



ISSN 2029–2236 (print)
ISSN 2029–2244 (online)
SOCIALINIŲ MOKSLŲ STUDIJOS
SOCIAL SCIENCES STUDIES
2010, 3(7), p. 329–350.

TIESIOGINĖS DISKRIMINACIJOS SAMPRATA PAGAL RASIŲ LYGYBĖS, UŽIMTUMO LYGYBĖS IR LYČIŲ LYGYBĖS DIREKTYVAS

Diana Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė

Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto
Darbo teisės ir socialinės saugos katedra
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva
Telefonas (+370 5) 2714 633
Elektroninis paštas dsk@mruni.eu

Pateikta 2010 m. rugsėjo 1 d., parengta spausdinti 2010 m. rugsėjo 21 d.

Anotacija. *Gausi Europos Teisingumo Teismo praktika diskriminacijos dėl lyties bylose suformavo pagrindinius principus ir padarė įtaką jurisprudencijai bei teismų praktikai nagrinėjant diskriminacijos bylas ir kitais pagrindais (rasės, amžiaus, lytinės orientacijos ir kt.). Straipsnyje analizuojama Rasės lygybės bei Užimtumo lygybės direktyvų pagrindu suformuluota ir taikoma tiesioginės diskriminacijos samprata, vėliau perimta kitų direktyvų ir nacionalinių valstybių teisės aktų. Lietuva, kaip ir kitos valstybės narės, perkėlė Direktyvų nuostatas iš esmės atkartodama tiesioginės diskriminacijos apibrėžimą. Straipsnyje analizuojami tiesioginės diskriminacijos sąvokos elementai: simetriškumas, palyginimas, mažiau palankus elgesys, galimybė pateisinti tiesioginę diskriminaciją. Atskleidžiant tiesioginės diskriminacijos sampratą, remiamasi Europos Teisingumo Teismo ir nacionalinių teismų praktika.*

Straipsnio pirmoje dalyje pateikiamas tiesioginės diskriminacijos santykis su bendra diskriminacijos sąvoka, diskriminacijos ir lygybės santykis. Antroje straipsnio dalyje nagrinėjami tiesioginės diskriminacijos sąvokos elementai: simetriškumas ir palyginimas, mažiau palankus elgesys. Vertinama tikslo ir motyvo reikšmė tiesioginės diskriminacijos byloje, hipotetinio palyginimo galimybė, tiesioginės diskriminacijos pateisinimas.

Reikšminiai žodžiai: lygiateisiškumas, diskriminacija, tiesioginės diskriminacijos samprata, palyginimas tiesioginės diskriminacijos byloje, hipotetinis palyginimas, mažiau palankus elgesys, tiesioginės diskriminacijos pateisinimas.

Ivadas

Europos Tarybos direktyva 2000/43/EB, įgyvendinanti vienodų sąlygų taikymo asmenims nepaisant jų rasės arba etninės kilmės principą (toliau – Rasių lygybės direktyva) bei Europos Tarybos direktyva 2000/78/EB, nustatanti vienodų sąlygų taikymo užimtumo ir profesinėje srityje bendruosius pagrindus (toliau – Užimtumo lygybės direktyva) pirmą kartą įtvirtino tiesioginės diskriminacijos sąvoką. Nuo šio momento prasidėjo naujas etapas antidiskriminacinėje jurisprudencijoje. Tiesioginės diskriminacijos sąvoka vėliau buvo įtvirtinta ir kitose direktyvose, priimtose lygiateisiškumo užtikrinimo srityje: direktyvoje 2002/73/EB ir ją pakeitusioje 2006/54/EB (toliau – Lyčių lygybės direktyva) bei direktyvoje, draudžiančioje diskriminaciją prekių ir paslaugų srityje (2004/113/EB). Šių direktyvų pagrindu tiesioginės diskriminacijos samprata buvo perkelta į nacionalinių valstybių teisės sistemas ir reikalavimai, keliami siekiant atpažinti tiesioginę diskriminaciją, pradėti įgyvendinti praktikoje.

Nors straipsnyje analizuojamų direktyvų nuostatos įtvirtina aiškų tiesioginės diskriminacijos sąvokos apibrėžimą, tačiau bylų, nagrinėjamų Europos Teisingumo Teisme (toliau – ir ETT), gausa rodo, kad tiesioginės diskriminacijos sampratos taikymas yra nevienareikšmis. Vadovaujantis pastarųjų metų ETT praktika, matomos tendencijos tiesioginės diskriminacijos sampratą aiškinti plečiamai, įtraukiant ir naujas tiesioginės diskriminacijos formas, tokias kaip diskriminacija dėl ryšių, nurodymas diskriminuoti, kt. Tačiau norint tinkamai suprasti naujas tiesioginės diskriminacijos formas, būtina įvertinti Amsterdamo sutarties 13 straipsnio pagrindu priimtų direktyvų apibrėžtą tiesioginės diskriminacijos sampratą.

Vienas iš pagrindinių tiesioginės diskriminacijos sampratos elementų – būtinumas palyginti kiek galima panašesnes situacijas – pastarojo laikotarpio mokslinėje literatūroje dažnai kritikuojamas kaip galimas, bet nebūtinai elementas kiekvienoje tiesioginės diskriminacijos byloje. Tiek doktrinoje, tiek praktikoje pradėta ieškoti būdų, kaip išvengti palyginimo elemento, kuris tam tikrose situacijose pasunkina asmenų, patyrusių nepalankų elgesį, galimybes įrodyti tiesioginės diskriminacijos faktą teisme (pvz., moterų, patiriančių diskriminaciją dėl nėštumo).

Lietuvai, kaip ir daugeliui kitų Europos Sąjungos šalių, kur bylos dėl diskriminacijos yra naujos, ypač svarbu teisingai suprasti direktyvų nuostatas nagrinėjamu klausimu. Tema aktuali darbo teisei ne tik teoriniu, bet ir praktiniu aspektais, kadangi tiesioginės diskriminacijos samprata nauja, Lietuvos mokslinėje literatūroje išsamiai neatskleista, teisingas jos aiškinimas padės tinkamai įgyvendinti antidiskriminacines nuostatas praktikoje, atriboti tiesioginę diskriminaciją nuo kitų diskriminacijos formų.

Lygybės, diskriminacijos, tiesioginės diskriminacijos sampratas ir susijusius klausimus plačiai nagrinėjo daugelis užsienio šalių mokslininkų: M. Barbera, M. Bellas,

C. Bernardas, C. Brorsas, P. Chieco, S. Fredman, J. Gerards'as, B. Hepple'as, D. Izzi, A. McColganas, C. McCruddenas, D. Schiekas, L. Waddingtonas ir kiti. Apie lygiateisiškumo principą konstitucinėje tarptautinėje teisėje rašė Lietuvos mokslininkai A. Abramavičius, T. Birmontienė, E. Jarašiūnas, D. Jočienė, K. Jovaišas, E. Kūris, V. Milašiūtė, A. Vaišvila, S. Vidrinskaitė, E. Žiobienė, J. Žilys ir kiti. Atskirus lygybės bei lygiateisiškumo principo klausimo aspektus nagrinėjo T. Davulis, L. Dromantienė, V. Gerikienė, D. Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė, R. Guobaitė-Kiršlienė, V. Kanopienė, I. Mačernytė-Panomariovienė ir kiti.

Tačiau reikia pasakyti, kad Lietuvos teisės mokslinėje literatūroje tiesioginės diskriminacijos samprata, jos turinio elementai, atribojimas nuo kitų diskriminacijos formų nebuvo plačiau analizuoti. Autorių darbuose pateikiama lygiateisiškumo ir diskriminacijos santykio analizė, apsiribojama diskriminacijos formų (tiesioginė, netiesioginė) skyrimu, pateikiami tam tikri taikymo aspektai atskirose visuomeninio gyvenimo srityse (pvz., lygaus moterų ir vyrų darbo užmokesčio mokėjimo srityje, ne viso darbo laiko srityje, analizuojama diskriminacijos fakto nustatymo, įrodymų naštos perkėlimo specifika ir kt.).

Mokslinio tyrimo tikslas – išanalizuoti Europos Sąjungos direktyvų bei Lietuvos teisės aktų nuostatas, įtvirtinančias tiesioginės diskriminacijos sampratą, Europos Teisingumo Teismo bei nacionalinių valstybių teismų praktiką taikant tiesioginę diskriminaciją draudžiančias nuostatas, išskirti ir apibūdinti tiesioginės diskriminacijos sampratos elementus.

Tyrimo objektas – tiesioginės diskriminacijos samprata. Tikslui pasiekti keliami šie uždaviniai: 1) atskleisti tiesioginės diskriminacijos santykį su bendra diskriminacijos sąvoka, diskriminacijos ir lygybės santykį; 2) išanalizuoti tiesioginės diskriminacijos sąvokos turinį.

Straipsnyje taikyti aprašomasis, analitinis, istorinis, teleologinis ir lyginamasis metodai. Pagrindinis dėmesys straipsnyje skiriamas tiesioginės diskriminacijos sąvokos simetriškumui, reikalavimui lyginti situacijas, mažiau palankaus elgesio vertinimui, tikslo ir motyvo reikšmei ir kt.

1. Tiesioginės diskriminacijos santykis su bendru lygiateisiškumo principu. Diskriminacijos ir lygybės santykis

Lygiateisiškumo principas kildinamas iš daugelio tarptautinių teisės aktų¹, tačiau diskriminacijos apibrėžimo juose nerasime. Ankstyvuosiuose Europos Bendrijos teisės aktuose, tokiuose kaip 1968 m. spalio 15 d. Europos Tarybos reglamentas 1612/68

1 Visuotinė žmogaus teisių deklaracija. *Valstybės žinios*. 2006, Nr. 68-2497; Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvų apsaugos konvencija. *Valstybės žinios*. 1995, Nr. 40-987; Tarptautinis ekonominių, socialinių ir kultūrinių teisių paktas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 77-3290; Tarptautinis pilietinių ir politinių teisių paktas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 77-3288; Tarptautinės darbo organizacijos konvencija dėl diskriminacijos darbo ir profesinės veiklos srityje. *Valstybės žinios*. 1996, Nr. 28-677; International Labour Organisation Migration for Employment Convention (Revised) 97 (adopted 1 July 1949, entered in force 22 January 1952) [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-08-04]. <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>> ir kt.

„Laisvas darbuotojų judėjimas Bendrijoje“² ir 1976 m. vasario 9 d. Tarybos direktyva 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaugstinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu³ (iš dalies pakeista 2002/73/EEB⁴, vėliau – Lyčių lygybės direktyvos) pirmą kartą pavartotos sąvokos *tiesioginė ir netiesioginė diskriminacija*, tačiau šios sąvokos nebuvo apibrėžtos, paaiškintos. Tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos sąvokas plėtojo Europos Teisingumo Teismas bylose dėl laisvo darbuotojų judėjimo, diskriminacijos dėl tautybės ir diskriminacijos lyčių lygybės darbe pagrindais. *Defrenne II* byloje ETT pirmą kartą įtvirtino galimą tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos atskyrimo pagrindą, tiesioginę diskriminaciją prilygindamas atvirai formai⁵. 1989 m. JTO Žmogaus teisių komiteto Vyriausiasis Komisaras bendrame komentare Nr. 18 pateikė bendrąjį diskriminacijos draudimo pagal Tarptautinio civilinių ir politinių teisių pakto (toliau – Paktas) 2 ir 26 straipsnius išaiškinimą, suformuluodamas bendrą diskriminacijos apibrėžimą: „terminas „diskriminacija“ <...> turi būti suprantamas kaip bet kokių *skirtumų, išimčių, apribojimų darymas ar pranašumo teikimas, pagrįstas bet kuriuo iš pagrindų, tokių kaip rasė, odos spalva, lytis, kalba, religija, politiniai ar kitokie įsitikinimai, tautinė ar socialinė kilmė, nuosavybė, gimimo ar kitas statusas, siekiant panaikinti ar susilpninti pripažinimą, mėgavimąsi ar naudojimąsi teisėmis, visų asmenų lygiais pagrindais, visomis teisėmis ir laisvėmis; arba sukeltiant tokias pasekmes*“⁶. Taigi, šiuo apibrėžimu netiesiogiai skiriamos dvi diskriminacijos formos: *tiesioginė diskriminacija*, kuri aiškinama kaip tikslinga veika (*tikslas, siekis*) pažeisti konkrečios grupės teises draudžiamais pagrindais, bei *netiesioginė diskriminacija*, kuri aiškinama kaip *pasekmių sukėlimas*, pažeidžiantis konkrečios grupės teises draudžiamais pagrindais. Toks diskriminacijos formų įtvirtinimas antidiskriminacinėje jurisprudencijoje paveiktas Europos Teisingumo Teismo suformuluotų taisyklių.

Tiesioginė diskriminacija gali būti *atvira, akivaizdi* (angl. *overt*) – tai situacijos, kai su asmenimis ar jų grupėmis elgiamasi atvirai nepalankiai, palyginti su kitomis asmenų grupėmis ar individualiais, vien dėl to, kad pirmųjų asmenų kategorijai galima priskirti konkrečias savybes, tokias kaip rasė, lytis, lytinė orientacija ir kt. Pavyzdžiui, įdarbinimo skelbimas, kuriame nurodoma, kad „padavėjo darbui reikalingas vyras“, arba skelbimas kavinėje, kad „romai nepageidaujami“. ETT byloje *Draehmpaehl v. Urania*

-
- 2 Tarybos 1968 m. spalio 15 d. reglamentas 1612/68/EEB dėl laisvo darbuotojų judėjimo Bendrijoje. [1968] *OL L* 257/2.
 - 3 Tarybos 1976 m. vasario 9 d. direktyva 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaugstinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu. [1976] *OL L* 39/40.
 - 4 Parlamento ir Tarybos 2002 m. rugsėjo 23 d. direktyva 2002/73/EB, iš dalies keičianti Tarybos direktyvą 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaugstinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu. [2002] *L* 269/15.
 - 5 Case 43-75 *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. [1976] *ECR* 00455.
 - 6 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights General Comment No. 18: Non-discrimination. [1989] [interaktyvus]. [žiūrėta 2010-08-04]. <<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument>>.

*Immobilien-service*⁷ darbo skelbime buvo reikalaujama „moters asistentės“, *Feryn*⁸ byloje darbdavys atvirai paskelbė, kad neįdarbins imigrantų. Tai klasikiniai tiesioginės diskriminacijos pavyzdžiai – darbdavys turi tikslą su konkrečia asmenų grupe elgtis mažiau palankiai nei su kitais asmenimis. Paprastai atviros tiesioginės diskriminacijos atvejai nėra dažni ir nekelia didelių problemų nustatant pažeidimo faktą. Tačiau tiesioginė diskriminacija negali būti tapatinama tik su atvira jos forma. Pačiose pirmosiose diskriminacijos bylose, nagrinėtose ETT, tiesioginė diskriminacija buvo siejama tik su akivaizdžiais atvirais veiksmais, pavyzdžiui, jau minėta *Defrenne II byla*, kurioje ETT pasiūlė galimą tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos atskyrimą – vienu iš požymių, atskiriant tiesioginę ir netiesioginę diskriminaciją, ETT nurodė neteisėtų veiksmų *akivaizdumą*⁹. Tačiau tiesioginė diskriminacija gali pasireikšti ir *paslėpta* (angl. *covert*) forma. Taip ETT konstatavo vėlesnėse *Worringham v. Lloyds Bank Ltd*¹⁰, *Enderby v. Frenchay HA*¹¹, *Dekker*¹² bylose. Teismas nurodė, kad akivaizdumas yra būdingas ne kiekvienai tiesioginės diskriminacijos bylai ir negali būti esminiu požymiu atskiriant tiesioginę diskriminaciją nuo kitų diskriminacijos formų.

Pabrėžtina, kad, vadovaujantis ETT suformuluota praktika, tiesioginės diskriminacijos samprata, įtvirtinta Rasių lygybės, Užimtumo lygybės, o vėliau ir Lyčių lygybės direktyvose, aiškinama plačiai – apima ir tokias formas kaip diskriminaciją dėl ryšių¹³, nurodymą diskriminuoti¹⁴, persekiojimą¹⁵, daugialypę diskriminaciją¹⁶. Jurisprudencija

7 Case C-180/95, *Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilien-service OHG*. [1997] ECR I-2195.

8 Case C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*. [2008] ECR I-05187.

9 Case C-43-75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. [1976] ECR 00455.

10 Case 69/80, *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v. Lloyds Bank Limited*. [1981] ECR 00767.

11 Case C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*. [1993] ECR I-05535.

12 Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*. [1990] ECR I-03941.

13 Diskriminacija dėl ryšių reiškia, kad asmuo yra diskriminuojamas ne dėl to, kad pats priklauso ginamai socialinei grupei, o dėl to, kad yra susijęs su asmeniu, kuris priklauso ginamai socialinei grupei. Diskriminacijos dėl ryšių sąvoka yra apibrėžta *Coleman* byloje, kurioje ETT nurodė, kad Užimtumo lygybės direktyvos 1 str., 2 str. 1 d., 2 d. (a) p. turi būti interpretuojama kaip reiškiantys, kad tiesioginės diskriminacijos draudimas nėra apribotas tik draudimu diskriminuoti asmenis, kurie patys yra neįgalūs. Kai darbdavys su darbuotoju, kuris pats nėra neįgalus, elgiasi ne taip palankiai, nei elgiasi, elgėsi ar elgtųsi su kitu darbuotoju panašioje situacijoje ir yra nustatyta, kad mažiau palankus elgesys yra susijęs su darbuotojo vaiko, kuriuo turi rūpintis darbuotojas, neįgalumu, toks elgesys prieštarauja tiesioginės diskriminacijos draudimui, įtvirtintam 2 str. 2 d. (a) p. Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law*. [2008] ECR I-05603.

14 Nurodymas diskriminuoti – autoritetingo asmens liepimas pavaldžiam asmeniui diskriminuoti dėl pagrindų, įtvirtintų direktyvose, net jei tiesioginis įsakymas ir nėra duodamas. Beardwell, J.; Claydon, T. *Human resource management – a contemporary approach*. Edinburg: Financial Times, 2007, p. 233.

15 Pagal Rasių lygybės direktyvos ir Užimtumo lygybės direktyvos 1, 9, 11 str. persekiojimas apibrėžiamas kaip draudimas atleisti asmenį iš darbo ar taikyti jo atžvilgiu kitokį priešišką elgesį sureagavus į skundą arba teisminius procesinius veiksmus, kuriais siekiama užtikrinti vienodo požiūrio principo laikymąsi.

16 Daugialypė diskriminacija – tai padėtis, kai diskriminuojama dėl keleto skirtingų priežasčių (Europos Parlamento nuomonė 2008/0140 CNS dėl pasiūlymo dėl Tarybos direktyvos, kuria įgyvendinamas vienodo požiūrio į asmenis, nepaisant jų religijos ar tikėjimo, negalios, amžiaus arba seksualinės orientacijos, prin-

ir teismų praktika atskiria tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos¹⁷ sąvokas. Deja, dėl ribotos tyrimo apimties šios formos straipsnyje nėra atskleistos.

Mokslinėje literatūroje diskriminacija paprastai apibrėžiama santykyje su lygybe¹⁸. S. Fredman pateikia keletą lygybės koncepcijų, nurodo, kad lygybė yra pirminė vertybė (*prime value*) visuomenėje, skiria lygybės vaidmenis antidiskriminacinėje teisėje¹⁹. Lietuvoje diskriminacijos ir lygybės santykį plačiau nagrinėjo V. Milašiūtė disertacijoje „Diskriminacijos draudimo principas tarptautinėje teisėje: diskriminacijos fakto nustatymo kriterijai.“ Autorė nurodo, kad „diskriminacijos sąvoka paprastai yra siejama su lygybės sąvoka: lygybė suprantama kaip vertybė, kurios apsaugą siekiama užtikrinti nustatant diskriminacijos draudimą“. Autorė diskriminacijos ir lygybės santykį aiškina per diskriminacijos draudimo turinį, kuris, pasak autorės, „priklauso nuo diskriminacijos draudimo saugomos lygybės turinio, t. y. nuo lygybės koncepcijos“²⁰. I. Mačernytė-Panomariovienė straipsnyje „Darbuotojų lygybė Europos Sąjungos teisėje“ nurodo, kad diskriminavimo draudimas kildinamas iš lygybės principo²¹. Dauguma autorių remiasi Aristotelio formaliosios lygybės koncepcija, kuria Vakarų teisės tradicijoje vadovaujama kaip pamatine apibrėžiant diskriminaciją ir kuri yra atskleista antidiskriminacinėje jurisprudencijoje bei ETT ir EŽTT praktikoje. Ši koncepcija reikalauja, kad *lygūs būtų vertinami vienodai, t. y. „daiktai [ir žmonės], kurie yra lygūs, turi būti vertinami vienodai, lygiai kaip daiktai, kurie yra nepanašūs, turi būti vertinami skirtingai, atsižvelgiant į jų skirtingumą“*²². Pavyzdžiui, ETT byloje *A. v. Commission*²³ nurodoma, kad lygaus elgesio principas yra pažeistas tuomet, kai dvi kategorijos asmenų, kurių faktinė ir teisinė padėtis iš esmės nesiskiria, yra traktuojami skirtingai, arba kai skirtingos situacijos

cipas). Ji gali pasireikšti skirtingais būdais – kai asmuo patiria diskriminaciją dėl skirtingų pagrindų, bet diskriminacija dėl kiekvieno pagrindo atsiranda dėl skirtingų priežasčių. Antra, diskriminacija gali būti „papildoma“, ji pasireiškia tuo, kad kiekvienas papildomas diskriminacinis pagrindas sumažina asmeniui galimybę pasiekti savo tikslus, didina asmens diskriminaciją. Trečia, tokia diskriminacija pasireiškia, kai diskriminaciniai veiksmai apima daugiau negu vieną pagrindą, kurie vienas nuo kito yra neatsiejami – tai dar vadinama persikryžiuojančia diskriminacija, kai diskriminuojama dėl kelių pagrindų viseto egzistavimo vienu metu.

- 17 Netiesioginė diskriminacija – veikimas ar neveikimas, teisės norma ar vertinimo kriterijus, akivaizdžiai neutrali sąlyga ar praktika, kurie formaliai yra vienodi, bet juos įgyvendinant ar pritaikant atsiranda arba gali atsirasti faktinis naudojimosi teisėmis apribojimas arba privilegijų, pirmenybės ar pranašumo teikimas lyties, rasės, tautybės, kalbos, kilmės, socialinės padėties, tikėjimo, įsitikinimų ar pažiūrų, amžiaus, lytinės orientacijos, negalios, etninės priklausomybės, religijos pagrindu, nebent ši veikimą ar neveikimą, teisės normą ar vertinimo kriterijų, sąlygą ar praktiką pateisina teisėtas tikslas, o šio tikslo siekiama tinkamomis ir būtinomis priemonėmis. Lietuvos Respublikos lygių galimybių įstatymas. *Valstybės žinios*. 2003, Nr. 114-5115.
- 18 Priešinga nuomonė žr.: Holmes, E. Anti-discrimination Rights Without Equality. *Modern Law Review*. 2005, 68(2): 175–194.
- 19 Fredman, S. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 3, 17, 68, 94.
- 20 Milašiūtė, V. *Diskriminacijos draudimo principas tarptautinėje teisėje: diskriminacijos fakto nustatymo kriterijai*. Daktaro disertacija. Socialiniai mokslai (teisė). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2007, p. 14.
- 21 Mačernytė-Panomariovienė, I. Darbuotojų lygybė Europos Sąjungos teisėje. *Tarptautinės mokslinės konferencijos „Darbo teisė suvienytoje Europoje“*, vykusių 2003 m. spalio 16–18 d., medžiaga. Vilnius: Forzacas, 2004, p. 119.
- 22 Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., et al. *Cases, Materials And Text On National, Supranational And International Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart publishing, 2007, p. 26–27.
- 23 Case T-10/93, *A. v. Commission of the European Communities* [1994] ECR II-00179.

traktuojamos taip pat. ETT lygiateisiškumo dėl lyties byloje *Hill and Stapleton* konstatavo, kad „Diskriminacija gali kilti tuomet, kai taikomos skirtingos taisyklės lygintoms situacijoms arba taikoma ta pati taisyklė skirtingoms situacijoms.“²⁴ C. McCruddenas, D. Schiekas nurodo, kad Amsterdamo sutarties 13 straipsnio pagrindu priimtose direktyvose galima rasti net keletą skirtingų lygybės sampratų²⁵.

M. Bellas Aristotelio formaliosios lygybės sampratą skaido, nurodydamas du šios sampratos aspektus: vienodas asmenų traktavimas vienodose situacijose ir skirtingas asmenų traktavimas skirtingose situacijose. Autorius teigia, kad toks formalus aritmetinis lygybės supratimas ne visada pakankamas realiai (socialinei) lygybei užtikrinti ir yra tik pradinis taškas skirtingoms lygybės sampratomis formuotis²⁶. Aristotelio formaliosios lygybės samprata svarbi akivaizdžios tiesioginės diskriminacijos atvejams pažinti ir interpretuoti, tačiau mokslinėje literatūroje ir teismų praktikoje skiriama ir paslėpta tiesioginės diskriminacijos forma bei kitos lygybės koncepcijos (turinio lygybės, lygių galimybių, lygių rezultatų, kt.), bet jos šiame darbe nėra nagrinėjamos ir pateikiamos tik tiek, kiek, autorės nuomone, būtina atskleidžiant tiesioginės diskriminacijos sampratos turinį.

Bendrajai prasme „diskriminuoti“ reiškia (*iš*)skirti. „Tarptautinių žodžių žodyne“ viena iš pateikiamų diskriminacijos sampratų yra: „diskriminacija [lot. *discriminatio* – padalijimas, atskyrimas] apibrėžiama kaip teisių mažinimas arba atėmimas asmenims ar asmenų kategorijai dėl rasinių požymių, kalbos, religinių ar politinių įsitikinimų, tautinės ar socialinės priklausomybės, turtinės padėties, gimimo vietos“²⁷. Teisine prasme terminas „diskriminuoti“ yra daug siauresnis ir reiškia tik tokį nepalankų asmens vertinimą, kuris yra draudžiamas dėl įstatyme numatytų priežasčių. S. Fredman, aiškindama Aristotelio formaliosios lygybės koncepcijos „tuštumą“, nurodo keletą šios koncepcijos trūkumų: a) ne kiekvienas skirtingumas yra diskriminacija, tam tikrais atvejais skirtingas sąlygų taikymas yra pateisinamas; b) lygybės samprata yra reliatyvi ir ši lygybės koncepcija leidžia asmenis vertinti ne tik vienodai gerai, bet ir vienodai blogai; c) iškyla lyginamojo asmens problema, kadangi tam tikrose situacijose lyginamojo asmens tiesiog nėra; d) formali lygybė yra iškeliamą kaip aukščiausias tikslas, o tai prieštarauja turinio lygybei ir kt.²⁸ Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas 1998 m. lapkričio 11 d. nutarime išaiškino, kad „diskriminacija dažniausiai suprantama kaip žmogaus teisių varžymas ar tam tikrų privilegijų teikimas atsižvelgiant į lyties, rasės, tautybės, kalbos, kilmės, socialinės padėties, tikėjimo, įsitikinimų ar pažiūrų požymius. Tačiau diskriminacija nelaikomas diferencijuotas teisinis reguliavimas, kai jis taikomas tam tikroms vienodais požymiais pasižyminčioms asmenų grupėms, jeigu tuo siekiama po-

24 Case C-243/95, *Kathleen Hill & Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners & Department of Finance* [1998] ECR I-03739.

25 McCrudden, C. The New Concept of Equality. *ERA forum*. 2003, 4(3): 2–29; Schiek, D. A new Framework on equal treatment of persons in EC law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/??/EC changing Directive 76/207/EEC in context. *European Law Journal*. 2002, 8(2): 290–314.

26 Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., *et al.*, *op cit.*, p. 26–28.

27 *Tarptautinių žodžių žodynas*. Vilnius: Vyriausioji enciklopedijų redakcija, 1985.

28 Fredman, S., *supra* note 19, p. 7–11.

zityvių, visuomeniškai reikšmingų tikslų. Prie diskriminacinių ribojimų nepriskiriami ir specialūs reikalavimai arba tam tikros sąlygos, kai jų nustatymas būna susijęs su reguliuojamų santykių ypatumais.²⁹ Darytina išvada, kad ne kiekvienas vienos ar kitos asmenų grupės išskyrimas yra diskriminacija teisine prasme, kadangi ne kiekvienas asmens išskyrimas iš bendrumos yra draudžiamas ir ne kiekvienas iš jų yra neteisėtas. Kad pripažintume, jog nuostata, praktika ar kriterijus yra diskriminacinis, turi būti keletas sąlygų, o svarbiausia jų, kad skirtingas traktavimas būtų nepagrįstas, uždraustas įstatymu ir paremtas kriterijais, kuriuos draudžia įstatymas.

2. Tiesioginės diskriminacijos sąvoka

Viena pirmųjų ir pagrindinių diskriminacijos formų tiek jurisprudencijoje, tiek teismų praktikoje skiriama tiesioginė diskriminacija. Tiesioginei diskriminacijai būdingi simetriškumo ir palyginimo elementai. Simetriškumą ir palyginimą atspindi šiuo metu galiojantis tiesioginės diskriminacijos apibrėžimas, įtvirtintas Rasės lygybės direktyvos (2000/43/EB)³⁰ 2 straipsnyje. Čia nurodoma, kad *tiesioginė diskriminacija yra tada, kai vienam asmeniui taikomos prastesnės sąlygos, nei panašioje situacijoje yra, buvo ar galėjo būti taikomos kitam asmeniui dėl rasės ar etninės priklausomybės*. Analogiškas apibrėžimas įtvirtintas ir Užimtumo lygybės (2000/78/EB) direktyvoje³¹, kuri draudžia diskriminaciją religijos ar įsitikinimų, negalios, amžiaus bei lytinės orientacijos pagrindais užimtumo ir profesinėje srityje, Lyčių lygybės direktyvoje 2006/54/EB, draudžiančioje moterų ir vyrų lygių galimybių pažeidimus užimtumo ir profesinės veiklos srityje³².

Lietuvos Respublikos Konstitucijos 29 straipsnis, įtvirtinantis lygiateisiškumo principą³³, taip pat ir Lietuvos Respublikos darbo kodekso 2 straipsnio 1 dalies 4 punktas³⁴, įtvirtinantis lygiateisiškumo principą darbo teisėje, neskiria diskriminacijos formų. Siekiant įgyvendinti Rasių lygybės bei Užimtumo lygybės direktyvų nuostatas, Lietuvoje tiesioginės diskriminacijos sąvoka įtvirtinta lygių galimybių įstatyme. Lygių galimybių įstatymas *tiesioginę diskriminaciją apibrėžia kaip elgesį su asmeniu, kai dėl jo amžiaus, lytinės orientacijos, negalios, rasės ar etninės priklausomybės, religijos ar įsitikinimų taikomos prastesnės sąlygos, negu panašiomis aplinkybėmis yra, buvo ar būtų taikomos*

29 Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1998 m. lapkričio 11 d. nutarimas „Dėl reikalavimo kandidatams į Seimo narius ar į savivaldybių tarybų narius, turintiems užsienio valstybės pilietybę, atsisakyti kitos valstybės piliečio priesaikos“. *Valstybės žinios*. 1998, Nr. 100-2791.

30 Tarybos 2000 m. birželio 29 d. direktyva 2000/43/EB, įgyvendinanti vienodo požiūrio principą asmenims nepriklausomai nuo jų rasės arba etninės priklausomybės. [2000] OL L 180.

31 Tarybos 2000 m. lapkričio 27 d. direktyva 2000/78/EB, nustatanti vienodo požiūrio užimtumo ir profesinėje srityje bendruosius pagrindus. [2000] OL L 303.

32 Parlamento ir Tarybos 2006 m. liepos 5 d. direktyva 2006/54/EB dėl moterų ir vyrų lygių galimybių ir vienodo požiūrio į moteris ir vyrus užimtumo bei profesinės veiklos srityje principo įgyvendinimo (nauja redakcija). [2006] OL L 204/23.

33 Lietuvos Respublikos Konstitucija. *Valstybės žinios*. 1992, Nr. 33-1014.

34 Lietuvos Respublikos darbo kodeksas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 64-2569.

kitam asmeniui, išskyrus įstatymų numatytus atvejus³⁵. Moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymo³⁶ pateikiamas tiesioginės diskriminacijos apibrėžimas iš esmės nesiskiria.

Šiuo metu siūloma tiesioginės diskriminacijos apibrėžimą išplėsti detalizuojant jį dviem naujais aspektais – įtraukiant daugialypės diskriminacijos ir diskriminacijos dėl ryšių sąvokas, kad būtų galima veiksmingai nagrinėti atvejus, kai diskriminuojama vyksta dėl dviejų ar daugiau priežasčių ir dėl to nuo diskriminacijos kenčiantis asmuo tampa labiau pažeidžiamas, o jo padėtis, nagrinėjant jo atvejį teisme, – dar sudėtingesnė³⁷.

2.1. „Simetriškumas ir palyginimas“ kaip tiesioginės diskriminacijos turinio elementai

Kaip matyti iš tiesioginės diskriminacijos apibrėžimo, vienas iš esminių jos požymių yra *simetriška sąvokos struktūra*³⁸, kuri pasireiškia tuo, kad vienodai saugo asmenis, sudarančius visuomenės daugumą bei mažumą, t. y. turinčius bei neturinčius išskirtinės savybės, esančios diskriminacijos pagrindu. Šios savybės yra lytis, rasė, tautybė, kilmė, kalba, socialinė padėtis, tikėjimas, įsitikinimai ar pažiūros, amžius, lytinė orientacija, negalia, etninė priklausomybė, religija. Todėl pagrindinis elementas tiesioginės diskriminacijos sąvokoje yra *palyginimas*. Norint įrodyti tiesioginę diskriminaciją, reikia įrodyti, kad vieno asmens traktavimas yra, buvo ar būtų mažiau palankus nei kito asmens panašioje situacijoje ar panašiomis aplinkybėmis vien tik dėl to, kad pirmasis asmuo yra tam tikros rasės, etninės kilmės, tam tikro amžiaus, lytinės orientacijos arba turi kitas savybes, esančias diskriminacijos pagrindu³⁹. Tokiam aiškinimui gaires nubrėžė ETT, konstatuodamas, kad tiesioginės diskriminacijos bylose turi būti lyginamos kiek galima panašesnės situacijos: „taikomos mažiau palankios sąlygos, *negu panašiomis aplinkybėmis* yra, buvo ar būtų taikomos kitam asmeniui“⁴⁰.

„Panašios aplinkybės“ yra vertinamoji sąvoka, todėl teismai, nagrinėjantys konkrečias diskriminacijos bylas, kiekvieną kartą turi įvertinti situacijų panašumo ir palyginimo klausimą. Akivaizdu, kad situacijos ir žmonės nėra ir negali būti visiškai vienodi, todėl tiesioginės diskriminacijos bylose teismai susiduria su „lyginamų situacijų“ arba „lyginamųjų asmenų“ vertinimo problema. Didžiosios Britanijos antidiskriminacinė tei-

35 Lietuvos Respublikos lygių galimybių įstatymas. *Valstybės žinios*. 2003, Nr. 114-5115.

36 Lietuvos Respublikos moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymas. *Valstybės žinios*. 1998, Nr. 112-3100.

37 Europos Parlamento 2009 m. balandžio 2 d. teisėkūros rezoliucija 2010/C 137 E/22 dėl pasiūlymo dėl Tarybos direktyvos, kuria įgyvendinamas vienodo požiūrio į asmenis, nepaisant jų religijos ar tikėjimo, negalios, amžiaus arba seksualinės orientacijos, principas (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS). [2010] OL C 137E.

38 Bamforth, N.; Malik, M.; O’Cinneide, C. *Discrimination Law: Theory and Context, Text and Materials (Socio-legal)*. London: Sweet & Maxwell, 2008, p. 254.

39 Pavyzdžiui, į nekvalifikuotą darbą nepriimamas asmuo, turintis išskirtinę savybę – romų etninę kilmę. Į darbą priimamas asmuo, neturintis šios išskirtinės savybės. Ieškovui pateikus *prima facie* aplinkybes, pagrindžiančias mažiau palankų elgesį su juo, lyginamos kiek galima artimesnės situacijos asmenų, turinčių skirtingas savybes. Žr. Vilniaus apygardos teismo 2008 m. gruodžio 10 d. nutartis civilinėje byloje S. M. v. UAB „Disona“ (bylos Nr. 2A-1020-464/2008).

40 Case C-132/92 *Birds Eye Walls Ltd. v. Friedel M. Roberts*. [1993] ECR I-5579.

sė nustato, kad lyginti galima tik vienodas (angl. *the same*) arba iš esmės nesiskiriančias situacijas (angl. *not materially different*). Klasikinis palyginimo testas buvo apibendrintas byloje *A. v. Commission*. ETT konstatavo, kad „lygaus traktavimo principas yra pažeistas tuomet, kai dvi kategorijos asmenų, kurių faktinė ir teisinė padėtis *neturi esminių skirtumų*, yra traktuojami skirtingai, arba *skirtingos situacijos yra traktuojamos taip pat*“⁴¹. Taigi, palyginimui keliamas panašių situacijų sugretinimo reikalavimas. Sugretinimas atliekamas įvertinant konkrečius darbus, atliekamus skirtingomis išskirtinėmis savybėmis pasižyminčių darbuotojų, nebūtinai toje pačioje darbo vietoje.

Teismų sprendimuose dažnai stokojama racionalaus pagrindimo bei motyvų, kodėl viena ar kita situacija atitiko palyginimo reikalavimus, o kita – ne, arba teismas išvis nepasisako dėl palyginamųjų situacijų tinkamumo⁴². Teisinis neapibrėžtumas leidžia teismams palyginimo instrumentą naudoti gana lanksčiai, todėl gali kilti objektyvumo bei nenuoseklus antidiskriminacinių nuostatų taikymo problemų.

Reikia pažymėti ir tai, kad kai kuriose bylose palyginimas kaip modelis, taikytinas palengvinti įrodinėjimą tiesioginės diskriminacijos bylose, gali pasunkinti įrodinėjimą nukentėjusiam asmeniui (pvz., nėščiąjų diskriminacijos, asmenų pakeitusių lytį, diskriminacijos bylos, nelygiavertis asmenų vertinimas darbovietėse, kuriose vyrauja darbų pasiskirstymas pagal rasę, lytį ir kt.). Vienose iš šių bylų sudėtinga rasti palyginamąjį asmenį, kitose (nėštumo bylose) išvis neįmanoma. Ankstyvosiose diskriminacijos dėl nėštumo bylose nacionaliniai teismai nėščių moterų padėtį lygino su sergančio vyro padėtimi⁴³. Tačiau vėliau ETT konstatavo, kad diskriminacijos dėl nėštumo bylose palyginimas nėra reikalingas, kadangi tik moterys gali patirti nėštumą ir bet koks mažiau palankus traktavimas, susijęs su nėštumu, yra suprantamas kaip tiesioginė diskriminacija lyties pagrindu⁴⁴. Pažymėtina, kad ši nuostata įtvirtinta ir naujosios peržiūrėtos 2006/54/EB direktyvos 2 (2) (c) straipsnyje, draudžiančiame diskriminaciją lyties pagrindu⁴⁵.

Diskriminacijos dėl lyties pakeitimo bylose teismų motyvacija dėl palyginamojo asmens pasižymi nenuoseklumu. *P v. S*⁴⁶ byloje ETT įtvirtino klasikinių palyginimo modelį tiesioginės diskriminacijos dėl lyties pakeitimo bylose. Šioje byloje teismas konstatavo, kad lyginti reikia su iki lyties pakeitimo buvusią situacija. Tuo pačiu modeliu ETT vadovavosi ir *KB v. NHS Trust pensions Agency*⁴⁷ byloje, kurioje buvo nagrinėjama

41 Case T-10/93, *A. v. Commission of the European Communities* [1994] ECR II-00179.

42 Žr. Vilniaus apygardos teismo 2008 m. gruodžio 10 d. nutartis civilinėje byloje *S. M. v. UAB „Disona“* (bylos Nr. 2A-1020-464/2008).

43 Industrial tribunal case, *Turley v. Allers Department Stores Ltd.* [1980] ICR 66; Employment Appeal Tribunal case, *Hayes v. Malleable Working Men's Club and Institute.* [1985] IRLR 367.

44 Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus.* [1990] ECR I-03941.

45 Parlamento ir Tarybos 2002 m. rugsėjo 23 d. direktyva 2002/73/EB, iš dalies keičianti Tarybos direktyvą 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaukštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu. [2002] L 269/15, 2 str. 2 d. 1 p.; Parlamento ir Tarybos 2006 m. liepos 5 d. direktyva 2006/54/EB dėl moterų ir vyrų lygių galimybių ir vienodo požiūrio į moteris ir vyrus užimtumo bei profesinės veiklos srityje principo įgyvendinimo (nauja redakcija). [2006] OL L 204/23, 2 str. 1 d. (a) p.

46 Case C-13/94, *P v. S and Cornwall County Council.* [1996] ECR I-02143.

47 Case C-117/01, *KB v. NHS Trust Pensions Agency.* [2004] ECR I-541 211.

situacija, kai, mirus partnerei, lytį pasikeitusi jos pora neturėjo teisės paveldėti sukaupę pensijai lėšų. Teismas konstatavo daugialypę diskriminaciją – diskriminaciniu pripažintas faktas, kad pensijos paveldėjimas siejamas su santuoka, ir tas faktas, kad santuoka pagal šalies teisės aktus nebuvo galima ieškovės situacijoje. Šiuo atveju buvo lyginama su heteroseksualia pora, kur nė vienas iš poros narių neketino atlikti lyties keitimo operacijos ir pagal nacionalinius įstatymus pora turėjo galimybę susituokti. Tinkamu palyginamuoju asmeniu teismas pripažino vyrą, nedariusį lyties keitimo operacijos, t. y. lygino su iki lyties pakeitimo buvusia situacija.

*Richards*⁴⁸ byloje ETT radikalai nukrypo nuo palyginimo modelio, suformuluoto *P v. S* byloje. *Richards* byloje ieškovei, kuri padarė lyties keitimo operaciją iš vyro į moterį, nebuvo skirta pensija sulaukus 60 metų amžiaus, kaip numatoma pagal Didžiosios Britanijos įstatymus moterims. Ieškovė įrodinėjo, kad jei ji būtų nuo gimimo registruota moterimi, tokia problema nebūtų kilusi. Vadovaujantis ETT patvirtintu palyginimo testu, šiuo atveju lyginti buvo galima su iki lyties pakeitimo buvusia padėtimi, t. y. su vyru. Šiuo atveju diskriminacijos faktas nebūtų nustatytas. Tinkamu palyginamuoju asmeniu *Richards* byloje ETT laikė moterį, nedariusią lyties keitimo operacijos.

*Tadao Maruco*⁴⁹ byloje ETT nurodo, kad kompetenciją nustatyti, ar partnerį pergyvenęs jo partneris gali būti pripažįstamas kaip esantis palyginamoje situacijoje, turi nacionalinis teismas.

Diskriminacijos dėl negalios⁵⁰ byloje palyginamuoju asmeniu laikomas asmuo, neturintis negalios. Darbdavys turi įrodyti, kad jis būtų nepriėmęs į darbą asmens, kuris negali kilnoti sunkumų dėl kitų priežasčių nei negalia⁵¹. Diskriminacijos dėl amžiaus byloje keliamas klausimas, koks turi būti amžiaus skirtumas lyginant situacijas bei keliant *prima facie* bylą (*Superquinn v. Freeman, Reynolds v. Limerick County Council*)⁵².

Taigi teismų praktika stokoja nuoseklumo, todėl kriterijaus, kuris leistų viena-reikšmiškai identifikuoti tinkamą palyginimą tiesioginės diskriminacijos byloje, nėra. Tad palyginimo elementas, kaip centrinis elementas nustatant tiesioginės diskriminacijos faktą, pastarojo laikotarpio mokslinėje literatūroje sukelia vis daugiau diskusijų. R. Wintemute nurodo, kad tiesioginės diskriminacijos bylos be palyginimo nėra įmanomos. N. Bamforth'o nuomone, įrodinėjimas tiesioginės diskriminacijos byloje nebūtinai turi būti siejamas su palyginimu, kadangi asmenys, priklausantys ginamųjų kategorijai, yra diskriminuojami dėl charakteristikų, kurias visuomenė priskyrė šioms grupėms. D. Izzi nurodo, kad yra tokių atvejų, kai tiesioginė diskriminacija akivaizdi ir be palyginimo⁵³ (pvz., naktinio darbo draudimas tik moterims).

48 Case C-423/04, *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*. [2006] ECR I-03585.

49 Case C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. [2008] OJ C 128.

50 Sąvoka apibrėžta *Chacón Navas* byloje. Case C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Euresť Colectividades SA*. [2006] ECR I-06467.

51 Employment Appeal tribunal case, *Clark v. TDG Ltd Novacold*. [1999] I.C.R. 951.

52 Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., *et al.*, *supra* note 22, p. 225.

53 *Ibid.*, p. 206.

Pažymėtina ir tai, kad kai kurie autoriai, vertindami palyginimo elementą tiesioginės diskriminacijos byloje, kritikuoja jį tuo aspektu, kad lyginamosiose situacijose asmuo, su kuriuo lyginama, tampa norma, atskaitos tašku, į kurį turi lygiuotis kiti. Taip teisėje netiesiogiai įtvirtinamos stereotipinės nuostatos – jaunas, fiziškai sveikas, baltodis vyras paprastai yra pagrindinis asmuo, su kuriuo lyginama⁵⁴. Taip teisė, kurios tikslas kovoti su stereotipinių nuostatų įsitvirtinimu visuomenėje, sukuria situacijas, kuriose stereotipai skatinami. Manome, kad taip yra pažeidžiama apsauga, įtvirtinta anti-diskriminacinės teisės.

Teisinis neapibrėžtumas leidžia teismams palyginimo instrumentą naudoti lanksčiai, todėl gali kilti objektyvumo bei nenuoseklaus antidiskriminacinių nuostatų taikymo problemų. Palyginimo elementas, kaip pagrindinis elementas nustatant tiesioginės diskriminacijos faktą, pastarojo laikotarpio mokslinėje literatūroje vis dažniau kritikuojamas kaip pageidaujamas, bet nebūtinasis elementas.

2.2. „Palyginimo“ kaip tiesioginės diskriminacijos turinio elemento formos: galimybė palyginti asmenis praeityje ir hipotetinis palyginimas

Reikalavimas palyginti su kitu asmeniu kiek galima panašesnėje (tokioje pačioje, panašioje) situacijoje apima ne tik faktiškai egzistuojančių situacijų lyginimą, bet ir galimybę tokias situacijas lyginti *praeityje*. ETT byloje *MacArthy's Ltd v. Wendy Smith*⁵⁵ konstatavo, kad „turi būti įgyvendinamas vienodo darbo užmokesčio mokėjimo už tos pačios vertės darbą principas tose byloje, kur nustatoma, kad moteriai buvo mokamas mažesnis darbo užmokestis negu vyrui, kuris dirbo prieš šią moterį tą patį darbą tam pačiam darbdaviui“. Taigi, tas pats požymis (šiuo atveju – vienodos vertės darbas) turi būti taikomas vertinant diachroniškai situacijas, t. y. situacijas, vykusias skirtingu laiku. Kai lyginami asmenys, kurie, preziumuojama, traktuojami nepalankiai, svarbu nustatyti, kaip kiti asmenys, kuriems tam tikra savybė, esanti diskriminacijos pagrindu, negali būti pritaikyta, būtų traktuojami tokioje pačioje situacijoje.

Tiesioginės diskriminacijos apibrėžime įtvirtinta konstrukcija „galėtų būti“, „būtų“. Šios konstrukcijos leidžia daryti išvadą, kad antidiskriminacinė jurisprudencija leidžia *hipotetinio palyginimo* galimybę tiesioginės diskriminacijos byloje. Hipotetinio (numanomo, spėjamo) palyginimo galimybė pirmą kartą buvo įtvirtinta 2000/43/EB ir 2000/78/EB direktyvose. Ši nauja koncepcija svarbi tuo, kad gali būti panaudota kaip priemonė palengvinti diskriminaciją patiriančių asmenų įrodinėjimo galimybes, kadangi diskriminacija pasižymi dideliu latentiskumu⁵⁶. Hipotetinio palyginimo galimybė buvo pripažinta ir ETT – pirmą kartą nagrinėjant netiesioginės diskriminacijos bylą *O'Flynn*⁵⁷, vėliau – nagrinėjant moterų, išėjusių motinystės atostogų, situaciją⁵⁸. Šis palyginimo metodas

54 Fredman, S., *supra* note 19, p. 9.

55 Case C-129/79, *Macarthy's Ltd v. Wendy Smith*. [1980] ECR 01275.

56 Davulis, T. *Darbo teisė: Europos Sąjunga ir Lietuva*. Vilnius: Teisinės informacijos centras, 2004, p. 276.

57 Case C-237/94, *John O'Flynn v. Adjudication Officer*. [1996] ECR I-2617.

58 Case C-109/00, *Tele Danmark A/S v. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*. [2001] ECR I-06993.

yra labai efektyvus vertinant situacijas, kai konkretus palyginimas yra negalimas, pavyzdžiui, kai diskriminuojamos nėščios moterys, taip pat tokiais atvejais, kai nepalankų vertinimą patiriančių asmenų grupės kiekybinis rodiklis yra labai mažas ir palyginimas nėra įmanomas. Šiais atvejais realių situacijų lyginimas, kaip jau buvo nurodyta, nėra būtinas – ETT ne kartą konstatavo, kad neatsižvelgiant į tai, kad į darbą nepretenduoja darbuotojas vyras, nėščios moters, kurios dalykinės savybės bei kvalifikacija atitinka keliamus reikalavimus, nepriėmimas į darbą yra tiesioginė diskriminacija dėl lyties⁵⁹.

2.3. „Mažiau palankus elgesys“ kaip tiesioginės diskriminacijos turinio elementas

Siekiant įrodyti tiesioginę diskriminaciją, taikomas vadinamasis „vienintelės išskirtinės savybės kriterijus“, arba, kitaip, „jei ne“ (angl. „but for“) testas, kuriuo nustatomas asmens, turinčio tam tikrą išskirtinę savybę ar priklausančio tam tikrai grupei, mažiau palankus vertinimas (angl. *less favourable treatment*). Šiuo testu nustatoma, ar asmuo būtų taip pat nepalankiai vertinamas, jeigu jam negalėtume taikyti išskirtinės savybės, esančios šio asmens diskriminacijos pagrindu (pvz., rasės, lyties, lytinės orientacijos ar kt.)⁶⁰. Vadovaujantis įrodymų naštos perkėlimo specifika diskriminacijos bylose, mažiau palankaus elgesio nustatymas perkelia įrodinėjimo našta atsakovui⁶¹.

Reikia pasakyti, kad mažiau palankus vertinimas netgi nebūtinai turi realiai pasireikšti praktikoje. ETT byloje *Worringham and Humphreys*⁶², vertindamas situaciją banke, kai vyrams darbuotojams buvo mokamos kompensacijos privalomiems mokėjimams į pensijų fondą, o moterims šios kompensacijos nebuvo mokamos, konstatavo, kad neteisėta diskriminacija kyla netgi tada, kai abejotina taisyklė arba praktika netaikoma praktikoje, tačiau pakanka, kad skirtingas kriterijus išskirtų vieną grupę lyginant su kita.

Taigi esminiu tiesioginės diskriminacijos požymiu laikytinas „mažiau palankus elgesys“, tačiau ne kiekvienas mažiau palankus elgesys turi ir gali būti laikomas diskriminuojančiu. Mažiau palankus elgesys bus laikomas diskriminuojančiu tik tais atvejais, kai atitiks tam tikrus požymius. Pirma, teisine prasme diskriminacija bus tik toks elgesys, kai asmuo bus mažiau palankiai vertinamas dėl priklausymo ginamųjų asmenų kategorijai – dėl asmens priklausymo tam tikrai lyčiai, rasei, etninei kilmei, lytinei orientacijai, amžiui ir kt. nacionaliniuose įstatymuose bei direktyvose įtvirtintais pagrindais. Taigi tarp elgesio, kai su asmeniu elgiamasi mažiau palankiai, ir tarp teisės aktuose nustatytų diskriminacijos pagrindų turi būti tiesioginis ryšys. Diskriminacija gali būti viena iš kelių priežasčių, dėl kurių asmuo buvo traktuojamas mažiau palankiai. Vienose bylo-

59 Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*. [1990] ECR I-03941.

60 House of Lord case, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*. [2004] UKHL 5.

61 Plačiau žr. Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė, D. Įrodymų naštos perkėlimo samprata ir mechanizmas diskriminavimo darbe bylose. *Jurisprudencija*. 2008, 8(110): 73–83.

62 Case 69/80, *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v. Lloyds Bank Limited*. [1981] ECR 00767.

se diskriminacija bus akivaizdi, pavyzdžiui, ETT *Draehmpaehl*⁶³ arba *Feryn*⁶⁴ bylos, tačiau daug dažniau tiesioginė diskriminacija pasireiškia paslėpta forma⁶⁵. Be to, ETT konstatavo, kad net jeigu negalia yra tik dalis veiksmų, lėmusių nelygiavertį elgesį, toks nepalankus elgesys pripažįstamas diskriminuojančiu⁶⁶. Kai kurių valstybių teismų praktika taip pat pripažįsta, kad diskriminacijos faktas gali būti pripažįstamas ir tuomet, kai tai nėra darbdavio veiksmų išimtinė (tačiau svarbi) priežastis⁶⁷. Antra, mažiau palankus elgesys dažniausiai įrodomas taikant simetriškumo ir situacijų palyginimo kriterijus, įvertinant šiame straipsnyje jau aptartus atvejus, kai palyginimas nėra galimas (pvz., dėl nėštumo).

Mažiau palankus elgesys darbo santykiuose gali pasireikšti atsisakymu priimti į darbą, drausminės nuobaudos skyrimu, atleidimu iš darbo, atsisakymu paaukštinti, mažesnio darbo užmokesčio mokėjimu ir kt. Pareiga įrodyti mažiau palankų elgesį, nulemtą išskirtinės savybės, esančios diskriminacijos pagrindu, įeina į *prima facie* aplinkybių sąrašą ir tenka ieškovui. Ieškovui įrodžius *prima facie* aplinkybes, įrodinėjimo našta perkeliama atsakovui, kuris nesutikdamas, kad mažiau palankaus elgesio pagrindas yra diskriminacinis, turi įrodyti kitą mažiau palankaus elgesio priežastį. Šiuo atveju priežastingumas gali būti nustatinėjamas pasitelkiant palyginimą. Atsisakymo priimti į darbą, paaukštinti, atleidimo iš darbo ir kt. pagrindas gali būti ne tik diskriminaciniai motyvai, bet ir asmens kvalifikacijos stoka, padarytas drausmės pažeidimas arba tiesiog piktavališkas su diskriminaciniais pagrindais nesusijęs darbdavio elgesys.

Taigi, reikia sutikti, kad įrodinėjant tiesioginės diskriminacijos bylose pagrindinis elementas turėtų būti ne situacijų palyginimas, bet mažiau palankaus elgesio fakto nustatymas. Teismui nustatčius, kad asmuo patyrė nepalankų elgesį savo atžvilgiu, turi būti nustatoma, dėl kokių priežasčių asmuo patyrė tokį elgesį. Taip teismai išvengtų subjektyvumo, kuris neišvengiamai pasireiškia lyginant situacijas.

2.4. Tikslas, motyvo ir stereotipų reikšmė tiesioginės diskriminacijos bylose

Stereotipų taikymas yra visuotinai pripažįstama tiesioginės diskriminacijos forma. *Skyrail Oceanic Ltd v. Coleman*⁶⁸ byloje nagrinėjama situacija, kai moteris susituokė su vyru, dirbančiu konkuruojančioje įmonėje. Darbdavys atleido ją iš darbo motyvuodamas stereotipine nuostata, kad ne ji, o jos vyras bus šeimos maitintojas. *Horsey v.*

63 Case 180/95, *Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*. [1997] ECR I-2195.

64 Case C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*. [2008] ECR I-05187.

65 Vilniaus apygardos teismo 2008 m. gruodžio 10 d. nutartis civilinėje byloje *S. M. v. UAB „Disona“* (bylos Nr. 2A-1020-464/2008).

66 Plačiau žr. Waddington, L.; Lawson, A. *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 49, 50; McColgan, A. *Discrimination: Law Text, Cases and Materials*. Oxford: Hart publishing, 2005; Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., et al., *supra* note 22, p. 247.

67 Court of Appeal case, *Owen & Brigg v. James*. [1982] ICR 618.

68 Employment appeal tribunal case, *Skyrail Oceanic Ltd v. Coleman*. [1981] ICR 864.

*Dyfed*⁶⁹ byloje atsakovas grindė nevienodą elgesį su moterimi tuo, kad būtent žmona derins savo karjerą su vyru. Taip pat *Prague Airport*⁷⁰ byloje, kurioje nelygiaverčio elgesio motyvas buvo nurodoma stereotipinė nuostata, kad romai, vykstantys į Didžiąją Britaniją, dažniau nei kiti asmenys yra prieglobsčio prašytojai. „Pažeidėjo motyvas ir tikslas diskriminuoti nėra būtina sąlyga atsakomybei kilti, net jei atsakovas grindžia savo veiksmus klientų poreikiais, poreikiu sutaupyti pinigus ar netgi siekdamas išvengti nesutarimų“⁷¹. Taigi motyvo ir tikslo pobūdis (geras ar blogas) nėra reikšmingas tiesioginės diskriminacijos bylose. Pavyzdžiui, darbdavys atsisako priimti romų etninės kilmės asmenį į darbą, nurodydamas, kad kiti darbuotojai atsisakė dirbti kartu su romu. Teismui toks argumentas nėra svarbus, nes situacija turi būti vertinama iš nukentėjusio asmens pozicijos, nustatant, ar jis patyrė mažiau palankų vertinimą. Kiekvienas asmuo turi būti vertinamas individualiai, o ne kaip grupės narys. Jeigu nustatoma, kad darbdavys su darbuotoju elgėsi mažiau palankiai dėl rasės, lyties, amžiaus ar kt., šio asmens atsakomybei kilti nėra svarbūs tokio elgesio tikslai ir motyvai⁷². Kaip buvo nurodyta, tiesioginės diskriminacijos byloje pakanka nustatyti mažiau palankaus vertinimo faktą, leidžiantį taikyti „but for“ testą. Tokios taisyklės ETT laikėsi *Worringham v. Lloyds Bank Ltd*⁷³, *Enderby v. Frenchay HA*⁷⁴, *Dekker*⁷⁵ ir kt. bei nacionaliniai teismai, pavyzdžiui, *R v. Birmingham City Council*⁷⁶ ir kt. bylose.

2.5. Objektyvaus pateisinimo galimybė tiesioginės diskriminacijos bylose

Analizuojant tiesioginės diskriminacijos reiškinių, daugiausia dėmesio mokslinėje literatūroje sulaukia tiesioginės diskriminacijos pateisinimo klausimas. Vienas iš aspektų, dominančių mokslininkus, – Užimtumo lygybės direktyvos 6 straipsnis, numatantis labai plačias išimtis diskriminacijos dėl amžiaus bylose. Kitas aspektas – tai galimybė nacionaliniuose teisės aktuose įtvirtinti nebaigtinį tiesioginės diskriminacijos pateisinimo sąrašą⁷⁷. Požiūris į tiesioginės diskriminacijos pateisinamumą priklauso nuo to, ar

69 Employment appeal tribunal case, *Horsev v. Dyfed County Council*. [1982] IRLR 395.

70 House of Lords case *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*. [2004] UKHL 55.

71 House of Lords case, *R v Birmingham City Council ex parte Equal Opportunities Commission (EOC)*. [1989] IRLR 173.

72 Tačiau gali būti svarbūs sprendžiant žalos atlyginimo klausimą.

73 Case 69/80, *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v. Lloyds Bank Limited*. [1981] ECR 00767.

74 Case C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*. [1993] ECRI-05535.

75 Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*. [1990] ECR I-03941.

76 House of Lords case, *R v. Birmingham City Council ex parte Equal Opportunities Commission (EOC)*. [1989] IRLR 173.

77 Kimber, C.; Lucey, M. C.; Keville, C. Recent developments in EC equality law. *Irish Perspectives on EC law*. Dublin: Round Hall, 2003, p. 291–317; Meenan, H. Age equality after the Employment Directive. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2003 (10): 9–38; O'Hare, U. Enhancing European Equality Rights: a New Regional Framework. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2001, 8: 144–165; kt.

teisės aktuose yra daromas skirtumas tarp tiesioginės ir netiesioginės diskriminacijos. ES direktyvose tiesiogiai nėra įtvirtinta, kad tiesioginė diskriminacija negali būti pateisinta. Tačiau tiesioginės diskriminacijos pateisinimo galimybė nėra įtraukta į apibrėžimą, skirtingai nei netiesioginės diskriminacijos atveju⁷⁸. Nors direktyvose įtvirtinta, kad tiesioginė diskriminacija gali būti pateisinta tik esant specifinėms siauroms išimtims, tokioms kaip lemiantys profesiniai reikalavimai, tačiau, kaip matome iš pastarojo laikotarpio ETT praktikos, diskriminacijos dėl amžiaus bylose leidžiama pateisinti ir tiesioginę diskriminaciją (6 str.)⁷⁹.

M. Bellas, analizuodamas galimus tiesioginės diskriminacijos pateisinimo atvejus, skiria *išimtis*, *pateisinimą* ir *išlygas*⁸⁰. Tiesioginės diskriminacijos *pateisinimas*, pasak M. Bello, tai nebaigtinė galimybė darbdaviui paaiškinti priežastį, kodėl jo veiksmai neturėtų būti laikomi neteisėtais. Darbdavys turi pagrįsti savo elgesį teisėtu tikslu bei parodyti ryšį tarp tikslo ir priemonių, kurių buvo imtasi. Tuo tarpu *išimtis* – tai specifinės aplinkybės, įtvirtintos įstatyme, kurios paaiškina, kad veiksmai, kurie įprastai būtų neteisėta tiesioginė diskriminacija, nėra tokiais laikomi. Išimtis galimos tik įstatyme numatytais atvejais ir paprastai identifikuoja specifinius tikslus, kurie yra leidžiami. *Išlygos* suprantamos kaip specifinėse užimtumo srityse taikomos išimčių formos (pvz., Užimtumo lygybės direktyvos 3 (4) str).

Taigi išimtis, kurioms esant galima pateisinti tiesioginę diskriminaciją, yra baigtinės ir gali būti taikomos labai retai. Lietuva priskirtina prie valstybių, draudžiančių pateisinti tiesioginę diskriminaciją, išskyrus įstatyme įtvirtintas siauras išimtis (Moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymo 2 str. 4 d., Lygių galimybių įstatymo 2 str. 3 d.). Bet, pavyzdžiui, Vengrijoje⁸¹, tiesioginę diskriminaciją leidžiama pateisinti ir dėl objektyvių priežasčių. Kai kurių nacionalinių valstybių teisės aktuose, įgyvendinančiuose direktyvų reikalavimus, įtvirtinti specifinių darbų ar kvalifikacijų sąrašai, kur konkrečios asmens charakteristikos gali būti laikomos teisiškai pateisinamomis ir reikalaujamos konkrečiam darbui atlikti⁸². Manytina, kad sąrašai, įtvirtinantys, kad tam tikrus darbus gali atlikti tik tam tikros lyties, rasės, amžiaus asmuo, įtvirtina ir stereotipines nuostatas, o su jomis kovoti yra antidiskriminacinės teisės tikslas. Todėl reikia pripažinti, kad tinkamesnis yra daugelio valstybių pasirinktas Amsterdamo sutarties 13 straipsnio pagrindu priimtų direktyvų 2000/43/EB, 2000/78/EB 4 straipsnio numatytas *būtinų ir lemiamų profesinių reikalavimų* (angl. *genuine and determining occupational requirements*) atitikimo testas. Konkretūs reikalavimai lyčiai, etninei kilmei, kt. gali būti keliami siekiant užtikrinti, kad darbas bus atliktas maksimaliai efektyviai. Pavyzdžiui, kuriant filmą apie žymaus veikėjo gyvenimą, gali būti reikalaujama turėti esminę ir lemiančią šiuo atveju

78 Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., *et al.*, *supra* note 22, p. 273.

79 Case C-87/06, *Vicente Pascual García v. Confederación Hidrográfica del Duero*. [2008] OL C 171 p. 29–29; Case C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*. [2007] ECR I-08531; Case C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*. [2005] ECR I-09981.

80 Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., *et al.*, *supra* note 22, p. 270–271.

81 Hungary Supreme court case 247 1, *Háttér Társaság a Melegekért v. Károli Gáspár Református Egyetem*. [2005].

82 Olandija, Danija, Bulgarija, Prancūzija, Didžioji Britanija įtvirtino sąrašus, kuriuose dominuoja vyrų – moterų vaidmenų atlikėjų, modelių, slaugytojų darbas.

charakteristiką – konkrečią etninę kilmę. Nustatant, ar gali būti taikomi būtini ir lemiantys profesiniai reikalavimai, būtina įvertinti darbo pobūdį ir funkcijas, kurios bus atliekamos. Pavyzdžiui, religinė mokykla galėtų pagrįsti, kad būtinas ir lemiantis profesinis reikalavimas šios mokyklos mokytojui yra reikalavimas praktikuoti konkrečią religiją, tačiau abejotina, ar šį reikalavimą galima būtų pagrįsti darbuotojų, dirbančių mokykloje pagalbiniais darbais (valytojo, sargo), atžvilgiu (Užimtumo direktyvos 4 (2) str.). Šis reikalavimas turi būti teisėtas ir proporcingas siekiamam tikslui. Taigi ieškovui įrodžius mažiau palankų elgesį, būtinų ir lemiančių profesinių reikalavimų taikymo būtinybę ir proporcingumą turi pagrįsti atsakovas.

T. Davulis pozityviąją diskriminaciją apibūdina kaip „vienodo požiūrio principo skatinant lygybę išlygą, užkardančią galimus nepatogumus dėl priklausymo tam tikro amžiaus, negalios, religijos ar įsitikinimų, rasės ar etninės kilmės, seksualinės orientacijos, lyties žmonių grupei arba juos kompensuoti“. Vertindamas galimybę taikyti pozityviąją diskriminaciją remiantis nacionalinės teisės aktais, T. Davulis nurodo, kad tiek Moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymas, tiek ir Lygių galimybių įstatymas užuot atvėręs galimybę pozityvios diskriminacijos priemones taikyti Lietuvoje, reikalauja jas įtvirtinti specialiuose įstatymuose, o tai pozityvios diskriminacijos taikymo galimybes šiuo metu daro neįmanomas⁸³.

Išvados

1. ES jurisprudencija ir gausi ETT praktika diskriminacijos dėl lyties bylose suformavo pagrindinius principus nagrinėjant diskriminacijos bylas ne tik lyties, bet ir kitais diskriminacijos pagrindais. Lietuva, kaip ir kitos valstybės narės, perkėlė Direktyvų nuostatas iš esmės atkartodama tiesioginės diskriminacijos apibrėžimą. Manytina, kad tiesioginės diskriminacijos sąvokos įtvirtinimas nacionalinėje jurisprudencijoje yra pažangus reiškinys, leidžiantis identifikuoti šį socialinį reiškinį.

2. Diskriminacijos draudimo turinys priklauso nuo lygybės turinio. Skiriama formali ir turinio lygybė, kurių įgyvendinimas atspindėtas ETT ir nacionalinių teismų praktikoje. Viena iš diskriminacijos formų – tiesioginė diskriminacija išskiriama kaip pirminė diskriminacijos forma. Tiesioginė diskriminacija ne visada yra akivaizdi, kaip buvo konstatuojama ankstyvosiose ETT bylose. Vis dažniau pasitaiko paslėpta tiesioginės diskriminacijos forma.

3. Skiriami šie tiesioginės diskriminacijos sąvokos elementai: simetriška sąvokos struktūra, kuri pasireiškia vienodu asmenų, sudarančių visuomenės daugumą bei mažumą, saugojimu; palyginimas, kuris pasireiškia reikalavimu lyginti kiek galima panašesnes situacijas; mažiau palankus elgesys dėl asmens galimo priklausymo įstatyme įtvirtintiems diskriminacijos pagrindams; galimybė pateisinti tiesioginę diskriminaciją tik esant siauroms įstatyme įtvirtintoms išimtims.

83 Petrylaitė, D.; Davulis, T.; Petrylaitė, V. *Europos Sąjungos teisės aktų įgyvendinimas Lietuvos darbo teisėje*. Vilnius: Registrų centras, 2008, p. 159, 170.

4. Kriterijaus, kuris leistų vienareikšmiškai nustatyti tinkamą palyginimą tiesioginės diskriminacijos byloje, nėra, todėl teismai susiduria su lyginamų situacijų vertinimo problema. Reikalavimas palyginti su kitu asmeniu panašioje situacijoje apima ne tik faktiškai egzistuojančių situacijų palyginimą, bet ir galimybę tokias situacijas lyginti praeityje, taip pat hipotetinio palyginimo elementą. Teisinis neapibrėžtumas tinkamo palyginimo atžvilgiu leidžia teismams šį elementą naudoti lanksčiai, todėl gali kilti objektyvumo bei nenuoseklaus antidiskriminacinių nuostatų taikymo problemų. Palyginimo elementas, kaip pagrindinis elementas nustatant tiesioginės diskriminacijos faktą, pastarojo laikotarpio mokslinėje literatūroje vis dažniau kritikuojamas kaip pageidaujamas, bet nebūtinai elementas.

5. Manytina, kad pagrindinis elementas nustatant tiesioginės diskriminacijos faktą yra mažiau palankus elgesys, kuris nustatomas vadovaujantis „vienintelės išskirtinės savybės kriterijumi“. Tarp elgesio, kai su asmeniu elgiama mažiau palankiai, ir tarp teisės aktuose nustatytų diskriminacijos pagrindų turi būti tiesioginis ryšys. Mažiau palankus elgesys netgi nebūtinai turi realiai pasireikšti praktikoje.

6. Stereotipų taikymas yra visuotinai pripažįstama tiesioginės diskriminacijos forma. Darbdavio motyvas ar tikslas diskriminuoti nėra būtina sąlyga atsakomybei kilti, net jei darbdavys grindžia savo veiksmus įmonės klientų poreikiais, poreikiu sutaupyti pinigų ar netgi siekdamas išvengti nesutarimų.

7. Analizuojant galimus tiesioginės diskriminacijos pateisinimo atvejus, skiriamos išimtys, pateisinimai ir išlygos. Išimtys, kurioms esant galima pateisinti tiesioginę diskriminaciją, yra baigtinės ir labai siauros. Lietuva priskirtina prie valstybių, draudžiančių pateisinti tiesioginę diskriminaciją, išskyrus įstatyme įtvirtintas siaurai aiškinamas išimtis. Vienos iš įstatyme įtvirtintų išimčių – būtinų ir lemiamų profesinių reikalavimų teisingas taikymas reikalauja teisėtumo ir proporcingumo.

Literatūra

- Amsterdamo sutartis, iš dalies pakeičianti Europos Sąjungos sutartį, Europos bendrijų steigimo sutartis ir tam tikrus su jomis susijusius aktus. [1997] *OL C* 340.
- Bamforth, N.; Malik, M.; O’Cinneide, C. *Discrimination Law: Theory and Context, Text and Materials (Socio-legal)*. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Beardwell, J.; Claydon, T. *Human resource management – a contemporary approach*. Edinburg: Financial Times, 2007.
- Scheik, D.; Waddington, L.; Bell, M., *et al. Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart publishing, 2007.
- Case C-13/94, *P v. S and Cornwall County Council*. [1996] ECR I-02143.
- Case C-13/05, *Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*. [2006] ECR I-06467.
- Case C-32/93, *Carole Louise Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd*. [1994] ECR I-03567.
- Case 43/75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*. [1976] ECR 00455.
- Case C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*. [2008] ECR I-05187.
- Case 69/80, *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v. Lloyds Bank Limited*. [1981] ECR 00767.

- Case C-87/06, *Vicente Pascual García v. Confederación Hidrográfica del Duero*. [2008] OL C 171 p. 29–29.
- Case C-109/00, *Tele Danmark A/S v. Handelsog Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*. [2001] ECR I-06993.
- Case C-117/01, *KB v. NHS Trust Pensions Agency*. [2004] ECR I – 00541.
- Case C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health*. [1993] ECR I-05535.
- Case C-129/79, *Macarthy's Ltd v. Wendy Smith*. [1980] ECR 01275.
- Case C-132/92, *Birds Eye Walls Ltd. v Friedel M. Roberts*. [1993] ECR I-5579.
- Case C-144/04, *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*. [2005] ECR I-09981.
- Case C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*. [1990] ECR I-03941.
- Case C-180/95, *Nils Draehmpaehl v. Urania Immobilienservice OHG*. [1997] ECR I-2195;
- Case 184/83, *Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*. [1984] ECR 3047.
- Case C-186/01, *Alexander Dory v. Federal Republic of Germany*. [2001] ECR 07823.
- Case C-243/95, *Kathleen Hill & Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners & Department of Finance*. [1998] ECR I-03739.
- Case C-267/06, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*. [2008] OJ C 128.
- Case C-273/97, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board*. [1999] ECR I-7403.
- Case C-285/98, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*. [2000] ECR I-00069.
- Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law*. [2008] ECR I-05603.
- Case 318/86, *Commission v. France*. [1988] ECR 3559.
- Case C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA*. [2007] ECR I-08531.
- Case C-423/04, *Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*. [2006] ECR I-03585.
- Case T-10/93, *A. v. Commission of the European Communities*. [1994] ECR II-00179.
- Court of Appeal case, *Owen & Brigg v. James*. [1982] ICR 618.
- Davulis, T. *Darbo teisė: Europos Sąjunga ir Lietuva*. Vilnius: Teisinės informacijos centras, 2004.
- Employment Appeal tribunal case, *Clark v. TDG Ltd Novacold*. [1999] ICR 951.
- Employment Appeal Tribunal case, *Hayes v. Malleable Working Men's Club and Institute*. [1985] IRLR 367.
- Employment appeal tribunal case, *Horsey v. Dyfed County Council*. [1982] IRLR 395.
- Employment appeal tribunal case, *Skyrail Oceanic Ltd v. Coleman*. [1981] ICR 864.
- Fredman, S. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė, D. Įrodymų naštos perkėlimo samprata ir mechanizmas diskriminavimo darbe bylose. *Jurisprudencija*. 2008, 8(110).
- Holmes, E. Anti-discrimination Rights Without Equality. *Modern Law Review*. 2005, 68(2): 175–194.
- House of Lords case, *R v. Birmingham City Council ex parte Equal Opportunities Commission (EOC)*. [1989] IRLR 173.
- House of Lord case, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another (Respondents) ex parte European Roma Rights Centre and others (Appellants)*. [2004] UKHL 55.
- Hungary Supreme court case 247 1, *Háttér Társaság a Melegekért v. Károli Gáspár Református Egyetem*. [2005].
- Industrial tribunal case, *Turley v. Allders Department Stores Ltd*. [1980] ICR 66.
- International Labour Organisation Migration for Employment Convention (Revised) 97 (adopted 1 July 1949, entered in force 22 January 1952) [žiūrėta 2010-

- 08-04]. <<http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>>.
- Kimber, C.; Lucey, M. C.; Keville, C. Recent developments in EC equality law. *Irish Perspectives on EC law*. Dublin: Round Hall, 2003.
- Lietuvos Respublikos darbo kodeksas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 64-2569.
- Lietuvos Respublikos Konstitucija. *Valstybės žinios*. 1992, Nr. 33-1014.
- Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 1998 m. lapkričio 11 d. nutarimas „Dėl reikalavimo kandidatams į Seimo narius ar į savivaldybių tarybų narius, turintiems užsienio valstybės pilietybę, atsisakyti kitos valstybės piliečio priesaikos“. *Valstybės žinios*. 1998, Nr. 100-2791.
- Lietuvos Respublikos lygių galimybių įstatymas. *Valstybės žinios*. 2003, Nr. 114-5115.
- Lietuvos Respublikos moterų ir vyrų lygių galimybių įstatymas. *Valstybės žinios*. 1998, Nr. 112-3100.
- Mačernytė-Panomariovienė, I. Darbuotojų lygybė Europos Sąjungos teisėje. *Tarptautinės mokslinės konferencijos „Darbo teisė suvienytoje Europoje“*, vykusios 2003 m. spalio 16–18 d., medžiaga. Vilnius: Forzacas, 2004.
- McColgan, A. *Discrimination: Law Text, Cases and Materials*. Oxford: Hart publishing, 2005.
- McCrudden, C. The New Concept of Equality. *ERA forum*. 2003, 4(3): 2–29.
- Meenan, H. Age equality after the Employment Directive. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2003, 10: 9–38.
- Milašičiūtė, V. *Diskriminacijos draudimo principas tarptautinėje teisėje: diskriminacijos fakto nustatymo kriterijai*. Daktaro disertacija. Socialiniai mokslai (teisė). Vilnius: Vilniaus universitetas, 2007.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights General Comment No. 18: Non-discrimination. [1989] [žiūrėta 2006-02-25]. <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument>>.
- O’Hare, U. Enhancing European Equality Rights: a New Regional Framework. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2001, 8: 144-165.
- Parlamento ir Tarybos 2002 m. rugsėjo 23 d. direktyva 2002/73/EB, iš dalies keičianti Tarybos direktyvą 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaugštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu. [2002] *OL L* 269/15.
- Parlamento ir Tarybos 2006 m. liepos 5 d. direktyva 2006/54/EB dėl moterų ir vyrų lygių galimybių ir vienodo požiūrio į moteris ir vyrus užimtumo bei profesinės veiklos srityje principo įgyvendinimo (nauja redakcija). [2006] *OL L* 204/23.
- Parlamento 2009 m. balandžio 2 d. teisėkūros rezoliucija dėl pasiūlymo dėl Tarybos direktyvos, kuria įgyvendinamas vienodo požiūrio į asmenis, nepaisant jų religijos ar tikėjimo, negalios, amžiaus arba seksualinės orientacijos, principas (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)). [2010] *OL C* 137E.
- Petrylaitė, D.; Davulis, T.; Petrylaitė, V. *Europos Sąjungos teisės aktų įgyvendinimas Lietuvos darbo teisėje*. Vilnius: Registrų centras, 2008.
- Schiek, D. A new Framework on equal treatment of persons in EC law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/??/EC changing Directive 76/207/EEC in context. *European Law Journal*. 2002, 8(2): 290–314.
- Sewandono, I. De Rassemrichtlijn en de Algemene Wet gelijke behandeling (The Race Directive and the General Antidiscrimination Law). *Sociaal Economische Wetgeving*. 2001, (6): 218-226.
- Tarybos 1968 m. spalio 15 d. reglamentas 1612/68/EEB dėl laisvo darbuotojų judėjimo Bendrijoje. [1968] *OL L* 257/2.
- Tarybos 1976 m. vasario 9 d. direktyva 76/207/EEB dėl vienodo požiūrio į vyrus ir moteris principo taikymo įsidarbinimo, profesinio mokymo, pareigų paaugštinimo ir darbo sąlygų atžvilgiu. [1976] *OL L* 39/40.

- Tarybos 2000 m. birželio 29 d. direktyva 2000/43/EB, įgyvendinanti vienodo požiūrio principą asmenims nepriklausomai nuo jų rasės arba etninės priklausomybės. [2000] *OL L* 180.
- Tarybos 2000 m. lapkričio 27 d. direktyva 2000/78/EB, nustatanti vienodo požiūrio užimtumo ir profesinėje srityje bendruosius pagrindus. [2000] *OL L* 303.
- Tarybos 2000 m. lapkričio 27 d. sprendimas, nustatantis Bendrijos kovos su diskriminacija veiksmų planą (2001–2006 m.) (2000/750/EB). [2000] *OL L* 303.
- Tarptautinės darbo organizacijos konvencija „Dėl diskriminacijos darbo ir profesinės veiklos srityje“. *Valstybės žinios*. 1996, Nr. 28-677.
- Tarptautinis ekonominių, socialinių ir kultūrinių teisių paktas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 77-3290.
- Tarptautinis pilietinių ir politinių teisių paktas. *Valstybės žinios*. 2002, Nr. 77-3288.
- Tarptautinių žodžių žodynas*. Vilnius: Vyriausioji enciklopedijų redakcija, 1985.
- United States Supreme Court, *O'Connor v. Consolidated Coin Caterers*. [1996] 517 U.S. 308.
- Vilniaus apygardos teismo 2008 m. gruodžio 10 d. nutartis civilinėje byloje *S.M. v. UAB „Disona“* (bylos Nr. 2A-1020-464/2008).
- Visuotinė žmogaus teisių deklaracija. *Valstybės žinios*. 2006, Nr. 68-2497.
- Waddington, L. The new equality Directives – mixed blessings. *Equality in Diversity. The New Equality Directives*. Dublin: Irish Centre for EU Law, 2003.
- Waddington, L.; Lawson, A. *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009.
- Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvencija. *Valstybės žinios*. 1995, Nr. 40-987.

THE CONCEPT OF DIRECT DISCRIMINATION UNDER RACE EQUALITY, EMPLOYMENT EQUALITY AND GENDER EQUALITY DIRECTIVES

Diana Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė

Mykolas Romeris University, Lithuania

Summary. *Gender discrimination case law of European Court of Justice established fundamental principles and influenced both the jurisprudence and case law of the examining discrimination cases on gender and other discrimination grounds. In the paper, the concept of direct discrimination formulated in the Race and Occupation equality directives applied under them, later taken by other directives and national law, is analyzed. Lithuania, the same as the other Member States, defined the direct discrimination concept in the way as it was formulated in the directives.*

The content of the prohibition of discrimination depends on the content of equality. There is a difference between formal and substantive equality—the implementation of formal and substantive equality is reflected in the case law of the ECJ and national courts. Direct discrimination is one of the discrimination forms and it is distinguished as the prime form of

discrimination. As was stated in the early case law of the EJC, direct discrimination is not always overt. The covert form of direct discrimination is becoming more common.

These elements of direct discrimination can be enumerated—the symmetric structure of the concept, which shows the equal protection of both majority and minority of people; comparison, which shows the requirement to compare as many similar situations as possible to less favourable treatment due to dependence on discrimination grounds consolidated in the law; and the possibility to justify direct discrimination if only there are narrow exceptions consolidated in the law.

The problem of comparison of situations is often faced by courts. There is no criterion that could direct a proper comparison in discrimination cases. The requirement to compare with other persons in a similar situation allows comparison of real situations and the possibility to compare situations in the past and hypothetical situations. The law omissions authorise courts to use the instrument of comparison flexibly, so consequently the problem of impartiality and incoherence of implementation of non-discrimination law can be raised. As the main element in examining the fact of direct discrimination, the element of comparison is criticised in present scientific papers because it is desirable but not a necessary element.

It is considered that the main element in examining the fact of direct discrimination is less favourable treatment—it can be established following the criterion only of exceptional feature. There has to be a direct link between less favourable treatment and the grounds of discrimination consolidated in the law.

The practice of stereotypes is widely considered as form of direct discrimination. The perpetrator's aim and purpose to discriminate is not a necessary condition of liability even if the respondent appeal on the customers is money saving or conflict avoiding.

Examining the basis of justifying direct discrimination, the justifications, exceptions, and exclusions are distinguished. Exceptions that can justify direct discrimination are finite and narrow. Lithuanian law prohibits direct discrimination justification apart from narrow exceptions consolidated in the legislation. One of the exceptions that is consolidated in the legislation is the necessary and genuine occupational requirements that must be proportional and lawful.

Keywords: *principle of equality, prohibition of discrimination, the concept of direct discrimination, comparison in direct discrimination cases, hypothetical comparison, less favourable treatment, direct discrimination justification.*

Diana Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė, Mykolo Romerio universiteto Teisės fakulteto Darbo teisės ir socialinės saugos katedros doktorantė, lektorė. Mokslinių tyrimų kryptys: darbo teisė, antidiskriminacinė teisė.

Diana Gumbrevičiūtė-Kuzminskienė, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Department of Labour Law and Social Security, doctoral student, lector. Research interests: labour law, anti-discrimination law.