

SCRIPTORIUM

JUS HONINUM

Дела о гендерной дискриминации в практике Европейского Суда по правам человека: оценка эффективности подходов

Ольга Подоплелова*

Европейский Суд по правам человека рассматривает гендерное равенство в качестве одного из ключевых принципов, лежащих в основе Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В то же время на сегодняшний день в практике Европейского Суда существуют некоторые неоднозначные подходы, которые могут приводить к отказу в защите от дискриминации по признаку пола. Отталкиваясь от концепции трансформативного равенства, автор исследует такие подходы Суда на примере нескольких категорий дел, связанных с защитой от домашнего насилия, а также с реализацией социальных и репродуктивных прав. Практика Европейского Суда по этим делам подтверждает, с одной стороны, внимание Суда к проблемам дискриминации и защиты прав женщин. С другой стороны, при детальном анализе становится очевидно, что в делах о гендерной дискриминации для заявителей существует несколько ключевых рисков. Эти риски связаны, во-первых, с ограничительным подходом Суда к рассмотрению дел с точки зрения статьи 14 Конвенции и его тяготением к сведению предмета анализа до установления нарушений материально-правовых норм Конвенции. В ряде случаев такой подход ведёт к упрощению правовой проблемы за счёт игнорирования гендерного измерения вопросов, ставящихся заявителями в жалобах. Такой риск продемонстрирован автором на примере дел о домашнем насилии. Во-вторых, при рассмотрении дел о гендерной дискриминации Суд опирается на доктрину пределов усмотрения государств при регулировании вопросов, затрагивающих гендерное равенство, определяя их весьма широко. В этом отношении государства могут обосновывать дискриминационные по своей природе меры в том числе сложившимися в обществе представлениями о гендерных ролях, что не всегда получает принципиальное осуждение со стороны Европейского Суда. Опираясь на дела, связанные с гендерным распределением социальных гарантий и с реализацией женщинами права на аборт, автор показывает, что на практике подобный подход приводит к невозможности искоренения глубинных причин неравенства.

DOI: 10.21128/2226-2059-2018-3-36-45

→ *Европейский Суд по правам человека; равенство; гендерная дискриминация; права женщин*

1. Введение

Практика Европейского Суда по правам человека (*далее* — Европейский Суд, Суд) по вопросам гендерного равенства на сегодняшний день является недостаточно исследованной в российской юридической литературе, в то время как в практической плоскости наблюдается последовательная работа юристов

и правозащитников против различных проявлений дискриминации по признаку пола¹.

Вопросы гендерного равенства рассматриваются преимущественно через призму зарубежного опыта², конституционно-право-

* Подоплелова Ольга Германовна — старший юрист, Институт права и публичной политики, Москва, Россия (e-mail: olga.podoplelova@mail-ilpp.ru).

¹ См., например: Антидискриминационный центр «Мемориал» подал доклады в Совет ООН по правам человека. URL: <https://www.memo.ru/ru-ru/memorial/departments/adc/news/87> (дата обращения: 11.09.2018); Совместный проект Stichting Justice Initiative с организацией «Права женщин». URL: <https://www.srji.org/about/partners/nko-prava-zhenshchinchekni/> (дата обращения: 11.09.2018).

² См.: *Алебастрова И.* Гендерное равноправие и гендерные привилегии: цели и средства // Сравнительное конституцион-

вых стандартов³ или с точки зрения социологических подходов⁴. Тем не менее «гендерная» практика Европейского Суда остаётся незаслуженно выведенной на периферию правовых исследований: интерес к ней на сегодняшний день прослеживается почти исключительно в рамках рассмотренного им дела военнослужащего Константина Маркина⁵.

В то же время практика Европейского Суда по данному вопросу является разнонаправленной и имеет как безусловно положительные, так и некоторые неоднозначные свойства, которые следует учитывать, в том числе при выработке стратегии правозащитной работы с этим органом.

В рамках настоящей статьи приводятся некоторые сведения о том, какие концепции равенства выделяются на сегодняшний день в юридической доктрине, поскольку без их уяснения невозможен объективный анализ практики Европейского Суда по поставленной проблеме. Также далее выделяются основные проблемные аспекты подходов Европейского Суда к разрешению дел, касающихся вопросов гендерной дискриминации.

2. Равенство и запрет дискриминации: концептуальные подходы к содержанию понятий

На сегодняшний день в правовой доктрине и судебном правоприменении представлено множество моделей равенства, базовыми из которых являются концепции формального и содержательного равенства.

Применительно к гендерным отношениям концепция формального равенства означает создание гендерно нейтрального порядка⁶, то есть такого порядка, в котором женщины имеют равные права с мужчинами. Иными словами, эта концепция лежит в основе принципа равенства перед законом и судом, не допускающего каких бы то ни было различий в обращении по признаку пола.

Что касается концепции содержательного равенства, то она, в отличие от концепции формального равенства, учитывает социальные последствия принадлежности к тому или иному полу⁷ и позволяет сосредоточиться на преодолении структурных проблем гендерно нейтральных институтов⁸ и достижении более справедливого социального порядка. В этом отношении в теории и на практике разработано множество различных подходов к определению содержания равенства, таких как требование равенства результатов, равенства возможностей, защиты достоинства личности⁹ или пропорциональности¹⁰.

Попытки же преодолеть практические сложности применения каждого из этих принципов приводят к разработке более комплексных теорий содержательного равенства, вбирающих в себя сразу несколько измерений этого понятия. Эти измерения касаются, во-первых, принципов перераспределения (компенсации уязвимого положения); во-вто-

ное обозрение. 2015. № 1 (104). С. 80–91; *Невежина М. В.* Гендерная дискриминация в сфере труда: опыт борьбы на международном уровне // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 3. С. 187–193; *Филатова М.* Современные вопросы позитивной дискриминации в контексте практики конституционных судов // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 4. С. 19–28.

³ См.: *Дудко И. А.* Конституционное право на выбор профессии: гендерный аспект (на примере решений Конституционного Суда РФ и Комитета ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин) // Конституционное регулирование и правоприменение в современных условиях глобализации права: Сборник статей и докладов по материалам научных мероприятий 2016 года: в 2 т. Т. 1. М.: РГУП, 2017. С. 68–77; *Подоплелова О.* Гендерные стереотипы в конституционном праве России: ловушка «особого отношения»? // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 3 (124). С. 73–91; *Поленова С. В.* Права девочек в контексте норм Конституции Российской Федерации // Государство и право. 2013. № 8. С. 27–34.

⁴ См.: *Чилипенко Ю. Ю.* Гендерные аспекты неформальных трудовых отношений в современных российских организациях // Женщина в российском обществе. 2014. № 2. С. 61–68.

⁵ См.: *Исаева Е. А.* Правовые гарантии для лиц с семейными обязанностями: проблема гендерной нейтральности // Вестник ЯрГУ. Серия: Гуманитарные науки. 2012. № 2 (20). С. 89–92; *Шелютто М. Л.* Реализация конституционных принципов семейного права в российском законодательстве // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 57–58. См. также по вопросам дискриминации в трудовых отношениях по различным основаниям: *Михайленко И.* Дискриминация в трудовых отношениях в практике Европейского Суда по правам человека // Международное правосудие. 2016. № 4 (20). С. 132–140.

⁶ См.: *Baines B., Rubio-Marin R.* Introduction: Toward a Feminist Constitutional Agenda // The Gender of Constitutional Jurisprudence / ed. by B. Baines, R. Rubio-Marin. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. P. 13.

⁷ См.: *Фредман С.* Возвращаясь к вопросу о содержательном равенстве // Сравнительное конституционное обозрение. 2017. № 1 (116). С. 37–63, 55.

⁸ См.: *Constitutions and Gender* / ed. by H. Irving. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017. P. 273.

⁹ Об упомянутых требованиях см.: *Fredman S.* Discrimination Law. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 14–25.

¹⁰ См.: *Wesson M.* Contested Concepts: Equality and Dignity in the Case-Law of the Canadian Supreme Court and South African Constitutional Court // Constitutional Topography: Values and Constitutions / ed. by A. Sajó, R. Uitz. The Hague: Eleven International Publishing, 2010. P. 271–298.

рых, признания (борьбы со стигматизацией, стереотипизацией, предрассудками и насилием); в-третьих, участия в общественных процессах; и наконец, в-четвёртых, сглаживания различий¹¹. Такие теории фактически предполагают признание нового подхода концепции трансформативного равенства, цель которой заключается в искоренении глубинных причин неравенства и дискриминации, проистекающих из социальных и культурных паттернов¹².

Эта концепция наиболее полно отвечает современному этапу развития антидискриминационного права, позволяя охватить и теоретически обосновать все выделяемые на практике виды неравного обращения: как запрещённого (прямая и косвенная дискриминация, множественная дискриминация, преследование и указания об осуществлении дискриминации, преступления на почве ненависти, а также язык вражды¹³), так и признаваемого разрешённым (разумное приспособление и временные специальные меры обеспечения равенства¹⁴).

Придерживаясь такой методологии, основанной на комплексном подходе к обеспечению равенства, далее мы сделаем попытку проследить, воспринята ли какая-либо из этих концепций Европейским Судом и каковы текущие сложности практики по вопросам гендерного равенства. Следует оговориться, что в целях настоящего исследования мы сфокусируемся лишь на нескольких группах дел, касающихся гендерного равенства, в которых рассматриваемые сложности проявляются особенно ярко.

3. Стандарты статьи 14 Конвенции в области гендерного равенства

Анализ содержания принципа запрета дискриминации по признаку пола, зафиксированного в статье 14 Европейской Конвенции

о защите прав человека и основных свобод (*далее* — Конвенция), следует, на наш взгляд, начать с упоминания того факта, что это положение в принципе могло не появиться в её тексте. Так, при разработке Конвенции изначально не рассматривался в качестве одного из оснований, защищённых от неравного обращения. К примеру, в проекте, представленном Комитету Министров Совета Европы в июле 1949 года организацией «Европейское Движение», который повлиял на дальнейший ход разработки текста Конвенции, речь шла исключительно о введении гарантий защиты от дискриминации по признакам «религии, расы, национального происхождения, политических или философских взглядов»¹⁵. В дискуссиях о положении Конвенции, вводящем запрет дискриминации, вопрос гендерной дискриминации фактически не ставился¹⁶. Отмечается, что подобное умолчание в проекте и в ходе обсуждения было вызвано, с большой долей вероятности, тем, что разработчики не рассматривали равенство женщин и мужчин в качестве важной проблемы¹⁷.

В то же время в финальном тексте статьи 14 Конвенции было закреплено, что пользование правами и свободами, признанными в Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола. Тем самым Конвенция задавала определённые рамки для развития практики Европейского Суда, который за период своего существования неоднократно давал интерпретацию рассматриваемому положению. Суд отмечал, что гендерное равенство рассматривается им в качестве одного из ключевых принципов, лежащих в основе Конвенции¹⁸.

¹¹ Такие измерения принципа содержательного равенства выделяет, например, Сандра Фредман. См.: *Fredman S.* Op. cit. P.25–33.

¹² См.: *Timmer A.* Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law // *The American Journal of Comparative Law.* Vol. 63. 2015. No. 1. P.239–284, 241–242.

¹³ См.: *Handbook on European Non-Discrimination Law.* Luxembourg : Publications Office of the European Union, 2018. P.43–69, 81–90.

¹⁴ См.: *Khatian T.* A Theory of Discrimination Law. Oxford : Oxford University Press, 2015. P.76–79, 80–81.

¹⁵ См.: *Preparatory work on Article 14 of the European Convention on Human Rights.* 1 May 1967. CDH (67)3. P.3. URL: [https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART14-CDH\(67\)3-BIL1338901.pdf](https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART14-CDH(67)3-BIL1338901.pdf) (дата обращения: 11.09.2018).

¹⁶ Исключение составляет выступление представителя Королевства Дании, отметившего на пленарной сессии Консультативной Ассамблеи Совета Европы, прошедшей в августе–сентябре 1949 года, что в проекте «Европейского Движения» отсутствует указание на запрет дискриминации по признаку пола. Представитель указал, что рассматривает такое умолчание «как ошибку», и соответствующее положение «должно быть дополнено для защиты женщин от дискриминации» (Ibid. P.4).

¹⁷ См.: *Schabas W.* The European Convention on Human Rights: A Commentary. Oxford : Oxford University Press, 2015. P.556–558.

¹⁸ См.: *European Court of Human Rights (далее — ECtHR).* *Leyla Şahin v. Turkey* [GC]. Application no. 44774/98. Judgment of 10 November 2005. § 115.

Анализ практики Суда позволяет сделать несколько наблюдений о его позициях в отношении гендерной дискриминации. При детальном анализе выявляются как принципиально позитивные аспекты практики, так и ряд подходов, свидетельствующих об уклонении Суда от разрешения важных вопросов и снижении стандартов защиты личности от дискриминации. Далее мы рассмотрим такие наиболее важные, с нашей точки зрения, особенности практики Европейского Суда.

3.1. Установление пределов применения статьи 14 Конвенции: объективные факторы и субъективные подходы Суда

Статья 14 Конвенции формулирует принцип запрета дискриминации, в том числе по признаку пола, достаточно ограничительно по сравнению с другими актами международного права о правах человека, говоря о запрете дискриминации в пользовании правами и свободами, гарантированными Конвенцией. Так, к примеру, в Международном пакте о гражданских и политических правах¹⁹, в отличие от Конвенции, речь идёт об обязательстве государства законодательно запретить дискриминацию *всякого рода* и гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку.

Такой субсидиарный (или «паразитический»²⁰) характер статьи 14 Конвенции, дополняющей её субстантивные положения, раскрывается в практике Европейского Суда и имеет несколько ключевых особенностей, влияющих на рассмотрение дел о дискриминации по признаку пола. Далее эти особенности будут рассмотрены последовательно.

3.1.1. Объективные пределы применения статьи 14 Конвенции

Во-первых, Суд отмечает, что статья 14 Конвенции не имеет самостоятельного значения, поскольку действует исключительно в отношении прав и свобод, закреплённых в Конвенции и протоколах к ней. Согласно позиции

Суда, автономность этой статьи заключается лишь в том, что её применение необязательно предполагает нарушение материально-правового положения²¹. В связи с этим при рассмотрении жалоб Суд проверяет, охватывается ли заявление о нарушении статьи 14 Конвенции сферой действия какого-либо гарантированного Конвенцией права²².

Такое положение дел, при котором значительная часть, к примеру, социально-экономических прав, не гарантируемых Европейской Конвенцией, могла бы остаться за рамками внимания Суда, отчасти была компенсирована самим Судом. В определённый период он выразил готовность расширить применение статьи 14 к делам, касавшимся социально-экономических прав, рассматривая их в рамках статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции²³ или статьи 8 Конвенции²⁴.

Этот дисбаланс призван скорректировать также и Протокол № 12 к Конвенции, закрепляющий в статье 1, что пользование любым правом, признанным законом, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по какому-либо признаку, в том числе по признаку пола (пункт 1) и никто не может быть подвергнут дискриминации со стороны каких бы то ни было публичных властей по признакам, упомянутым в пункте 1 данной статьи (пункт 2). В то же время на сегодняшний день данный протокол не ратифицирован большинством государств — членом Совета Европы²⁵, в связи с чем практика Суда остаётся недостаточно развитой. Особенно

²¹ См.: ECtHR. *Kafkaris v. Cyprus* [GC]. Application no. 21906/04. Judgment of 12 February 2008. § 158.

²² См.: ECtHR. *Rasmussen v. Denmark*. Application no. 8777/79. Judgment of 28 November 1984. § 29–33 (Суд рассматривает, попадает ли процесс об оспаривании отцовства в сферу действия статьи 8 Конвенции); *Khamtokhu and Aksenchik v. Russia* [GC]. Applications nos. 60367/08, 961/11. Judgment of 24 January 2017. § 53–60 (Суд определяет, попадает ли назначение наказания в виде пожизненного лишения свободы мужчинам, но не женщинам в сферу действия статьи 5 Конвенции).

²³ См.: ECtHR. *Stec and Others v. The United Kingdom* [GC]. Applications nos. 65731/01, 65900/01. Judgment of 12 April 2006.

²⁴ См.: ECtHR. *Konstantin Markin v. Russia*. Application no. 30078/06. Judgment of 22 March 2012.

²⁵ По состоянию на сентябрь 2018 года Протокол № 12 ратифицирован 20 государствами — членами Совета Европы. 4 ноября 2000 года Российская Федерация подписала Протокол № 12, однако не ратифицировала его. См.: Таблица подписей и ратификации Протокола № 12 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. URL: https://www.coe.int/tu/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=A80wBb0l (дата обращения: 11.09.2018).

¹⁹ Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 года.

²⁰ Харрис Д., О'Бойл М., Уорбрик К. Право Европейской конвенции по правам человека / пер. с англ.: Власихин и др. М.: Развитие правовых систем, 2016. С. 1040.

важен этот вывод применительно к делам о гендерной дискриминации. Так, ни одна из жалоб на дискриминацию по признаку пола в рамках статьи 1 Протокола № 12 пока не была рассмотрена Судом по существу: жалобы были отклонены по формальным основаниям (в основном в связи с нарушением правила об исчерпании средств правовой защиты²⁶, а также в связи с отсутствием полномочий у общественной организации представлять жертву²⁷ и решением проблемы заявителя на национальном уровне²⁸).

Следует отметить, что на сегодняшний день объективные текстуальные ограничения статьи 14 Конвенции не играют значительной роли в возможности Суда развивать собственные подходы к вопросам гендерного равенства. Основные сложности возникают в связи с ограничительным толкованием, которое даётся этому положению самим Европейским Судом.

3.1.2. Субъективные ограничения применения статьи 14 Конвенции в практике Европейского Суда

Во-вторых, что гораздо более важно в контексте дел о дискриминации по признаку пола, Суд достаточно часто дополнительно ограничивает применение статьи 14 Конвенции. Согласно его позиции, если было установлено нарушение материально-правовой статьи Конвенции, рассматривать дело с точки зрения статьи 14 необязательно, если только явное неравенство в обращении при пользовании соответствующим правом не является основополагающим аспектом дела. Этот подход проистекает из дел, затрагивавших вопросы дискриминации по признакам, не связанным с принадлежностью к определённой полу²⁹, однако, как будет показано ниже,

имеет существенное влияние на практику Суда по вопросам гендерного равенства.

Рассматриваемая позиция в ряде случаев носит характер самоограничения и зачастую позволяет Суду избежать рассмотрения принципиально важных вопросов, объективно связанных с гендерной дискриминацией. В качестве примера целесообразно обратиться к категории дел о домашнем насилии, которое неоднократно признавалось в рамках Совета Европы³⁰ и органов ООН³¹ в качестве проявления дискриминации в отношении женщин.

Европейский Суд также в ряде случаев исходит из того, что домашнее насилие является формой дискриминации³², а неисполнение государством позитивного обязательства защитить женщин от домашнего насилия обязательно должно быть намеренным для того, чтобы составить нарушение статьи 14 Конвенции³³.

В то же время стандарт доказывания дискриминационного обращения в делах о домашнем насилии, применяемый Европейским Судом, свидетельствует о том, что Суд предпочитает не рассматривать подобные дела с точки зрения статьи 14 Конвенции. Исключения составляют ситуации, в которых идёт речь о фактическом причинении вреда жизни или здоровью жертвы или третьих лиц. При этом Суд считает, что дискриминация имеет место, если средства защиты от домашнего насилия функционируют неэффективно³⁴, подразумеваемая под этим общую безнаказанность агрессоров³⁵. В рамках подобных дел Европейский Суд возлагает на жертв домашнего насилия бремя доказывания того факта, что насилие имеет место *преимущественно* в отношении женщин³⁶. В качестве доказательств Суд мо-

²⁶ См.: ECtHR. *Chakkas and Others v. Cyprus*. Applications nos. 43331/09, 27877/10, 36144/11. Decision of 20 October 2015; *Papaioannou v. Cyprus*. Application no. 15619/12. Decision of 15 September 2015; *Kaikko v. Finland*, Application no. 49865/09. Decision of 4 December 2012; *Kärkkäinen v. Finland*, Application no. 49872/09. Decision of 4 December 2012; *Puttonen v. Finland*. Application no. 49894/09. Decision of 4 December 2012; *Sydänmaki v. Finland*. Application no. 45809/06. Decision of 21 September 2010.

²⁷ См.: ECtHR. *G.J. v. Spain*. Application no. 59172/12. Decision of 21 June 2016.

²⁸ См.: ECtHR. *Van Gestel v. the Netherlands*. Application no. 66005/09. Decision of 31 May 2011.

²⁹ См.: ECtHR. *Aziz v. Cyprus*. Application no. 69949/01. Judgment of 22 June 2004. § 35.

³⁰ См.: Комитет Министров Совета Европы. Рекомендация Rec(2002)5 Совета министров государствам-членам о защите женщин от насилия. 30 апреля 2002 года. URL: <http://www.refworld.org.ru/docid/55194ee64.html> (дата обращения: 11.09.2018).

³¹ См.: Комитет ООН по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Общая рекомендация № 19 о насилии в отношении женщин. 19 февраля 1993 года. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_3731_E.pdf (дата обращения: 11.09.2018).

³² См.: ECtHR. *Opuz v. Turkey*. Application no. 33401/02. Judgment of 9 June 2009. § 187.

³³ См.: *Ibid.* § 191.

³⁴ См.: *Ibid.* § 197.

³⁵ См.: *Ibid.* § 200.

³⁶ См.: *Ibid.* § 198.

жет принимать, к примеру, выводы Комитета ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин³⁷ или Специального докладчика по вопросу о насилии в отношении женщин, его причинах и последствиях³⁸.

Однако, на наш взгляд, справедливо отметить, что такие ситуации носят, скорее, исключительный характер, а Суд в целом не склонен рассматривать заявления женщин — жертв домашнего насилия о дискриминации в качестве «основополагающего аспекта дела», подлежащего тщательному исследованию. К сожалению, зачастую Суд ограничивается лишь проверкой соблюдения государствами позитивных обязательств в рамках статьи 8 или статьи 3 Конвенции, что значительно сужает сам масштаб правовой проблемы.

Так, к примеру, при рассмотрении вопроса о фактической необходимости жертве самостоятельно преследовать агрессора в гражданско-правовом порядке Суд не почитал необходимым рассматривать вопрос о соблюдении государством обязательств по статье 14 Конвенции, установив нарушение её статьи 8³⁹. Промедление в реагировании и бездействие властей в связи с сообщениями жертвы о насилии также может рассматриваться Европейским Судом исключительно в рамках статей 3 и 8 Конвенции без проверки соблюдения требований статьи 14⁴⁰. При неисполнении предписанных национальными органами защитных мер и мер ответственности за домашнее насилие Суд также может ограничиваться установлением нарушения лишь статьи 8 Конвенции, опираясь на презумпцию отсутствия негативного эффекта преимущественно на положение женщин, которую заявительница должна опровергнуть⁴¹ (хотя, к примеру, могут иметься соответству-

ющие данные со стороны органов ООН⁴² и быть впоследствии подтверждены ими⁴³).

Таким образом, помимо объективных текстуальных ограничений статьи 14 Конвенции, в делах о гендерной дискриминации Европейский Суд имеет тенденцию дополнительно сужать пределы её применения путём переноса «центра тяжести» жалобы с вопросов дискриминации на материально-правовые положения Конвенции.

Тем самым Европейский Суд фактически склонен недооценивать значение гендерного измерения проблем некоторых категорий дел, в частности дел о домашнем насилии. И если в подобных делах Европейский Суд, вставая на сторону заявительниц, устанавливает нарушение материально-правовых статей Конвенции и способствует восстановлению их прав, то, как будет показано ниже, в ряде ситуаций отказ от рассмотрения дел с точки зрения статьи 14 Конвенции наравне с другими обстоятельствами может иметь серьёзное негативное значение для борьбы с дискриминацией по признаку пола и нарушением прав женщин.

3.2. Практические сложности теста статьи 14 Конвенции

Статья 14 Европейской Конвенции, в отличие от, к примеру, статей 8—11 Конвенции, текстуально не содержит в себе ориентирующего теста, позволяющего определить её нарушение. Поэтому таким ориентиром выступает практика самого Европейского Суда, который сформулировал ряд этапов анализа дела с

³⁷ См.: ECtHR. *Halime Kiliç v. Turkey*. Application no. 63034/11. Judgment of 28 June 2016. § 66—68, 117.

³⁸ См.: ECtHR. *Eremia v. the Republic of Moldova*. Application no. 3564/11. Judgment of 28 May 2013. § 37; *T.M. and C.M. v. the Republic of Moldova*. Application no. 26608/11. Judgment of 28 January 2014. § 62; *Talpis v. Italy*. Application no. 41237/14. Judgment of 2 March 2017. § 145.

³⁹ См.: ECtHR. *Bevacqua and S. v. Bulgaria*. Application no. 71127/01. Judgment of 12 June 2008. § 83.

⁴⁰ См.: ECtHR. *Irina Smirnova v. Ukraine*. Application no. 1870/05. Judgment of 13 October 2016; *Valiulienė v. Lithuania*. Application no. 33234/07. Judgment of 26 March 2013.

⁴¹ См.: ECtHR. *A. v. Croatia*. Application no. 55164/08. Judgment of 14 October 2010. § 97.

⁴² Европейский Суд не принял во внимание, что в 2005 году Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин выразил обеспокоенность по поводу распространённости в Хорватии насилия в семье, ограниченности числа приютов для ставших жертвами насилия женщин и отсутствия чётких процедур или инструкций для сотрудников правоохранительных органов и медицинского персонала в отношении действий в связи со случаями насилия в семье. Он также указал на необходимость привлечения лиц, виновных в домашнем насилии, к ответственности. См. пункты 198—199 Заключительных замечаний Комитета в отношении второго и третьего периодических докладов Хорватии. 18 марта 2005 года. A/60/38(SUPP).

⁴³ Позднее, в 2013 году, Специальный докладчик по вопросу о насилии в отношении женщин, его причинах и последствиях по итогам официального визита в Хорватию отметила, что, несмотря на принятие властями законодательных мер борьбы с домашним насилием, в стране сохраняются проблемы в сфере их имплементации, которые осложняют эффективную защиту пострадавших женщин. См. пункт 12 Доклада по итогам поездки в Хорватию, состоявшейся 7—16 ноября 2012 года. 3 июля 2013 года. A/HRC/23/49/Add.4.

точки зрения нарушения права не подвергать-ся дискриминации.

Тест на нарушение данного права применительно к любому защищённому от неравного обращения основанию, включая пол, предусматривает, по сути дела, проверку следующих обстоятельств⁴⁴:

1) охватывается ли заявление о нарушении статьи 14 Конвенции сферой действия какого-либо гарантированного Конвенцией права⁴⁵;

2) имеет ли место различие в обращении с заявителем и иным (-и) лицом (-ами)⁴⁶;

3) находятся ли заявитель и иное (-ые) лицо (-а) в аналогичном положении⁴⁷;

4) имеет ли различие в обращении с лицами, находящимися в аналогичном положении, объективное и разумное оправдание⁴⁸.

Следует особо оговорить, что данный тест сформулирован применительно к случаям прямой дискриминации по признаку пола, но в принципе может применяться также для оценки ситуации с точки зрения признаков косвенной дискриминации. Единственным дополнительным этапом теста в последнем случае является проверка того, имеет ли какая-либо нейтральная политика или мера негативный эффект для реализации прав отдельно взятой уязвимой группы⁴⁹. В остальном же Европейский Суд руководствуется всеми перечисленными выше критериями.

Самым сложным с точки зрения учёта гендерных аспектов дел о дискриминации является четвёртый критерий, связанный с оценкой наличия или отсутствия объективного и разумного оправдания различиям в обра-

нии. При его применении в практике Европейского Суда по делам о гендерной дискриминации Суд время от времени тяготеет к предоставлению государствам чрезвычайно широких пределов усмотрения, в рамках которых возникают две группы рисков.

К таким рискам следует отнести, *во-первых*, возможность обоснования неравного обращения различного рода предубеждениями и стереотипами, распространёнными в обществе. *Во-вторых*, в пределах своего усмотрения государства могут быть освобождены от необходимости создавать условия для обеспечения реального, а не формального равенства.

В этом отношении возможно привести несколько примеров, иллюстрирующих негативные последствия такого подхода.

Весьма показательными для демонстрации применения Судом доктрины пределов усмотрения являются дела о гендерном распределении социальных гарантий.

Такая проблема была поставлена, в частности, в известном деле военнослужащего Константина Маркина⁵⁰. В этом деле Суд отклонил доводы правительства Российской Федерации, основанные на апеллировании к тому, что государства пользуются широкими пределами усмотрения в определении стратегии экономического и социального развития, поскольку имеют, по сравнению с органом международного правосудия, лучшее представление о нуждах общества и об определении мер, отражающих общественный интерес⁵¹. Европейский Суд указал, что такие доводы, фактически основанные на сложившихся в обществе представлениях о социальном предназначении женщин (уход за детьми) и мужчин (содержание семьи), поддерживают стереотипы, связанные с традиционным распределением гендерных ролей⁵², что выходит за рамки весьма широких пределов усмотрения, вытекающих из статьи 14 Конвенции⁵³.

В то же время в деле *Петрович (Petrovic) против Австрии*, близком по своему фактологическому содержанию к делу Константина Маркина, поскольку заявитель, осуществлявший уход за ребёнком, настаивал на

⁴⁴ Применение соответствующего теста в деле о дискриминации по признаку пола возможно рассмотреть, например, в деле «Расмуссен против Дании», предметом которого выступало временное ограничение возможности мужчины оспорить отцовство. См.: ECtHR. *Rasmussen v. Denmark*. Application no. 8777/79. Judgment of 28 November 1984.

⁴⁵ См.: Ibid. § 29–33 (Суд рассматривает, попадает ли процесс об оспаривании отцовства в сферу действия статьи 8 Конвенции).

⁴⁶ См.: Ibid. § 34 (Суд определяет, имело ли место различие в обращении законодателя с мужем и с женой).

⁴⁷ См.: Ibid. § 35–37 (Суд устанавливает, отличается ли чем-либо фактическая ситуация мужа и жены).

⁴⁸ См.: Ibid. § 38–42 (Суд проверяет наличие «объективного и разумного оправдания» различного обращения, подразумеваемая, оценивая, преследовало ли оно законную цель и была ли достигнута разумная степень пропорциональности между целью и средствами её достижения).

⁴⁹ См.: ECtHR. *S.A.S. v. France* [GC]. Application no. 43835/11. Judgment of 1 July 2014. § 160–162.

⁵⁰ ECtHR. *Konstantin Markin v. Russia* [GC], Application no. 30078/06. Judgment of 22 March 2012.

⁵¹ См.: Ibid. § 112.

⁵² См.: Ibid. § 141–144.

⁵³ См.: Ibid. § 148.

необходимости выплаты ему соответствующего пособия, Суд применил противоположный подход. В данном случае он не просто не осудил характер доводов, лежащих в основе неравного обращения, а фактически принял их в качестве «объективного и разумного оправдания», указав, что в период спора заявителя на национальном уровне (1989) не сложился европейский консенсус по вопросу о предоставлении отцам отпуска по уходу за ребёнком и пособий и, следовательно, у государства существовали широкие пределы усмотрения⁵⁴.

Тезис о возможности принятия Судом доводов, основанных на стереотипах, справедлив и для дел, касающихся положения женщин. Особенно показательными в этом отношении являются дела о реализации женщинами репродуктивных прав. В этой категории дел проявляются оба выделенных выше риска применения концепции широких пределов усмотрения государств при определении социальной политики, а именно поощрение гендерных стереотипов и отказ в создании условий для обеспечения гендерного равенства.

На сегодняшний день практика Европейского Суда по вопросу права на проведение аборта исходит из того, что у государства имеются широкие пределы усмотрения в урегулировании данного вопроса, и является весьма рестриктивной по сравнению с практикой других международных органов по защите прав человека.

Так, к примеру, в практике органов ООН сформировалось несколько ключевых правовых позиций, в сравнении с которыми выявляются некоторые системные проблемы практики Европейского Суда по делам о проведении аборт.

В частности, в Общей рекомендации № 24⁵⁵ Комитет по ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин отметил, что криминализация медицинских про-

цедур, в которых нуждаются исключительно женщины, составляет препятствие на пути женщин к получению надлежащего медицинского обслуживания. Кроме того, этот орган принимает во внимание, что причиной отказа от вынашивания беременности может являться не только порок развития плода, но и другие исключительные случаи, включающие в том числе экономическое положение женщины⁵⁶. В его практике признаётся, что отказ в проведении аборта является формой дискриминации, поскольку имеет чрезвычайное влияние именно на женщин⁵⁷.

Равным образом ограничение при реализации права на репродуктивный выбор, по мнению других договорных органов ООН, может причинять психологические и физические страдания, нарушая тем самым право не подвергаться пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению⁵⁸, и является проявлением дискриминации в отношении женщин⁵⁹.

Тем не менее в практике Европейского Суда прослеживается несколько иной подход. Европейский Суд рассматривает дела о праве женщин на аборт в контексте позитивных обязательств государств в рамках статей 8 и 3 Конвенции, связанных с созданием процедурных условий для реализации этого права в случаях, когда аборт допускается законом, и с соблюдением требований конфиденциальности этой процедуры⁶⁰.

В то же время Суд признаёт, что у государств имеются широкие пределы усмотрения в законодательном регулировании данного вопроса, несмотря на тенденцию расширения доступа к аборту⁶¹. Принципиально отказыва-

⁵⁶ См.: CEDAW Report of the inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women 23 February 2018. CEDAW/C/OP8/GBR/1. § 34.

⁵⁷ См.: Ibid. § 65.

⁵⁸ См.: Human Rights Committee (*далее* – HRC). *Whelan v. Ireland*. Communication no. 2425/2014. Views of 12 June 2017. CCPR/C/119/D/2425/2014; Committee against Torture. Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Peru, adopted by the Committee at its forty-ninth session (29 October – 23 November 2012). 21 January 2013. CAT/C/PER/CO/5-6.

⁵⁹ См.: HRC. *Whelan v. Ireland*. Communication no. 2425/2014. § 7.12.

⁶⁰ См.: ECtHR. *P. and S. v. Poland*. Application no. 57375/08. Judgment of 30 October 2012. § 99.

⁶¹ См.: ECtHR. *R.R. v. Poland*. Application no. 27617/04. Judgment of 26 May 2011. § 186.

⁵⁴ См.: ECtHR. *Petrovic v. Austria*. Application no. 20458/92. Judgment of 27 March 1998. § 38–43. См. также особое совместное мнение судьи Берхардта и судьи Шпильмана, в котором они отметили, что «традиционные практики и роли в семейной жизни не могут оправдать различие в обращении с мужчиной и женщиной», а также согласились с Комиссией по правам человека в том, что «государство не может предоставлять социальные гарантии на дискриминационной основе».

⁵⁵ UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (*далее* – CEDAW). General Recommendation No. 24: Article 12 of the Convention (Women and Health). 1999. A/54/38/Rev.1. § 14.

яся от рассмотрения трудностей в проведении легального аборта с точки зрения гендерного равенства в рамках статьи 14 Конвенции⁶² и ссылаясь на доктрину пределов усмотрения, Суд допускает вынуждение женщин обращаться к медицинской помощи за рубежом⁶³, не придавая значения таким факторам, как экономическое благосостояние женщины и доступность профессионального наблюдения после проведения аборта.

Таким образом, Суд, не исследуя эти дела в рамках статьи 14 Конвенции, исключает необходимость оценки запрета аборт как с точки зрения стереотипов, лежащих в основе такой меры (предназначение женщины, связанное с материнством), так и с точки зрения отказа государства от создания институциональных условий, учитывающих особые потребности женщин.

Проанализированные дела показывают, что предоставление государствам широких пределов усмотрения при определении мер, необходимых «в общественных интересах», может представлять угрозу реализации принципа запрета дискриминации, а потому требует особенно осторожного подхода. В то же время такой подход, отражающий повышенное внимание к необходимости искоренения глубинных причин неравенства, Европейским Судом реализуется не всегда, что связано, на наш взгляд, с двумя факторами: с применением доктрины пределов усмотрения, которая имеет самостоятельное значение, а также со стремлением Суда сократить объём проверки дела до нарушения материально-правовых статей Конвенции и исключить статью 14 из предмета своего анализа.

4. Заключение

В настоящей статье проанализированы некоторые аспекты практики Европейского Суда по вопросам гендерной дискриминации и его подходы к разрешению таких дел.

Анализ показывает, что на сегодняшний день правовые позиции Европейского Суда в отношении гендерного равенства имеют несколько ключевых особенностей.

С одной стороны, Европейский Суд отмечает, что гендерное равенство рассматривается им в качестве одного из ключевых принципов, лежащих в основе Конвенции. Для правозащитной работы принципиально важно, что в своей практике Суд разработал весьма определённые стандарты защиты от дискриминации, выраженные в последовательном четырёхступенчатом тесте. Обращает на себя внимание также то обстоятельство, что Суд в целом восприимчив к концепции содержательного равенства и в ряде случаев готов учитывать подходы других международных органов по защите прав человека.

С другой стороны, существенной сложностью в делах о гендерной дискриминации может считаться возможность отказа Европейского Суда от анализа дела с точки зрения статьи 14 Конвенции. Такой подход зачастую ведёт к уклонению от применения концепций содержательного или трансформативного равенства и к невозможности учёта особых потребностей женщин, негативно сказываясь на их положении.

Ещё одной сложностью является возможность предоставления Судом государствам чрезмерно широких пределов усмотрения при определении внутренней политики по вопросам, затрагивающим гендерное равенство. Несмотря на то что подходы государств могут быть основаны на укоренившихся в обществе стереотипах и представлениях о гендерных ролях, Европейский Суд может не проявлять инициативу в изменении таких подходов.

Тем самым на сегодняшний день эти два обстоятельства играют существенную роль в раскрытии потенциала статьи 14 Конвенции с точки зрения обеспечения гендерного равенства.

Библиографическое описание:

Подоплелова О. Дела о гендерной дискриминации в практике Европейского Суда по правам человека: оценка эффективности подходов // Международное правосудие. 2018. № 3(27). С. 36–45.

Gender discrimination jurisprudence of the European Court of Human Rights: some areas of concern

Olga Podoplelova

Senior Lawyer, Institute for Law and Public Policy, Moscow, Russia (e-mail: olga.podoplelova@mail-ipp.ru).

⁶² См.: ECtHR. *A, B and C v. Ireland*. Application no. 25579/05. Judgment of 16 December 2010. § 269–270.

⁶³ См.: Ibid. § 241.

Abstract

The European Court of Human Rights regards gender equality as one of the key principles underlying the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. At the same time, the jurisprudence of the European Court currently reveals certain approaches that may lead to a denial of protection against discrimination on the basis of sex. Starting from the concept of transformative equality, the author explores such approaches of the Court based on several categories of cases related to the protection from domestic violence, as well as the implementation of social and reproductive rights. On the one hand, the approaches of the European Court in these cases confirm the Court's attention to the issues of discrimination and protection of women's rights. On the other hand, a detailed analysis demonstrates that gender discrimination cases imply several risks for applicants. These risks are connected, first, with the Court's restrictive approach to dealing with cases under Article 14 of the Convention and its limiting the subject of the analysis to violations of the substantive provisions of the Convention. In some cases, this approach leads to a simplification of the legal problem by ignoring the gender dimension of the issues raised by the applicants in their complaints. This risk is demonstrated by the author through the cases on domestic violence. Second, when considering cases on gender discrimination, the Court relies on the doctrine of the margin of appreciation of the States in regulating issues affecting gender equality, and defines it as substantially wide. In this respect, the States can justify discriminatory measures by the existing perceptions of gender roles within society, which are not always condemned by the European Court. Based on the cases related to the distribution of social guarantees and the exercise of the right to an abortion by women, the author shows that this approach practically results in an inability to eradicate the roots of inequality.

Keywords

European Court of Human Rights; equality; gender discrimination; women's rights.

Citation

Podoplelova O. (2018) Dela o gendernoy diskriminatsii v praktike Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka: otsenka effektivnosti podkhodov [Gender discrimination jurisprudence of the European Court of Human Rights: judging the effectiveness]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 8, no. 3, pp. 36–45. (In Russian).

References

- Alebastrova I. (2015) Gendernoe ravnopravie i gendernye privilegii: tseli i sredstva [Gender equality and gender privileges: aims and means]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 1, pp. 80–91. (In Russian).
- Baines B., Rubio-Marin R. (2005) *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Chilipenok Yu. Yu. (2014) Gendernye aspekty neformal'nykh trudovykh ot-nosheniy v sovremennykh rossijskikh organizatsiyah [Gender aspects of labour relations in modern Russian organisations]. *Zhenshchina v rossijskoy obshchestve*, no. 2, pp. 61–68. (In Russian).
- Dudko I. A. (2016) Konstitutsionnoe pravo na vybor professii: gendernyy aspekt (na primere resheniy Konstitutsionnogo Suda RF i Komiteta OON po likvidatsii diskriminatsii v otnoshenii zhenshchin) [Constitutional rights to choose a profession: a gender aspect (based on decisions of

- the Russian Constitutional Court and the UN Committee on the elimination of discrimination against women)]: Proceedings of the conferences of 2016, pp. 68–77. (In Russian).
- Filatova M. A. (2014) Sovremennyye voprosy pozitivnoy diskriminatsii v kontekste praktiki konstitutsionnykh sudov [Contemporary issues of positive discrimination in the jurisprudence of constitutional courts]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no. 4, pp. 19–28. (In Russian).
- Fredman S. (2012) *Discrimination Law*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Fredman S. (2017) Vozvrashchayas' k voprosu o soderzhatel'nom ravenstve [Substantive equality revisited]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 1, pp. 37–63. (In Russian).
- Harris D., O'Boyle M., Warbrick C. (2016) *Pravo Evkopskoy Konventsii po pravam cheloveka* [Law of the European Convention on Human Rights], Moscow: Razvitie pravovykh sistem. (In Russian).
- Irving H. (2017) *Constitutions and Gender*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Isaeva E. A. (2012) Pravovye garantii dlya lits s semeynymi obyazannostyami: problema gendernoy neytral'nosti [Legal guarantees for persons with family duties]. *Vestnik YarGU. Seriya Gumanitarnye nauki*, no. 2, pp. 89–92. (In Russian).
- Khaitan T. (2015) *A Theory of Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Mikhaylenko I. (2016) Diskriminatsiya v trudovykh otnosheniyakh v praktike Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [Discrimination in employment relations in the European Court of Human Rights case law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 4, pp. 132–140. (In Russian).
- Nevezhina M. V. (2018) Gendernaya diskriminatsiya v sfere truda: opyt bor'by na mezhdunarodnom urovne [Gender discrimination in labour: the experience at the international level]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no. 3, pp. 187–193. (In Russian).
- Podoplelova O. (2018) Gendernyye stereotypy v konstitutsionnom prave Rossii: lovushka "osobogo otnosheniya"? [Gender stereotypes in Russian constitutional law: the "special treatment" trap?]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 3, pp. 73–91. (In Russian).
- Polenina S. V. (2014) Prava devochek v kontekste norm Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii [The Rights of girls in the context of the Constitution of the Russian Federation]. *Gosudarstvo i pravo*, no. 8, pp. 27–34. (In Russian).
- Schabas W. (2015) *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press.
- Shelyutto M. L. (2013) Realizatsiya konstitutsionnykh printsipov semeynogo prava v rossiyskom zakonodatel'stve [Implementation of constitutional principles of family law in Russian laws]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 12, pp. 56–64. (In Russian).
- Timmer A. (2015) Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63, no. 1, pp. 239–284.
- Wesson M. (2010) Contested Concepts: Equality and Dignity in the Case-Law of the Canadian Supreme Court and South African Constitutional Court. In: Sajó A., Uitz R. (eds.) *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, The Hague: Eleven International Publishing, pp. 271–298.