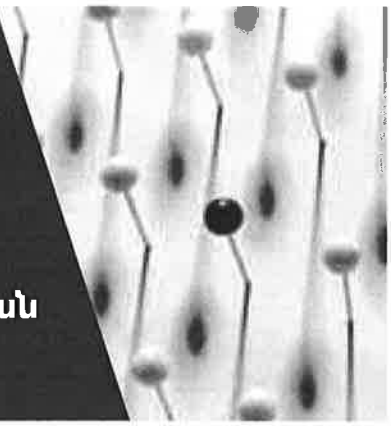
5

Խտրականության դեմ իրավունքում ապացուցողական հարցերը



5.1 Ներածություն

Խտրականությունն երբևիցե չի դրսևորում բաց և հեշտությամբ ճանաչելի կերպով: Ուղղակի խտրականության ապացուցումը երբեմն շատ դժվար է, եթե նույնիսկ, ըստ սահմանման, տարբերակված վերաբերմունքը բացեիբաց պայմանավորված է տուժողի հատկանիշներով: Ինչպես արդեն քննարկվել էր 2-րդ գլխում, շատ հաճախ տարբերակված վերաբերմունքի հիմքը կամ արտահայտված չէ, կամ էլ մակերեսորեն վերաբերում է մեկ այլ գործոնի (ինչպես նպաստները, որոնք պայմանավորված են անձի թոշակառու լինելու փաստով, ինչն էլ կապված է տարիքի հետ՝ որպես որոշակի հատկանիշ): Այս իմաստով գանգատները, որոնցում անհատները բացահայտ հայտարարում են տարբերակված վերաբերմունքի իրենց հիմքերը, համեմատաբար ավելի հազվադեպ են: Բացառություն հնարավոր է գտնել *Ֆերեն [Feryn]* գործում, ուր Բելգիայում մի ընկերության սեփականատերը գովազդային հայտարարությունների միջոցով և բանավոր հայտարարել է, որ աշխատանքի չի ընդունի ոչ մի «ներգաղթածի»[248]: ԱԵԴ-ը համարել է, որ սա հստակորեն ուղղակի խտրականության դեպք է ռասայական և էթնիկական հիմքով: Սակայն խտրականության հեղինակները միշտ չէ,

248 ԱԵԴ, *Հավասար հնարավորությունների և ռասիզմի դեմ պայքարի կենտրոնն ընդդեմ Ֆերեն ընկերության [Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV]*, գործ C-54/07 [2008] ECR I-5187, 10 հուլիսի, 2008թ.

որ կհայտարարեն այլոց համեմատությամբ որևէ մեկին նվազ վերաբերմունք ցուցաբերելու մասին, ոչ էլ կնշեն իրենց գործողությունների պատճառները: Կնոջն աշխատանքի չընդունելը կարող է պատճառաբանվել, որ նա «ավելի քիչ որակավորումներ» ունի, քան տղամարդ թեկնածուն, որին էլ հենց կառաջարկվի աշխատանքը: Նման իրավիճակներում տուժողը դժվարությամբ կարող է ապացուցել, որ ինքը ենթարկվել է սեռային հիմքով խտրականության:

Որոշակի հատկանիշի հիմքով տարբերակված վերաբերմունքի ապացուցման դժվարությունը թեթևացնելու համար խտրականության դեմ եվրոպական իրավունքը ապացուցման պարտավորությունը կիսում է կողմերի միջև: Հետևաբար, երբ հայցվորը կարող է ներկայացնել փաստեր, ըստ որոնց՝ կարելի է ենթադրել, որ տեղի է ունեցել խտրականություն, այդ պահից ի վեր ապացուցման պարտավորությունն ընկնում է պատասխանող կողմի վրա հակառակն ապացուցելու համար: Ապացուցման պարտավորության այս հերթափոխը հատկապես օգտակար է անուղղակի խտրականության վերաբերյալ գանգատների ժամանակ, երբ անհրաժեշտ է լինում ապացուցել, որ կոնկրետ դրույթը կամ պրակտիկան որոշակի խմբի վրա անհամաչափ ազդեցություն են թողնում: Անուղղակի խտրականության կանխավարկածն առաջ տանելու համար հայցվորին կարող են անհրաժեշտ լինել վիճակագրական տվյալներ, որոնք ցույց են տալիս տարբերակված վերաբերմունքի ընդհանուր օրինակներ: Որոշ երկրների դատարաններն ընդունում են նաև, այսպես կոչված, «իրավիճակի փորձարկման» միջոցով ստացված ապացույցները:

5.2 Ապացուցման պարտավորության բաշխումը

Սովորաբար գանգատ ներկայացնող հայցվորը պետք է համոզի որոշող մարմնին, որ տեղի է ունեցել խտրականություն: Սակայն, կարող է հատկապես դժվար լինել՝ ապացուցելու, որ անձի նկատմամբ ցուցաբերած տարբերակված վերաբերմունքը պայմանավորված է որոշակի հատկանիշներով, քանի որ հաճախ տարբերակված վերաբերմունքի իրական պատճառը միայն խտրականություն դրսևորող անձը

գիտի: Հետևաբար, խտրականության վերաբերյալ գանգատները շատ հաճախ հիմնվում են օբյեկտիվ միջամտությունների վրա, որոնք կապված են վիճարկվող դրույթի կամ պրակտիկայի հետ: Այլ կերպ ասած՝ Դատարանը պետք է համոզվի, որ տարբերակված վերաբերմունքի միակ ողջամիտ բացատրությունը տուժողի որոշակի հատկանիշն է, օրինակ՝ սեռը կամ ռասան: Այս սկզբունքը կիրառվում է հավասարապես ուղղակի և անուղղակի խտրականությունների դեպքում:

> Ապացուցման պարտավորության բաշխում. հայցվորը պետք է բավարար ապացույցներ ներկայացնի խտրական վերաբերմունքի վերաբերյալ: Սա կհանգեցնի խտրականության կանխավարկածին, որը պատասխանողը պետք է հերքի:

Քանի որ ենթադրյալ մեղավորը տիրապետում է գանգատն ապացուցելու համար անհրաժեշտ տեղեկություններին, խտրականության դեմ իրավունքը թույլ է տալիս ապացուցման պարտավորությունը բաշխել հայցվորի և պատասխանողի միջև: Ապացուցման պարտավորության բաշխման սկզբունքը լավ արմատավորված է ԵՄ իրավունքում և ՄԻԵԿ-ում[249]:

249 Ի լրումն ստորև ներկայացված գործի՝ տե՛ս, «Անկախ ռասայական և էթնիկական ծագումից՝ անձանց նկատմամբ հավասար վերաբերմունքի սկզբունքը կիրառելու մասին» հրահանգ [Racial Equality Directive] (հոդված 8), «Աշխատանքում և մասնագիտության մեջ հավասար վերաբերմունքն ապահովելու համար ընդհանուր հիմքեր սահմանող հրահանգ» [Employment Equality Directive] (հոդված 10), «Աշխատանքի և զբաղվածության հարցերում հավասար հնարավորությունների և կանանց և տղամարդկանց նկատմամբ հավասար վերաբերմունքի սկզբունքը կիրառելու մասին» հրահանգ (վերամշակված) [Gender Equality Directive (Recast)] (հոդված 19), «Ապրանքների մատակարարման և ծառայությունների մատուցման հարցում կանանց և տղամարդկանց նկատմամբ հավասար վերաբերմունքի կիրառման մասին» հրահանգ [Gender Goods and Services Directive] (հոդված 9), տե՛ս նաև, Սոցիալական իրավունքների եվրոպական կոմիտեի նախադեպային իրավունքը՝ *Սյուդ աշխատանք սոցիալական հարցեր կազմակերպությունն ընդդեմ Ֆրանսիայի[SUD Travail Affaires Sociales v. France]* (Գանգատ թիվ 24/2004), 8 նոյեմբերի, 2005թ., և *Մտավոր հաշմանդամների պաշտպանության կենտրոնն ընդդեմ Բուլղարիայի [Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) v. Bulgaria]* (Գանգատ թիվ 41/2007), 3 հունիսի, 2008թ.:

Այս պայմանը մեկնաբանվել է ՄԻԵԴ-ի նախադեպային իրավունքում, որը, մարդու իրավունքների պաշտպանության տարածաշրջանային և համընդհանուր մեխանիզմների հետ մեկտեղ, ընդունել է ապացուցման պարտավորության բաշխումը՝ ավելի լայն առումով մարդու իրավունքների խախտման գանգատների ապացուցման հետ կապված: Գործնականում ՄԻԵԴ-ն ուսումնասիրում է առկա ապացույցները որպես ամբողջություն՝ հաշվի չառնելով այն փաստը, որ պետությունն ավելի շատ է տիրապետում գանգատն ապացուցելու համար անհրաժեշտ տեղեկություններին: Հետևաբար, եթե դիմումատուի կողմից ներկայացված փաստերը հավաստի են թվում և համապատասխան առկա ապացույցներին, Դատարանը կհամարի դրանք ապացուցված, եթե պետությունը չներկայացնի ավելի համոզիչ այլընտրանքային բացատրություն: ՄԻԵԴ-ի ձևակերպմամբ ընդունում է որպես փաստեր այն պնդումները, որոնք՝

> *«հիմնված են բոլոր ապացույցների ազատ գնահատման վրա, այդ թվում՝ փաստերից բխող հնարավոր միջամտությունները և կողմերի դիրքորոշումները... Ապացույցները կարող են բխել բավարար կերպով ուժեղ, հստակ և համաձայնեցված վարկածների գոյակցությունից կամ նմանատիպ անվիճելի փաստերից: Ավելին՝ որոշակի եզրակացության հանգելու համար անհրաժեշտ համոզման մակարդակը, և այս կապակցությամբ ապացուցման պարտավորության բաշխումը անբաժանելիորեն կապված են այս փաստերի առանձնահատկությունների, պնդման բնույթի և ՄԻԵԿ-ի վտանգված իրավունքի հետ»*[250]:

Օրինակ՝ *Տիմիշևն ընդդեմ Ռուսաստանի [Timishev v. Russia]* գործում դիմումատուն պնդել է, որ իրեն խոչընդոտել են անցակետն այլ շրջան գնալու համար իր չեչենական ծագման

250 ՄԻԵԴ, *Նաչովան և այլոք ընդդեմ Բուլղարիայի [Nachova and others v. Bulgaria]* [ՄՊ] (թիվ 43577/98 and 43579/98), 6 հուլիսի, 2005թ., կետ 147: Ներառված է նաև՝ ՄԻԵԴ, *Տիմիշևն ընդդեմ Ռուսաստանի [Timishev v. Russia]* (թիվ 55762/00 և 55974/00), 13 դեկտեմբերի, 2005թ., կետ 39 և ՄԻԵԴ, *Դ.Հ-ն և այլոք ընդդեմ Չեխիայի Հանրապետության [D.H. and others v. the Czech Republic]* [ՄՊ] (թիվ 57325/00), 13 նոյեմբերի, 2007թ., կետ 178:

պատճառով[251]: ՄԻԵԴ-ը պարզել է, որ այս միջոցառումը պայմանավորված է եղել պաշտոնական փաստաթղթերով, որոնք մատնանշում են էթնիկ չեչենների տեղաշարժը սահմանափակող քաղաքականությունը: Պետության այն բացատրությունը, համաձայն որի՝ դիմումատուն կամովին է լքել հերթը, քանի որ նրան առաջնահերթություն չի տրվել, Դատարանը համոզիչ չի համարել վերջինիս պնդումների չհիմնավորվածության պատճառով: Հետևաբար, ՄԻԵԴ-ն ընդունել է, որ դիմումատուն ենթարկվել է խտրականության իր էթնիկ ծագման հիմքով:

Օրինակ՝ *Բրունհոֆեր [Brunnhofer]* գործում դիմումատուն պնդել է, որ ենթարկվել է սեռի հիմքով խտրականության, քանի որ նա ավելի քիչ է վարձատրվում, քան իր արական սեռի գործընկերները, որոնք գտնվում են վարձատրության նույն սանդղակում[252]: Դատարանը հայտարարել է, որ նախ՝ դիմումատուն պետք է ապացուցի, որ նա ավելի քիչ է վարձատրվում, քան իր գործընկերները, երկրորդ՝ որ նա կատարում է հավասար չափի աշխատանք: Այսքանը բավարար պայման է՝ առաջ քաշելու այն կանխավարկածը, որ տարբերակված վերաբերմունքը բացատրվում է միայն սեռի հիմքով: Այնուհետև, գործատուն պարտավորված կլինի ապացուցել հակառակը:

Հարկավոր է միշտ հիշել այս երկու խնդիրները: Նախ՝ ներպետական օրենսդրությունն է սահմանում, թե որ ապացույցներն են ընդունելի պետական մարմինների համար, և ներպետական պահանջները կարող են ավելի խիստ լինել, քան ՄԻԵԴ-ը կամ ԱԵԴ-ը: Երկրորդ՝ ապացուցման պարտավորության փոխանցումը սովորաբար չի կիրառվում քրեական իրավունքի դեպքերում, երբ պետությունն ինքն է հետապնդում իրավախախտին այն հանցանքի համար, որը պայմանավորված է եղել ռասիստական շարժառիթներով և հայտնի է որպես «ատելության հանցանք»: Սա մասամբ այն պատճառով, որ

251 ՄԻԵԴ, *Տիմիշևն ընդդեմ Ռուսաստանի [Timishev v. Russia]* (թիվ55762/00 and 55974/00), 13 դեկտեմբերի, 2005թ., կետեր 40–44:

252 ԱԵԴ, *Սուսաննա Բրունհոֆերն ընդդեմ Ավստրիական փոստային բանկի [Susanna Brunnhofer v. Bank der österreichischen Postsparkasse AG]*, գործ C-381/99 [2001] ECR I-4961, 26 հունիսի, 2001թ., կետեր 51–62:

քրեական պատասխանատվությունը հաստատելու համար անհրաժեշտ է բարձր չափանիշի ապացույց, և մասամբ այն մոտեցմամբ, որ դժվար կլինի հանցագործից պահանջել ապացուցել, որ չեն գործել ռասիստական շարժառիթներից ելնելով, ինչն էլ ամբողջովին սուբյեկտիվ է[253]:

Ենթադրյալ իրավախախտը կարող է հերքել կանխավարկածը երկու ճանապարհով: Նա կարող է կամ ապացուցել, որ հայցվորը փաստացի չի գտնվել «համեմատության հիմունքի» հետ նմանատիպ կամ համեմատելի իրավիճակում, ինչպես արդեն նշվել է 2.2.2 բաժնում, կամ որ տարբերակված վերաբերմունքը հիմնված չէ որոշակի հատկանիշների վրա, այլ ուրիշ օբյեկտիվ տարբերությունների, ինչպես ներկայացվել է 2.6 բաժնում: Եթե իրավախախտը չի կարողանում հերքել կանխավարկածը, ուրեմն պետք է առաջ քաշեն տարբերակված վերաբերմունքի հիմնավորումը՝ ցույց տալով, որ իրենց կողմից իրականացված միջոցառումն օբյեկտիվորեն հիմնավորված է և համաչափ:

Օրինակ՝ վերը նշված *Բրունհոֆեր [Brunnhofer]* գործում ԱԵԴ-ը ցուցումներ է տվել, թե ինչպես գործատուն կարող է հերքել խտրականության կանխավարկածը: Նախ՝ ցույց տալով, որ կին և տղամարդ աշխատակիցները փաստացի չեն գտնվում համեմատելի իրավիճակներում, քանի որ նրանց կողմից կատարվող աշխատանքը հավասար արժեքի չէ: Սա այն դեպքում, երբ նրանց աշխատանքներն ընդգրկում են էապես տարբեր բնույթի պարտականություններ: Երկրորդ՝ ցույց տալով, որ սեռի հետ կապ չունեցող օբյեկտիվ գործոնները վարձատրության տարբերություն են առաջացնում: Սա էլ այն դեպքում, երբ տղամարդ աշխատակցի եկամուտը համալրվել է ճամփորդական նպաստով, քանի որ նա ստիպված է եղել մեկ աշխատանքային շաբաթ աշխատել այլ վայրում և քնել հյուրանոցում:

253 Ռասիստական բռնությունների համատեքստում ապացուցման պարտավորության փոխանցման վերաբերյալ ՄԻԵԴ-ի մոտեցմանը ծանոթանալու համար տե՛ս ՄԻԵԴ, *Նաչովան և այլոք ընդդեմ Բուլղարիայի [Nachova and others v. Bulgaria]* [ՄՊ] (թիվ 43577/98 և 43579/98), 6 հուլիսի, 2005թ., կետեր 144–159: Խտրականության դեմ ԵՄ իրավունքը քրեական իրավունքի համատեքստում չի պահանջում ապացուցման պարտավորության փոխանցում:

Օրինակ՝ վերը նշված *Ֆերեն [Feryn]* գործում ԱԵԴ-ն համարել է, որ իրավախախտի կողմից կատարված հայտարարությունները և գովազդներն ուղղակի խտրականության կանխավարկածի հիմք են: Սակայն, Դատարանը նաև նշել է, որ ենթադրյալ իրավախախտը կարող է հերքել կանխավարկածը, եթե կարողանա ապացուցել իր ընկերությունում աշխատակիցների հավաքագրման փաստացի պրակտիկայում ոչ սպիտակ անձանց նկատմամբ այլ վերաբերմունք չի դրսևորվում՝ ցույց տալով, որ ոչ սպիտակ անձինք սովորաբար ընդունվում են աշխատանքի:

5.2.1 Ապացուցման ոչ ենթակա գործոններ

Որոշ խնդիրների դեպքում, որոնք հաճախ ուղեկցում են խտրականության դեպքերը, ինչպիսիք նախապաշարմունքներն են կամ խտրականության մտադրությունները, անհրաժեշտություն չի առաջանում՝ պարզելու, թե արդյոք խտրականություն համարելու համար իրավական պահանջը բավարարվել է: Այն, ինչ անհրաժեշտ է ապացուցել խտրականության դեպքում, սա ուղղակի տարբերակված վերաբերմունքի առկայությունն է, որը տեղի է ունեցել որոշակի հատկանիշի հիմքով, և հիմնավորված չի: Սա նշանակում է, որ կարիք չկա հաստատելու խտրականության իրավիճակի շուրջ բազմաթիվ օժանդակ փաստերը հայցն ապացուցելու համար:

Նախևառաջ՝ կարիք չկա նաև ապացուցելու, որ իրավախախտը շահադրդված է եղել որևէ նախապաշարմունքով: Ուստի, կարիք չկա ապացուցելու, որ իրավախախտն ունի «ռասիստական» կամ «սեքսիստական» տեսակետներ ռասայական կամ սեռային խտրականությունն ապացուցելու համար: Ընդհանուր առմամբ իրավունքը չի կարող կարգավորել անհատների վերաբերմունքը, քանի որ այն ամբողջովին ներքին է: Ավելի շուտ այն կարող է կարգավորել գործողությունները, որոնց միջոցով դրսևորվում է նման վերաբերմունքը:

Օրինակ՝ *Ֆերեն [Feryn]* գործում ընկերության սեփականատերը նշել է, որ ինքը կիրառել է այդ կանոնը, քանի որ ավելի շուտ իր հաճախորդները (քան ինքը) ցանկացել են, որ աշխատանքը կատարվի

սպիտակամորթ բելգիացիների կողմից: ԱԵԴ-ն այս փաստարկը հիմք չի համարել որոշելու համար, թե խտրականություն տեղի է ունեցել, թե ոչ: Սկզբունքորեն կարիք չկա ապացուցելու խտրական շարժառիթի առկայությունը, եթե խոսքը չի վերաբերում «ատելության հողի վրա հանցանքին», քանի որ քրեական իրավունքն ապացուցման ավելի բարձր շեմ է պահանջում:

Երկրորդ՝ անհրաժեշտ չէ ցույց տալ, թե դրույթը կամ գործողությունը հակված էր արդյունքում տարբերակված վերաբերմունք ունենալ: Սա նշանակում է, որ եթե նույնիսկ պետական մարմինը կամ մասնավոր անձը գործել են լավ մտադրությամբ և բարեխղճորեն, սակայն արդյունքում դա նպաստավոր չի եղել որոշակի խմբի համար, այդ գործողությունը համարվում է խտրական:

Օրինակ՝ վերը նշված *Դ.Հ.-ը և այլոք ընդդեմ Չեխիայի Հանրապետության [D.H. and others v. the Czech Republic]* գործում կառավարությունը պնդել է, որ «հատուկ դպրոցների» համակարգը ստեղծվել է գնչու երեխաներին աջակցելու համար, որպեսզի վերջիններս կարողանան հաղթահարել լեզվական դժվարությունները, և լրացվի նախադպրոցական կրթության բացը[254]: Այնուամենայնիվ, ՄԻԵԴ-ը համարել է, որ խնդիրը նպատակ չունի պարզելու, թե վիճարկվող քաղաքականությունն ուղղված է եղել գնչու երեխաներին: Խտրականությունն ապացուցելու համար հարկավոր է ցույց տալ, որ այդ քաղաքականությունն անհամաչափորեն և բացասաբար է ազդել այդ երեխաների վրա բնակչության մեծամասնության համեմատությամբ, այլ ոչ թե առկա է եղել խտրականության մտադրություն[255]:

Երրորդ՝ ռասայական խտրականության դեպքերի հետ կապված ԱԵԴ-ը համարել է, որ ճանաչելի տուժողի առկայությունն ապացուցելու անհրաժեշտություն չկա, և այս մոտեցումը հավանաբար կիրառելի է համանման հանգամանքներում այլ հատկանիշներով պայմանավորված խտրականության դեպքերում: Եթե ԵՄ իրավունքը

254 ՄԻԵԴ, *Դ.Հ-ն և այլոք ընդդեմ Չեխիայի Հանրապետության [D.H. and others v. the Czech Republic]* [ՄՊ] (թիվ 57325/00), 13 նոյեմբերի, 2007թ., կետ 79:
255 *Նույն տեղում*, կետեր 175, 184:

չի նախատեսում ճանաչելի տուժողի պահանջ, ապա այդպես չէ ՄԻԵԴ-ի դեպքում, քանի որ նման գանգատը չի համապատասխանի ՄԻԵԿ-ի 34-րդ հոդվածի շրջանակներում ընդունելիության չափանիշներին:

Օրինակ՝ *Ֆերեն [Feryn]* գործում հնարավոր չէր ապացուցել, որ որևէ մեկը փորձել է դիմել աշխատանքի համար և մերժվել է, ինչպես նաև հնարավոր չէր, որ որևէ մեկը փաստեր, որ գովազդի արդյունքում նրանք որոշել էին այդ ընկերություն չդիմել: Այլ կերպ ասած՝ չկար «ճանաչելի» տուժող, և գանգատը ներկայացվել էր Բելգիայի հավասարության վերահսկման մարմնի կողմից: ԱԵԴ-ը նշել է, որ անհրաժեշտություն չկա գտնելու խտրականության ենթարկված ճանաչելի տուժող: Քանի որ գովազդի բովանդակությունից պարզ էր, որ «ոչ սպիտակամորթները» պետք է խուսափեին աշխատանքի դիմելուց՝ ի սկզբանե իմանալով, որ հաջողության չէին հասնելու: Հաշվի առնելով վերոհիշյալը՝ հնարավոր է ապացուցել, որ օրենսդրությունը կամ կիրառվող քաղաքականությունը խտրական են՝ առանց փաստացի տուժողի կարիք ունենալու:

Օրինակ՝ «Իրավիճակի փորձարկման» դեպքերում (ներկայացված է ստորև) ֆիզիկական անձինք հաճախ գիտեն, որ իրենց նկատմամբ ցուցաբերվելու է անբարենպաստ վերաբերմունք կամ առնվազն ակնկալում են այն: Նրանց հիմնական նպատակը տվյալ ծառայության փաստացի հասանելիությունը չէ, այլ ապացույցների կազմումը: Սա նշանակում է, որ ավանդական իմաստով այս անձինք «տուժողներ» չեն: Նրանք ավելի շատ մտահոգված են օրենքի պահպանման, քան պատճառված վնասի փոխհատուցման խնդրով: Շվեդիայում իրավաբանական ֆակուլտետի մի խումբ ուսանողներ իրականացրել են իրավիճակի փորձարկում գիշերային ակումբներում և ռեստորաններում: Այս կապակցությամբ Շվեդիայի գերագույն դատարանը համարել է, որ այն ուսանողները, որոնք մասնակցել են փորձարկմանը, կարող են խտրական վերաբերմունքի վերաբերյալ գանգատ ներկայացնել: Դատարանը միաժամանակ նշել է, որ նրանց շնորհվող հնարավոր փոխհատուցումները կնվազեցվեն՝ արտացոլելու համար այն փաստը, որ նրանց չի

մերժվել մի բան, որն իրականում ցանկացել են (մասնավորապես՝ որոշակի հաստատություններ մուտք գործելը)[256]:

5.3 Վիճակագրության և այլ տվյալների դերը

Վիճակագրական տվյալները կարող են մեծապես օգնել հայցվորներին խտրականության կանխավարկած առաջ քաշելու գործում: Վիճակագրական տվյալները հատկապես օգտակար են անուղղակի խտրականության ապացուցման առումով, քանի որ այս իրավիճակներում կիրառված դրույթները և գործելակերպը չեզոք են թվում: Այս դեպքերում անհրաժեշտ է կենտրոնանալ դրույթների և գործելակերպի հետևանքների վրա՝ ցույց տալու համար, որ նրանք անհամաչափորեն անբարենպաստ են կոնկրետ անձանց խմբի համար նմանատիպ իրավիճակներում գտնվող այլ անձանց համեմատությամբ: Վիճակագրական տվյալների տրամադրումը գործում է ապացուցման պարտավորության փոխանցման հետ միաժամանակ: Այսինքն, երբ տվյալները ցույց են տալիս, որ, օրինակ, կանայք և հաշմանդամներն առանձնապես անբարենպաստ իրավիճակում են, համապատասխան պետությունը պետք է այդ թվերի վերաբերյալ տա համոզիչ այլընտրանքային բացատրություն: ՄԻԵԴ-ն այս հարցը մանրամասնել է *Հուգենջիկն ընդդեմ Նիդեռլանդների [Hoogendijk v. The Netherlands]* գործում.

> *«Դատարանը համարում է, որ երբ դիմումատուն ի վիճակի է պաշտոնական անվիճելի վիճակագրական տվյալների հիման վրա ներկայացնել բավարար ապացույցներ, որ որոշակի դրույթը, չնայած չեզոք ձևակերպմանը, իրականում հստակորեն ազդում է*

256 *Իսքեյփ բար-ռեստորանն ընդդեմ Էթնիկ խտրականության դեմ հարցերով Օմբուդսմենի [Escape Bar and Restaurant v. Ombudsman against Ethnic Discrimination]* T-2224-07, 1 հոկտեմբերի, 2008թ. (Շվեդիա, Գերագույն դատարան): Անգլերեն սեղմագիրը հասանելի է ՀԻԳ-ի (FRA) տեղեկատվական պորտալում, գործ 365-1, Խտրականության դեմ ոլորտում իրավական փորձագետների եվրոպական ցանցում [European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field], 8 (հուլիս, 2009) «Խտրականության դեմ եվրոպական իրավունքի ամսագիր» [European Anti-Discrimination Law Review], էջ 68:

կանանց ավելի մեծ տոկոսի վրա, քան տղամարդկանց, ապա պատասխանող Կառավարությունը պետք է ցույց տա, որ վերոնշյալը սեռային խտրականության հետ որևէ կապ չունեցող օբյեկտիվ գործոնի արդյունք է»:

Վիճակագրական տվյալները հաշվի առնելիս դատարանները կարծես թե չեն դնում ապացուցման ենթակա նվազագույն անհավասարակշռության պահանջներ անուղղակի խտրականության առկայությունը հաստատելու համար: ԱԵԴ-ն ընդգծում է, որ այդ անհավասարակշռությունը պետք է էական լինի: ԱԵԴ-ի նախադեպային իրավունքը սեռային խտրականության առումով ամփոփ ներկայացվել է *Նոլթե* [*Nolte*] գործում գլխավոր փաստաբան Լեժեի կարծիքում.

«Խտրական համարվելու համար միջոցառումը պետք է ազդի «շատ ավելի մեծ թվով կանանց վրա, քան տղամարդկանց» [Rinner-Kuhn[257]] կամ «տղամարդկանց զգալիորեն ավելի ցածր տոկոսի, քան կանանց» [Nimz[258], Kowalska[259]] կամ «ավելի շատ կանայք, քան տղամարդիկ» [De Weerd[260]]:

*Այս գործերը վկայում են, որ պետք է հատկապես նշվի միջոցառումից տուժած կանանց համամասնությունը: **Ռիններ-Կուն** [Rinner-Kuhn] գործում Դատարանը եզրակացրել է, որ առկա է եղել խտրական իրավիճակ, երբ կանանց տոկոսը կազմել է 89%: Ուստի, հավանական է, որ այդ դեպքում 60% ցուցանիշը բավարար չլինի*

257 ԱԵԴ, ***Ռիններ-Կունն ընդդեմ FWW Spezial-Gebaeudereinigung ընկերության*** *[Rinner-Kuhn v. FWW Spezial-Gebaeudereinigung]*, գործ C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 հուլիսի, 1989թ.:

258 ԱԵԴ, ***Նիմցն ընդդեմ Համբուրգ քաղաքի*** *[Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg]*, գործ C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 փետրվարի, 1991թ.:

259 ԱԵԴ, ***Կովալսկան ընդդեմ Համբուրգ քաղաքի*** *[Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg]*, գործ C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 հունիսի, 1990թ.:

260 ԱԵԴ, ***Դի Վիրդը, օրիորդական ազգանունը՝ Ռոկս, և այլոք ընդդեմ Առողջության, մտավոր, սոցիալական շահերի պաշտպանության ընկերությունների կազմակերպության տնօրինության և այլոց*** [*De Weerd, nee Roks, and others v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen and others*Գործ C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 փետրվարի, 1994թ.:

խտրականության առկայության վերաբերյալ եզրակացություն կայացնելու համար»[261]:

Օրինակ՝ *Շոյնհայթ [Schönheit]* գործում կես դրույքով աշխատող դիմումատուն պնդել է, որ ենթարկվել է սեռային խտրականության[262]: Վճարման ենթակա կենսաթոշակների տարբերությունը, որը հիմնված չէր աշխատանքային ստաժի վրա, նշանակում էր, որ կես դրույքով աշխատողներն իրականում ավելի քիչ էին վարձատրվում, քան լրիվ դրույքով աշխատողները: Ներկայացվել են վիճակագրական ապացույցներ այն մասին, որ կես դրույքով աշխատողների 87,9 %-ը կանայք են: Չնայած իր չեզոք բնույթին՝ միջոցառումը տղամարդկանց համեմատությամբ անհամաչափորեն բացասաբար է ազդել կանանց վրա: ԱԵԴ-ն ընդունել է սեռային խտրականության կանխավարկածը: *Գերստեր [Gerster]* գործում նմանապես Դատարանն ընդունել է անբարենպաստ վերաբերմունքի առկայությունը կես դրույքով աշխատակիցների նկատմամբ, որոնց 87 %-ը կանայք են[263]:

Օրինակ՝ *Սեյմուր-Սմիթ [Seymour-Smith]* գործը վերաբերում է ՄԹ օրենքին, որն աշխատանքից անարդարացի ազատման դեպքերի համար նախատեսում է հատուկ պաշտպանություն այն անձանց համար, որոնք երկու տարի շարունակ աշխատել են նույն գործատուի համար[264]: Դիմումատուն պնդում է, որ նրա նկատմամբ դրսևորվել է անուղղակի սեռային խտրականություն, քանի որ

261 Գլխավոր փաստաբան Լեժեի կարծիքը, 31 մայիսի, 1995թ., կետեր 57-58, ԱԵԴ, *Նոլթեն ընդդեմ Հաննովերի անկախ արհեստավորների և առևտրականների կենսաթոշակային ապահովագրության [Nolte v. Landesverischerungsanstalt Hannover]ի, գործ* C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 դեկտեմբերի, 1995թ.:

262 ԱԵԴ, *Հիլդե Շոյնհայթն ընդդեմ Ֆրանկֆուրտ քաղաքի [Hilde Schönheit v. Stadt Frankfurt am Main]և Սիլվիա Բեքերն ընդդեմ Հեսսենի շրջանի [Silvia Becker v. Land Hessen]*, համատեղ քննված գործեր C-4/02 և C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 հոկտեմբերի, 2003թ.:

263 ԱԵԴ, *Գերստերն ընդդեմ Բավարիայի շրջանի [Gerster v. Freistaat Bayern]*, գործ C-1/95 [1997] ECR I-5253, 2 հոկտեմբերի, 1997թ.:

264 ԱԵԴ, *Ռ-ն ընդդեմ Զբաղվածության հարցերի պետքարտուղարի, ex parte Սեյմուր-Սմիթ և Պերես [R v. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez]*, գործ C-167/97 [1999] ECR I-623, 9 փետրվարի, 1999թ.:

կանանց համար ավելի քիչ հավանական է ապահովել այդ պահանջը, քան տղամարդկանց համար: Այս գործը բավականին հետաքրքիր է, քանի որ ԱԵԴ-ը վկայել է, որ անհամաչափության ավելի ցածր մակարդակը դեռևս կարող է ապացուցել անուղղակի խտրականության առկայություն, «եթե վիճակագրական տվյալները ցույց են տալիս, որ երկար ժամանակաշրջանում կանանց և տղամարդկանց միջև անհավասարությունը շարունակական և հարաբերականորեն կայուն է եղել»: Գործի փաստական հանգամանքները հաշվի առնելով՝ Դատարանը, այնուամենայնիվ, նշել է, որ ներկայացված վիճակագրական տվյալները, որոնք ցույց են տալիս, որ պահանջն ապահովել են տղամարդկանց 77,4 %-ը և կանանց 68,9 %-ը, չեն վկայում, որ ամեն դեպքում օրենքի պահանջն ապահովող կանանց տոկոսը զգալիորեն փոքր է եղել:

Օրինակ՝ *Դ.Հ-ը և այլոք ընդդեմ Չեխիայի Հանրապետության [D.H. and others v. the Czech Republic]* գործը ներառում է գնչու դիմումատուների գանգատներն այն մասին, որ երեխաներն իրենց գնչուական ծագման պատճառով դուրս են մնացել սովորական հանրակրթական համակարգից և ընդգրկվել են «հատուկ դպրոցներում», որոնք նախատեսված են ուսումնառության խնդիրներ ունեցող երեխաների համար[265]: Գնչու երեխաներին «հատուկ դպրոցներում» ընդգրկումը պայմանավորված է եղել մտավոր ունակությունները ստուգող թեստավորման արդյունքների վրա: Չնայած, որ այս պրակտիկան ակնհայտորեն «չեզոք» էր, թեստերի բնույթն ավելի էր դժվարացնում գնչու երեխաների կողմից բավարար արդյունքների ձեռքբերումը և սովորական հանրակրթական համակարգում ընդգրկումը: ՄԻԵԴ-ը համարել է, որ խտրականությունը պետք է ապացուցվի վիճակագրական տվյալներով, որոնք ցույց կտան, որ «հատուկ դպրոցներում» ընդգրկված աշակերտների բարձր համամասնությունը կազմում են գնչուական ծագման աշակերտները: Դիմումատուների կողմից ներկայացված տվյալները, որոնք վերաբերում էին իրենց աշխարհագրական որոշակի շրջանին, վկայում էին այն մասին, որ հատուկ

265 ՄԻԵԴ, *Դ.Հ-ն և այլոք ընդդեմ Չեխիայի Հանրապետության [D.H. and others v. the Czech Republic]* [ՄՊ] (թիվ 57325/00), 13 նոյեմբերի, 2007թ.:

դպրոցների աշակերտների 50-56 %-ը գնչու երեխաներն են այն դեպքում, երբ նրանց կրթության ոլորտում ներկայացնում են ողջ բնակչության մոտ երկու տոկոսը: Միջկառավարական կազմակերպության աղբյուրներից վերցրած տվյալների համաձայն երկրում ամբողջությամբ վերցված գնչու աշակերտների 50-90 %-ն ընդգրկված է հատուկ դպրոցներում: ՄԻԵԴ-ն եզրակացրել է, որ քանի որ տվյալները ճշգրիտ չեն, հստակորեն ցույց չեն տալիս, որ միջոցառումից տուժած գնչու երեխաների թիվն անհամաչափորեն բարձր է ընդհանուր բնակչության կազմի նկատմամբ[266]:

Թվում է, թե հնարավոր է ապացուցել, որ որոշակի պաշտպանված խումբ կրել է անհամաչափ ազդեցություն, նույնիսկ երբ չկա ոչ մի վիճակագրական տվյալներ, սակայն հասանելի աղբյուրներն արժանահավատ են և օգնում են վերլուծել:

Օրինակ՝ *Օպուզն ընդդեմ Թուրքիայի [Opuz v. Turkey]* գործը վերաբերում է ընտանեկան բռնության մի դեպքի, ուր ամուսինը բազմաթիվ անգամ դաժան ծեծի է ենթարկել կնոջը և նրա մորը՝ վերջիվերջո սպանելով վերջինիս[267]: ՄԻԵԴ-ը համարել է, որ պետությունը չի պաշտպանել դիմումատուին և նրա մորն անմարդկային ու նվաստացնող վերաբերմունքից, ինչպես նաև չի պաշտպանել մոր կյանքը: Դատարանը նաև համարել է, որ պետությունը խտրականություն է դրսևորել նրա նկատմամբ՝ կին լինելու հանգամանքով համապատասխան պաշտպանությունը չապահովելով: Դա եզրակացրել է՝ մասամբ հիմնվելով այն ապացույցների վրա, համաձայն որոնց՝ ընտանեկան բռնությունների զոհերի ծանրակշիռ մեծամասնությունը կանայք են, ինչպես նաև տվյալների վրա, որոնք ցույց են տալիս ներպետական ընտանեկան բռնության զոհերի պաշտպանության նպատակով դատարանների կողմից տրված կարգադրությունների հարաբերականորեն սահմանափակ քանակը: Հետաքրքիր է, որ այս դեպքում ՄԻԵԴ-ին չէին ներկայացվել վիճակագրական տվյալներ, որոնք կվկայեին, որ ընտանեկան

266 ՄԻԵԴ, *Դ.Հ-ն և այլոք ընդդեմ Չեխիայի Հանրապետության [D.H. and others v. the Czech Republic]* [ՄՊ] (թիվ 57325/00), 13 նոյեմբերի, 2007թ., կետեր 18, 196-201:

267 ՄԻԵԴ, *Օպուզն ընդդեմ Թուրքիայի [Opuz v. Turkey]* (թիվ 33401/02), 9 հունիսի, 2009թ.:

բռնությունների զոհերը մեծ մասամբ կանայք են, և իսկապես, նշվել էր, որ Ամնեսթի Ինտերնեյշնալը հայտարարել է, որ այս առումով չկան հավաստի տվյալներ: Սակայն, Դատարանն ընդունել է հեղինակավոր կազմակերպության և Կանանց նկատմամբ խտրականության վերացման կոմիտեի գնահատականը, ուր նշվել էր, որ կանանց նկատմամբ բռնությունը զգալի խնդիր է Թուրքիայում:

Հարկ է հաշվի առնել, որ վիճակագրական տվյալները ոչ միշտ են անհրաժեշտ ուղղակի խտրականության դեպքերն ապացուցելու համար: Վիճակագրական տվյալների օգտագործման անհրաժեշտությունը կախված է գործի փաստական հանգամանքներից: Մասնավորապես, նույն պաշտպանված կատեգորիային պատկանող այլ անձանց համոզմունքներին կամ գործելակերպին վերաբերող ապացույցները կարող են բավարար լինել:

Օրինակ՝ *Օրշուշը և այլոք ընդդեմ Խորվաթիայի [Oršuš and others v. Croatia]* գործում որոշ դպրոցներում բացվել էին դասարաններ, որոնց համար նախատեսվել էր սովորական դասարանների հետ համեմատած ուսումնական կրճատված ծրագիր[268]: Դիմումատուները պնդել են, որ այդ դասարաններում գնչու աշակերտների թիվն անհամաչափորեն բարձր է, ուստի համարել են էթնիկ ծագման հիմքով անուղղակի խտրականություն: Կառավարությունը պնդել է, որ այդ դասարանները կազմվել են խորվաթերենի իմացության հիմքով, և երբ աշակերտները կհասնեն լեզվի իմացության համապատասխան մակարդակի, նրանց կտեղափոխեն սովորական դասարաններ: ՄԻԵԴ-ը համարել է, որ ի տարբերություն իր կողմից քննված *Դ.Հ. [D.H.]* գործի, առկա վիճակագրական տվյալները խտրականության կանխավարկած չեն առաջացնում: Մեկ դպրոցում աշակերտների 44 %-ը գնչուներ են, որի 73 %-ն ընդգրկվել է միայն գնչու աշակերտներից բաղկացած դասարաններում: Մեկ այլ դպրոցում աշակերտների ընդհանուր թվի 10 %-ը գնչու աշակերտներ էին, որի 36 %-ն էր ընդգրկվել առանձին դասարաններում: Սա հաստատում է այն փաստը, որ չկար ընդհանուր քաղաքականություն գնչու աշակերտներին ավտոմատ կերպով առանձին դասարաններում ընդգրկելու համար: Այնուամենայնիվ, ՄԻԵԴ-ը եկավ այն

268 ՄԻԵԴ, *Օրշուշը և այլոք ընդդեմ Խորվաթիայի [Oršuš and others v. Croatia]* [ՄՊ] (թիվ 15766/03), 16 մարտի, 2010թ., կետեր 152-153:

եզրակացության, որ հնարավոր էր ընդունել անուղղակի խտրականության փաստն առանց վիճակագրական տվյալների վրա հենվելու: Այս գործում խորվաթերենի անբավարար իմացության հիմքով երեխաներին առանձին դասարաններում ընդգրկումը վերաբերվել էր միայն գնչու աշակերտներին: Հետևաբար, այս փաստն ուղղակի խտրականության կանխավարկածի տեղիք է տալիս:

Օրինակ՝ Սլովենիայի հավասարության սկզբունքի պաշտպանն ուսումնասիրել է մի գործ, ուր ներգրավվել է մի գործատու, որն իր աշխատողներին սնունդ էր տրամադրում, որի բաղադրության մեջ շատ հաճախ խոզի միս էր կամ ճարպ: Մահմեդական աշխատակիցն իր սնունդը գնելու համար խնդրել է իրեն տրամադրել այլընտրանքային սննդի օրապահիկ, որը գործատուն տրամադրում էր այն աշխատակիցներին, որոնք այդ անհրաժեշտությունը կարողանում էին հիմնավորել բժշկական պատճառներով[269]: Այս գործն առնչվում է անուղղակի խտրականության հետ, քանի որ այդ չեզոք պրակտիկան բացասաբար էր ազդում մահմեդականների վրա, որոնց չի թույլատրվում ուտել խոզի միս: Այս գործի փաստական հանգամանքները դիտարկելիս անհրաժեշտություն չի առաջացել ներկայացնել վիճակագրական տվյալներ՝ ցույց տալու համար, որ այս գործելակերպը բացասական ազդեցություն է ունեցել մահմեդականների վրա, քանի որ հեշտ էր պարզել, որ նրանք չեն կարող խոզի միս ուտել կրոնական նկատառումներից ելնելով:

Օրինակ՝ ՄԹ դատարանի կողմից ուսումնասիրված գործում գործատուն արգելում էր աշխատակիցներին իրենց արտահագուստի վրա զարդեր կրել (նաև կրոնական պատճառներով)[270]: Քրիստոնյա

269 Հավասարության սկզբունքի պաշտպան (Սլովենիա), Որոշում թիվ UEM-0921-1/2008-3, 28 օգոստոսի, 2008թ. Անգլերեն սեղմագիրը հասանելի է ՀԱԳ-ի (FRA) տեղեկատվական պորտալում, գործ 364-1, Խտրականության դեմ ոլորտում իրավական փորձագետների եվրոպական ցանցում [European Network of Legal Experts on the Non-Discrimination Field], 8 (հուլիս, 2009) Խտրականության դեմ եվրոպական իրավունքի ամսագիր [„European Anti-Discrimination Law Review"], at էջ 64.:

270 Միացյալ Թագավորության վերաքննիչ դատարան *Իվայդան ընդդեմ Բրիտանական ավիաուղիներ ընկերության* [UK Court of Appeal, *Eweida v. British Airways Plc*] [2010] EWCA Civ 80, 12 փետրվարի, 2010թ.:

աշխատակցուհին բողոք է ներկայացրել, որ իր նկատմամբ կիրառվել էր կրոնի հիմքով խտրականություն, քանի որ նրան արգելել են խաչ կրել: Դատավարության, ինչպես նաև հետագա վերաքննիչ դատավարության ընթացքում դատավորները պատրաստ էին ընդունել, որ այդ արգելքը կրոնի հիմքով խտրականություն կարող է լինել, եթե հնարավոր լինի ապացուցել, որ խաչի կրումը քրիստոնեական կրոնի պահանջ է: Այս նպատակով Աշխատանքային հարցերի դատարանն ավելի շուտ դիմեց փորձագետներին քրիստոնեական ավանդույթների վերաբերյալ տեղեկություններ ստանալու համար, քան փնտրեց վիճակագրական տվյալներ աշխատավայրում կրոնական խորհրդանիշներ կրող քրիստոնյաների թվի վերաբերյալ:

Հիմնական կետեր

Նվազ բարենպաստ վերաբերմունքի շարժառիթը կարևոր չէ, սակայն դրա ազդեցությունն է կարևոր:

ԵՄ իրավունքի համաձայն՝ ճանաչելի տուժողի առկայությունն անհրաժեշտ չէ:

Նախնական ապացուցման պարտականությունն ընկնում է հայցվորին, ով պետք է ներկայացնի ապացույցներ, որոնք ենթադրում են, որ տեղի է ունեցել խտրականություն:

Վիճակագրական ապացույցները կարող են օգտագործվել խտրականության կանխավարկած առաջացնելու համար:

Ապացուցման պարտականությունն այնուհետև փոխանցվում է ենթադրյալ իրավախախտին, ով պետք է ապացույցներ ներկայացնի, համաձայն որոնց՝ նվազ բարենպաստ վերաբերմունքը հիմնավորված չի եղել որոշակի հատկանիշներից որևէ մեկով:

Խտրականության կանխավարկածը կարող է հերքվել՝ ապացուցելով, որ կամ տուժողը «համեմատական հիմունքի» հետ չի գտնվում համեմատելի իրավիճակում, կամ որ տարբերակված վերաբերմունքը հիմնված է որոշակի հատկանիշի հետ կապ չունեցող օբյեկտիվ գործոնի վրա: Եթե իրավախախտը չի կարողանում հերքել կանխավարկածը, դեռևս կարող է փորձել հիմնավորել տարբերակված վերաբերմունքը: