в Дании, Эстонии, Греции, Исландии, Лихтенштейне, Люксембурге, Нидерландах, Норвегии, Сербии, Словении, Испании и Турции»,* в то время как *«прямое горизонтальное действие остается чисто*

⁹² В Соединенном Королевстве не существует единого письменного конституционного закона.

⁹³ Ст. 28 ARM; ст. 22 BLR; ст. 10.2 BEL; ст. 6.2. BUL; ст. 28.1 CYP; ст. 12 EST; ст. 12 FIN; ст. 14.1 KAZ; ст. 91.1 LAT; ст. 16.2 MDA; ст. 14.1 MON; ст. 8.1 MNE; ст. 1 NED; ст. 32 POL; ст. 16.1 ROM; ст. 19.1 RUS; ст. 21.1 SER; ст. 14.2 SLO; ст. 14 SPA; ст. 8.1 SWI; ст. 17 TAJ; ст. 10.1 TUR; ст. 28 TM; ст. 24.1 UKR; ст. 18.1 UZB и др.

⁹⁴ Ст. 29 ARM; ст. 11 BEL; ст. 6.2 BUL; ст. 28.1 и 28.2 CYP; ст. 12 EST; ст. 12 FIN; ст. 14.2 KAZ; ст. 91.2 LAT; ст. 111 LUX; ст. 45.2 MAL; ст. 14.2 MON; ст. 32 POL; ст. 19.2 RUS; ст. 21.2 и 21.3 SER; ст. 12.2 SVK; ст. 14.1 SLO; ст. 14 SPA; ст. 8.2 и 8.4 SWI; ст. 17 TAJ; ст. 10.2 TUR; ст. 28 TM; ст. 24.2 UKR, ст. 18.1 UZB и др.

⁹⁵ Ст. 30.1 ARM; ст. 10.3 BEL; ст. 31 LIE; ст. 19.3 RUS; ст. 15 SER; ст. 8.3 SWI; ст. 10.2 TUR; ст. 29.1 TM; ст. 24.3 UKR; ст. 46.1 UZB и др.

⁹⁶ Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРН), *Общеполитическая рекомендация ЕКРН №7 о национальном законодательстве по борьбе с расизмом и расовой дискриминацией*, принята 13 декабря 2002 г., п. 2.

⁹⁷ Австрия, Бельгия, Болгария, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Ирландия, Италия, Испания, Латвия, Литва, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Польша, Португалия, Румыния, Республика Кипр, Словакия, Словения, Соединенное Королевство (приняло решение о выходе из ЕС в 2016 г.), Финляндия, Франция, Хорватия, Чешская Республика, Швеция и Эстония.

⁹⁸ Исландия, Лихтенштейн и Норвегия (антидискриминационные директивы ЕС не являются обязательными для этих государств, так как соглашение о создании ЕЭЗ налагает на них обязательства, связанные только с внутренним рынком).

⁹⁹ БЮР Македония, Черногория, Сербия, Турция и Албания.

*теоретическим или спорным в меньшинстве стран (например, в Бельгии, Хорватии, БЮР Македонии, Черногории, Польше и Португалии)».*¹⁰⁰

48. В конституциях некоторых государств перечень запрещенных оснований для дискриминации ограничен по сравнению с перечнем запрещенных оснований, предусмотренных международными договорами. К примеру, в статью 17 Конституции Таджикистана не внесены такие запрещенные основания как инвалидность, возраст, сексуальная ориентация и гендерная идентичность, что может подрывать антидискриминационные меры с учетом неполного соответствия остального национального законодательства некоторым сегментам международного антидискриминационного права (таким как статья 2 КЛРД).¹⁰¹ Такие ограниченные конституционные положения могут препятствовать разработке комплексного антидискриминационного законодательства; следовательно, БДИПЧ призывает к дальнейшему совершенствованию конституций некоторых стран в соответствии с принципами международного права.

4.1.2.2.2. Законодательство

49. За последние несколько десятилетий антидискриминационное законодательство было усовершенствовано под влиянием международного права. Список государств-участников, основные законы которых учитывают вопросы недискриминации, среди прочих стран включает в себя Азербайджан, Беларусь, Латвию, Российскую Федерацию, Швейцарию, Туркменистан и Таджикистан.¹⁰²
50. Антидискриминационные законы и/или законы о равенстве существуют в большинстве государств-участников ОБСЕ: Албании, Австрии, Бельгии, Боснии и Герцеговине, Болгарии, Канаде, Хорватии, Кипре, Чешской Республике, Эстонии, Финляндии, Грузии, Германии, Греции, Венгрии, Ирландии, Италии, Латвии, Лихтенштейне, Литве, Люксембурге, Мальте, Молдавии, Черногории, Нидерландах, Норвегии, Польше, Португалии, Румынии, Сербии, Словакии, Словении, Испании, Швеции, Швейцарии, БЮР Македонии, Турции, Украине, Великобритании, США и др.
51. Прямое запрещение дискриминации по признаку пола не может автоматически гарантировать женщинам равные возможности для участия в социальной,

¹⁰⁰ ENLEGEN-D, “Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.», стр. 10. Анализ охватывает 35 стран: 28 государств-членов ЕС, 3 государства-членов ЕЭЗ и 4 страны-кандидаты на членство в ЕС (Албания не входит в число стран-кандидатов, упомянутых в анализе).

¹⁰¹ БДИПЧ, Комментарий по антидискриминационному законодательству и практике в Таджикистане, 2018 г.

¹⁰² В Таджикистане дискриминация запрещена ст. 140 (обвинения в домогательствах) *Уголовного кодекса* (а также *Трудовым кодексом*, *Семейным кодексом*, *Кодексом здравоохранения*, *Законом о защите прав ребенка*, *Уголовно-процессуальным кодексом*, *Гражданским процессуальным кодексом*, *Кодексом об административных правонарушениях* и *Хозяйственно-процессуальным кодексом*); запрещение дискриминации также подразумевается в статье 143 *Уголовного кодекса*, которая запрещает нарушение или ограничение прав и свобод по двенадцати основаниям.

политической и экономической жизни.¹⁰³ Поэтому принятие законов о гендерном равенстве или внесение соответствующих положений в другие (общие) акты/законы является хорошей практикой, применяемой всеми государствами-членами ЕС кроме Латвии и всеми странами-кандидатами: «В некоторых странах равное обращение с мужчинами и женщинами является частью более объемного закона о борьбе с дискриминацией, в котором также перечислены другие запрещенные основания (как, например, в Чешской Республике, Венгрии, Ирландии, Польше, Румынии, Словакии, Словении, Швеции и Великобритании). В других странах действует как закон о борьбе с дискриминацией (который в некоторых случаях также запрещает дискриминацию по признаку пола), так и закон о гендерном равенстве (например, в Бельгии, Болгарии, Хорватии, Дании, Финляндии, Греции, Литве, Черногории, Нидерландах, Румынии и Сербии)».¹⁰⁴ Несмотря на отсутствие антидискриминационных актов/законов, в Исландии и Таджикистане действуют акты/законы о гендерном равенстве¹⁰⁵ согласно рекомендации Совета по правам человека ООН 2016 года «усилить правовую базу с целью предотвращения дискриминации и насилия в отношении женщин».¹⁰⁶

4.1.2.3. Выполнение международных обязанностей и обязательств

4.1.2.3.1. Сфера действия антидискриминационных законов

52. Сфера действия антидискриминационного акта/закона должна быть четко обозначена.¹⁰⁷ Персональная сфера действия (физические и юридические лица, охраняемые законом, и те, чья дискриминация запрещена) и материальная сфера действия (сферы применения закона) могут быть обозначены в одном общем положении¹⁰⁸ или в отдельных положениях закона. БДИПЧ считает, что государства-участники могут выбрать один из указанных вариантов в соответствии с их международными обязанностями и обязательствами. Согласованное законодательство (предусматривающее защиту от всех форм дискриминации во всех сферах) должно соответствовать всем международным соглашениям в которых участвует государство.
53. При том, что общие документы по защите прав человека могут предусматривать запрещение дискриминации в осуществлении «признаваемых ими прав» (МПГПП и МПЭСКП) или «прав и свобод, установленных» ими (ЕКПЧ), специальные антидискриминационные документы очерчивают более узкий круг прав,

¹⁰³ ОБСЕ, «Законы, работающие на благо мужчин и женщин: Пособие по учету гендерной проблематики в законодательстве», 4 июля 2017 г.

¹⁰⁴ Сравнительный анализ законов о гендерном равенстве в Европе за 2017 г., ЕС 2018 г.

¹⁰⁵ Таджикистан: Закон о государственных гарантиях равноправия мужчин и женщин и равных возможностях для их реализации от 2005 г.

¹⁰⁶ Доклад рабочей группы по Универсальному периодическому обзору - Таджикистан, 14 июля 2016 г., п. 118.22 на стр. 23.

¹⁰⁷ Ср. Заключение БДИПЧ по проекту закона Черногории «О запрещении дискриминации», Варшава, 27 марта 2013 г., Opinion-Nr. NDISCR-MNE/226/2013, п. 10, «Основные рекомендации», Обязанности и обязательства, п. А.

¹⁰⁸ Антидискриминационные законы: Хорватии (ст. 8 «Сфера действия»); Норвегии (ст. 3 «Сфера действия»); Чешской Республики (ст. 1 «Сфера действия») и т.д.

осуществление которых связано с запрещением дискриминации (например, статья 3 Директивы о равенстве между полами в сфере занятости и трудоустройства ограничивает области осуществления некоторыми аспектами трудоустройства, такими как доступ к трудоустройству, профессии, профессиональной ориентации и подготовке, членство в профессиональных организациях и т.д.); однако директивы не должны использоваться некоторыми государствами как предлог для уклонения от выполнения обязательств, принятых в соответствии с другими международными или внутригосударственными правовыми актами, предусматривающими более широкую защиту от дискриминации.

54. Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРН)¹⁰⁹ придерживается подхода о применимости антидискриминационного законодательства в отношении всех юридических и физических лиц, что вполне логично с учетом серьезности таких вопросов как расовая дискриминация и связанные с ней другие формы дискриминации. Однако в том, что касается объединения всех антидискриминационных положений в единый законодательный акт, БДИПЧ считает, что запрещение дискриминации во *всех* сферах жизни со стороны *всех* лиц и организаций в отношении отдельных лиц или групп лиц на основании *всех* групповых признаков может оказаться слишком амбициозной задачей для государств, не обладающих большим опытом в сфере борьбы с дискриминацией, и обладающих ограниченными институциональными знаниями и ресурсами. Поэтому здесь будет уместно привести рекомендацию БДИПЧ о том, что *«сфера действия закона должна распространяться на запрещение дискриминации в конкретных областях общественной жизни, в отличие от частной жизни; закон должен фокусироваться на конкретных защищенных категориях лиц»*.¹¹⁰ С другой стороны, БДИПЧ поддерживает Венецианскую комиссию, которая предупреждает о недопустимости использования такой экстремальной законодательной практики как слишком сильное ограничение сфер действия, которое *«было бы несовместимым с европейскими стандартами»*.¹¹¹

4.1.2.3.2. Определение дискриминации

55. Некоторые государства с судебной системой, основанной на прецедентном праве (такие как Канада), предпочли «открытую модель», дав общее определение понятию дискриминации и оставив судам право принятия решения о том, какие действия составляют дискриминацию. С другой стороны, «закрытая модель»

¹⁰⁹ Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРН), *Общеполитическая рекомендация ЕКРН №7 о национальном законодательстве по борьбе с расизмом и расовой дискриминацией*, принята 13 декабря 2002 г., п. 7: *«Закон должен предусматривать запрещение дискриминации в деятельности органов государственной власти, всех физических и юридических лиц в государственном и частном секторах...»*.

¹¹⁰ *Комментарии БДИПЧ по Проекту закона Республики Молдова «О предотвращении дискриминации и борьбе с ней»*, Opinion-Nr. NDISCR-MDA/117/2008 (TND), Варшава, 11 сентября 2008 г., п. 6.

¹¹¹ Ср. с учетом необходимых изменений, *Заключение Венецианской комиссии о Проекте закона БЮР Македонии «О предотвращении дискриминации и защиты от нее»*, Комментарий №486/2008, 19 декабря 2008 г.

содержит «тщательное и точное определение запрещенной дискриминации, оставляя судам меньшую свободу усмотрения».¹¹²

56. Дискриминация обычно определяется в международном праве и многих национальных законах, а также в международной и национальной судебной практике как неравное обращение в отсутствие объективного или разумного оправдания, законной цели, необходимости и соразмерности. Например, в отношении сообщений об исключениях, состоящих в неприменении пожизненного заключения в отношении подростков, пожилых людей (старше 65 лет) или женщин - правонарушителей, ЕСПЧ отметил, что государство-ответчик преследовало законную цель по обеспечению особого режима содержания для уязвимых групп и, учитывая широкую свободу усмотрения, выразил удовлетворение «разумным пропорциональным соотношением между примененными мерами и законной целью, которая преследовалась». Поэтому оспариваемые исключения не составляют запрещенное неравное обращение в соответствии со статьей 14 в совокупности со статьей 5, а, следовательно, суд не усмотрел «никакого нарушения [...], будь то в плане неравного обращения по признаку возраста или пола».¹¹³
57. Хорошее знание основных понятий является крайне важным для принятия верной терминологии. К примеру, понятие равенства, упомянутое в качестве принципа в Конвенции МОТ «Относительно дискриминации в области труда и занятий», является более широким, чем понятие недискриминации,¹¹⁴ и не обязательно имеет такое же значение как кажущееся аналогичным понятие «равного обращения» в директивах ЕС.
58. БДИПЧ рекомендует включать термины, допускающие двоякое толкование, в глоссарий терминов или приводить пояснения таких терминов в соответствующем прецедентном праве.¹¹⁵ Законодатели должны опираться на определения конкретных понятий, относящихся к конкретным формам дискриминации, содержащихся во водных частях соответствующих договоров.¹¹⁶ Также следует уделять должное внимание пояснениям существующих определений или их значениям, содержащимся в документах договорных органов ООН¹¹⁷ или в международной судебной практике.¹¹⁸
59. Существование различных форм дискриминации должно быть отражено в общем определении дискриминации, которое должно предусматривать запрещение

¹¹² Д-р Белинда Смит, «Модели антидискриминационных законов – может ли Австралия воспользоваться опытом Канады в реформировании законодательства?» (Dr. Belinda Smith, *Models of Anti-Discrimination Laws – Does Canada offer any lessons for the reform of Australia's laws?*), доклад, представленный на конференции Ассоциации закон и общество Австралии и Новой Зеландии, 1–12 декабря 2008 г.

¹¹³ ЕСПЧ, *Хамтоху и Аксенчик против России* [БП], цит. выше, пп. 77–88.

¹¹⁴ *Декларация принципов равенства* (п. 4): «Право на недискриминацию – это отдельное основное право, которое содержится в праве на равенство».

¹¹⁵ Напр., в прецедентном праве США содержится определение понятия «цвет» (см. подраздел «4.1.2.3.3.a. Раса, цвет кожи и национальность»).

¹¹⁶ Напр., в статье 2 КПИ содержится определение таких понятий как «общение», «язык», «разумное приспособление» и «универсальный дизайн» (см. раздел 4.1.1.2).

¹¹⁷ Комитет по ликвидации расовой дискриминации в п. 1 *Общей рекомендации № 14: Определение дискриминации* (1993) поясняет, что слова «по признакам» не имеют никакого иного значения, кроме значения «на основе».

¹¹⁸ См. толкование «дискриминации по ассоциации», данное Судом Европейского союза в подразделе 4.1.2.3.2.e.

действий, предпринятых с целью нарушения права человека на личное достоинство или «последствий» такого нарушения, таким образом, охватывая прямую и косвенную дискриминацию.¹¹⁹ Определения этих двух видов дискриминации должны быть четко разграничены и должны соответствовать другим определениям дискриминации в других актах/законах, если такие существуют.¹²⁰ Также необходимо включить другие виды дискриминации (такие как притеснения, виктимизация и т.д.¹²¹) и предусмотреть отдельные положения для разных видов дискриминации.¹²²

а. Прямая дискриминация

60. Основные директивы ЕС (принятые в 2000 г.) определяют прямую дискриминацию как ситуацию, в которой одно лицо находится в условиях менее благоприятных, чем другое находится, находилось или могло находиться в такой же ситуации по ряду признаков (Директива о равноправии в сфере занятости), или по признакам расового или этнического происхождения (Директива о расовом равенстве).
61. Из 35 государств, участвовавших в исследовании 2017 г., только Исландии и Лихтенштейну не удалось должным образом перенести определения из директив в национальное законодательство. Остальные государства включили в свои акты/законы определения дискриминации (хотя некоторые из них предлагают несостоятельное обоснование разницы в обращении), включающие в себя четыре важных элемента: нахождение лица в менее благоприятных условиях; сравнение лиц, обладающих разными признаками, в схожей ситуации; прошлые показатели (напр., прежний работодатель) или гипотетические показатели; а также заявление о том, что прямая дискриминация не имеет оправдания.¹²³ Некоторые основные элементы отражены в основном определении дискриминации ЕСПЧ как «разница в обращении с лицами, находящимися в аналогичных или относительно похожих ситуациях».¹²⁴
62. Отголоски определения, данного ЕС, прослеживаются в положении украинского законопроекта, в котором дискриминация определяется как «ситуация, при которой с лицом и/или группой лиц по их определенным признакам обращаются менее благосклонно, чем с другим лицом и/или группой лиц в аналогичной ситуации».¹²⁵ В этом определении вместо слова «основания» использовано слово

¹¹⁹ Ср. Заключение БДИПЧ по проекту закона Черногории «О запрещении дискриминации», Варшава, 31 июля 2013 г., Opinion-Nr. NDISCR-MNE/234/2013, п. 12, «Основные рекомендации», п. В.

¹²⁰ Ср. Заключение БДИПЧ по проекту закона Республики Молдова «О предотвращении дискриминации и борьбы с ней», Варшава, 11 сентября 2008 г., Opinion-Nr. NDISCR-MDA/117/2008, п. 6.

¹²¹ Для сравнения, Закон о государственных гарантиях равноправия мужчин и женщин и равных возможностях для их реализации от 2005 г. содержит определение понятия дискриминации, представленное в КЛДЖ, однако не предусматривает запрещение и защиту от притеснений.

¹²² Ср. с учетом необходимых изменений, Заключение БДИПЧ по проекту закона Черногории «О запрещении дискриминации», 31 июля 2013 г., п. 12, «Основные рекомендации», п. С.2.

¹²³ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.», ЕС, 2017, пп. 43 и 44.

¹²⁴ ЕСПЧ, *Д.Х. и другие против Чешской Республики*, № 57325/00, 13 ноября 2007 г., п. 175.

¹²⁵ Ассоциация равных прав, Закон Украины «О принципах предотвращения и противодействия дискриминации в Украине», 2013 г., п. 13.

«признаки»», однако в нем отсутствует прилагательное «дискриминационный»; в нем также не учтены возможные случаи прямой дискриминации в прошлом или будущем.

63. БДИПЧ считает, что определение прямой дискриминации, представленное ЕС, является наиболее адекватным, и рекомендует государствам-участникам принять определение, которое включало бы в себя, по крайней мере, вышеописанные элементы этого определения.

в. Косвенная дискриминация

64. Определение «дискриминации» в международном праве подразумевает возможность «косвенной дискриминации»,¹²⁶ которая была конкретизирована при рассмотрении судами США дел о расовой дискриминации в соответствии с Биллем о гражданских правах 1964 г.,¹²⁷ и позже содействовала внедрению такого же понятия в европейских государствах с системой общего права (законы Великобритании 1975 и 1976 гг.). Европейский суд признал понятие «косвенной дискриминации» в деле о выплате мужчинам и женщинам равной заработной платы в соответствии со статьей 119 Договора о ЕС,¹²⁸ а Европейский союз принял это понятие на рубеже тысячелетия.¹²⁹ Согласно Директивам ЕС, кажущиеся нейтральными¹³⁰ положения, критерии или практика составляют косвенную дискриминацию, если из-за них лица, обладающие определенной признаком/характеристикой, могут оказаться в менее благоприятной ситуации по сравнению с другими лицами, и если при этом у этого факта нет объективного обоснования в виде законной цели, а средства достижения этой цели не являются уместными или необходимыми.
65. Законодательные органы 34 государств приняли понятие косвенной дискриминации, однако Турция не включила в это понятие сексуальную ориентацию в качестве запрещенного основания для дискриминации, а Лихтенштейн запрещает косвенную

¹²⁶ См. фразу «[...] результатом которого» в определении дискриминации, процитированном в разделе 4.1.1 выше.

¹²⁷ Верховный суд США в деле *Григс против компании Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (8 марта 1971 г.) постановил, что требование энергокомпании (от 1955 г.) о наличии у кандидатов на высокооплачиваемые должности аттестатов об окончании средней школы, не обуславливало способность кандидатов выполнять порученную работу, следовательно, это требование было дискриминирующим в отношении чернокожих кандидатов, которые не имели такого аттестата чаще, чем белые кандидаты.

¹²⁸ Европейский суд в деле *Дж. П. Дженкинс против компании Kingsgate (Clothing Production) Ltd.* (C-96/80, 31.3.1981) постановил, что «разница в зарплатах работников, занятых полный и неполный рабочий день не имеет отношения к дискриминации, запрещенной статьей 119 Договора [о Европейском сообществе], если только в действительности это не является предлогом для снижения заработной платы работникам, занятым неполный рабочий день по причине того, что эта группа состоит исключительно или по большей части из женщин».

¹²⁹ Джул Малдер, «Размышления о европейском и национальном антидискриминационном законодательстве и брексите» (Jule Mulder, «Some thoughts on European and national non-discrimination law and Brexit»), опубликовано 30 мая 2016 г. на сайте <https://legalresearch.blogs.bris.ac.uk/2016/05/some-thoughts-on-european-and-national-non-discrimination-law-and-brexite/>.

¹³⁰ «Кажущимся нейтральным» называется положение, критерий или практика, которые якобы сформулированы или применяются нейтральным образом («*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*» AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia, ТС-83/14, 16 июля 2015 г., п. 109, абзац 2).

дискриминацию только по признаку инвалидности.¹³¹ В национальных законах используются разные, иногда неподходящие, формулировки, на основании чего было сделано следующее заключение: *«Положительная перемена состоит в наличии пояснения о том, что косвенная дискриминация по ассоциации запрещена, однако эта перемена омрачена нечеткой формулировкой нового положения, которая может негативно сказаться на его эффективности»*.¹³²

66. В связи с делом Самиры Ачбита СЕС постановил, что кажущийся нейтральным запрет на ношение работниками заметных политических, философских или религиозных символов оказал влияние на последователей конкретной религии, приравняемое к косвенной дискриминации.¹³³ Бельгийский кассационный суд принял к сведению Постановление СЕС и приказал пересмотреть дело Ачбита, установив, что суд низшей инстанции неверно оценил нейтральность запрета в свете антидискриминационного законодательства Бельгии.¹³⁴ Применение комплексного понятия косвенной дискриминации остается проблематичным в некоторых государствах-участниках (Ирландии и Дании) ввиду отсутствия ясности и понимания этого понятия у национальных судов, в то время как у других государств-участников (Эстонии, Словении и Финляндии) отсутствует прецедентная практика, содержащая толкование косвенной дискриминации.¹³⁵ Указ об оплате судебных издержек (в Великобритании), предусматривающий различные издержки за рассмотрение простых, конкретных исков по трудовым спорам, классифицированным как иски «типа А» (всего 390 фунтов стерлингов), и все остальные иски, связанные с несправедливым увольнением, равной оплатой и дискриминацией, классифицированные как иски «типа Б» (всего 1200 фунтов стерлингов), содержал косвенную дискриминацию в соответствии с Законом 2010 г. о равных правах, так как с исками типа Б в суд обращалось больше женщин, чем мужчин, а разница в размере судебных издержек стала непропорциональным средством достижения целей, заявленных в Указе об оплате судебных издержек.¹³⁶
67. БДИПЧ подчеркивает, что международные правовые документы дают четкое определение косвенной дискриминации, которое затрагивает такие аспекты как «кажущаяся» нейтральность положений, критериев или практики, их неспособность служить законной цели и, особенно, неблагоприятное положение лиц, чьи интересы они затрагивают. Государства-участники могут воспользоваться содержащимися в этих документах оптимальными законодательными решениями, а также опытом других государств.

с. Притеснения

¹³¹ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.», ЕС, 2017 г., п. 47.

¹³² Там же, п. 48.

¹³³ СЕС, «Самира Ачбита против компании G4S» (*Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. G4S Secure Solutions NV*), C-157/15, 14 марта 2017 г.

¹³⁴ Бельгия, Кассационный суд, № S.12.0062.N, 9 октября 2017 г.

¹³⁵ Европейская комиссия, *Доклад о директивах 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС*, 2014, стр. 8.

¹³⁶ Великобритания, Верховный суд, дело «Р. (по заявлению профсоюза УНИСОН) против лорд-канцлера» (*R. (on the application of UNISON) v. Lord Chancellor*), 2015/0233, 26 июля 2017 г.

68. Законодательство ЕС в области равенства полов содействовало развитию такого понятия как «притеснения», которое определяется в антидискриминационных директивах как любое нежелательное поведение, связанное с защищенной характеристикой лица, и имеющее своей целью или следствием оскорбить достоинство или создать угрожающую, враждебную, унижительную, обидную или оскорбительную среду. Это сравнительно новое понятие *«основано скорее на важности выделения этой особо злостной формы дискриминационного обращения, чем на сдвиге концептуального мышления»*.¹³⁷ Поведение может считаться притеснением, если оно является оскорбительным для члена определенной группы (например, использование оскорбительных терминов относительно цвета кожи или сексуальной ориентации, особенно в присутствии других людей в публичном месте).
69. Всего в нескольких странах определение понятия «притеснение» в национальном законодательстве не содержит требование о том, что это должно быть «нежелательное» поведение. В некоторых странах, например, в Испании, при определении этого понятия используются такие прилагательные как «враждебное» и «унижительное», в Швеции не указан целенаправленный характер такого поведения; в других странах применение понятия ограничивается конкретной областью или основанием (в законодательстве Лихтенштейна это инвалидность); в некоторых странах законодательство не запрещает преследование по определенному признаку (сексуальной ориентации в Турции) или по любому соответствующему признаку (в Исландии).¹³⁸
70. В судебной практике различных стран существуют примеры привлечения к ответственности лиц по обвинению в притеснениях, например: мэр города был привлечен к ответственности за расистские высказывания в отношении рома как группы (не в отношении отдельного представителя народности рома, как может показаться на первый взгляд из соответствующего положения);¹³⁹ были осуждены факты обсуждения сексуальной ориентации церковного служителя на приходском собрании,¹⁴⁰ запугивания и последующего увольнения школьного учителя предположительно гомосексуальной ориентации,¹⁴¹ расистского и трансфобного отношения к студентке-транссексуалу и учителю, который ее поддержал;¹⁴² и другие случаи.
71. Следовательно, государствам-участникам было бы целесообразно использовать формулировки, приведенные в директивах ЕС (хотя бы как руководство для тех, кто не обязан переносить законы ЕС в национальное законодательство) и, стараться избегать, либо исправить уже существующие недочеты в определении термина

¹³⁷ *Справочник по европейскому антидискриминационному законодательству*, АОП и СЕ 2018, стр. 31–32.

¹³⁸ *«Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.»*, ЕС, 2017, стр. 51.

¹³⁹ Венгрия, Управление по вопросам равного обращения, ЕВН/549/2016, 8 ноября 2016 г.; Курия (Верховный суд), № Kfv.III.37.848/2014/6, постановление от 29 октября 2014 г.

¹⁴⁰ Норвегия, Трибунал по делам равенства, № 29/2013, 29 ноября 2013 г.

¹⁴¹ Венгрия, решение Управления по вопросам равного обращения, ссылка на которое содержится в кратком информационном сообщении «Преследование школьного учителя на основе сексуальной ориентации», представленном экспертом Андрасом Кадаром 14 января 2014 г.

¹⁴² Теодорис Атанасиос (эксперт Европейской сети экспертов права в области гендерного равенства и недискриминации), краткое информационное сообщение «Эскалация расизма и трансфобное отношение к студентке-транссексуалу и учителю, который ее поддержал», 6 декабря 2013 г.

притеснение в национальном законодательстве и общем понимании этого явления путем принятия всех мер, включая информирование населения и другие превентивные меры, а также путем привлечения к ответственности лиц, виновных в притеснениях.

d. Виктимизация

72. Согласно статье 9 Директивы о расовом равенстве и статье 11 Директивы о равноправии в сфере занятости, *«государства-члены ЕС вводят в свои национальные правовые системы такие меры, которые необходимы для защиты лиц от любого враждебного обращения или неблагоприятных последствий в качестве реакции на обращение с жалобой или на производство по делу, направленному на обеспечение соблюдения принципа равного обращения».*
73. Директивы распространяют защиту от виктимизации на всех лиц, которые потенциально могут подвергнуться враждебному обращению «в качестве реакции на обращение с жалобой или на производство по делу», однако к 2017 году в национальных законодательствах существовали серьезные расхождения с концепцией виктимизации, которые проявлялись в: а) ограничении персональной сферы действия (в Бельгии и Румынии защита от виктимизации ограничена потерпевшими, обратившимися с жалобой на дискриминацию, а также свидетелями в производстве по делу, в то время как в Эстонии, Норвегии и Польше защита распространяется и на других лиц);¹⁴³ и б) ограничении материальной сферы действия в Германии, Литве, Испании и Турции, (где защита от виктимизации ограничена сферой трудоустройства). Годы ранее европейские органы по вопросам равноправия обнаружили схожие расхождения в национальных законах и их толковании, также отметив, что широкому распространению защиты от виктимизации на многие аспекты общественной жизни мешает ограничительный характер материальной сферы действия статьи 11 Директивы о равноправии в сфере занятости, в которой принцип равного обращения распространяется только на трудоустройство и профессиональную подготовку.¹⁴⁴
74. Судебная практика на национальном уровне включает в себя решение Миланского апелляционного суда относительно виктимизации политиками двух итальянских граждан, которые сами не были жертвами первоначальной дискриминации (которой способствовало распространение плакатов расистского характера, направленных против иностранцев), против которой они протестовали. Указанные граждане обратились в Миланский трибунал с иском против распространения плакатов, и после того как трибунал отказал им в удовлетворении иска, граждане подверглись публичным насмешкам (виктимизации). Согласно решению Миланского апелляционного суда, защита должна распространяться на третьих лиц, которые не имеют правовых оснований для обращения в суд, но которые оказались в неблагоприятном положении, пытаясь защитить других людей от

¹⁴³ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.», ЕС, 2017 г., стр. 100.

¹⁴⁴ Эквинет, «Закон о равенстве на практике: Доклад о реализации Директивы о расовом равенстве и общих рамочных директив» (Equinet, *Equality Law in Practice: Report on the Implementation of the Race and General Framework Directives*), июнь 2013 г., стр. 12.

дискриминации.¹⁴⁵ Примечательно, что в феврале 2016 года Апелляционный суд Турина отклонил иск двух других лиц, принадлежавших к той же группе, что и выше упомянутые лица, что еще раз подчеркивает «необходимость единого понимания основных концепций антидискриминационного законодательства».¹⁴⁶ Также нет прогресса в плане защиты лиц от виктимизации после ухода со службы в Великобритании, где бывшие работодатели представляют в агентство занятости отрицательные характеристики в отношении лиц, уволенных с работы под предлогом выхода на пенсию, если те безуспешно пытаются доказать, что являются жертвами дискриминации по признаку возраста. Суд второй инстанции Великобритании отказался удовлетворить иск о виктимизации, несмотря на признание того факта, что отрицательная характеристика была дана истцу вследствие его обращения в суд. При этом суд признал, что пробел в нормативной схеме мог быть случайным и не принял доводы о том, что он был в состоянии устранить этот *пробел*.¹⁴⁷

75. Определение виктимизации и диапазон защиты от нее предусмотрены рядом международных обязательств и стандартов. Судебные системы государств-участников могли бы использовать передовой опыт международных органов и поворотные решения, принятые судами этих государств.

е. Дискриминация по ассоциации

76. Лицо, не обладающее защищенными характеристиками, с которым обращаются менее благосклонно по сравнению с остальными вследствие его или ее ассоциации с лицом, которое обладает такими характеристиками, подвергается дискриминации по ассоциации. Несмотря на отсутствие четкого определения этого вида дискриминации в законодательстве, СЕС постановил в деле Колман, что «если работодатель обращается с работником, который сам не является инвалидом, менее благосклонно, чем с другим работником в аналогичной ситуации, и если установлено, что такое обращение вызвано тем, что ребенок этого работника является инвалидом, и что забота о ребенке лежит главным образом на этом работнике, то такое обращение является нарушением запрещения прямой дискриминации, предусмотренного пунктом 2 (а) статьи 2» Директивы 2000/78/ЕС.¹⁴⁸ СЕС толкует пункт 2(b) статьи 2 Директивы 2000/43/ЕС как положение, дающее законное основание для установления факта косвенной дискриминации по ассоциации, если оспариваемое поведение не является равносильным прямой дискриминации в значении пункта 2 (а) статьи 2 этой Директивы.¹⁴⁹ Национальные суды также признают дискриминацию по ассоциации,

¹⁴⁵ Италия, Апелляционный суд Милана, «*Валерия Ро и др. против Муниципалитета Варало и др.*», № 787/17, 23 февраль 2017 г.

¹⁴⁶ Чиара Фавилли, «Виктимизация защитников принципа недискриминации со стороны политиков» (Chiara Favilli, «Victimisation by politicians of non-discrimination defenders»), 28 июля 2017 г., <https://www.equalitylaw.eu>.

¹⁴⁷ Великобритания, Апелляционный суд по трудовым делам, дело «*Rowstock Ltd & Anor v Jessemev*», жалоба № УКЕАТ/0112/12/DM, 5 марта 2013 г.

¹⁴⁸ СЕС, «*С. Колман против Амтриджа Лоу и Стива Лоу*» (*S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*), С-303/06, решение от 17 июля 2008 г., постановляющая часть.

¹⁴⁹ Дело «*CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v Komisia za zashtita ot diskriminatsia*» (ТС-83/14, 16 июля 2015 г.) было представлено в СЕС болгарским судом, рассмотревшим иск болгарки, которая считала себя жертвой дискриминации со стороны энергораспределительной компании, установившей электрические счетчики на опорах ЛЭП на высоте 6-7 метров (во избежание их взлома и незаконных подключений) в поселении

но иногда характеризуют ее то как прямую, то как косвенную в одних и тех же делах, и даже на разных этапах одного и того же процесса.¹⁵⁰ На основании существующего законодательства Европейская комиссия считает, что Директива о равноправии в сфере занятости также запрещает ситуации, в которых лицо подвергается дискриминации на основании ошибочного представления о нем или предположения о том, что оно обладает защищенными характеристиками, например, предположения о том, что устраивающийся на работу человек является гомосексуалистом или представителем этнического меньшинства.¹⁵¹ Это расширенное значение уже существовало в антидискриминационном законе Хорватии, пункт 3 статьи 1 которого гласит, что «помещение лица в менее благоприятные условия на основании ошибочного мнения о наличии у этого лица признаков, перечисленных в пункте 1, также должно [...] считаться дискриминацией».

77. Фраза «по ассоциации с» в статье 14 ЕКПЧ создает четкую правовую основу для принятия решения о том, были ли оспариваемые действия основаны на фактической или предполагаемой ассоциации подвергнувшегося дискриминации лица с другим лицом, обладающим особым статусом или защищенными характеристиками. Прецедентная практика государств-участников включает в себя дело сотрудника охраны магазина в Польше, который был уволен с работы после того как его начальник увидел его по телевизору среди участников гей-парада. Районный суд Варшавы постановил, что место имела дискриминация по ассоциации, так как поводом для увольнения сотрудника послужила его сексуальная ориентация (защищенная характеристика), выводы о которой были сделаны вследствие его участия в гей-параде.¹⁵² Термин «по ассоциации» толкуется довольно широко. Так, женщине румынского происхождения, проживающей в Венгрии (будучи замужем за венгром, который является отцом ее детей), было отказано в пособии по материнству, которое выдается только гражданам Венгрии. Отец также не мог получить пособие, так как они выдаются только матерям. ЕСПЧ счел, что отец подвергся дискриминации по

Гиздова Махала, преимущественно заселённом цыганами (к которым она себя причисляла), в отличие от других населенных пунктов. Поправка к Закону Болгарии о защите от дискриминации от 2016 г. содержит уточнение о том, что менее благосклонное обращение не ограничивается правами, предусмотренными законом.

¹⁵⁰ Верховный суд Дании в деле «*Hørsholm Kommune v. FOA on behalf of the applicant*» (HR-151/2015, 27 апреля 2016 г.) постановил, что увольнение матери, которая взяла 14-месячный отпуск по уходу за ребенком, страдающим синдромом Аспергера, было вызвано длительностью ее отсутствия (а не заболеванием ребенка) и не являлось прямой дискриминацией. Суд постановил, что вопрос косвенной дискриминации по ассоциации с лицом с ограниченными возможностями не был прояснен и установлен прецедентной практикой СЕС, и не счел этот факт настолько решающим для данного дела, чтобы обратиться в СЕС за предварительным постановлением (репортаж Пии Юстесен, 25 мая 2016 г., www.equalitylaw.eu). Факт дискриминации по ассоциации был установлен в Польше, где сотрудник охраны магазина подвергся дискриминации из-за ассоциации с представителями сексуального меньшинства после участия в «параде равенства» («*XU и Польское общество антидискриминационного права (PTPA) от лица XU против Компании Z*», VI С 402/13, постановление Суда центрального района Варшавы от 9 июля 2014 г.); другой факт косвенной дискриминации был установлен в отношении журналиста, который поддержал петицию в фейсбуке по легализации гражданского партнерства как однополых, так и разнополых пар, в результате чего был отменен его устный контракт по ведению радио-концерта, организованного представителем религиозной организации, выступающей против однополых партнерств (*YZ против рисковей католической епархии S.*, № 75/17, решение районного суда в S. от 22 марта 2017 г.).

¹⁵¹ Европейская комиссия, *Доклад о директивах 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС*, 2014 г., стр. 10.

¹⁵² Польша, Районный суд Варшавы (суд второй инстанции), V Са 3611/14, 18 ноября 2015 г.

признаку отцовства, а не пола, так как приемные отцы и опекуны получают такое пособие. Дети также обратились в суд в связи с дискриминацией на основании статуса их отца. ЕСПЧ счел их аргументы приемлемыми.¹⁵³

78. Признание дискриминации по ассоциации Судом ЕС может стать полезным руководством для усовершенствования актов/законов, а также судебной практики в государствах-членах ЕС и ЕЭЗ, а также в странах-кандидатах на членство, и отмечает, что другие государства также могут перенять этот полезный опыт.

4.1.2.3.3. Запрещенные основания для дискриминации

79. В зависимости от способа установления запрещенных оснований для дискриминации в соответствующих правовых системах, существует три модели: *закрытая* модель, в которой дискриминация запрещена на точно определенных основаниях, список которых может быть дополнен только путем внесения изменений в законодательство (такая модель действует в Австрии, Бельгии, Чешской Республике, Дании, Франции, Германии, Эстонии, Ирландии, Италии, Лихтенштейне, Люксембурге, Норвегии, Польше, Португалии, Великобритании и других странах); *открытая* модель, при которой список запрещенных оснований для дискриминации содержит формулировку «и другие основания или признаки» или «такой признак как» и т.д., и может дополняться исключительно судами (эта модель действует в Болгарии, Хорватии, на Кипре, в Эстонии, Финляндии, Греции, Венгрии, Исландии, Латвии, Литве, на Мальте, в Черногории, Нидерландах, Румынии, Сербии, Словакии, Словении, Испании, БЮР Македонии, Турции и других странах); и *общезапретительная* модель, основанная на общей защите равенства, при которой суды обладают значительными полномочиями для установления запрещенных оснований для дискриминации¹⁵⁴ (США, Канада¹⁵⁵). Для сравнения, на международном уровне открытая модель применяется в ВДПЧ и общих договорах о правах человека (таких как МПГПП, МПЭСКП, КПР, ЕКПЧ, ЕСХ(П) и Хартия ЕС), а закрытая модель применяется в антидискриминационных договорах (МКЛРД, КЛДЖ и КПИ) и директивах ЕС.
80. Общезапретительная модель по сути связана с развитием судебной практики, однако ее применение и влияние в некоторых государствах-участниках можно назвать довольно скромным или незначительным. Закрытая модель «связывает руки» системе правосудия и казалось бы требует наличия полного списка запрещенных оснований для дискриминации с тем, чтобы ни одно важное основание не было упущено. Открытая модель хорошо вписывается в общий законодательный подход. Поэтому

¹⁵³ ЕСПЧ, «Веллер против Венгрии», № 44399/05, 31 марта 2009 г., пп. 33 и 37–39.

¹⁵⁴ Билжана Котевска, *Справочник по основаниям дискриминации* (Biljana Kotevska, *Guide on Discrimination Grounds*), Миссия ОБСЕ в Скопье, 2013 г., стр. 8.

¹⁵⁵ Верховный суд Канады в деле «Эндрюс против Общества юристов Британской Колумбии», [1989] 1 SCR 143, 2 февраля 1989 г., постановил, что статья 15 Канадской хартии прав и свобод, которая содержит явное запрещение дискриминации только по признакам «расы, национального или этнического происхождения, цвета кожи, религии, пола, возраста, умственного или психического расстройства», также защищает отдельных лиц и группы лиц от дискриминации по признакам, которые не названы (гражданство), но являются аналогичными перечисленным (национальное происхождение). С учетом такого толкования, положение Канадской хартии было признано применимым в деле британского истца, который жаловался на дискриминацию ввиду невозможности занятия юридической деятельностью из-за отсутствия у него канадского гражданства.

судебные органы должны быть уполномочены законом и быть готовы время от времени дополнять список запрещенных оснований для дискриминации.

81. Несмотря на разнообразие и количество запрещенных оснований для дискриминации в законодательствах государств-участников,¹⁵⁶ соответствующие национальные акты/законы могут также включать в себя запрещенные основания, предусмотренные международными договорами, а также их интерпретации, или же основания, не предусмотренные никакими договорами. С другой стороны, слишком длинный список запрещенных оснований для дискриминации *«потенциально может оказать отрицательное влияние на эффективность»*¹⁵⁷ законодательного акта и *«может наводнить существующие судебные и/или административные системы явно беспредметными (необоснованными) делами и исками»*.¹⁵⁸

а. Раса, цвет кожи и этническая принадлежность

82. Раса является защищенной от дискриминации характеристикой согласно документам ООН (МПЭСКП, МПГПП, КПр, МКЛРД, МКЗПТМ, Конвенция МОТ относительно дискриминации в области труда и занятий, Конвенция ЮНЕСКО о дискриминации в области образования и др.) и документам СЕ (ЕКПЧ и Протокол №12 к ней, ЕСХ и ЕСХ(П), Стамбульская конвенция, Конвенция о противодействии торговле людьми и др.), а законодательство ЕС (ДФЕС, Директива о расовом равенстве, Директива о статусе постоянных жителей и др.) защищает такие характеристики как «расовое или этническое происхождение».
83. При том, что в статье 1 МКЛРД приводится определение «расовой дискриминации», эта конвенция не содержит определение понятия «раса» как такового. В Директиве 2000/43/ЕС о расовом равенстве также нет определения понятия «расовой или этнической принадлежности». Таким образом, государства-участники могут сами принимать решение о том, включать ли определения этих понятий в их национальные законодательства, и какие формулировки при этом использовать. В законодательстве США имеется определение термина *«расовая группа»*, согласно которому, это *«группа людей, которая выделяется на основе физических характеристик или наследственно обусловленных биологических особенностей»*.¹⁵⁹
84. Суд ЕС не высказывал ни тени сомнения насчет того, что понятие «этническое происхождение» относится к народности рома,¹⁶⁰ и постановил, что в целях статей 1 и 2 п. 1 Директивы 2000/43 понятие «дискриминация по признаку этнического происхождения» следует толковать как предназначенное для использования в ситуации, когда оспариваемому обращению подвергаются лица другого этнического

¹⁵⁶ Обзорную таблицу оснований дискриминации можно найти в *Сравнительном анализе антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.*, ЕС, 2017 г., стр. 4–6.

¹⁵⁷ БДИПЧ, *Комментарии к проекту закона БЮР Македонии «О предотвращении дискриминации и защиты от нее»* (19 декабря 2008 г.), п. 13.

¹⁵⁸ Комментарий БДИПЧ 2018 г. (см. сноску 88), п. 28: *Заключение Венецианской комиссии о Проекте закона БЮР Македонии «О предотвращении дискриминации и защиты от нее»*, 19 декабря 2008 г., п. 41.

¹⁵⁹ См. определение понятия «расовая группа» на сайте <https://definitions.uslegal.com> (ссылка на Свод законов США 18 USCS § 1093).

¹⁶⁰ СЕС, дело *«CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashtita ot diskriminatsia»*, Т С-83/14, 16 июля 2015 г., п. 46 (ссылка на решение ЕСПЧ по делу *«Начова и др. против Болгарии»* [БП] (*Nachova and Others v. Bulgaria*), №№ 43577/98 и 43579/98, ЕКПЧ 2005-VII и дело *«Сейдич и Финци против Боснии и Герцеговины»* [БП] (*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*), №№ 27996/06 и 34836/06, пп. с 43 по 45 и п. 50, ЕКПЧ 2009.

происхождения¹⁶¹ (дискриминация по ассоциации). С целью разграничения таких понятий как «этническая принадлежность» и «раса» ЕСПЧ поясняет: «Тогда как понятие расы коренится в идее биологической классификации людей на различные виды согласно морфологическим особенностям, таким как цвет кожи или особенности лица, происхождение этнической принадлежности кроется в идее социальных групп, объединенных общей национальностью, племенными связями, религиозной верой, общим языком, культурой и традициями».¹⁶² Хотя это определение расы затрагивает чувствительные вопросы и не является научно обоснованным, оно широко используется в качестве определения, и поэтому оно включено в настоящий документ.

85. Разные государства-члены ЕС используют другие термины для обозначения понятия «расового или этнического происхождения» в своем национальном законодательстве. Некоторые из них избегают использования этой фразы целиком или частично, опасаясь, среди прочего, что такие термины как «расовое происхождение» или «раса» могут породить мнение о том, что права человека зависят от этого признака.¹⁶³ Европейская комиссия не возражает против использования якобы ограничительных терминов «этническое происхождение», «этническая принадлежность» или «этническая идентичность» (определяемых в шведском антидискриминационном законе как «*национальное или этническое происхождение, цвет кожи или другие схожие обстоятельства*»), или против включения термина этническое происхождение в национальное законодательство без его определения в рамках понятия «раса» (последнее, согласно Закону 2010 года о равных правах «*включает в себя (а) цвет кожи; (в) национальность; (с) этническое или национальное происхождение*»), до тех пор, пока толкование этих терминов каким-либо образом не ограничивает сферу действия национального законодательства в сравнении с Директивой о расовом равенстве.¹⁶⁴ В отношении этих двух потенциально пересекающихся понятий Европейская комиссия отметила, что «*Директива 2000/43/ЕС не касается вопроса дискриминации по признаку национальности как таковой (если только неравное обращение по признаку национальности или языка не оказывается косвенной дискриминацией по признаку этнического происхождения), а дискриминация по признаку религии запрещена Директивой 2000/78/ЕС*».¹⁶⁵
86. Разница между кажущимися похожими понятиями «расы» и «цвета кожи» четко определена в судебной практике США, которая устанавливает, что дискриминация может иметь место между двумя людьми одной «расы» на основании «цвета кожи» (внешнего вида кожи¹⁶⁶), который определен как пигментация кожи.¹⁶⁷

¹⁶¹ СЕС, дело «*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*», цит. выше, п. 60.

¹⁶² ЕСПЧ, «*Тимшиев против России*», №№ 55762/00 и 55974/00, п. 55, 13 декабря 2005 г.

¹⁶³ «*Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.*», ЕС, 2017 г., стр. 14–15.

¹⁶⁴ Европейская комиссия, *Доклад по Директивам 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС*, 2014 г., стр. 11.

¹⁶⁵ Там же.

¹⁶⁶ Университет штата Мичиган (Отделение институционального равенства), *Руководство для пользователей по антидискриминационной политике*, последнее обновление 1 июня 2018 г., https://oie.msu.edu/_assets/documents/ADPUserManual_updated06.01.18.pdf, стр. 10, содержит ссылку на дело *Сантьяго против Корпорации Страйкер (Santiago v. Stryker Corp)* районный суд Пуэрто-Рико (10 FSupp2d

Многолетняя история расовой дискриминации в различных областях жизни, включая образование, трудоустройство, обеспечение жильем, доступ к местам общественного пользования и другие сферы, привела к созданию в США обширной судебной практики, которая включает в себя: вывод о том, что ограничительные обязательства расистского характера в свидетельствах о собственности не имеют законной силы;¹⁶⁸ запрещение расовой сегрегации в системе государственного образования¹⁶⁹ и в пассажирском транспорте, осуществляющем перевозки между штатами и внутри штатов,¹⁷⁰ а также при продаже или аренде имущества;¹⁷¹ заявление о том, что законы штатов, запрещающие межрасовые браки, противоречат конституции;¹⁷² и т.д.

87. Расовое или этническое происхождение тесно связано с религией. Поэтому судебная практика некоторых государств признает возможность дискриминации в отношении некоторых расовых или этнических групп, исповедующих свою собственную религию, таких как иудеи, мусульмане, сикхи, или имеющих разделение на касты.¹⁷³
88. Следовательно, определения этих понятий в национальном законодательстве не должны быть ограничительными, так как это может ослабить степень защиты, которую обеспечивает Директива о расовом равенстве,¹⁷⁴ или же может подрывать усилия государств по борьбе с расовой дискриминацией во всех сферах общественной (политической, экономической, социальной, культурной и т.д.) жизни, предпринимаемые ими в соответствии с требованиями МКЛРД.¹⁷⁵

в. Религия или убеждения

93, 96 (DPR 1998), 25 июня 1998 г.) в котором темнокожего пуэрториканца заменили светлокожим соотечественником, что могло стать достаточно серьезным основанием для доказательства факта дискриминации по увету кожи.

¹⁶⁷ Приведенное выше определение термина «цвет кожи», используемое судами США (в прецедентной практике) и Комиссией по обеспечению равных возможностей при трудоустройстве (КРТ) (в Руководстве КРТ по соблюдению положений о запрещении дискриминации по признакам расы и цвета кожи) не совпадает с определением «цвета кожи» как защищенной категории в Билле о гражданских правах 1964 г. (Раздел VII).

¹⁶⁸ США, Верховный суд, *«Шелли против Кремера»*, 334 US 1 (1948), 3 мая 1948 г.

¹⁶⁹ США, Верховный суд, *«Браун против Совета по образованию Топеки»*, 347 US 483 (1964), 9 декабря 1952 г.

¹⁷⁰ США, Верховный суд, *«Бейли против Патерсона»*, 369 US 31 (1962), 26 февраля 1962 г.

¹⁷¹ США, Верховный суд, *«Джонс против компании Майер»*, 392 US 409 (1968), 17 июня 1968 г.

¹⁷² США, Верховный суд, *«Ловинг против Вирджинии»*, 388 US 1 (1967), 12 июня 1967 г.

¹⁷³ *«Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе за 2017 г.»*, ЕС, 2017 г., стр. 15.

¹⁷⁴ Схожее мнение было высказано Росен Грозев в статье «Эпохальное решение Суда ЕС – новый концептуальный вклад в юридическую борьбу с дискриминацией» (Rossen Grozev in “A Landmark Judgment of the Court of Justice of the EU – New Conceptual Contributions to the Legal Combat against Discrimination”), журнал *«The Equal Rights Review»*, пятнадцатый номер (2015), стр. 170.

¹⁷⁵ Комитет по ликвидации расовой дискриминации, в своих *Заключительных замечаниях относительно периодических докладов Таджикистана с девятого по одиннадцатый*, представленных в соответствии с МКЛРД 21 марта 2016 г. (CERD/C/TJK/CO/9-11, на сайте: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/056/91/PDF/G1605691.pdf?OpenElement>), отметил отсутствие криминализации подстрекательства к расовой дискриминации и актам насилия на расовой почве (п. 7) и призвал Таджикистан «внести изменения в действующее законодательство или принять новые законы с целью включения в законодательство общего определения расовой дискриминации в соответствии с Конвенцией».

89. «Религия» является одной из дискриминационных характеристик (оснований для дискриминации), запрет на которых предусматривают инструменты ООН (МПЭСКП, МПГПП, КПР, МКЗПТМ, Конвенция о дискриминации в области труда и занятий, Конвенция ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования и др.), инструменты Совета Европы (ЕКПЧ и протокол №12 к ней, Европейская социальная хартия (ЕСХ) и ее пересмотренная редакция, Стамбульская конвенция, Конвенция о противодействии торговле людьми и др.) и законодательство Европейского союза (Договор о функционировании Европейского союза (ДФЕС), Хартия ЕС по правам человека, Директива о равноправии в сфере занятости, Директива о статусе граждан третьих стран, проживающих на долгосрочной основе и др.). Наиболее важные региональные положения, касающиеся дискриминации на почве религии или убеждений, содержатся в статье 21 во взаимосвязи с положениями статьи 10 Хартии ЕС, в статье 14 во взаимосвязи с положениями статьи 9 ЕКПЧ и в статье 1 протокола №12 к ЕКПЧ. Сфера применения ЕКПЧ гораздо шире сферы применения законодательства ЕС.¹⁷⁶ Религия и убеждения как основания для дискриминации осуждаются в антидискриминационном законодательстве многих государств-членов Европейского союза.
90. Ни в одном из обязательных для выполнения международных документов нет всеобъемлющего определения понятий «религия или убеждения».¹⁷⁷ Венецианская комиссия отметила следующее: «в регионе ОБСЕ достигнут широкий консенсус относительно пределов права на свободу религии и убеждений, сформулированного в соответствующих правозащитных инструментах», которое гарантирует, что «каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии», включая внутреннюю свободу (*forum internum*), которая «является абсолютной и не подпадает ни под какие ограничения», в отличие от проявлений религии или убеждений.¹⁷⁸ Понятие «убеждения» относится к убеждениям как религиозного, так и нерелигиозного (философского) характера.¹⁷⁹
91. Суд Европейского союза и Европейский суд по правам человека подробно не рассматривают вопрос о том, что именно представляют собой «религия» или «убеждения».¹⁸⁰ ЕСПЧ пояснил, что эти понятия защищают «атеистов, агностиков, скептиков и безразличных к религии лиц», придерживающихся или не придерживающихся религиозных убеждений, исповедующих или не исповедующих какую-либо религию, и что понятия «религии или убеждений» необязательно

¹⁷⁶ «Руководящие принципы европейского антидискриминационного законодательства» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП и Совет Европы, 2018 г., стр. 111.

¹⁷⁷ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 8.

¹⁷⁸ Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия) при участии группы экспертов БДИПЧ по вопросам религии или убеждений, *Руководящие принципы по пересмотру законодательства, относящегося к свободе религии или убеждений*, CDL(2004)061, Страсбург, 11 июня 2004 г., стр. 7.

¹⁷⁹ Термин «убеждения» используется в статье 2 протокола №1 («Право на образование»), которая, в принципе, является *lex specialis* в отношении статьи 9 ЕКПЧ («Османоглу и Кочабаш против Швейцарии» (*Osmanoğlu and Kocabaş v. Switzerland*)), № 29086/12, 10 января 2017 г., п. 35).

¹⁸⁰ «Руководящие принципы европейского антидискриминационного законодательства» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП и Совет Европы, 2018 г., стр. 111.

относится к практикованию религии или убеждений в рамках формальных духовных институтов».¹⁸¹

92. В законодательствах некоторых стран приводится определение понятия «дискриминация на почве религии или убеждений»,¹⁸² но обычно не определяется само понятие «религия или убеждения» как таковое.¹⁸³ Объяснения этого понятия приводятся в постановлениях судов Австрии, Бельгии, Франции, Ирландии, Нидерландов, Соединенного Королевства¹⁸⁴ и Германии (Конституционный суд которой имеет широкую сложившуюся судебную практику по этому вопросу).¹⁸⁵
93. Осуществлению права на свободу религии и убеждений зачастую препятствуют меры, предпринимаемые государствами в ответ на ношение религиозной одежды, такой как никаб (покрывало, которое проностью скрывает лицо, оставляя открытыми только глаза), бурка (предмет одежды, покрывающий все тело, со скрывающей лицо сеткой), хиджаб (головной платок), или религиозной символики (христианского креста и др.). Это оправданные меры, которые предпринимаются в целях сохранения общественного порядка и защиты прав других лиц, содействия вовлечению в жизнь страны всех слоев населения (принцип «совместного проживания» и предотвращения возникновений «гетто», сохранения нейтральности государственных служащих, судей и государственных обвинителей и т.д. ЕСПЧ не считает подобные меры нарушением запрета на дискриминацию в связи с правами на уважение частной и семейной жизни и/или свободы мысли, совести и вероисповедания, при условии что в каждом конкретном случае они являются

¹⁸¹ Там же, стр. 112; со ссылкой на постановления ЕСПЧ по делам: «Московский филиал Армии спасения против России» (*Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*), № 72881/01, 5 октября 2006 г., пп. 57-58; «Бессарабская митрополия и другие против Молдовы» (*Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*), № 45701/99, 13 декабря 2001 г., п. 114; и «Хасан и Чауш против Болгарии» (*Hasan and Chaush v. Bulgaria* [Большая палата]), № 30985/96, 26 октября 2000 г., пп. 60 и 62.

¹⁸² Например, в статье 17 закона Черногории «О запрете дискриминации», в определении понятия «дискриминация на основании религии или личных убеждений» в дополнение к формулировке «любое неравное обращение, дифференциация или помещение лица в неравные условия на основании религии или личных убеждений», также упоминается «принадлежность или непринадлежность к религиозной общине».

¹⁸³ Датский «Акт о запрете дискриминации на рынке труда» связывает понятие «религии» с формально одобренными или признанными вероисповеданиями, однако на практике для того, чтобы прибегнуть к защите закона, нет необходимости демонстрировать принадлежность к формально признанной религиозной общине.

¹⁸⁴ В пояснительной записке к британскому «Акту о равенстве» 2010 года по вопросу религии и убеждений говорится о широком определении термина «дискриминация на почве религии или убеждений» в соответствии со статьей 9 ЕКПЧ, что «религия должна иметь четкую структуру и систему верований, как, например, у протестантов и католиков в рамках христианства», и что «*философское убеждение [...] должно быть подлинным; это должно быть убеждение, а не мнение или точка зрения, основанные на имеющейся на данный момент информации; убеждение относительно важного и существенного аспекта человеческой жизни и поведения; оно должно иметь определенную степень убедительности, серьезности, целостности и важности; и заслуживать уважения в демократическом обществе, совместимое с человеческим достоинством и не противоречащее основным правам других людей*». В число религий, соответствующих целям этой статьи в пояснительной записке включены бахаизм, буддизм, христианство, индуизм, ислам, джайнизм, иудаизм, растАОПрианство, сикхизм и зороастризм и не включены культы, замешанные в незаконной деятельности.

¹⁸⁵ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 16 (в котором упоминаются национальное законодательство и примеры судебной практики, упомянутые в двух предыдущих примечаниях).

действительно необходимыми и соразмерны законной цели.¹⁸⁶ С законной целью сохранения нейтральности и секуляризма в школах и прав других лиц (подростков, находящихся в том возрасте, когда они особо впечатлительны) на невмешательство в их религиозные убеждения, а также защиты интересов системы образования, ЕСПЧ вынес решение о необходимости запрета на ношение головных платков школьницами¹⁸⁷ или преподавателями при исполнении ими своих обязанностей.¹⁸⁸

94. В деле Ахбиты (*Achbita*) Суд Европейского союза постановил, что запрет на ношение видимой религиозной символики, основанный на внутреннем регламенте частного учреждения, может считаться только косвенной (а не прямой) дискриминацией в значении статьи 2 Директивы о расовом равенстве, «если будет установлено, что налагаемое им [регламентом] и кажущееся нейтральным обязательство фактически ставит лиц, придерживающихся определенной религии или убеждений, в особо невыгодное положение, если только оно объективно не оправдано легитимной целью, такой как выполнение работодателем в отношении своих клиентов политики религиозной, философской и политической нейтральности, и при условии, что для достижения этой цели используются надлежащие и продиктованные необходимостью средства, что должно быть подтверждено соответствующим судом».¹⁸⁹ Решение по делу Ахбиты было подвергнуто критике «за недостаточное акцентирование и признание ценности разнообразного, толерантного и плюралистического общества и права человека исповедовать свою религию», поскольку «это может серьезно повлиять на видимые группы, а также на тех лиц, в отношении которых уже и так существует перекрестная дискриминация», в результате чего трудящиеся «задаются вопросом, насколько они защищены на месте трудоустройства, а работодатели задаются вопросом, где можно провести безопасные границы».¹⁹⁰ Неясные вопросы не были полностью прояснены и в решении по делу Бугнауи (*Bougnaoui*), в котором Суд заключил, что «готовность работодателя принимать в расчет нежелание клиентов получать от работодателя услуги, предоставляемые сотрудницей, носящей исламский головной платок, не может считаться обоснованным и

¹⁸⁶ ЕСПЧ, «Белькасеми и Уссар против Бельгии» (*Belcacemi and Oussar v. Belgium*), № 37798, 11 июля 2017 года; «S.A.S. против Франции» (*S.A.S. v. France*), № 43835/11, 1 июля 2014 года; «Дакир против Бельгии» (*Dakir v. Belgium*), № 4619/12, 11 июля 2017 года. В своем заключении, совпадающем с последним решением (п. 13), судья Спано, к которому присоединился судья Каракаш, признал, что «некоторые ограничения личных прав человека являются естественным предварительным условием для гармоничного сосуществования группы людей в демократическом обществе», однако отметил, что «государства не вправе обосновывать свои попытки ограничить права по Конвенции какой-либо целью. Законность цели должна быть обоснована объективными, идентифицируемыми факторами, которые непосредственно способствуют снижению определенного вреда, который связан с осуществлением органициваемого права. Из этого следует, что общественная неприязнь и нетерпимость к определенной группе лиц никогда не могут служить оправданием для ограничения прав по Конвенции».

¹⁸⁷ ЕСПЧ, «Козе и 93 другие против Турции» (*Köse and Others v. Turkey*) (решение), №26625/02, 24 января 2006 г.

¹⁸⁸ ЕСПЧ, «Дахлаб против Швейцарии» (*Dahlab v. Switzerland*) (решение), № 42393/98, 15 февраля 2001 г.

¹⁸⁹ См. дело Ахбиты (*Achbita*) в подпункте 4.1.2.3.2.b выше.

¹⁹⁰ Schona Jolly (QC and head of Cloisters Human Rights Practice Group), “Achbita and Bougnaoui: A strange kind of equality” (Шона Джолли (королевский адвокат и глава группы по правам человека "Cloisters"), «Ахбита и Бугнауи: странное равенство»), Cloisters.com (<https://www.cloisters.com/blogs/achbita-bougnaoui-a-strange-kind-of-equality>), 14 марта 2017 г.

решающим требованием при трудоустройстве в рамках значения этой статьи».¹⁹¹ Агентство Европейского союза по основным правам (АОП) рекомендовало государствам-членам ЕС «обеспечить гарантии основных прав и свобод при рассмотрении любых ограничений в отношении символики или одежды, связанных с религией» и еще раз повторило, что «любое законодательное или административное предложение, которое несет в себе риск ограничения свободы проявления религии или убеждений, должно составляться с учетом основных прав и с соблюдением принципов законности, необходимости и соразмерности».¹⁹²

95. Законы, запрещающие предметы религиозной одежды, полностью закрывающие лицо, были приняты в Австрии (8.6.2017, вступил в силу 1.10.2017) и Германии (2017 г.). Юридический аппарат Парламента Латвии выступил против планировавшегося введения аналогичного закона (после того, как законопроект был утвержден латвийским кабинетом министров), выразив обеспокоенность тем, что предлагаемые ограничения на право носить хиджаб практически во всех общественных местах были несоразмерны и не соответствовали требованиям ЕКПЧ.¹⁹³ В Германии общий запрет на ношение религиозной одежды и символики был сочтен противоречащим праву на свободу религии и принципу равенства; в одном случае ношение одеяния было сочтено допустимым по причине того, что являлось общераспространенной практикой и необходимое следствие плюралистического общества, в то время как в другом случае религиозные правила, требующие скрывать тело под буркини (купальном костюме, разработанном в соответствии с исламскими традициями), не были приняты в качестве аргумента для отказа от посещения уроков плавания.¹⁹⁴ В Турции требования к внешнему виду сотрудников государственных учреждений¹⁹⁵ создавали правовую основу для запрета ношения головных платков в государственном секторе, однако в 2014 году запрет суда более низкой инстанции на ношение такого платка в зале суда было сочтено нарушением права на свободу от дискриминации на почве религиозных убеждений.¹⁹⁶
96. Другим спорным вопросом является отказ приверженцев определенных религий или убеждений работать в определенные дни недели и часы, например, с захода солнца в пятницу до заката в субботу в случае адвентистов седьмого дня. Верховный суд Канады постановил, что кажущееся нейтральным правило трудоустройства, согласно которому все работники должны работать по вечерам в пятницу и в

¹⁹¹ СЕС, «Асма Бугнауи, Association de défense des droits de l'homme (ADDH), против *Micropole SA, panee Micropole Univers SA*» (*Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v. Micropole SA, formerly Micropole Univers SA*), С-188/15, 14 марта 2017 г.

¹⁹² АОП, «Заключение АОП 3.3» в «Докладе по основным правам 2018 года» (за 2017 год), стр. 65.

¹⁹³ Латвия, Saeima Juridiskais birojs, «Заключение по проекту закона об ограничениях на ношение одежды, закрывающей лицо», представленное в Комиссию Сейма по правам человека и связям с общественностью, 2017 г.

¹⁹⁴ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 19; со ссылкой на постановления Конституционного суда Германии 1 BvR 47/10 от 27 января 2016 г., 1 BvR 354/11 от 18 октября 2016 г. и 1 BvR 3237/13 от 8 ноября 2016 г.

¹⁹⁵ Турция, *Official Gazette* № 17848, 25 октября 1982 г.

¹⁹⁶ Турция, Конституционный суд, заявление Турга Арслана (*Tugba Arslan*), № 2014/256, 25 июня 2014 г. (цитируемое на стр. 20 «Сравнительного анализа антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г.

субботу на ротационной основе, имело дискриминационные последствия для истицы по причине ее религии, но ее работодатель не только не принял мер для выполнения своих обязательств по поиску компромисса, но и ничем не аргументировал, почему такой компромисс мог создать чрезмерные трудности для работодателя.¹⁹⁷

97. Необходимость обозначения абсолютного характера внутренней свободы религии и убеждений следует подчеркнуть либо в законодательных актах и их обосновании/пояснениях к ним, либо в соответствующей трактовке этой концепции в национальной прецедентной практике. Более того, государствам-участникам следует внедрить эффективную законодательную практику, которая будет обеспечивать гарантии права на свободу религии или убеждений, требуя тщательной проверки любого ограничения этого права на соответствие принципам законности, легитимности и необходимости (включая соразмерность) и формулируя допустимые основания (обоснование) для любой меры, ограничивающей это право, в соответствии со сложившейся прецедентной практикой и с учетом передовой практики в регионе ОБСЕ.

с. Инвалидность

98. Инвалидность особо упоминается в качестве основания для дискриминации в инструментах ООН (КПР и КПИ), в Стамбульской конвенции Совета Европы и в законодательстве ЕС (ДФЕС, Хартии ЕС и Директиве о равенстве при трудоустройстве). Конвенция о правах инвалидов (КПИ) была ратифицирована ЕС 23 декабря 2010 года.
99. В соответствии с пунктом 2 статьи КПИ, «К инвалидам относятся лица с устойчивыми физическими, психическими, интеллектуальными или сенсорными нарушениями, которые при взаимодействии с различными барьерами могут мешать их полному и эффективному участию в жизни общества наравне с другими».
100. Основываясь на положениях КПИ, Суд Европейского союза постановил, что *«болезнь как таковая не может считаться очередным фактором в дополнение к тем, дискриминация на основании которых запрещена Директивой 2000/78/ЕС»*.¹⁹⁸ Однако *«ожирение работника представляет собой «инвалидность» в значении этой директивы, если ее следствием являются ограничения, приводящие к устойчивым физическим, психическим, интеллектуальным или сенсорным нарушениям, которые наряду с различными барьерами могут помешать полному и эффективному участию в профессиональной жизни наравне с другими работниками»*, а статья 2, пункт 1, и статья 3, пункт 1(с) Директивы 2000/78/ЕС запрещает «увольнение на основании инвалидности, которое, в свете обязательства предоставлять разумные условия для лиц с инвалидностью, не обосновано тем, что соответствующее лицо некомпетентно, неспособно и недоступно для выполнения

¹⁹⁷ Канада, Верховный суд, Онтарио (Правозащитный комитет) и О'Мэлли против ООО Симпсонз-Сирз (Ontario (Human Rights Comm.) and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.) (1985 г.), 7 С.Н.Р.Р. D/3102 (С.С.С.), 17 декабря 1985 г.

¹⁹⁸ СЕС (БП), «Соня Чакон Навас против «Эурест Колективидадес»» (Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA), С-13/05, 11 июля 2016 г., пп. 43 и 57.

важных функций на своей должности»». ¹⁹⁹ На практике это означает, что после предоставления соответствующих условий человек должен быть компетентен, способен и доступен для выполнения важных функций на своей должности.

101. Определения инвалидности в национальных законодательствах, которые «зачастую проистекают из контекста законодательства в области социальной защиты, а не антидискриминационного законодательства», а-приори соответствуют определению, данному Судом Европейского союза, но с некоторыми отклонениями на Кипре, в Польше и Словакии, и в них не упоминается наличие различных других препятствий, фокусируясь только на ограничениях и нарушениях конкретного лица (Австрия, Болгария, Кипр, Чешская Республика, Эстония, Латвия, Лихтенштейн, Норвегия, Румыния, Швеция и Соединенное Королевство). ²⁰⁰ Определение понятия «инвалидность» в Болгарии более широкое, поскольку не предусматривает создание помех в профессиональной жизни (так же обстоит дело в Швеции, Исландии и Норвегии), в то время как в Эстонии, Венгрии, Литве и на Мальте это относится ко всем аспектам социальной жизни. ²⁰¹ Хотя определение «инвалидности», содержащееся в Социальном кодексе Германии, отличается от определения, используемого в статье 1 Конвенции ООН о правах инвалидов и в прецедентной практике Суда Европейского союза, его толкование расширяет это понятие от участия рабочей жизни до включения в жизнь общества. ²⁰² В случае неверного определения понятия «инвалидности» в национальном законодательстве можно сослаться на международные инструменты (КПИ), несмотря на низкую вероятность их прямого применения. ²⁰³
102. Таким образом, государствам-участникам было бы целесообразно принять во внимание формулировку КПИ (государствам, которые являются членами или кандидатами на членство в ЕС/ЕЭЗ рекомендуется также руководствоваться положениями Директивы о равенстве при трудоустройстве) и толкования Комитета по правам лиц с ограниченными возможностями (а также прецедентную практику Суда Европейского союза).

d. Возраст

103. Дискриминация на почве «возраста» однозначно запрещена недавно принятыми инструментами ООН – КПИ и МКЗПТМ, Стамбульской конвенцией Совета

¹⁹⁹ СЕС, «FOA, действующая от имени Карстен Кальтофт, против Kommunernes Landsforening, действующих от имени муниципалитета Биллунн» (*FOA, acting on behalf of Karsten Kaltoft v. Kommunernes Landsforening, acting on behalf of the Municipality of Billund*), С-354/13, 18 декабря 2014 г., п. 51. Ссылаясь на это постановление, бельгийский трудовой суд Льежа 20 июня 2016 года установил, что воспринимаемое ожирение равнозначно «инвалидности».

²⁰⁰ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 21 and 22.

²⁰¹ Там же, стр. 22.

²⁰² Германия, Федеральный суд по трудовым вопросам, 6 AZR 190/12, 19 декабря 2013 г.

²⁰³ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 21, со ссылкой на ситуацию в бывшей Югославской Республике Македония в плане отсутствия определения термина «инвалидность» в законе «О предотвращении и защите от дискриминации» 2010 года, а также разнящимся определениям этого термина в сербском законодательстве.

Европы, и ДФЕС, Хартией ООН, Директивой о равенстве при трудоустройстве (которая запрещает прямую и косвенную дискриминацию, притеснение или предписания о дискриминации на почве возраста) и Директивой о статусе граждан третьих стран, проживающих на долгосрочной основе.

104. «Акт о дискриминации» Швеции определяет объективное понятие «возраста» как «длительность жизни до сегодняшнего дня» и включает в себя все возрасты.²⁰⁴
105. Государства-члены ЕС со значительной степенью гибкости вправе выбирать и применять меры, направленные на осуществления экономической и социальной политики, если они необходимы и соразмерны преследуемой цели. Были зафиксированы факты дискриминации в результате применения иного, отличающегося от обычного, пенсионного возраста, в зависимости от пола заявителя, обратившегося за помощью в преждевременном выходе на пенсию с работы в сельском хозяйстве, а также в зависимости от количества детей и заявительницы;²⁰⁵ либо в результате отказа Фонда страхования здоровья заключить договор с врачом, которому было уже 55 лет, исходя из предположения, что врачи старше 55 лет будут искусственно увеличивать объем работы и в то же время снижать ее качество.²⁰⁶ Другие положения Директивы о равенстве при трудоустройстве, касающиеся возраста, включены в статью 6 («Обоснование различий в обращении на основании возраста»)²⁰⁷.

е. Гражданство и национальное происхождение

106. «Гражданство» относится к основаниям для дискриминации, однозначно запрещенным положениями МКЗПТМ и ДФЕС. Запрещение дискриминации в рамках Директивы о расовом равенстве относится и к гражданам третьих стран (Пункт 13 декларативной части), однако не отражает различий в обращении на почве гражданства и не отменяет требований, связанных с въездом и проживанием граждан третьих стран и лиц без гражданства на территории государств-членов, а также требований, связанных с правовым статусом таких граждан третьих стран и лиц без гражданства (статья 3, пункт 2).
107. «Гражданство» определяется как «правовая связь между отдельным лицом и государством».²⁰⁸ «Национальное происхождение» в Великобритании может относиться в предыдущему гражданству лица.²⁰⁹ В некоторых странах, например, в Словакии, «гражданство» совпадает с национальностью.²¹⁰
108. Различия в обращении ввиду гражданства должны носить исключительный характер и быть тщательно обоснованными, в соответствии с нормами,

²⁰⁴ Там же, стр. 34.

²⁰⁵ СЕС, *Blanka Soukupová v. Ministerstvo zemědělství*, C-401/11, 11 апреля 2013 г.

²⁰⁶ Австрия, Верховный суд, *Dr. H. L. v. Oberösterreichische Gebietskrankenkasse*, №60b246/10k, 18 июля 2011 г.

²⁰⁷ См. законодательство и прецедентное право в разделе 4.1.2.3.4.d ниже.

²⁰⁸ Статья 2(а) Конвенции Совета Европы о гражданстве, СЕТS № 166, подписанной 6 ноября 1997 г.

²⁰⁹ «Руководство по европейскому антидискриминационному законодательству» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП & Совет Европы, 2018 г., стр. 107.

²¹⁰ Европейская комиссия, «Сбор данных в области этнической принадлежности» (*Data Collection in the Field of Ethnicity*), 2017 г., стр. 12.

установленными в международном праве. Опираясь на постановление СЕС о том, что запрет на допуск нерезидентов в голландские кофейни в Маастрихте (город недалеко от немецкой и бельгийской границ), продающих каннабис своим клиентам, был соразмерен законной цели сокращения проблем, вызванных наркобизнесом (нарушение общественного порядка и создание опасности для окружающих)²¹¹, голландский Верховный суд отклонил иск владельца кафе, в отношении которого было возбуждено уголовное дело, о том, что запрет на продажу наркотиков различным людям, прибывшим в Нидерланды из-за границы, противоречил статье 21 Хартия ЕС.²¹² Со ссылкой на юридический подход СЕС, согласно которому определение условий предоставления и лишения гражданства являются прерогативой государства, хотя такие меры должны соответствовать требованиям законодательства ЕС,²¹³ решение о лишении гражданина Франции, имевшего также и гражданство Марокко, французского гражданства после вынесения ему окончательного приговора за участие в террористической деятельности, было сочтено соответствующим требованиям Хартии ЕС о гарантии равенства перед законом (статья 20) и о запрете любой дискриминации на основании гражданства (статья 21), поскольку ни Хартия, ни статья 3 Протокола №4 к ЕКПЧ (которая запрещает государствам выдворять собственных граждан) не исключают возможность лишения гражданства.²¹⁴

109. Несмотря на предусмотренную законодательством ЕС возможность ограничивать права граждан третьих стран, ЕКПЧ требует от высоких договаривающихся сторон (включая все государства-члены ЕС) гарантировать права, закрепленные в этой конвенции, всем лицам, находящимся под его юрисдикцией. Европейский суд по правам человека поддерживает баланс между правом государства решать, какие льготы предоставлять исключительно гражданам, и необходимостью избегать дискриминации в отношении тех, кто не имеет гражданства указанного государства, особенно лиц, имеющих прочные фактические связи с государством.²¹⁵ Таким образом, ЕСПЧ устанавливал факт дискриминации в случаях дискриминационного обращения с иностранными гражданами, имевшими разрешение на жительство в принимающем государстве, по сравнению с гражданами этого государства, в отношении расчета суммы пенсии,²¹⁶ доступа к пособиям по инвалидности²¹⁷ или по безработице;²¹⁸ в случае отказа в предоставлении юридической помощи в процессе пересмотра вида на жительство гражданке Конго, которая хотела установить отцовство своего ребенка, имевшего бельгийское гражданство, в то время как оплачиваемая юридическая помощь в

²¹¹ СЕС, *Marc Michel Josemans v. Burgemeester van Maastricht*, C-137/09, 16 декабря 2010 г.

²¹² Нидерланды, Верховный суд, «Обвиняемый против государственного прокурора» (*Accused v. Public Prosecutor*), 14/02392, 29 сентября 2015 г.

²¹³ СЕС, «Янко Роттман против *FreiStaat Bayern*» (*Janko Rottman v. FreiStaat Bayern*), C-135/08, 2 марта 2010 г.

²¹⁴ Франция, Государственный совет, «М. К. против Французской Республики» (*M.Q. v. the French Republic*), № 383664, 11 мая 2015 г.

²¹⁵ «Руководящие принципы европейского антидискриминационного законодательства» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП и Совет Европы, 2018 г., стр. 108.

²¹⁶ ЕСПЧ, «Андреева против Латвии» (*Andreeva v. Latvia*) [БП], № 55707/07, 18 февраля 2009 г.

²¹⁷ ЕСПЧ, Куа -Пуарре против Франции» (*Koua Poirrez v. France*), № 40892/98, 30 сентября 2003 г.

²¹⁸ ЕСПЧ, «Гайгюсюз против Австрии» (*Gaugusuz v. Austria*), № 17371/90, 16 сентября 1996 г.

процессе установления права на проживания предоставлялась только гражданам государств Совета Европы;²¹⁹ в случае, когда отказ в предоставлении пенсии матери, чьи женатые дети не смогли вновь получить гражданство, был дискриминационно мотивирован национальным происхождением;²²⁰ и т.д. Дифференциация между гражданами Марокко, которым угрожали депортацией после вынесения обвинения в уголовных преступлениях, с одной стороны, и бельгийскими гражданами и гражданами государств-членов ЕС, с другой стороны, не была сочтена дискриминацией на почве гражданства, поскольку бельгийские граждане не могли быть выдворены из страны ввиду гарантий, предусмотренных статьей 3 протокола №4 ЕКПЧ, а граждане государств-членов ЕС также имеют и гражданство ЕС.²²¹

f. Пол (гендер) и гендерная идентичность

110. «Пол» («гендер») в качестве основания для дискриминации упоминается в большинстве антидискриминационных положений общих документов по правам человека или в конкретных антидискриминационных инструментах, в том числе документах ООН (МПЭСКП, МПГПП, КПР, МКЗПТМ, Конвенция МОТ о дискриминации в сфере труда и занятий, Конвенция ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования и т. д.), в инструментах Совета Европы (ЕКПЧ и Протокол № 12 к ней, ESC и ее пересмотренная редакция, Стамбульская конвенция, Конвенция о борьбе с торговлей людьми и т. д.) и в законодательстве ЕС (ДФЕС, Хартия ЕС). Большинство государств-участников включили «гендер» как основание в соответствующее законодательство, однако это не всегда означает, что защита от дискриминации на этом основании является эффективной и всеобъемлющей во всем Регионе.
111. Понятие «гендера» как основания для дискриминации говорит само за себя и связано с природной характеристикой мужчины или женщины. В регионе ЕС дискриминация на этом основании включает и дискриминацию в отношении лица, которое подверглось или намерено подвергнуться смене пола.²²² «Гендер» (по крайней мере, в целях Стамбульской конвенции) означает социально-закрепленные роли, поведение, деятельность и характеристики, которые определенное общество рассматривает как соответствующие женщинам и мужчинам» (статья 3(c)).
112. Усилия ЕС по созданию интегрированного экономического пространства и рынка труда без конкурентных искажений²²³ по признаку пола, а также основы полной интеграции фундаментальных демократических ценностей, таких как равенство полов, потребовали решительных законодательных и судебных действий. СЕС

²¹⁹ ЕСПЧ, «Анакомба Юла против Бельгии» (*Anakomba Yula v. Belgium*), № 455413/07, 10 марта 2009 г.

²²⁰ ЕСПЧ, «Зейбек против Греции» (*Zeibek v. Greece*), № 46368/06, 9 июля 2009 г.

²²¹ ЕСПЧ, «С. против Бельгии» (*S. v. Belgium*), № 21794/93, 7 августа 1996 г.; и «Мустахим против Бельгии» (*Moustaquim v. Belgium*), № 12313/86, 18 февраля 1991 г. (описания этих и других дел в данном пункте взяты из «Руководящие принципы европейского антидискриминационного законодательства» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП и Совет Европы, 2018, стр. 108–110).

²²² СЕС, «П. против С. и Совета графства Корнуэлл» (*P. v. S. and Cornwall County Council*), C-13/94, 13 апреля 1996 г.

²²³ «Руководящие принципы европейского антидискриминационного законодательства» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП и Совет Европы, 2018, стр. 90.

постановил, что право на недискриминацию по признаку пола нарушают такие обстоятельства, как неравная оплата труда женщин и мужчин за одинаковую работу;²²⁴ отказ в приеме на работу женщины-кандидата, которая считается неподходящей для этой работы, исключительно исходя из возможных неблагоприятных последствий в случае ее беременности;²²⁵ отказ позволить человеку, рожденному мужчиной и сменившему пол, пользоваться положением британского законодательства, позволяющего женщинам получать пенсию от государства на пять лет раньше мужчин (в возрасте 60 лет);²²⁶ отказ последнему оставшемуся в живых участнику юридически признанного союза лиц одного пола (пожизненного партнерства) в получении профессиональной пенсии, которая в аналогичной ситуации выплачивается оставшемуся в живых супругу в разнополых браках;²²⁷ и т. д. С другой стороны, СЕС был готов признать законность и необходимость мер, направленных на реализацию политики в сфере трудоустройства,²²⁸ социального обеспечения²²⁹ и в связанных с ними сферах.

113. ЕСПЧ неоднократно повторял своих постановлений, что *«необходимы очень веские аргументы для того, чтобы Суд счел различие в обращении, основанное исключительно на признаке пола, совместимым с требованиями Конвенции»*.²³⁰ Суд отслеживал изменения в национальных законодательствах в сфере равенства полов и постепенно усилили меры защиты от дискриминации в отношении реализации права на справедливый суд (еще раньше материальный аспект статьи 6 ЕКПЧ был расширен и в него были включены социальное страхование и связанные с ним споры) в делах, связанных с отказом в предоставлении полной пенсии по инвалидности, основываясь на «проистекающем из повседневной практики» предположении о том, что заявительница, страдающая серьезным заболеванием, ушла с работы после родов (как другие замужние женщины) и вернулась к ней только позднее, даже если ее здоровье не ухудшилось;²³¹ или в отношении права на уважение семейной жизни в соответствии со статьей 8 ЕКПЧ, которое ущемлялось положением закона, требующего от женщины брать фамилию мужа после вступления в брак, даже если при этом она оставляла и свою девичью фамилию;²³² либо в случае запрета супругу добавить к собственной фамилии фамилию жены (при этом жене разрешили добавить фамилию мужа к собственной).²³³ С другой стороны, ЕСПЧ признал широкое усмотрение («пределы оценки») Высоких

²²⁴ Европейский суд, *Defrenne v. Societe anonyme belge de navigation aeriennе SABENA*, C-43/75, 8 апреля 1976 г.

²²⁵ Европейский суд, *Dekker v. Stichting VJV*, C-177/88, 8 ноября 1990 г.

²²⁶ СЕС, *«Ричардс против государственного секретаря по вопросам труда и пенсий» (Richards v. Secretary of State for Work and Pensions)*, C-423/04, 27 апреля 2006 г.

²²⁷ СЕС, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06, 1 апреля 2008 г.

²²⁸ СЕС, *«Шнорбус против ван-Хессена» (Schornbus v. Van Hessen)*, C-79/99, 7 декабря 2000 г.

²²⁹ СЕС, *Megner and Scheffel v. Innungskrankenkasse vorderpfaltz*, C-444/93, 14 декабря 1995 г.

²³⁰ ЕСПЧ, *«Карлхайнц Шмидт против Германии» (Karlheinz Schmidt v. Germany)*, № 135890/88, 18 июля 1994 г., серия А 291-В, п. 24; со ссылкой на постановления по делу *«Шулер-Зрагген против Швейцарии» (Schuler-Zraggen v. Switzerland)*, № 14518/89, 24 июня 1993 г., серия А № 263, п. 67; and *Burghartz v. Switzerland*, № 16213/90, 22 февраля 1994 г., серия А № 280-В, п. 27.

²³¹ ЕСПЧ, *«Шулер-Зрагген против Швейцарии» (Schuler-Zraggen v. Switzerland)*, упомянутое выше, пп. 46 и 67.

²³² ЕСПЧ, *«Юнал Текели против Турции» (Ünal Tekeli v. Turkey)*, № 29865/96, 16 ноября 2004 г.

²³³ ЕСПЧ, *«Бурхарц против Швейцарии» (Burghartz v. Switzerland)*, упомянутое выше.

договаривающихся сторон в плане реализации собственной фискальной и социальной политики, постановив, например, что различные пенсионные возрасты (соответственно, и право по возрасту на получение пенсии) для женщин и мужчин не являются неоправданным нарушением права на собственность, обусловленное статьей 1 Протокола №1 к ЕКПЧ.²³⁴ Прецедентная практика ЕСПЧ способствовала усовершенствованию национальных законодательства и практики, как минимум (но не только) в государствах-ответчиках.²³⁵ В анализе судебной практики ЕСПЧ, приведенном в совместной публикации Агентства ЕС по основным правам и Совета Европы, приводится заключение о том, что ЕСПЧ «определил, что гендерная идентичность, как и сексуальная ориентация, является частью сферы частной жизни человека и поэтому должна быть свободна от вмешательства», однако ЕСПЧ «еще предстоит вынести решение о том, подразумевается ли гендерная идентичность в качестве основания для дискриминации в значении статьи 14, а также предстоит указать, будет ли это включать в себя только «транссексуалов» или же гендерная идентичность будет толковаться более широко».²³⁶

Европейская судебная практика включает в себя заключения о том, что обычай передавать фамилию отца родному или приемному ребенку не является основанием для преференциального отношения к родному или приемному отцу ребенка по сравнению с его родной или приемной матерью, которая не могла оспорить юридическое заключение о том, что в случае несогласия между родителями отцу предоставляется преференциальное право на передачу ребенку своей фамилии (что способствовало подготовительной работе над статьей Гражданского кодекса, предусматривающей равные права мужчин и женщин в процесс передачи фамилии);²³⁷ заявление о том, что требование указывать гражданское состояние в гражданских актах, таких как торговый договор, относилось только к

²³⁴ ЕСПЧ, «*Стек и другие против Соединенного Королевства*» (*Stek and Others v. the United Kingdom*), №№ 65731/01 и 65900/01, 12 апреля 2006 г., п. 66: «[...] разница в государственном пенсионном возрасте между мужчинами и женщинами в Соединенном Королевстве первоначально была направлена на улучшение неблагоприятного экономического положения женщин и это обоснованное и объективное основание существовало до тех пор, пока социально-экономические изменения не устранили необходимость в особом отношении к женщинам. Решения государства-ответчика относительно точных сроков и средств устранения этого неравенства не были столь явно необоснованными, чтобы превышать широкие пределы усмотрения, допускаемые в такой области [...]».

²³⁵ Меры по выполнению решения по делу Карлхайнца Шмидта (Karlheinz Schmidt) включали незамедлительную отмену требования о выплате взносов вместо выполнения противопожарной обязанности, относившегося исключительно к мужчинам, и решения Конституционного суда Германии от 24 января 1995 года, в котором дискриминационные положения были признаны недействительными (Резолюция Комитета министров ДН (96) 100 от 22 марта 1996 года). После решения по делу Бургхарца (Burghartz) Комитет министров в своей резолюции ДН (94) 61 от 21 сентября 1994 года отметил поправки к национальному законодательству от 1 июля 1994 года, позволяющие жениху брать фамилию будущей жены (заявитель в данном случае выбрал фамилию Шнайдер Бургхарц). Последующие действия по делу Шулер-Зграгген (Schuler-Zgraggen) включали в себя назначение пенсии по инвалидности с обратной силой г-же Шулер-Зграгген решением от 24 марта 1994 года и изменение прецедентного права Федерального страхового суда от 22 августа 1992 года (резолюция ДН (95) 95 от 7 июня 1995 года).

²³⁶ «Руководящие принципы европейского антидискриминационного законодательства» (*Handbook on European Non-Discrimination Law*), АОП и Совет Европы, 2018, стр. 90.

²³⁷ Бельгия, Конституционный суд, "Институт по вопросам равенства женщин и частное лицо (анонимно) против Совета министров (*The Institute for the Equality for Women and a private individual (anonymous) v. Council of Ministers*), 2/2016, 14 января 2016 года.

женщинам (не замужем, замужем или вдова) и тем самым являлось нарушением права за свободу от дискриминации в соответствии со статьей 14 ЕКПЧ в совокупности с правом на частную жизнь, предусмотренным статьей 8 ЕКПЧ, а также статьей 45 Конституции Мальты;²³⁸ заявление о том, что различный пенсионный возраст для женщин и мужчин не соответствует требованиям Конституции;²³⁹ и др. Верховный суд США постановил, что дискриминация при трудоустройстве, основанная на половых стереотипах, считается незаконной половой дискриминацией в соответствии с Актом о гражданских правах 1964 года;²⁴⁰ что лицо, подвергшееся сексуальным домогательствам, может подать жалобу на «враждебное окружение» и половую дискриминацию в соответствии с Актом о гражданских правах;²⁴¹ и что работодатель может быть привлечен к ответственности за половую дискриминацию в отношении работника со стороны вышестоящего начальника, в зависимости от обоснованности поведения работодателя и поведения истца или истицы, являющегося пострадавшим лицом.²⁴²

г. Сексуальная ориентация

114. Дискриминация по признаку «сексуальной ориентации» была недавно однозначно запрещена положениями Стамбульской конвенции Совета Европы и некоторыми инструментами законодательства ЕС (ДФЕС, Хартией ЕС, Директивой о равенстве при трудоустройстве и Директивой о статусе граждан третьих стран, проживающих на долгосрочной основе). Несмотря на отсутствие однозначного запрета дискриминации на почве сексуальной ориентации в некоторых важных международных инструментах, в международной судебной практике сексуальная ориентация считалась одной из запрещенных оснований для дискриминации.²⁴³
115. Это нововведение в международном правозащитном праве вызвало противоречия и было без энтузиазма встречено властями и населением многих государств-участников, в которых *«политический климат в целом остается недоброжелательным или открыто враждебным по отношению к лесбиянкам, геем и бисексуалам (например, в бывшей Югославской Республике Македония, Польше и Литве)»*.²⁴⁴ С другой стороны, некоторые государства-члены ЕС ввели запрет на дискриминацию на почве сексуальной ориентации в областях, охватываемых Директивой о расовом равенстве и Директивой о правах жертв,

²³⁸ Мальта, Гражданский суд (Конституционная юрисдикция), «Мари Тереза Кушьери против Генерального прокурора» (*Marie Therese Cuschieri v. Attorney General*), 25/2016/ LSO, 28 марта 2017 года. Суд установил, что дело касалось вопросов, относящихся к национальной компетенции, но не относящихся к компетенции и обязанностям Европейского Союза, следовательно, суд счел статью 21 Хартии ЕС неприменимой.

²³⁹ Бывшая Югославская Республика Македония, Конституционный суд, U.br. 114/2014, 29 июня 2016 г.

²⁴⁰ США, Верховный суд, «Прайс Уотерхаус против Хопкинса» (*Price Waterhouse v. Hopkins*), 490 US 228 (19), 1 мая 1989 г.

²⁴¹ США, Верховный суд, «Сберегательный банк «Меритор» против Винсона» (*Meritor Savings Bank v. Vinson*), 477 US 57 (1986), 25 марта 1986 г.

²⁴² США, Верховный суд, «Фарагер против города Бока Ратон» (*Faragher v. City of Boca Raton*), 524 US 775 (1998), 26 июня 1998 г.

²⁴³ ЕСПЧ, «Смит и Грейди против Соединенного Королевства» (*Smith and Grady v. the United Kingdom*), №№ 33985/96 и 33986/96, 27 сентября 1999 г.

²⁴⁴ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 34.

несмотря на отсутствие конкретного правового обязательства включать подобные статьи в национальное законодательство.²⁴⁵

116. Понятие «сексуальная ориентация» означает «способность каждого испытывать глубокое эмоциональное, любовное и половое влечение в другим лицам, а также *вступать с ними в интимные и половые отношения*».²⁴⁶ К перечню национальных (порой тавтологических) определений «сексуальной ориентации» или ссылок на связанные с ней термины, относятся «*innate delegitimizing sexual orientation choice*»,²⁴⁷ «гетеросексуальная, гомосексуальная и бисексуальная ориентация» (законодательство Болгарии, аналогичные акты/законы в Австрии, Ирландии, Швеции и Соединенном Королевстве, Межведомственный план по борьбе с гомофобным и трансфобным насилием в Бельгии 2013 года и др.); «сексуальная идентичность» (в дополнение к «сексуальной ориентации») в немецком прецедентном праве и в законодательстве Франции, «гендерная идентичность» и «гендерное самовыражение» (Мальта), «трансгендерная идентичность или самовыражение» (в дополнение к «сексуальной ориентации») в законодательстве Швеции, «гендерная идентичность» трансгендерных лиц и «гендерные характеристики» интерсексуальных лиц (Греция).²⁴⁸ Однозначное упоминание «сексуальной ориентации» как запрещенного основания для дискриминации отсутствует в законодательстве Турции, бывшей Югославской Республики Македония и Лихтенштейна.²⁴⁹ Сексуальная ориентация не включена в перечень запрещенных оснований для дискриминации в российском законодательстве, тем не менее, право на защиту от дискриминации на основании сексуальной ориентации признается в российской судебной практике.²⁵⁰
117. ЕСПЧ отметил, что «различия в отношении, основанные на сексуальной ориентации, должны быть аргументированы особенно серьезными причинами»²⁵¹ и что «договаривающиеся государства имеют широкие пределы усмотрения в отношении того, как это должно быть достигнуто в национальном правом

²⁴⁵ Европейское агентство по основным правам (АОП), «Гомофобия, трансфобия и дискриминация на основании сексуальной ориентации и гендерной идентичности» (*Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity*), пересмотренная редакция 2010 года, сравнительно-правовой анализ, 2010 г. (далее «Доклад АОП 2010 года, стр. 82»). Ср. Директива 2012/29/EU Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 г., преамбула, пп. (10) и (56).

²⁴⁶ *Джозьякартские принципы применения международно-правовых норм о правах человека в отношении сексуальной ориентации и гендерной идентичности*, 2007 г.

²⁴⁷ Болгария, Верховный административный суд, решение № 9647 от 7 июля 2014 г.

²⁴⁸ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 33.

²⁴⁹ Там же, стр. 34.

²⁵⁰ Конституционный суд Российской Федерации, № 24-П, 23 сентября 2014 г. (цит. на стр. 11 публикации Ассоциации равных прав: «Права на равенство и свободу от дискриминация в России: руководство по наилучшей практике для юристов» (*Equality and Non-Discrimination in Russia: Best practice guide for lawyers*), 2017 г.).

²⁵¹ ЕСПЧ, «Эвейда и другие против Соединенного Королевства» (*Eweida and Others v. the United Kingdom*), №№ 48420/10, 36516/10 и 51671/10, 15 января 2013 г., п. 105; со ссылкой на дело «Карнер против Австрии» (*Karner v. Austria*), № 40016/98, п. 37, 24 июля 2003 г., ECHR 2003-IX; дело «Смит и Грейди» (*Smith and Grady*), цитируемое выше, § 90; и «Шальк и Копф против Австрии» (*Schalk and Kopf v. Austria*), № 30141/04, п. 97, 24 октября 2010 г., ЕКПЧ 2010 г.

режиме»,²⁵² однако в достижении законной цели необходимо соблюдать надлежащий баланс между конфликтующими правами и интересами. СЕС подчеркнул важность соблюдения принципа соразмерности при рассмотрении обвинений в дискриминации на почве сексуальной ориентации.²⁵³ В одном из прецедентных дел увольнение турецкого футбольного судьи из-за его сексуальной ориентации было сочтено нарушением конституционного запрета дискриминации.²⁵⁴

118. Следует отметить, что международные правозащитные органы и суды наработали весомую прецедентную практику, с тенденцией к расширению пределов защиты от дискриминации на почве сексуальной ориентации, несмотря на противостояние со стороны многих стран и их ограничительные законодательные решения. При этом сложившаяся прецедентная практика должна направлять национальные усилия по усовершенствованию законодательства и практики, которые должны обеспечивать дискриминацию на почве сексуальной ориентации по *всех* сферах жизни.

h. Другие основания

119. Международные обязательства государств не мешают им включать в национальное законодательство защиту дискриминационных характеристик, которые однозначно не перечислены в договорах, даже если некоторые из них можно истолковать как проистекающие из связанных с ними общих оснований для дискриминации, либо отнести к категории, формулируемой фразами «любой другой статус» или «любые другие основания». Авторы необязательной к выполнению Декларации принципов равенства предложили следующий текст для определения того, следует ли отнести ту или иную новую *new* характеристику или основание к запрещенным основаниями для дискриминации: *«Запрещена дискриминация на любом основании, если эта дискриминация (i) создает или поддерживает системные неблагоприятные условия; (ii) подрывает достоинство человека; или (iii) негативно влияет на равную реализацию прав и свобод лица столь серьезным образом, что сопоставима с дискриминацией на запрещенных основаниях, указанных выше».*²⁵⁵ Довольно очевидно, что эту общую формулировку можно трактовать по-разному в свете ситуации в каждом отдельном государстве-участнике. БДИПЧ рекомендует широкое толкование такого правового положения, с целью усилить защиту основных прав лиц, подпадающих под юрисдикцию государств-участников.

²⁵² ЕСПЧ, «Эвейда и другие против Соединенного Королевства», цит. выше, п. 105, со ссылкой на дело «Шальк и Копф», цитируемое выше, пп. 99–108.

²⁵³ В деле «Джеффри Легер против Министерства социальных дел, здоровья и прав женщин и Французского банка крови» (*Geoffrey Léger v. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes and Établissement français du sang*) (С-582/13, 1 октября 2015 г.) Суд ЕС рекомендовал Страсбургскому суду установить, обоснован ли предусмотренный законом критерий для отказа гомосексуальному мужчине в возможности сдать кровь научными исследованиями, которые подтверждали бы, что сексуальное поведение таких лиц повышает их риск заражения тяжелыми инфекционными заболеваниями.

²⁵⁴ Турция, Двадцатый гражданский суд первой инстанции в Стамбуле, решение № 2010/399 от 29 декабря 2015 г.

²⁵⁵ Ассоциация равных прав, «Правовой анализ закона Украины «О принципах предотвращения и пресечения дискриминации в Украине», 213 г., стр. 11.

120. В течение 2016 года различные государства-члены ЕС ввели в свое законодательство новые основания для дискриминации, такие как социально нестабильная ситуация и уязвимость ввиду экономического положения (Франция), сексуальная ориентация, гендерная идентичность и гендерное самовыражение (Словения), хронические заболевания, семейное или социальное положение, сексуальная ориентация, гендерная идентичность и половые характеристики в сфере труда и трудоустройства; а также такие характеристики как цвет кожи, происхождение и гражданство в сферах труда и трудоустройства, социальной защиты, образования и предоставления товаров и услуг.²⁵⁶
121. В целях выполнения международных обязательств и с учетом растущих проблем дискриминации на различных основаниях и необходимости обеспечения эффективной защиты от нее, государствам-участникам рекомендуется рассмотреть возможность признания следующих новых оснований для дискриминации (или как минимум включить подразумевать их путем толкования формулировок существующего законодательства):
- беременности и материнства (основания для дискриминации, запрещенные статьей 4, п. 1(а), Директивы о гендерном равенстве (товары и услуги) и статьей 2, п. 2(с) Директивы о гендерном равенстве о равенстве при трудоустройстве;
 - генетическое наследование (основание, сформулированное в Конвенции Совета Европы о правах человека и биомедицине); и др.²⁵⁷

i. Множественные основания

122. Концепция множественной дискриминации (дискриминации более чем на одном основании) упоминается, но не определяется, в двух директивах ЕС 2000 года,²⁵⁸ и это позволяет в одной и той же ситуации рассматривать сочетание двух или более оснований для дискриминации. Множественной дискриминации и родственной ей перекрестной дискриминации особо подвержены меньшинства и инвалиды, что отмечалось различными договорными органами (Комитетом ООН по правам инвалидов, Комитетом ООН по искоренению дискриминации в отношении женщин и Комитетом ООН по экономическим, социальным и культурным правам) и Советом ООН по правам человека.²⁵⁹ Большинство этих органов рекомендовали ввести однозначный запрет множественной и перекрестной дискриминации, а также призвали к принятию специальных мер по борьбе с множественной и перекрестной дискриминацией, которой подвергаются женщины и девушки с ограниченными возможностями.²⁶⁰

²⁵⁶ АОП, «Доклад по основным правам 2017 года» (за 2016 год), 2017 г., стр. 64.

²⁵⁷ Рекомендации по дополнению национального законодательства путем добавления этих и других оснований для дискриминации можно найти в документе АРП, цит. в сноске 255, стр. 5-9.

²⁵⁸ Пункт 14 декларативной части Директивы о расовом равенстве 2000/43 / ЕС и пункт 3 декларативной части Директивы о равенстве в сфере занятости 2000/78 / ЕС.

²⁵⁹ Совет по правам человека, Резолюция 32.4. Ликвидация дискриминации в отношении женщин, 30 июня 2016 г.

²⁶⁰ UN Комитет ООН по правам инвалидов, Общий комментарий №3 (2016), статья 6: Женщины и девочки-инвалиды, п. 18 и: «Доклад АОП по основным правам 2017 года» (за 2016 год), 2017, стр. 68.

123. На конец 2016 года однозначные правовые положения в отношении множественной дискриминации существовали менее чем в половине государств-членов ЕС (включая Австрию, Болгарию, Хорватию, Грецию, Германию, Лихтенштейн, Румынию, Словению), поэтому АРП призвало к дальнейшему обеспечению защиты от множественной дискриминации в законодательстве и на практике.²⁶¹ Эта концепция была также отражена в законодательства государств-кандидатов на членство в ЕС (бывшей Югославской Республики Македония, Черногории, Сербии и Турции) и в других государствах-участниках (США, Канаде). Однако практика множественной дискриминации не всегда наглядно представлена в общей статистике ввиду отсутствия разукрупненных отдельных данных по этому вопросу.²⁶²
124. Отмечая важность надлежащего мониторинга фактов дискриминации на нескольких основаниях, государства-участники могут ввести в свои акты/законы или подзаконные акты положения, а также установить процедуры, предусматривающие сбор разукрупненных данных по множественной дискриминации в качестве предпосылки для принятия специальных и других упреждающих мер для защиты от подобной дискриминации.

4.1.2.3.4. Различное обращение, не считающееся дискриминацией

а. Позитивная дискриминация

125. Статья 5 Директивы о расовом равенстве и статьи 7 Директивы о равенстве в сфере занятости предусматривают позитивную дискриминацию, заявляя, что с целью обеспечения на практике полного равноправия людей, осуществление принципа равного обращения не должно препятствовать ни одному из государств-членов ЕС сохранять в силе существующие меры или принимать новые особые меры, направленные на недопущение причинения или компенсацию вреда, возникшего из-за различного расового или этнического происхождения или религии или убеждений, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации, соответственно. Это означает, что законодательство ЕС допускает возможности принятия таких (позитивных) мер, но не налагает на государства-члены ЕС обязательство по принятию подобных мер. Даже если непринятие позитивных мер в определенной сфере необязательно противоречит законодательству ЕС, государства-члены ЕС должны помнить о необходимости выполнять принцип равноправия, который является основным принципом европейского законодательства и таким образом имеет прямое действие.
126. К типичным ситуациям, в которых применяется подобная меры, относятся глубоко укоренившиеся предрассудки или стереотипы в отношении роли и способностей

²⁶¹ В своем заключении 2017 года (№ 2.4 на стр. 70 Доклада АОП по основным правам 2017 года» (за 2016 год) АОП предложило государствам-членам «признавать множественную и перекрестную дискриминацию при разработке и реализации правовых и политических инструментов для борьбы с дискриминацией, обеспечения равного обращения и поощрения интеграции».

²⁶² Например, см.: Комитет CEDAW, Заключительные замечания по Чешской Республике, 2006 г.

женщин в трудовой жизни,²⁶³ долгосрочная дискриминация и маргинализация во многих сферах жизни этнических и/или расовых меньшинств²⁶⁴ (таких как рома²⁶⁵), ограничение доступа инвалидов к возможностям трудоустройства и др. К 2016 году многие государства-участники предпринимали позитивные меры в рамках этих двух Директив, часто принимая меры в пользу цыган рома,²⁶⁶ включая квоты для адекватного представительства учеников и студентов из числа меньшинств в образовательных учреждениях²⁶⁷ и представительства работников из числа рома в государственном секторе, либо меры для трудоустройства инвалидов.²⁶⁸ С апреля 2011 года (после принятия Акта о равенстве 2010 года) на все государственные ведомства в Британии наложено позитивное обязательство, помимо прочего «содействовать равенству возможностей между лицами, имеющими общую соответствующую характеристику, и лицами, не имеющими подобной характеристики».²⁶⁹

b. Разумное приспособление и меры по обеспечению равенства инвалидов

127. Обязательство о разумном приспособлении связано с правом на доступность (статья 9 КПИ). Право на доступность часто определяется как предпосылка для осуществления всех других прав и должно быть гарантировано всем инвалидам в целом.²⁷⁰ Право на разумное приспособление является индивидуальным правом, которое должно предоставляться в дополнение к мерам по обеспечению доступности, и зачастую это могут быть одни и те же меры, в зависимости от

²⁶³ В деле "Зельмут Маршалл против земли Сёверный Рейн-Вестфáлия" (Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-westfalen) (С-409/95, 11 ноября 1997 г.) СЕС отметил высокую вероятность выдвижения кандидата-мужчины, а не женщины, даже если последняя имеет равную с мужчиной квалификацию для определенной должности, и заключил, что практика отдавать предпочтение женщинам, обладающим равной квалификацией, в интересах восстановления баланса, не противоречит законодательству Сообщества, при условии что проводится объективная оценка всех кандидатов, и мужчины не исключаются.

²⁶⁴ Одним из первых примеров такой передовой практики является распоряжение президента Кеннеди 10925 (1961), в котором впервые прозвучало требование о реализации «позитивных действий» (<http://www.eeoc.gov/abouteeoc/35th/thelaw/eo-10925.html>).

²⁶⁵ В Рекомендации №16970/13 об эффективных мерах по интеграции рома в государствах-членах от 9 декабря 2013 г., OJ L 378, стр. 1–7, Совет Европейского союза рекомендовал государствам-членам «в целях поощрения полного равенства рома на практике принять эффективные политические меры для обеспечения им равного обращения и уважения их основных прав, включая равный доступ к образованию, трудоустройству, здравоохранению и жилью».

²⁶⁶ Европейская комиссия, доклад по Директивам 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС, 2016, стр. 9.

²⁶⁷ Заслуживает внимания вывод Апелляционного суда Дьёра о том, что неспособность государственной начальной школы Дьёра принять меры по десегрегации для решения проблемы пассивного содержания спонтанно сегрегированного образовательного учреждения является нарушением принципа равного обращения (решение от октября 2011 года по делу, возбужденном по иску Фонда «Шанс для детей», было отменено Верховным судом Венгрии, который заключил, что такое обязательство может поставить под угрозу содержание школы и нарушить право родителей на выбор учебного заведения для своих детей (Pfv.IV.20.068 / 2012 / 3.szám, решение от 16 мая 2012 г.).

²⁶⁸ Нидерланды, Закон о квотах, в силе с 1 мая 2015 г., и Закон об участии, действующий с 1 января 2015 г.

²⁶⁹ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017), ЕС, 2017 г., стр. 81.

²⁷⁰ Комитет ООН по правам инвалидов, Общий комментарий № 2 (2014 г.), п. 14. По вопросу о взаимосвязи между доступностью и приспособлениями см. также Резолюцию Европейского парламента от 23 ноября 2016 года о языках жестов и профессиональных переводчиках с языка жестов (2016/2952 (RSP)).

ситуации, например, перевод на язык жестов может быть мерой по обеспечению доступности в плане доступа к публичной информации, а также мерой разумного приспособления в плане обеспечения возможности участвовать в конференции. Право на доступность является безусловным правом, и государства не вправе приводить меры жесткой экономии в качестве оправдания для того, чтобы избежать необходимости обеспечить постепенную доступность лицам с ограниченными возможностями.²⁷¹ Помимо этого, требование о разумном приспособлении налагает обязательства по выполнению необходимых и надлежащих модификаций и наладок в случае необходимости в конкретном случае, не налагая ненужного (несоразмерного) бремени, чтобы гарантировать инвалидам возможность реализации или осуществления наравне с другими всех прав человека и основных свобод (статья 2 КПИ), или предоставить инвалидам доступ, возможность участвовать или продвигаться по месту работы, либо проходить обучение (статья 5 Директивы о равенстве в сфере занятости). Следует также отметить постановление ЕСПЧ о том, что при предоставлении запроса о приспособлении соответствующая организация должна начать диалог с соответствующим лицом в целях эффективного удовлетворения его/ее потребностей.²⁷²

128. В процессе гармонизации законодательства с законодательством ЕС ряд государств-членов ЕС и государств-кандидатов изначально сталкивались с проблемами транспонирования правовых норм, и даже сегодня, несмотря на наличие национальных положений, в целом гармонизированных с требованиями европейского законодательства в подавляющем большинстве этих стран (за исключением Исландии и Лихтенштейна), существуют проблемы в отношении ограничительности определения (в Турции), ограниченности обязательств по сравнению с обязательствами, налагаемыми директивой (во Франции), отсутствия четкой формулировки, налагающей общее обязательство на работодателей (в Германии), нехватка лиц, ищущих работу (на Мальте), отсутствия прописанного порядка выполнения обязательства по предоставлению разумного приспособления (напр., в Литве), недостаточность или отсутствие какого-либо руководства в отношении порядка оценки соразмерности бремени (в Хорватии, бывшей Югославской Республике Македония и в Латвии)²⁷³ и др. С другой стороны, некоторые страны разработали подробные инструкции по применению принципа разумного приспособления (Соединенное Королевство); другие вышли за рамки требований Директивы о равенстве в сфере занятости и расширили обязательства за пределы трудоустройства на ряд других прав (Бельгия и Кипр) или на дополнительные сферы, такие как образование и доступ к товарам и услугам (Нидерланды).²⁷⁴ Различные государства охарактеризовали непредоставление гарантий разумного приспособления как косвенную дискриминацию (Австрия, Чехия и Дания), нарушение принципа равного обращения (Словакия), запрещенную форму разграничения (Нидерланды), конкретные формы дискриминации (Бельгия и Соединенное Королевство) или новые формы, такие как

²⁷¹ Комитет ООН по правам инвалидов, Общий комментарий № 2 (2014 г.), п. 25.

²⁷² ЕСПЧ, «Энвер Сахин против Турции» (*Enver Sahin v. Turkey*), № 23065/12, 30 января 2018 г.

²⁷³ «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 24–25.

²⁷⁴ Там же, стр. 24.

«недостаточная доступность» (Швеция).²⁷⁵ Пробелы в законодательстве, такие как отсутствие у работодателей правового обязательства предоставлять индивидуализированное разумное приспособление лицам, ищущим работу или сотрудникам с инвалидностью в странах, обязанных выполнять положения КПИ, при том что Директива о равенстве в сфере занятости не имеет обязательного правового эффекта в законодательной системе этих стран (таких как Черногория)²⁷⁶ следует компенсировать попытками напрямую реализовывать в этих странах международные нормы.

129. Судебная практика СЕС оказала значительное влияние на гармонизацию и совершенствование национальных законов. После того как Европейская комиссия обратилась в СЕС с обвинением в адрес Италии связи с ее неспособностью надлежащим образом транспонировать в своем законодательстве статью 5 Директивы о равенстве в сфере занятости, всего за несколько дней до вынесения решения СЕС от 4 июля 2013 года Италия включила положение о разумном приспособлении в свой Законодательный декрет 216/2003, в котором указывается обязанность применять его без какого-либо дополнительного бремени, хотя и без определения понятия разумного приспособления и без указаний о том, как выполнять эту обязанность.²⁷⁷ Следуя решениям по делам Ринга и Скубо²⁷⁸, суд Дании установил, что работодатель должен был приспособить рабочее место, предоставив стол с регулируемой высотой и сократив рабочие часы²⁷⁹, но после чрезвычайной апелляции в последнем случае решение было отменено на том основании, что работодатель не знал (ему не был предоставлен медицинский документ) о том, что болезнь, обсуждавшаяся в электронной переписке с работником, привела к инвалидности.²⁸⁰ Следует ожидать и дальнейшее влияние на национальное законодательство, принимая во внимание рекомендации других международных органов, в частности, Комитета по правам инвалидов.²⁸¹

с. Подлинные и определяющие профессиональные требования

130. Статья 4 Директивы о расовом равенстве гласит, что «вопреки статье 1 (1) и (2), государства-члены могут постановить, что различие в обращении, основанное на признаке, связанном с расовым или этническим происхождением, не представляет собой дискриминацию в случаях, когда в силу характера конкретной

²⁷⁵ Там же, стр. 28.

²⁷⁶ Там же, стр. 24.

²⁷⁷ Там же, стр. 25.

²⁷⁸ СЕС, «HK Danmark, действующая от имени Джетте Ринга, против Dansk almennyttigt Boligselskab» (HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v. Dansk almennyttigt Boligselskab), C-335/11; «HK Danmark, действующая от имени Лона Скубо Верге, против Dansk Arbejdsgiverforening, действующей от имени Pro Display A/S» (HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v. Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Pro Display A/S), C-337/11, оба решения от 11 апреля 2013 г.

²⁷⁹ Дания, Морской и торговый суд, решения № F-13-06 и No. F-19-06 от 31 января 2014 г.

²⁸⁰ Дания, Верховный суд, дело Скубо (Skouboe), решение №25/2014 от 23 июня 2015 г.

²⁸¹ Комитет по правам инвалидов в своих заключительных замечаниях по первоначальному докладу Сербии (CRPD / C / SRB / CIO / 1, 23 мая 2016 года, п. 53) отметил недостаточность законодательных гарантий для создания разумных приспособлений на рабочем месте и рекомендовал Сербии пересмотреть свое законодательство (цитата из «Сравнительного анализа антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017), ЕС, 2017 г., стр. 26).

профессиональной деятельности или контекста, в котором она осуществляется, такая характеристика представляет собой подлинное и определяющее профессиональное требование, при условии, что цель является законной, а требование соразмерным». Пункт 23 декларативной части Директивы о равенстве в сфере занятости гласит, что «в очень ограниченных обстоятельствах различие в обращении может быть оправдано, если характеристика, связанная с религией или убеждениями, инвалидностью, возрастом или сексуальной ориентацией, представляет собой подлинное и определяющее профессиональное требование". Статья 4, пункт 2 этой директивы предоставляет государствам-членам право полагаться на основанные на религии/убеждениях идеалы церквей и других организаций в качестве аргументации различий в отношении, связанных с религией или убеждениями человека, в случаях, когда исходя из характера деятельности или контекста, в которой она осуществляется, религия или убеждения человека являются подлинным, законным и оправданным профессиональным требованием. Исключение, предусмотренное статьей 4, пункт 2, отражено в законодательстве большинства государств, которые являются членами или кандидатами на членство в ЕС/ЕЭЗ, и предварительной работе по разработке норвежского законодательства, однако однозначно не включены в законодательство Финляндии, Франции, Исландии, Лихтенштейна, Черногории, Португалии, Румынии, Сербии и Швеции.²⁸²

131. При толковании Директивы о равенстве в сфере занятости по запросу о предварительном решении, представленном национальным судом по делу Бугнауи (Boungaoui), СЕС постановил, что недовольство клиентов ношением работницей головного платка не может рассматриваться как подлинное и определяющее профессиональное требование в значении этой Директивы; следовательно, запрет и / или санкции против работницы, желающей покрывать или покрывающей голову платком на рабочем месте, является дискриминационной мерой.²⁸³ 22 ноября 2017 года Кассационный суд Франции распорядился о пересмотре дела Бугнауи, установив, что запрет на ношение никаба в вышеуказанном контексте - при контакте с клиентами частной компании - равносителен неоправданному и несоразмерному ограничению свободы вероисповедания.²⁸⁴ Национальные юрисдикции постановили, что сокрытие лица под никабом сильно ухудшает коммуникацию с обществом, клиентами, коллегами и работодателем, поэтому требование не носить никаб на работе было сочтено подлинным и определяющим профессиональным требованием.²⁸⁵

d. Объективные и обоснованно оправданные различия в отношении на основании возраста

²⁸² «Сравнительный анализ антидискриминационного законодательства в Европе в 2017 году» (*A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2017*), ЕС, 2017 г., стр. 16.

²⁸³ См. дело Бугнауи (*Boungaoui*) в разделе 4.1.2.3.3.b выше.

²⁸⁴ АОП, «Доклад по основным правам 2018 года» (за 2017 год), 2018 г., стр. 56–57.

²⁸⁵ Австрия, Верховный суд, дело «*U. v. M.*», решение № 9ObA117/15v от 25 мая 2016 г.; со ссылкой на постановление ЕСПЧ по делу «*S.A.S. v. France*», № 43835/11, 1 июля 2014 г.

132. Статья 6, п. 1, Директивы о равенстве в сфере занятости предусматривает, что различия в обращении по признаку возраста «не должны представлять собой дискриминацию, если в контексте национального законодательства они объективно и обоснованно оправдываются законной целью, включая законную политику занятости, цели рынка труда и профессионального обучения, и если средства достижения этой цели являются подходящими и необходимыми». Различия в обращении могут включать в себя создание или поддержание особых условий доступа к занятости (например, обязательный пенсионный возраст или меры по удержанию пожилых людей на рынке труда), условия увольнения и оплаты труда пожилых (такие как меры, снижающие заинтересованность в досрочном выходе на пенсию) или молодых людей, особые условия для лиц, на которых возложены обязанности по уходу, в целях содействия их профессиональной интеграции или обеспечения их защиты и т. д.
133. В своем обширном прецедентном праве в соответствии с вышеуказанным положением²⁸⁶ СЕС постановил, что принцип недискриминации, закрепленный в статье 21 Хартии ЕС и конкретно сформулированный в Директиве о равенстве в сфере занятости, должен толковаться как не исключающий возможность принятия национального законодательства, в соответствии с которым оплата по окончании трудового договора (в дополнение к зарплате работника) не выплачивается по истечении срочного трудового договора молодым людям в период школьных или университетских каникул²⁸⁷ или уволенным лицам, достигшим установленного законом пенсионного возраста и имеющим право на государственную пенсию²⁸⁸. СЕС также постановил, что цель обеспечения равных шансов на право получения полной пенсии по старости была достигнута с помощью необходимых и надлежащих средств, предусматривающих, что государственные служащие обязаны делать взносы в свою пенсионную систему только по достижении 18 лет.²⁸⁹ С другой стороны, одни только бюджетные соображения не представляют собой законную цель, оправдывающую различия в отношении к работникам, поскольку в этом случае при расчете перехода на следующий уровень заработной платы периоды службы до 18 лет не учитываются; следовательно, эта практика равносильна дискриминации по статье 6.1 Директивы о равенстве в сфере занятости.²⁹⁰
134. Постановлениями национальных органов наличие законной цели и ее достижение соответствующими и необходимыми средствами признавалось в тех случаях, когда возраст учитывался в качестве критерия для единообразного продвижения всех сотрудников, находящихся на одной должности²⁹¹; в случае установления обязательных возрастных требований для выхода на пенсию в отношении

²⁸⁶ См. АОП, «Доклад по основным правам 2017 года» (за 2016 год), 2017 г., стр. 64–66.

²⁸⁷ СЕС, «О. против *Bio Philippe Auguste SARLS*» (*O v. Bio Philippe Auguste SARLS*), С-432/14, 1 октября 2015 г.

²⁸⁸ СЕС, *Ingeniørforeningen i Danmark v. Tekniq*, С-515/13, 26 февраля 2015 г.

²⁸⁹ СЕС, *Georg Felber v. Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur*, С-529/13, 21 января 2015 г.

²⁹⁰ СЕС, *ÖBB Personenverkehr AG v. Gotthard Starjakob*, С-417/13, 28 января 2015 г.

²⁹¹ Кипр, Верховный суд, «Харрис Христодолиду против Комитета государственной службы Республики Кипр (*Harrys Christodoulidou v. Republic of Cyprus' Public Service Committee*)», № 12/10, 3 апреля 2015 г.

должностных лиц, находящихся на дипломатической службе²⁹², государственных служащих²⁹³ или членов Фонда страхования на случай безработицы²⁹⁴, а также в случае введения максимального возраста в 30 лет для лиц, служащих в Гражданской гвардии (вооруженные силы с обязанностями полиции)²⁹⁵ и в случае увеличения возраста выхода на пенсию с 65 до 67 лет для работников электроэнергетики и газовой промышленности во Франции²⁹⁶. С другой стороны, в признании наличия объективной и обоснованно преследуемой законной цели было отказано в случае установления возрастного ограничения в 60 лет для пилотов²⁹⁷ и в 62 года для лыжных инструкторов.²⁹⁸ Важность предоставления надлежащего обоснования различий в обращении была подчеркнута решением о возврате дела в суд низшей инстанции, который недостаточно внимательно изучил конкретную общую концепцию мер по реструктуризации компании, чтобы определить, вписывалось ли в эту концепцию досрочное увольнение на пенсию 62-летнего радиожурналиста до достижения пенсионного возраста в 65 лет, с получением обычного выходного пособия в размере около 330 000 евро и уменьшенного размера пенсии, а также то, чем это увольнение могло быть обосновано.²⁹⁹

135. Статья 6, п. 2, Директивы о равенстве в сфере занятости гласит: «...невзирая на статью 2 (2), государства-члены могут постановить, что закрепление в профессиональных планах социального страхования возрастов для участия в плане или получения права на пенсию или пособие по инвалидности, включая установление в соответствии с этими планами для различных возрастов трудящихся или групп или категорий трудящихся и использование в таких планах возрастных критериев в актуарных расчетах не будет являться дискриминацией по признаку возраста, при условии что это не приведет к дискриминации по признаку пола».
136. СЕС отметил, что предусмотренное Статьей 6 (2) исключение из принципа недискриминации (закрепленное в Статье 2 этой Директивы) должно толковаться ограничительно и что оно применимо только к профессиональным планам социального страхования, которые покрывают риски, связанные со старостью и инвалидностью³⁰⁰. Согласно постановлению СЕС, принцип недискриминации не исключает профессиональных пенсионных планов, по которым работодатель выплачивает в качестве части оплаты пенсионные взносы, которые увеличиваются с возрастом, при условии, что возникающая из-за этого разница в обращении на

²⁹² Греция, Афинский административный апелляционный суд, № 541/2015, 2 марта 2015 г.

²⁹³ Латвия, Административный районный суд, № А420313114, 25 мая 2015 г.

²⁹⁴ Дания, Высокий суд Дании, U.2015.1303Н, 19 января 2015 г.

²⁹⁵ Испания, Верховный суд, 627/2017, 5 апреля 2017 г. Суд счел, что Директива 2000/78/ЕС не относится к вооруженным силам, и не принял апелляцию против решения 375 Высокого суда Мадрида, опираясь на достаточное прецедентное право в поддержку позиции о том, что различие в обращении на основании возраста было оправданным.

²⁹⁶ Франция, Государственный совет, «Г-жа А., сотрудник *агент сети передачи электроэнергии. против Французской Республики*» (*Mrs A., an agent of the Electricity Transmission network v. the French Republic*), № 352393, 13 марта 2015 г.

²⁹⁷ Франция, Государственный совет, № 371623, 6 мая 2015 г.

²⁹⁸ Франция, Кассационный суд, № 13-27.142, 17 марта 2015 г.

²⁹⁹ Австрия, Верховный суд, 9ОбА113/12а, 25 июня 2013 г.

³⁰⁰ СЕС, *Dansk Jurist-og Økonomforbund*, C-546/11, 26 сентября 2013 г., п. 41 and 43.

основании возраста представляет собой недлежащую и необходимую меру для достижения законной цели, что должен установить национальный суд.³⁰¹

137. Сложная сфера занятости требует точного определения законных целей в соответствующих актах / законах и тщательного взвешивания, чтобы для достижения этих целей не применялись ненадлежащие или ненужные меры. Для разработки национальных положений в этой быстро меняющейся социальной сфере было бы полезно изучать и применять прецедентную практику СЕС, а также учитывать прецедентную практику ЕСПЧ.

4.1.2.3.5. Процессуальные вопросы

а. Эффективность защиты

138. Доступ к эффективному и оперативному отправлению правосудия имеет фундаментальное значение для жертв дискриминации. К препятствиям в доступе к правосудию относятся сжатые сроки подачи иска о дискриминации, длительность и стоимость судебного разбирательства, включая принцип «проигравший платит»³⁰², который потенциально дестимулирует жертв, а также ограниченная доступность юридической помощи. Поэтому важно обеспечить эффективный механизм защиты при активном участии правозащитных институтов³⁰³ и других заинтересованных сторон. Процедурные положения должны основываться на принципах равенства и эффективности защиты,³⁰⁴ которая должна быть «эффективной» в соответствии с обязательствами ОБСЕ³⁰⁵; таким образом, включение слова «эффективная» в акты / законы будет подчеркивать приверженность обеспечению подлинного равенства и свободы от дискриминации.³⁰⁶
139. Любой антидискриминационный закон должен предусматривать реальные перспективы для достижения своих целей, обеспечивая, помимо прочего, следующие предпосылки для его эффективной реализации:
- а) Необходимо обеспечить эффективные механизмы для выполнения антидискриминационных требований, включая удобные процедуры, к которым смогут легко прибегнуть предполагаемые жертвы дискриминации. Это можно сделать путем уменьшения или отмены финансового бремени за проведение разбирательств с целью прекращения дискриминации и / или возмещения убытков, путем надлежащего регулирования бремени доказывания, а также

³⁰¹ СЕС, «НК Danmark, действующая от имени Гленни Кристенсен, против *Experian A/S*» (*HK Danmark, acting on behalf of Glennie Kristensen v. Experian A/S*), C-476/11, 26 сентября 2013 г.

³⁰² Европейская комиссия, доклад по Директивам 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС, 2014, стр. 7.

³⁰³ Nina Althoff and Sera Choi, *Combating Discrimination: How a National Human Rights Institution can Strengthen Civil Society Organisations: An Example of Good Practice*, German Institute of Human Rights, January 2013 (Нина Альтофф и Сера Чой, «Борьба с дискриминацией: как национальный правозащитный институт может усилить организации гражданского общества: пример хорошей практики, Институт по правам человека Германии, январь 2013 г.).

³⁰⁴ См. п. 5 типового законодательства ООН.

³⁰⁵ См. Документ копенгагенского совещания ОБСЕ 1990 года и Решение №10/05 (Любляна, 2005 г.), описанные в разделе 4.1.1.3.

³⁰⁶ Доклад АОП, «*Основные права: вызовы и достижения в 2013 г.*», 2014 г., стр. 131.

- путем предоставления гарантий защиты от дальнейшей дискриминации или даже против мести (виктимизации);
- б) Органы государственной власти должны быть функционально и финансово независимыми³⁰⁷, а их сферы компетенции должны быть разграничены таким образом, чтобы обеспечивать не только успешное разрешение споров о компетенции (положительной или отрицательной), но и их эффективное сотрудничество в борьбе с дискриминацией;
 - в) Неправительственные организации и организация, представляющие общественные интересы, должны иметь право участвовать в разбирательстве самостоятельно или, по крайней мере, в качестве третьих сторон;
 - г) Акт / закон должен предусматривать возможность наложения штрафов за все случаи дискриминации по всем упомянутым в них признакам.³⁰⁸ Компенсация должна быть достаточной для возмещения причиненного ущерба, как морального, так и материального.

в. Бремя доказывания

140. Пункт 21 декларативной части Директивы о расовом равенстве и пункт 31 декларативной части Директивы о равенстве в сфере занятости гласят, что «правила доказывания должны быть скорректированы в случае, когда имеются prima facie доказательства дискриминации, и для эффективного применения принципа равного обращения бремя доказывания следует перекладывать на ответчика в случае, когда имеются доказательства дискриминации». Во втором предложении пункта 31 декларативной части говорится, что «ответчик не обязан доказывать, что истец придерживается определенной религии или убеждений, имеет конкретную инвалидность, находится в определенном возрасте или имеет определенную сексуальную ориентацию». Статья 8 Директивы о расовом равенстве и статья 10 Директивы о равенстве в сфере занятости предусматривают, что «государства должны принимать такие меры, которые необходимы, в соответствии с их национальными судебными системами, для обеспечения того, чтобы в тех случаях, когда лица, считающие себя пострадавшими, поскольку в их отношении не был применен принцип равного обращения, устанавливают в суде или в другом компетентном органе факты, на основании которых можно предположить, что имело место прямая или косвенная дискриминация, ответственность за доказывание того, что нарушение принципа равного обращения не имело место, лежала бы на ответчике». (пункт 1). Этот пункт: «не препятствует государствам-членам вводить правила доказывания, более благоприятные для истцов» (параграф 2); «не распространяется на уголовные процедуры» (пункт 3); должен применяться (вместе с параграфами 1 и 2) к любому разбирательству,

³⁰⁷ БДИПЧ в своем «Заключении о проекте закона о предотвращении и защите от дискриминации в БЮР Македония» (19 декабря 2008 г., стр. 3) заявил, что «закон должен обеспечивать полное и осмысленное исполнение. Для этого требуется конкретное законодательство с четким пониманием социального контекста и финансовых последствий для принимающего закон государства».

³⁰⁸ Ср. «Заключение БДИПЧ ОБСЕ по проекту закона о внесении изменений и дополнений в закон Черногории о запрещении дискриминации» (OSCE/ODIHR Opinion on the Draft Law on Amendments to the Law on Prohibition of Discrimination of Montenegro), Варшава, 31 июля 2013, Opinion-Nr. NDISCR-MNE/234/2013, п. 12, «Основные рекомендации», пункт В.

инициированному ассоциациями, организациями или другими юридическими лицами, имеющими законный интерес в обеспечении соблюдения положений настоящей Директивы (параграф 4); и не должен применяться «к разбирательствам, в которых расследовать обстоятельства дела должен суд или компетентный орган» (пункт 5).

Изначально у восьми государств-членов ЕС возникли проблемы с правильным переносом понятия «бремени доказывания» в национальное законодательство, но и в 2017 году некоторые государства-члены докладывали, что правильное применение обратного бремени доказывания по-прежнему остается проблематичным и национальные суды недостаточно хорошо о нем осведомлены.³⁰⁹

с. Санкции и меры правовой защиты

141. Санкции за дискриминацию должны быть эффективными, соразмерными, оказывать сдерживающее воздействие³¹⁰ и обеспечивать наличие судебных процедур для защиты лиц, утверждающих, что подверглись дискриминации.³¹¹ Санкции за расовую дискриминацию должны также включать выплату пострадавшим компенсации как за материальный, так и за моральный ущерб.³¹² Акт / закон в рамках уголовного права или положение уголовно-правового характера в другом законе должны предусматривать наказание и обеспечивать эффективные, соразмерные и сдерживающие (а также вспомогательные или альтернативные) санкции за умышленное публичное подстрекательство к дискриминации в отношении какого-либо лица или группы лиц на по признаку расы, цвета кожи, языка, религии, гражданства или национального или этнического происхождения; за преднамеренную (целенаправленную) расовую дискриминацию при исполнении служебных обязанностей или на рабочем месте; а также за умышленное подстрекательство, пособничество, соучастие или попытку совершить любое из вышеуказанных уголовных преступлений.³¹³ Закон должен предусматривать, что расистская мотивация является отягчающим обстоятельством в отношении всех не указанных выше уголовных преступлений³¹⁴, а государства должны предусмотреть ответственность юридических лиц за любое из вышеупомянутых действий.³¹⁵ Государствам следует ввести уголовную ответственность за распространение или иное предоставление общественности материалов расистского и ксенофобского

³⁰⁹ Европейская комиссия, доклад по Директивам 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС, 2014, стр. 9.

³¹⁰ Пункт 26 декларативной части и статья 15 Директивы ЕС 2000/43/ЕС; пункт 35 декларативной части и статья 17 Директивы ЕС 2000/78/ЕС; приложение №3/03: “План действий по улучшению положения рома и синти в регионе ОБСЕ, 11-ое Заседание Совета министров ОБСЕ, Маастрихт, 1–2 декабря 2003 г., п. 9.

³¹¹ Статья 7 Директивы ЕС 2000/43/ЕС; статья 9 Директивы ЕС 2000/78/ЕС; приложение к Решению №3/03: План действий по улучшению положения рома и синти в регионе ОБСЕ, п. 9 сокр.

³¹² Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью, Общеполитическая рекомендация № 7 о национальном законодательстве по борьбе с расизмом и расовой дискриминацией, принятая 13 декабря 2002 г., п. 12.

³¹³ Там же, п. 18.a, 18.h, 20 и 23.

³¹⁴ Там же, п. 21.

³¹⁵ Там же, п. 22.

характера через компьютерную систему, если такие действия совершаются умышленно и неправомочно. Однако государства вправе принять решение о непредусмотрении уголовной ответственности за вышеуказанные действия в случае, если материалы расистского и ксенофобского характера пропандируют, поощряют или подстрекают к дискриминации, которая не связана с ненавистью или насилием, при условии наличия других эффективных средств правовой защиты.³¹⁶

142. В 2017 году Европейская комиссия отметила: «Все еще существуют потенциальные основания для беспокойства в отношении наличия средств правовой защиты на практике и соответствия санкций, которые применяются в конкретных случаях, требованиям директив» и рекомендовала не использовать в отношении применения санкций необоснованно низкие или символические стандарты³¹⁷. Хотя «национальные суды, как представляется, «склонны применять более низкую шкалу санкций, предусмотренных законом, как и с точки зрения уровня и размера присуждаемой компенсации», СЕС подчеркнул, «что «Директива 2000/43 / ЕС исключает национальное законодательство, в соответствии с которым санкции носят чисто символический характер, и что при определенных условиях, если в случае [расовой] дискриминации можно будет вынести только предупреждение, это будет нарушением Директивы».³¹⁸
143. БДИПЧ подчеркивает исключительную важность обеспечения эффективной защиты от любой дискриминации любыми подходящими средствами (включая меры уголовного права против расовой дискриминации). Государства-участники должны надлежащим образом разрабатывать и внедрять антидискриминационные инструменты и механизмы, а также принимать адекватные меры, гарантирующие их эффективное использование, включая перенос бремени доказывания (за исключением уголовного судопроизводства) и применение эффективных, соразмерных и сдерживающих санкций.

4.1.2.4. Заключительные замечания

144. В данной аналитической заметке значительное внимание уделяется основным понятиям антидискриминационных законов, однако в ней также кратко подчеркивается важность наличия жизнеспособных возможностей для защиты гарантированных прав на свободу от дискриминации и равенство. Исследование БДИПЧ было построено на взаимном сопоставлении конституций и других законодательных актов государств-участников ОБСЕ и анализе их соответствия (по отдельности или в целом) соответствующим международным обязательствам и нормам.

³¹⁶ Дополнительный протокол к Конвенции о киберпреступности, касающийся криминализации актов расистского и ксенофобского характера, совершаемых с помощью компьютерных систем, п. 3.2 со ссылкой на п. 2.1.

³¹⁷ Европейская комиссия, доклад по Директивам 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС, 2014, стр. 7.

³¹⁸ Дело «Ассоциация «Асепт» против Национального совета по борьбе с дискриминацией» (*Asociatia Accept v. Consiliul National pentru Combaterea Discriminarilor*), С-81/12, 25 марта 2013 г. (цитата взята из Доклада Европейской комиссии по Директивам 2000/43/ЕС и 2000/78/ЕС, 2014, стр. 7, сокр.).

145. Государства-участники ОБСЕ выразили свою готовность обеспечить свободу от дискриминации и равноправие в законодательстве и на практике, приняв нормы и / или стандарты, разработанные ОБСЕ и другими межправительственными организациями. Большинство из них ратифицировали или присоединились к основным договорам ООН и Совета Европы, в то время как государства-члены ЕС (и в определенной степени страны-кандидаты) отразили положения подавляющего большинства законов ЕС в соответствующем национальном законодательстве. Исследование показало, что включение и перенос в национальное законодательство или иная форма отражения соответствующих международных норм в сочетании с эффективными механизмами внешнего надзора и контроля привели к некоторому усилению правовой защиты от различных видов дискриминации (прямой или косвенной; преследования, виктимизации и дискриминации по ассоциации) по таким признакам, как расовое или этническое происхождение, религия или убеждения, возраст, инвалидность, пол, сексуальная ориентация, гражданство. К факторам, способствующим такому прогрессу, относится обязательный характер предварительных постановлений СЕС (для государств-членов ЕС) и постановлений ЕСПЧ, исполнение которых контролируется Советом министров Совета Европы (актуально для большинства государств-участников, за некоторым исключением) и Европейской комиссией (контролирует прогресс в странах-кандидатах).

