

Янковець І. В.,  
аспірант

Національного університету «Одеська юридична академія»

## ПОЗИТИВНА ДИСКРИМІНАЦІЯ ЯК СОЦІАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЯВИЩЕ

### POSITIVE DISCRIMINATION AND POSITIVE ACTIONS AS A SOCIAL AND LEGAL PHENOMENON

Статтю присвячено характеристиці позитивної дискримінації як соціально-правового явища. Наведено підходи до визначення його сутності в наукових та нормативних джерелах. Розкрито зв'язок між принципами верховенства права та рівності, з одного боку, та позитивною дискримінацією, з іншого боку. Охарактеризовано сутність позитивної дискримінації як соціально-правового явища.

**Ключові слова:** дискримінація, позитивна дискримінація, позитивні дії, права і свободи людини і громадянина, конституційні принципи.

Статья посвящена характеристике позитивной дискриминации как социально-правового явления. Приведены подходы к определению его сущности в научных и нормативных источниках. Раскрыта связь между принципами верховенства права и равенства, с одной стороны, и положительной дискриминацией, с другой стороны. Охарактеризована сущность позитивной дискриминации как социально-правового явления.

**Ключевые слова:** дискриминация, положительная дискриминация, позитивные действия, права и свободы человека и гражданина, конституционные принципы.

The article is devoted to the characterization of positive discrimination as a social and legal phenomenon. The approaches to the definition of its essence in scientific and normative sources are presented. The link between the principles of the rule of law and equality, on the one hand, and positive discrimination on the other hand, are revealed. Characterized the essence of positive discrimination as a social and legal phenomenon.

**Key words:** discrimination, positive discrimination, positive actions, rights and freedoms of man and citizen, constitutional principles.

**Постановка проблеми.** Правове та фактичне становище людей та окремих соціальних груп може визначатися дискримінаційним ставленням, яке полягає в обмеженні можливостей у реалізації ними гарантованих законом природних та невід'ємних прав. І в цьому випадку держава зобов'язана реалізувати на практиці конституційний принцип заборони дискримінації та вживати заходи для захисту громадян, які відносяться до дискримінованих соціальних груп. Проте із зміною суспільної думки, законодавства, соціально-економічного становища тощо подібні обмеження можуть зникати. Тоді виникає потреба у відновленні первісного визначення прав, оскільки вжиті колись засоби захисту в нових умовах можуть перетворитися на необґрунтовані привілеї однієї соціальної групи відносно інших членів суспільства. У цьому випадку конституційний принцип заборони дискримінації скеровує діяльність суб'єктів владних повноважень на переоцінку цих умов та вжиття заходів для захисту від зворотної дискримінації.

Через специфічну сутність самого явища дискримінації виникає необхідність вивчення наукового підґрунтя дискримінації з подальшим розвитком законодавства в даній сфері.

**Огляд останніх досліджень та публікацій.** Дослідження позитивної дискримінації започатковано в роботах Д. Берри, Т. Гіла, Д. Голдмана, Т. Дая, Д. Міллера, Т. Нагеля, Д. Ролза, Н. Рулана, Л. Шраг та ін. Проте вони зосереджують увагу, головним чином, на реалізації ідеї позитивної дискримінації в праві США та західноєвропейських держав.

Дослідження позитивної дискримінації у вітчизняній науці розпочалися порівняно нещодавно. Загалом, слід визнати відсутність спеціальних монографічних досліджень, присвячених позитивній дискримінації. У наявних дисертаційних та монографічних роботах О. Дашковської, Т. Деметрадзе, С. Погребняка, І. Полховської та інших сутність позитивної дискримінації розглядається в контексті досліджень гендерної рівності, трудового законодавства, конституційних принципів рівності та заборони дискримінації. Окремо слід відзначити дисертацію З. Равлінко, де більше уваги приділено соціальним та юридичним наслідкам позитивних дій та стандартам застосування позитивної дискримінації на практиці.

Фактично єдиним виданням, що цілком присвячене позитивній дискримінації, є посібник Г. Христової та О. Кочемировської «Позитивні дії в механізмі забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: міжнародний досвід та українські перспективи», де досліджуються проблеми методологічного обґрунтування позитивних дій, міжнародне та вітчизняне законодавство в цій сфері; нормативні вимоги до застосування позитивних дій та ін. Також звертає на себе увагу збірник методичних рекомендацій для юристів «Питання заборони та протидії дискримінації» (упорядник Г. Христова), де окрему частину присвячено поясненню концепції позитивної дискримінації.

До пояснення сутності та обґрунтування доцільності позитивних дій торкалися у своїх наукових публікаціях такі автори, як М. Буроменський,

Т. Омельченко, Г. Журавльова, І. Сахарук, І. Ветухова, Л. Лобанова, Р. Мандель, О.-М. Бачинська та інші.

Відаючи належне внеску вищезазначених авторів, відзначимо, що отримані ними результати в значному ступені засновуються на поясненнях «історичних» форм дискримінації (гендерної, расової, тощо), в той час як у сучасному суспільстві існують й інші умови обмеження можливостей у реалізації прав. Цим зумовлена необхідність продовження вивчення позитивної дискримінації в контексті правової системи України.

**Мета статті** полягає в розкритті сутності позитивної дискримінації як соціально-правового явища. Її досягнення передбачає виконання таких завдань: порівняти дефініції позитивної дискримінації в наукових та нормативних джерелах; розкрити зв'язок між принципами верховенства права та рівності, з одного боку, та позитивною дискримінацією, з іншого боку; охарактеризувати сутність позитивної дискримінації як соціально-правового явища.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Соціально-правовою передумовою позитивної дискримінації є потреба в забезпеченні фактичної рівності між різними категоріями осіб, яка зумовлена дисбалансом між доступними для них можливостями реалізовувати рівні права. В Україні політика позитивної дискримінації реалізовується через застосування державою «позитивних дій». Нормативна дефініція цієї категорії міститься в п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації» (далі – Закон про протидію дискримінації), де її визначено як «спеціальні тимчасові заходи, що мають правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, спрямовану на усунення юридичної чи фактичної нерівності в можливостях для особи та/або групи осіб реалізовувати на рівних підставах права й свободи, надані їм Конституцією й законами України» [1].

На перший погляд, введення в законодавчому акті положень, що містять у собі норми про імунітет або пільги, є відхиленням від конституційного принципу рівності всіх громадян перед законом і судом [12, с. 28].

Детальніше вивчення норм доводить, що Основний Закон не виключає можливості впровадження заходів, що спрямовані на усунення юридичної чи фактичної нерівності. Зокрема, в ч. 3 ст. 24 Конституції України містяться норми, що гарантують надання жінкам рівних із чоловіками можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, в здобутті освіти і професійній підготовці, в праці та винагороді за неї; а також гарантують створення умов для поєднання праці з материнством. У ч. 2 ст. 43 Основного Закону визначено, що держава створює умови для повного здійснення громадянами права на працю, гарантує рівні можливості у виборі професії та роду трудової діяльності [2]. Таким чином, на конституційному рівні визнано, що у зв'язку з існуванням об'єктивних причин соціального, фізіологічного чи майнового характеру тощо для певних категорій населення можуть виникати перешкоди для

реалізації їх прав. Також визначається, що держава зобов'язана створювати необхідні умови для того, щоб ці перешкоди не могли стати на заваді реалізації прав людиною (групою осіб їх за певними ознаками), на рівних підставах з іншими членами суспільства.

Норми ч. 3 ст. 6 Закону про протидію дискримінації відмежовують позитивні дії від дискримінації на основі загальних принципів їх застосування:

1) по-перше, через позитивні дії не можуть обмежуватися права та свободи інших осіб чи створюватися перешкоди для їх реалізації;

2) по-друге, застосуванню позитивних дій має передувати об'єктивна оцінка обґрунтованості переваг, які ними передбачаються.

Позитивні дії вчиняються з метою створення умов для рівної реалізації гарантованих Конституцією України та законами України прав:

1) для окремих категорій осіб, які потребують спеціального захисту з боку держави;

2) для окремих груп осіб із метою збереження їх групової ідентичності;

3) для окремих категорій осіб, які мають право на пільги та компенсації, в передбачених законодавством випадках;

4) для окремих категорій громадян через встановлення державних соціальних гарантій;

5) в інших передбачених законом випадках.

Відповідно до цих визначень політика позитивної дискримінації в Україні охоплює широке коло суспільних відносин. Попри відсутність прямих посилань між нормативно-правовими актами, можемо констатувати, що позитивні дії передбачені багатьма Законами України, зокрема: «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні», «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», «Основи законодавства України про охорону здоров'я», «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» та іншими.

Таким чином, позитивні дії слід розглядати в якості одного з інструментів виконання соціальної, культурної, інформаційної та правоохоронної функцій держави у зв'язку із спрямованістю цих дій на забезпечення рівності можливостей у реалізації прав та свобод у сфері:

1) праці, освіти, соціального захисту, охорони здоров'я;

2) сімейних відносин;

3) суспільно-політичних відносин;

4) реалізації інших прав і свобод людини та громадянина, що встановлені Конституцією та Законами України.

На основі норм ст. 7 Закону про заборону дискримінації можемо зробити висновок про те, що позитивна дискримінація є одним із напрямів державної політики щодо запобігання та протидії дискримінації, який реалізовується через:

1) застосування позитивних дій;

2) створення умов для своєчасного виявлення фактичної нерівності в можливостях для особи та/

або групи осіб реалізовувати на рівних підставах права і свободи, надані їм Конституцією і законами України;

3) поширення просвітницької діяльності в цій сфері.

Порівнюємо отримані висновки про сутність позитивної дискримінації за нормами чинного законодавства із відповідними судженнями в працях вітчизняних дослідників.

Вивчаючи взаємодію принципів формальної і фактичної рівності з принципом недискримінації, Р. Мандель характеризує позитивну дискримінацію (або політику позитивних дій) як «юридичну розбіжність у підходах, яка реалізується як тимчасовий захід із метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і таким чином компенсує існуючу між ними фактичну нерівність» [5, с. 13] (слід відзначити, що помітний вплив на формування такої позиції мали теоретичні положення запропоновані С. Погребняком задовго до прийняття Закону про запобігання дискримінації) [8, с. 18]. Як бачимо, наведена дефініція прямо суперечить положенням Закону про заборону дискримінації в частині характеристики спрямованості правового регулювання: згідно із чинним законодавством дії, які обмежують права та свободи інших осіб або створюють перешкоди для їх реалізації, визнаються дискримінаційними.

Також дискусійним є визначення позитивних дій як «юридичної розбіжності в підходах», що допускає можливість двоякого тлумачення законодавства відповідно до контексту (іншими словами, на розсуд виконавчого органу), необґрунтованого обмеження прав, або надання необґрунтованих привілеїв.

Вивченню становлення та розвитку міжнародно-правових стандартів щодо захисту прав жінок та забезпечення гендерної рівності присвячено публікацію Т. Омельченко. У своїй роботі дослідниця не надає чіткої дефініції позитивній дискримінації, проте вживає деякі визначення, які дозволяють з'ясувати її точку зору. Так, позитивна дискримінація «допускає встановлення певних пільг та переваг для окремих осіб ... спрямованих на прискорення фактичної рівності ... які мають бути санкціоновані вищим органом законодавчої влади у вигляді закону з обов'язковим обґрунтуванням» [7, с. 86].

На відміну від попередньої точки зору, бачення позитивних дій як «пільг та переваг», наданих із метою прискорення фактичної рівності не позиціонує їх як протиставлення правам інших осіб. Проте в порівнянні з нормативним визначенням як «спеціальних тимчасових заходів» вона звужує коло правових засобів, які потенційно можуть застосовуватися для досягнення цієї мети (наприклад, спеціальні правові режими; обов'язків учасників правовідносин; заохочення; дозволи, тощо).

На думку Г. Христової, позитивна дискримінація «передбачає можливість застосування спеціальних юридичних заходів (так званих позитивних дій), які спрямовані на усунення дисбалансу між можливостями різних категорій осіб реалізовувати рівні права

через усталені стереотипи, практики чи традиції, що склалися в суспільстві, і виконують функцію правової компенсації для певних категорій осіб із метою якнайшвидшої ліквідації наслідків соціальної нерівності» [13, с. 77].

Однією з особливостей наведеної дефініції є бачення категорії «позитивна дискримінація» як явища вищого рівня (політики, мети правового регулювання, тощо), де засобом її здійснення виступають позитивні дії. Це водночас характеризує позитивні дії як один із основних інструментів держави в зрівнюванні можливостей для реалізації прав людини та громадянина, а також не виключає використання державою допоміжних та альтернативних засобів, які в сукупності утворюють організаційно-правовий механізм запобігання дискримінації.

Також Г. Христова намагається визначити фактори, які зумовлюють необхідність застосування позитивних дій як «стереотипів, практик чи традицій», у чому вбачається спроба закріпити суто соціальний характер появи умов, які ведуть до обмеження можливостей для особи (групи осіб) у реалізації прав на рівних підставах. Ця точка зору видається вірною лише частково, оскільки в деяких випадках обмеження можливостей у реалізації прав можуть виникати внаслідок недоліків функціонування державних органів, суспільних інститутів, перебігу певних суспільно-політичних процесів тощо і не обмежуватися лише наслідками соціальної нерівності. Більш слушно видається позиція законотвора, який не робить акценту на умовах, які ведуть до обмеження можливостей, проте визначає головну ознаку для їх оцінки: виникнення як фактичної, так і юридичної нерівності.

Вивчаючи сутність позитивної дискримінації, З. Равлінко торкається дискусійних аспектів розмежування понять позитивної дискримінації та позитивних дій. Як зазначається, частина науковців пропонує повністю відмовитися від словосполучення «позитивна дискримінація», «оскільки за своєю сутністю дискримінація є лише негативною ... та перейти на американський еквівалент «ствердні дії» (affirmative action)». Інші ж дослідники (у т.ч. і З. Равлінко) не оцінюють його як внутрішньо суперечливе і підкреслюють, що «цей термін вже встиг узвичаїтись у вітчизняному правознавстві» [11, с. 100].

На нашу думку, в цій ситуації слід приймати до уваги історичний та соціальний аспекти, які зумовили використання терміну «позитивна дискримінація» у вітчизняній та європейській науковій літературі. Проблематика правомірності зрівнювання можливостей «за рахунок іншої сторони» (наприклад, як це виражено у поглядах С. Погребняка) дійсно містить у собі елемент «обмеження», протиставлення інтересів однієї соціальної категорії інтересам іншої. Тут «позитивна дискримінація» розпочинається тоді, коли закон переходить на бік «утисненої сторони» задля «зрівнювання можливостей», «відновлення соціальної справедливості».

Проте в доктрині сучасного вітчизняного права «позитивні дії» відмежовуються від дискримінації.



Як засіб правового регулювання вони не мають на меті задовольнити інтереси однієї сторони за рахунок іншої. А в більшому ступені – спрямовані на забезпечення правової або фактичної компенсації ймовірної шкоди інтересам особи в становищі, коли вона не володіє можливостями реалізувати гарантовані Конституцією і Законами України права нарівні з іншими.

Таким чином, вважаю, що подальше вживання терміну «позитивна дискримінація» в науковій літературі та в суспільно-політичному дискурсі має призвести до набуття терміном «дискримінація» більш нейтрального тлумачення, зближеного із тлумаченням поняття «диференціація» в нейтральному соціальному контексті.

Отже, позитивні дії йдуть далі формальної заборони дискримінації і спрямовані на встановлення субстантивної рівності різних соціальних груп. Позитивні дії беруть до уваги особливі незручності, від яких потерпає особа чи група людей, і спрямовані на компенсацію «другорядного», «обмеженого» статусу особи.

Запровадження позитивних дій як ефективного інструменту досягнення рівності прав та можливостей спирається на міцну міжнародно-правову базу, яку складають основні стандарти в галузі прав людини [14, с. 17], а також на принципи функціонування правової та соціальної держави, закріплені в Конституції України.

Згідно із ч. 1 ст. 8 Основного Закону держави в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права вимагає від держави його втілення в правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті, передусім, ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Усі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України [3, с. 314].

З точки зору моралі як одного з елементів принципу верховенства права рівність людей як складова частина сучасної концепції прав людини впливає з гідності людини. Гідність є вродженою властивістю, однаково притаманною усім людям, незалежно від будь-яких біологічних чи соціальних властивостей. Рівність людини виступає як соціальний ідеал, що проявляється протягом усієї історії людства і по-різному обґрунтовується, або як ключова цінність демократичного суспільства, або як принцип справедливості в політичних цінностях [10, с. 21].

Особливістю позитивної дискримінації є забезпечення зрівнювання можливостей певних категорій осіб відповідно до засад поваги до гідності особи, гарантій рівності, соціальної справедливості. Для цього використовується арсенал соціальної право-

вої держави, яка покликана забезпечити вільний розвиток індивіда в демократичному суспільстві за допомогою адекватних засобів, що становить собою позитивну дискримінацію, спрямовану на захист слабшого з метою забезпечення балансу інтересів у неоднорідному суспільстві та вільного розвитку індивіда [4, с. 47].

Узагальнення вищевказаного дозволяє охарактеризувати прояви позитивної дискримінації як складного соціально-правового явища наступним чином.

З одного боку, політика позитивної дискримінації спрямовується на усунення фактичної нерівності, частково спричиненої колишньою дискримінацією. Ця ситуація спонукає вжити компенсаторних заходів, які мають створити можливість для підвищення кваліфікації тим, чиє гірше становище зумовлене проявами негативної дискримінації (расової, національної, гендерної, тощо). Усі ці заходи повинні сприяти появі для певної категорії осіб таких благ, як почуття власної гідності, впевненість у собі, мотивів та амбіцій – усього, що сприяє конкурентному успіхові [6, с. 607]. Тому система переваг для цих осіб дозволяє надати рівний старт представникам усіх груп [9, с. 24].

З іншого боку, політика позитивної дискримінації також має на меті створити умови для зрівнювання можливостей у реалізації прав для осіб, які зазнають обмеження внаслідок дії чинників, не пов'язаних із проявами негативної дискримінації в суспільстві, в зумовлених недоліками функціонування державних органів, суспільних інститутів, перебігу певних суспільно-політичних процесів тощо. У цьому випадку позитивні дії застосовуються через встановлення державних соціальних гарантій, передбачення пільг та компенсацій тощо.

**Висновки.** Отже, інститут позитивної дискримінації в Україні перебуває на етапі свого становлення. Сформовано нормативні основи в спеціальному законодавчому акті, де позитивні дії визначено як одну із складових частин державної політики попередження та протидії дискримінації. У науковій літературі відсутня єдність поглядів на сутність позитивної дискримінації. Спостерігаються суттєві розбіжностями окремих науковців із поглядами законодавця.

Вбачається, що в основі цих суперечностей перебувають відмінності в баченні позитивної дискримінації як інструмента соціально-правового регулювання. У конкретних випадках він може носити характер «перерозподілу прав» через надання певних привілеїв соціальній групі, яка зазнає певних утисків (обмежень), або характер «компенсації втрачених можливостей» шляхом надання для таких осіб дозволів, пільг, заохочень тощо. Вважаємо, що прийняття цих підходів як взаємодоповнюючих поліпшує розуміння позитивної дискримінації як складного соціально-правового явища. Важливим питанням також є вивчення сутності позитивної дискримінації для збалансування соціальної нерівності в суспільстві. Слід відзначити, що такий підхід кореспондує позиції законотворця у визначенні поняття позитивних дій.

Перспективи подальших досліджень визначаються недостатнім станом розроблення даної проблематики та полягають у з'ясуванні сутності позитивної дискримінації; вивченні позитивних дій у вітчизняному законодав-

стві та їх класифікації; порівнянні норм вітчизняного та міжнародного законодавства з метою з'ясування відмінностей та перспектив розвитку вітчизняної правової системи в напрямку попередження та протидії дискримінації.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» №5207-VI від 06 вересня 2012 року: зі змінами та доповненнями станом на 13.05.2014 р. // Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5207-17> (17.10.2017). Назва з екрану.
2. Конституція України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 30 верес. 2016 р.: (ОФІЦ.ТЕКСТ). К.: Паливода А.В., 2016. 76 с.
3. Айріян К.Б. Конституційний принцип рівності громадян у доступі до конституційного правосуддя. Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 314–318.
4. Журавльова Г.С. Принцип соціальної держави та природа позитивної дискримінації. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2017. № 44, Т. 1. С. 43–47.
5. Мандель Р.Я. Взаємодія принципів формальної і фактичної рівності із принципом недискримінації // Право: історія, теорія, практика: зб. наук. праць за мат. III Міжнар. наук.-практ. конф. 18-19 лист. 2016 р. Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2016. 196 с.
6. Нагель Т. Рівне ставлення і компенсаторна дискримінація // Філософія права / За ред. Д. Фейнберга, Д. Коулмена: пер. з англ. К.: Основи, 2007. С. 607.
7. Омельченко Т.В. Становлення та розвиток міжнародно-правових стандартів щодо захисту прав жінок та забезпечення гендерної рівності // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «ПРАВО». 2011. № 17. С. 82–89.
8. Погребняк С.П. Втілення принципу рівності в юридичних актах. Вісник Академії правових наук України. 2006. № 3. С. 8–20.
9. Погребняк С.П. Роль позитивної дискримінації в загальній концепції рівності. Університетські наукові записки. 2008. № 1. С. 23–28.
10. Полховська І.К. Конституційний принцип рівності людини і громадянина в Україні: монографія. Полтава: Полтавський літератор, 2009. 200 с.
11. Равлінко З.П. Заборона дискримінації: загальнотеоретичне дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Національний університет «Львівська політехніка». Львів, 2016. 201 с.
12. Руднев В.И. Иммуниеты в уголовном судопроизводстве. Российская юстиция. 1996. № 8. С. 28–29.
13. Христова Г.О. Питання заборони та протидії дискримінації: методичні рекомендації для юристів. К.: Рада Європи, 2015. 112 с.
14. Христова Г.О. Позитивні дії в механізмі забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: міжнародний досвід та українські перспективи. Харків: Райдер, 2010. 200 с.