



С. П. Погребняк*

РОЛЬ ПОЗИТИВНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ В ЗАГАЛЬНІЙ КОНЦЕПЦІЇ РІВНОСТІ

Друга половина ХХ ст. — період, в якому відбуваються суттєві зміни в загальній концепції рівності, що є однією з підвалин сучасної західної цивілізації. Вони обумовлені насамперед трансформаціями, що відбуваються в самому розумінні ідеї рівності можливостей, яка лежить в основі концепції рівності. Однією з таких важливих трансформацій можна вважати появу інституту позитивної дискримінації, який змінює традиційні уявлення про рівність як загальний принцип права і знаходить своє втілення в правотворчій і правозастосовній діяльності.

Дослідження позитивної дискримінації започатковано в роботах Д. Берри, Т. Гіла, Д. Голдмана, О. Дащковської, Т. Даї, К. Джадди, Д. Міллера, Т. Нагеля, Д. Ролза, Н. Рулана, К. Хули, Л. Шраг та ін. Проте їх роботи зосереджують увагу головним чином на реалізації ідеї позитивної дискримінації в праві США та західноєвропейських держав. Водночас існує потреба теоретичного дослідження позитивної дискримінації в контексті правової системи України.

Для досягнення даної мети, на наш погляд, необхідно з'ясувати сутність принципу рівності, зрозуміти роль позитивної дискримінації в загальній концепції рівності, визначити зміст сучасних програм позитивної дискримінації, дослідити процес реалізації цих програм у правовій системі України.

Як відомо, рівність можливостей — ідея, згідно з якою кожному індивіду повинні бути гарантовані однакові шанси досягти успіхів у житті¹. У класичному варіанті вона вимагає усунення штучних перешкод шляхом скасування всіх привілеїв, встановлених для окремих осіб, які виходять з пріоритетності індивідуальних досягнень, обумовлених лише здібностями особи, а не її походженням, національністю, кольором шкіри, релігією, статтю тощо, і прагне правовими методами забезпечити вільну конкуренцію, коли всі знаходяться в рівних умовах і грають за одинаковими правилами. Ця концепція лежить в основі Декларації незалежності США 1776 р. і Декларації прав людини і громадянства 1789 р. Вона набуває остаточне світове визнання в ст. 1 Загальної декларації прав людини 1948 р. Іншими словами, всі стартують з однієї лінії з рівними шансами на успіх, що будь-які накопичувані з часом розходження є результатом прояву здібностей, талантів, ініціативи, напруженості праці й, можливо, щасливого збігу обставин².

Забезпечення подібної рівності можливостей передбачає насамперед заборону дискримінації, тобто заборону відхилення від стандарту загальної рівності, а саме: у наданні суб'єктам, виходячи з будь-яких відмінностей, різного захисту з боку закону чи суду, запровадження різних прав, свобод і обов'язків за ознаками раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних та інших переконань, етнічного та соціального походження, майнового та іншого стану. Право усіх людей на рівний захист від такої дискримінації як логічне продовження ідеї

© Погребняк С. П., 2008

* доцент кафедри теорії держави і права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого (м. Харків), кандидат юридичних наук, доцент

¹ Див.: Джадда К., Бері Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Трудным путем демократии: Процесс государственного управления в США / Пер. с англ. — М.: РОССПЭН, 2006. — С. 46.

² Дай Т. Р. Основи державної політики / Пер. з англ. — Одеса: АО Бахва, 2005. — С. 340-341.



рівності всіх людей у своїй гідності і правах було передбачене в ст.ст. 2 і 7 Загальної декларації прав людини 1948 р.

Під впливом альтернативної концепції (рівності результатів) сучасна концепція рівності доповнює класичну ідею формальної рівності можливостей ідеєю створення реальних можливостей для членів суспільства конкурувати з іншими його членами, причому з достатніми шансами на успіх. Для забезпечення подібних реальних можливостей необхідно насамперед гарантувати справедливий розподіл соціальних благ між конкуруючими сторонами. Водночас слід розуміти, що справедливий розподіл соціальних благ зовсім не вимагає їх рівномірного розподілу; він радше вбачає забезпечення рівності можливостей у чомуусь на зразок “вирівнювання ігрового поля”, з тим, щоб зробити конкуренцію за ресурси справедливою, а не тільки досягти їх більш рівномірного розподілу³. Саме така природна в умовах соціальної держави *діалектика формальної і фактичної (реальної) рівності* дозволяє забезпечити “чесну рівність можливостей” (Д. Ролз), яка сьогодні є провідною інтерпретацією ідеї рівності. У цьому вигляді вона і знаходить свій вияв у сфері правового регулювання. Відштовхуючись від ідеї чесної рівності можливостей, сучасне право повинно гарантувати справедливий баланс між вимогами формальної і фактичної рівності.

Так, *вимога формальної рівності можливостей*, на нашу думку, реалізується в праві за допомогою чотирьох пов’язаних між собою загальних принципів:

- 1) принципу рівності перед законом;
- 2) принципу рівності перед судом;
- 3) принципу рівності прав і свобод людини і громадянина, та
- 4) принципу рівності обов’язків людини і громадянина.

У свою чергу *вимога фактичної рівності можливостей* реалізується в праві за допомогою двох основних принципів:

- (1) принципу диференціації правового регулювання, і
- (2) принципу позитивної дискримінації.

Заради забезпечення фактичної (реальної) рівності можливостей держава може вдаватися до так званої *позитивної дискримінації* (англ. — *positive discrimination*), або *політики позитивних дій* (англ. — *affirmative action, positive action*), — юридичної розбіжності в підходах, яка реалізується як тимчасовий захід з метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і таким чином компенсує існуючу між ними фактичну нерівність. Позитивна дискримінація⁴ дозволяє перейти від *рівності в праві* (як вимоги юридичної недискримінації) до *рівності через право* (фактичної рівності).

Пояснюючи цю мету позитивної дискримінації, дослідники підkreślують: там, де нещодавно існувала поширена навмисна дискримінація в багатьох різних сферах, не слід дивуватись, якщо колись відкинуті групи постають перед відносними труднощами, намагаючись отримати нові, тепер відкриті перед ними можливості. Усунення формальних бар’єрів не означає зникнення прихованих бар’єрів, що не дозволяє представникам цих груп займати гідне справедливе становище в суспільстві. Іншими словами, рівні права в реальності не надають цим особам рівних можливостей. Такі труднощі можна принаймні частково пояснити становищем, спричиненим колишньою дискримінацією. Ця ситуація спонукає вжити компенсаторних заходів у формі спеціальних навчальних програм, фінансової

³ Шраг Л. Рівні можливості // Антологія феміністичної філософії / За ред. Е. М. Драґер та А. М. Янг: Пер. з англ. — К.: Основи, 2006. — С. 664–665.

⁴ Сам термін “позитивна дискримінація” обумовлений тим, що відмінності, які передбачаються відповідними заходами, спрямовані на надання переваг певній категорії осіб, а не на обмеження, які характерні для так званої негативної дискримінації. Див.: Дашковська О. Р. Жінка як суб’єкт права в аспекті гендерної рівності. — Х.: Право, 2005. — С. 79.



підтримки, центрів денного піклування про дітей, запровадження гнучкого режиму робочого часу, професійного навчання, підвищення освітнього рівня, встановлення квот робочих місць та квот у навчальних закладах. Ці заходи мають надати і підвищити кваліфікацію тим, чиї гірші здібності були результатом расової, національної та гендерної дискримінації, забезпечити їх конкурентноздатність. Усі ці програми повинні сприяти появи у певної категорії осіб таких благ, як чуття власної гідності, впевненість у собі, мотивів та амбіцій — усього, що сприяє конкурентному успіхові⁵. Тому система переваг для цих осіб сприяє “зрівнюванню шансів”, дозволяє надати рівний старт представникам всіх груп.

У літературі наводиться *три групи аргументів на користь позитивної дискримінації*:

1. Аргументи, зорієнтовані винятково на її майбутні переваги, згідно з якими позитивна дискримінація зменшить міжрасові, міжнаціональні і гендерні суперечності, запобігатиме заворушенням, усуне нерівність у розподілі прибутку, ліквідує расові, національні і гендерні упередження, зміцнить чуття власної гідності в негрів, національних меншин і жінок, позитивно вплине на освіту і на дослідницьку працю.

2. Аргументи, спрямовані в минуле. Такі аргументи привертають увагу до фактів несправедливої расової, національної і гендерної дискримінації в минулому, що обумовлює існування у сучасного суспільства певних обов'язків щодо відшкодування шкоди особам, які належать до зазначених категорій. Їх основна ідея, яка походить принаймні від Арістотеля, полягає в тому, що індивіди, протиправно позбавлені чогось “належного”, можуть слушно вимагати якогось “еквівалента” за втрачене.

3 Позачасові аргументи, відповідно до яких програми позитивної дискримінації легітимно сприяють наближенню расових, національних і гендерних відносин до ідеалів взаємоповаги, довіри і чесних шансів для всіх⁶. Позитивна дискримінація дозволяє встановити справедливі стосунки між людьми на основі їх справжніх заслуг, допомагає забезпечити представництво всіх соціальних груп у всіх сферах життя в пропорції, що наближена до їх реальної чисельності, створює можливість адекватної презентації під час суспільних дискусій точкою зору на ту чи іншу проблему кожної соціальної групи⁷.

Вважається, що правильно спроектовані програми позитивної дискримінації не суперечать вимогам рівності і недискримінації. Як зазначається в преамбулі Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 2000 р., принцип недискримінації не стоять на заваді державам-учасницям уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обґрунтовано виправданими.

Перші приклади позитивної дискримінації з'явилися в США в 60-ті роки ХХ ст. (програма “Affirmative Action”) і були спрямовані на покращення становища чорношкірого населення й інших меншин, на створення для них рівності можливостей з іншими членами суспільства, які не відчули безпосередньо або через своїх предків дискримінаційного ставлення. Пізніше (1974 р.) Верховний Суд США визнав також конституційність компенсуючих заходів на користь жінок⁸.

⁵ Нагель Т. Рівне ставлення і компенсаторна дискримінація // Філософія права / За ред. Д. Фейнберга, Д. Коулмена: Пер. з англ. — К.: Основи, 2007. — С. 607–608.

⁶ Гіл Т. Е. Молодший. Ідея позитивної дискримінації // Філософія права / За ред. Д. Фейнберга, Д. Коулмена: Пер. з англ. — К.: Основи, 2007. — С. 623–632.

⁷ Міллер Д. Политические учения. Краткое введение: Пер. с англ. — М.: Астрель: АСТ, 2007. — С. 141, 148–150.

⁸ Детальніше про політику позитивної дискримінації в США див.: Джадда К., Бери Д.М., Голдман Д., Хула К. В. Указ. робота. — С. 494–522; Дай Т. Р. Указ. робота. — С. 340–362.



Подібна політика реалізується сьогодні і в інших країнах світу, завдяки чому ця проблема вийшла за межі національних кордонів і стала об'єктом регулювання з боку міжнародного права. Сьогодні можна виділити три основні категорії осіб, щодо яких діють програми позитивної дискримінації: *жінки, расові групи і національні чи етнічні меншини*. Правомірність спеціальних програм щодо цих груп підтверджується низкою міжнародних конвенцій.

Так, п. 1 ст. 4 Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 р. підкреслює, що вживання державами-учасницями спеціальних заходів, спрямованих на прискорення встановлення фактичної рівності між чоловіками і жінками, не вважаються дискримінаційними⁹. П. 2 ст. 2 Міжнародної конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 7 березня 1966 р. передбачає, що держави-учасниці повинні вживати, коли обставини цього вимагають, спеціальних і конкретних заходів у соціальній, економічній, культурній та інших галузях з метою забезпечення потрібного розвитку і захисту деяких расових груп чи осіб, що до них належать, з тим, щоб гарантувати їм повне і рівне використання прав людини та основних свобод¹⁰. П. 2 ст. 4 Рамкової конвенції Ради Європи про захист національних меншин покладає на держави-учасниці зобов'язання вживати, у разі необхідності, належних заходів з метою досягнення в усіх сферах економічного, соціального, політичного та культурного життя повної та справжньої рівності між особами, які належать до національної меншини, та особами, які належать до більшості населення¹¹.

Спільна риса програм позитивної дискримінації полягає в тому, що вони використовують категорії раси¹², національної (етнічної) меншини¹³ та гендеру¹⁴, надаючи позитивного значення належності до однієї з цих стратифікаційних категорій¹⁵.

Крім того, завжди підкреслюється, що позитивні дії мають тимчасовий характер: рівність у правах може бути порушена лише на час, потрібний для відновлення фактичної рівності. Наприклад, у Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок зазначається, що спеціальні заходи мають бути скасовані, коли будуть досягнуті цілі рівності можливостей і рівноправного ставлення. У свою чергу Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації підкреслює, що такі заходи ні в якому разі не повинні в результаті привести до збереження нерівних чи особливих прав для різних расових груп після досягнення тих цілей, заради яких вони були запроваджені.

Слід також звернути увагу на те, що позитивна дискримінація є підозрілою само по собі і тому повинна *a priori* підлягати строгому контролю з боку конституційних судів, оскільки існує небезпека її перетворення в “дискримінацію навпаки” (англ. — *reverse discrimination*), внаслідок якої постраждають усі, хто не належить до пільгових категорій¹⁶. Згідно з американською конституційною

⁹ Міжнародные акты о правах человека. Сборник документов. — М.: Норма-Инфра М, 1999. — С. 247.

¹⁰ Там же. — С. 140.

¹¹ Там же. — С. 636.

¹² У широкому розумінні, що було використано в першій спеціальній декларації ЮНЕСКО про расизм (1950 р.), расами є численні національні, релігійні, лінгвістичні групи (колективи). Див.: Колісник В. П. Національно-етнічні відносини в Україні: теоретичні засади та конституційно-правові аспекти. — Х.: Фоліо, 2003. — С. 46.

¹³ Узагальнене визначення національної меншини було подане в доповіді Женевської наради експертів НБСЄ: національною меншиною вважається етнічна спільнота, яка проживає компактно у складі суверенної держави, має своє національно-державне чи інше утворення, і особи некорінної національності, що проживають розкидано по території цієї держави. Див.: Колісник В. П. Вказ. праця. — С. 39.

¹⁴ Гендер — це перш за все соціальна приналежність до певного виду статі, уявлення кожного індивіда про рольові характеристики та поведінкові особливості індивідів тієї статі, до якої він належить. Див.: Дащковська О. Р. Вказ. праця. — С. 65.

¹⁵ Гіл Т. Е. Вказ. праця. — С. 619.

¹⁶ Рулан Н. Историческое введение в право: Пер. с франц. — М.: Nota bene, 2005. — С. 583.



доктриною строгий контроль, або строгое дослідження (*strict scrutiny*) означає, що дозволені дії дискримінаційного характеру мають здійснюватися лише в ім'я найважливіших інтересів держави (“принципові інтереси”) і повинні бути найменш обмежувальним засобом їх дотримання (“вузьке застосування”)¹⁷. Природно, що вони мають бути переконливо аргументовані особами, що їх запроваджують¹⁸, і піддані судом найретельнішому розгляду, строгому прочитанню¹⁹. Отже, дослідження практики Верховного Суду США дає можливість зробити припущення, що програми позитивних дій скоріше можуть бути визнані конституційними, якщо вони:

- а) приймаються як засіб боротьби з доведеними фактами дискримінації в минулому;
- б) слугують чітко визначеній, легітимній і непереборній задачі уряду;
- в) “щільно пригнані” з метою виконання цієї задачі;
- г) не повністю позбавляють представників більшості можливості бути учасниками процесу²⁰.

Конкретний зміст і спрямованість позитивних дій залежать насамперед від історичної і культурної специфіки тієї чи іншої держави²¹. Так, в Україні політика позитивних дій реалізується для того, щоб досягти гендерної рівності. Для досягнення цієї мети було прийнято Закон України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків” від 8 вересня 2005 р. № 2866-IV²², яким передбачений дозвіл на застосування спеціальних тимчасових заходів, спрямованих на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права, надані їм Конституцією і законами України. Наприклад, для усунення дисбалансу в підприємницькій діяльності допускається заохочення підприємницької діяльності жінок, надання їм пільгових кредитів, проведення бізнес-тренінгів (ст. 19 Закону); дозволяються позитивні дії, спрямовані на досягнення збалансованого співвідношення жінок і чоловіків у різних сферах трудової діяльності (в тому числі на державній службі та службі в органах місцевого самоврядування), а також серед різних категорій працівників (ст.ст. 16, 17).

Цікаво, що рівність людей, незалежно від статі, проголошена в ч. 1 ст. 24 Конституції як загальне правило, не заважає диференціації у правовому регулюванні конкретних суспільних відносин на підставі належності особи до певної статі. Ця диференціація проводиться з розумним урахуванням об’єктивних відмінностей між статями і тому не вважається дискримінацією за ознакою статі. Наприклад, згідно зі ст. 24 Конституції України правомірними визнаються спеціальні заходи щодо охорони праці і здоров’я жінок, пенсійні та інші пільги, створення умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством. Ці заходи конкретизуються в поточному законодавстві, зокрема, в Законі України “Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків”, який допускає

¹⁷ Див.: Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к “горизонтальному эффекту” // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 2. — С. 35.

¹⁸ Див., напр.: рішення Верховного Суду США у справі Сполучені Штати проти штату Віргінія (*United States v. Virginia*) (1996). Цит. за: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Указ. робота. — С. 513.

¹⁹ Див., наприклад: рішення Верховного Суду США у справі Адараанд конструкторс проти Пен’ї (*Adarand Constructors v. Pena*) (1995). Цит. за: Джадда К., Берри Д. М., Голдман Д., Хула К. В. Указ. робота. — С. 513, 519.

²⁰ Дай Т. Р. Вказ. праця. — С. 348.

²¹ Невіпадково, що найширша система позитивної дискримінації у світі існує в Індії, де вона намагається усунути наслідки багатовікового поділу суспільства на касти і тому охоплює всі аспекти життя (Див.: Короткий оксфордський політичний словник / За ред. І. Макліна і А. Макмілана: Пер. з англ. — К.: Основи, 2006. — С. 512).

²² ОВУ. — 2005. — № 40. — Ст. 2536.



спеціальний захист жінок під час вагітності, пологів та грудного вигодовування дитини, обов'язкову строкову військову службу для чоловіків, різницю в пенсійному віці для жінок і чоловіків, особливі вимоги щодо охорони праці жінок і чоловіків, пов'язані з охороною їх репродуктивного здоров'я.

Такі заходи слід відрізняти від позитивних дій. Перші мають постійний характер і спрямовані на закріплення різних прав і обов'язків, виходячи з суттєвих об'єктивних відмінностей між жінками і чоловіками, в той час як позитивні дії є тимчасовими і запроваджується заради усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків. Прогнозується, що після досягнення цієї мети (забезпечення рівності прав і рівності можливостей чоловіків і жінок) на нас чекає наступний етап розвитку ідеї рівності статей: ріvnість прав і ріvnість самоцінності, самоідентифікації чоловіків і жінок²³.

Програми позитивних дій щодо забезпечення расової і національної рівності українським правом не передбачені. Ст. 24 Конституції України лише зазначає, що не може бути привілеїв чи обмежень, зокрема, за ознаками раси, кольору шкіри, етнічного походження. А ст. 1 Закону "Про національні меншини в Україні" від 25 червня 1992 року № 2494-ХІІ підкреслює, що Україна гарантує громадянам республіки незалежно від їх національного походження рівні політичні, соціальні, економічні та культурні права і свободи, та проголошує, що всі громадяни України користуються захистом держави на рівних підставах. Така ситуація обумовлюється відсутністю в Україні фактичної нерівності між різними расовими і національними групами, що робить недоцільним запровадження будь-яких спеціальних тимчасових заходів щодо цих груп.

У сучасних умовах саме закріплення рівності перед законом разом із забороною дискримінації та політикою позитивних дій має на меті забезпечення універсального дотримання принципу рівності як чесної (справедливої) рівності можливостей.

Отже, принцип правової рівності може бути описаний за допомогою формули "диференційована рівність з можливістю позитивних дій". Вона виходить з того, що всі, хто знаходиться в однаковому становищі, мають рівні права, свободи та обов'язки і є рівними перед законом, але права, свободи та обов'язки є різними, коли право враховує розумні і об'єктивні відмінності між особами або створює тимчасові сприятливі умови для певної категорії осіб з метою компенсації існуючої фактичної нерівності.

*Стаття рекомендована до друку кафедрою теорії держави і права
Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого
(протокол № 6 від 27 грудня 2007 року)*



²³ Равенство полов // Словарь гендерных терминов [Електронний ресурс] — Режим доступу: <http://www.owl.ru/gender/270.htm>.