

УДК 342.7

DOI <https://doi.org/10.32837/chern.v0i2.338>**Я. В. Паладієва***аспірант кафедри конституційного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
orcid.org/0000-0002-1612-664X*

СТАНОВЛЕННЯ ІНСТИТУТУ ПОЗИТИВНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ: ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ

Стаття присвячена історичним передумовам становлення інституту позитивної дискримінації. У статті в хронологічному порядку наведені приклади впровадження позитивних дій в законодавстві різних країн відповідно до історичних обставин.

В статті розглянуто історичне коріння впровадження інституту позитивної дискримінації та його подальшого розвитку з урахуванням судових прецедентів та зміни історичних умов на прикладі Сполучених Штатів Америки та ряду країн Європейського Союзу. Стаття також розкриває первинне поняття позитивної дискримінації та його характеристику спираючись на норми законодавчих актів в яких безпосередньо закріплювався механізм реалізації цього інституту.

В статті досліджено та підтверджено, що стратегії впровадження та застосування позитивних дій можуть приймати різні форми, часто поєднуючи елементи декількох протилежних категорій. Застосування таких заходів в основному передують прийняттю анти дискримінаційного закону та контраргументів проти проведення такої політики, проте частіше саме проведення політики позитивних заходів сприяє досягненню реальної рівності.

За результатами дослідження було виявлено що формування поняття та механізми реалізації позитивних дій в історичному аспекті часто залежали від території на якій вони впроваджувались та історичних обставин на відповідних територіях. Також, форма впровадження та категорії позитивної дискримінації часто відштовхувались від становища знедоленої групи у тій чи іншій державі. Фактично, історичне становлення та розвиток інституту позитивної дискримінації сприяли вкоріненню поняття позитивної дискримінації як такого, що сприяє забезпеченню реальної рівності та слугує дієвим механізмом реалізації прав та можливостей недостатньо представлених груп.

Ключові слова: позитивна дискримінація, рівність, позитивні дії, права людини.

Paladiieva Y. V. ESTABLISHMENT OF THE INSTITUTE OF POSITIVE DISCRIMINATION: HISTORICAL BACKGROUND

The article is devoted to the historical background of the institution of positive discrimination. The article chronologically presents examples of the introduction of affirmative action in the legislation of different countries in accordance with the historical circumstances.

The article considers the historical roots of introduction of the institution of positive discrimination and its further development taking into account the judicial precedents and changing historical circumstances on the example of the United States of America and some countries of the European Union. The article also reveals the original concept of positive discrimination and its characteristic based on the norms of legislative acts which directly enshrined the mechanism of realization of this institution.

The article explores and confirms that strategies for introducing and applying affirmative action can take many forms, often combining elements of several opposing categories. The application of such measures mostly precedes the adoption of anti-discrimination law and counterarguments against the implementation of such policies, but more often the very implementation of affirmative action policies contributes to the achievement of real equality.

The results of the study revealed that the formation of the concept and implementation mechanisms of affirmative action in the historical aspect often depended on the territory in which they were introduced and the historical circumstances in the respective territories. Also, the form of implementation and categories of positive discrimination were often influenced by the position of the disadvantaged group in a particular state. In fact, the historical formation and development of the institution of positive discrimination has contributed to the perpetuation of the concept of positive discrimination as contributing to real equality and serving as an effective mechanism for realizing the rights and opportunities of underrepresented groups.

Key words: positive discrimination, equality, positive acts, human rights.

Постановка проблеми. Проблема дискримінації на сьогодні залишається однією з найактуальніших у суспільстві та державі загалом. В свою чергу інститут позитивної дискримінації та здійснення політики позитивних дій може сприяти вирішенню більшості питань стосовно дискримінаційного ставлення до відповідних осіб або груп осіб. Необхідним вважаємо розглянути історичні передумови появи інституту позитивної дискримінації та приклади його законодавчого закріплення задля подальшого розуміння необхідності впровадження позитивних дій, як методу забезпечення принципу рівності та виокремлення найкращих практик їх застосування.

Аналіз досліджень та публікацій. Під час написання статті було досліджено велику кількість праць українських та європейських науковців, які зробили вагомий внесок у дослідженні інституту позитивної дискримінації та застосуванні позитивних дій, як засобу забезпечення принципу рівності. В свою чергу, варто відмітити таких вітчизняних науковців, як О. Ісаєва, Н. Митіна, Л. Каменкова, О. Репетова та інші. Питання недискримінації та можливості застосування позитивних заходів детально було досліджено також в роботах З. Равлінко та С. Погребняка. Особливу увагу варто приділити роботі «Позитивні дії в механізмі забезпечення рівних прав

та можливостей жінок та чоловіків: міжнародний досвід та українські перспективи» Г. Христової та О. Кочемировської.

Також варто виділити європейських та американських вчених, роботи яких були спрямовані на дослідження поняття позитивної дискримінації через призму реалізації принципу рівності, а саме Р. Брукс, Д. Бхугра, С. Девіс, М. Розенфелд, С. Гроеневелд, С. Фрідман, М. Колнеріс та інші.

Виклад основного матеріалу. 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 [1, с. 58].

У доктрині права XIX–XX століття, завдяки філософам природно-правової школи відбувається наукове становлення поняття дискримінації. Спершу – через категорію «нерівність», а згодом це проявляється у введенні нормативними правовими актами в науковий обіг терміну «дискримінація». Інтерпретація позначеного ними поняття залежала, зокрема, від ознаки, за якою вона здійснювалась. О. Ісаєва наголошує, що не всі дискримінаційні ознаки були заборонені одночасно. На її думку, заборона дискримінації пройшла тривалий шлях, формуючи цілісну систему, враховуючи акти, що спрямовані на викорінення нерівності в різних сферах [2, с. 84].

Історичне коріння впровадження позитивних заходів у США відображене вже в політиці Франкліна Рузвельта, який в 1941 році видав Виконавчий указ № 8802 (також відомий як Закон про справедливу зайнятість), забороняючи расову дискримінацію в національній оборонній промисловості. Це був перший федеральний акт, який просував рівні можливості та забороняв дискримінацію в сфері зайнятості в Сполучених Штатах [3]. Наказ вимагав від федеральних агентств та відомств, які займаються оборонним виробництвом, гарантувати, що програми професійної підготовки і навчання мають здійснюватися без дискримінації за ознаками «раси, віросповідання, кольору шкіри чи національним походженням». Всі оборонні контракти повинні були включати положення, що забороняють також приватним підприємцям здійснювати дискримінацію [4, с. 398].

У контексті цієї заборони «позитивні дії» («affirmation action»), чи «позитивна дискримінація», розглядаються як зобов'язання держави не допускати проявів дискримінації в майбутньому, а також створити необхідні умови для подолання наслідків дискримінації, яка відбулась, за допомогою надання додаткових переваг і кращих умов дискримінованим меншинам за ознаками раси, національної належності, а також жінкам та інвалідам [5, с. 140].

Перші приклади позитивної дискримінації з'явилися в США в 60 – ті роки XX століття та були спрямовані на покращення становища чорношкірого населення та інших меншин. Одне з перших застосувань поняття позитивної дискримінації відбулось, коли президент Джон Ф. Кеннеді видав Указ 10925, який включав положення про те, що державні підприємці мають «запроваджувати позитивні дії для забезпечення того, щоб кандидати на роботу були прийняті на відповідні посади, а до співробітників під час роботи ставились незалежно від їх раси, віросповідання, кольору шкіри, національного походження і т. д.». Мета цього розпорядження полягала в тому, щоб підтвердити прихильність уряду до забезпечення рівних можливостей для всіх кваліфікованих осіб та застосувати позитивні дії для посилення зусиль з реалізації рівних можливостей для всіх [6].

Юридичне походження законів політики позитивних дій у Сполучених штатах є результатом масштабної реформи з моменту першого прийняття законодавства про цивільні права 1964 року. Надалі, в 1965 році, президент Ліндон Б. Джонсон видав Указ 11246, що забороняв дискримінацію при прийомі на роботу за ознакою раси, кольору шкіри, релігії та національного походження з боку організацій, які отримують федеральні контракти і субпідряди [7]. У 1967 році президент Джонсон вніс поправки в указ, включивши статтю в список дискримінаційних атрибутів. Урядовий указ 11246 також вимагав, щоб федеральні підприємці застосовували позитивні дії для сприяння повній реалізації рівних можливостей для жінок і меншин [8, с. 25].

Принципи позитивних дій були підтвержені реформою Закону про громадянські права в 1991 році. В подальшому, у 1996 році шляхом прийняття Ініціативи щодо захисту цивільних прав Каліфорнії (Пропозиція 209), преференційний режим кандидатів за ознакою раси або статі в сферах освіти, державної зайнятості та договірних угод був заборонений на рівні штатів. За Пропозицією 209 було додано розділ 31 до Декларації прав Конституції Каліфорнії, в якій говорилося, що штат не може дискримінувати чи надавати преференційний режим за ознакою раси, статі, кольору шкіри, етнічної приналежності або національного походження при роботі в державних установах, державному утворенні та державному замовленні [9]. Верховний суд США скасував рішення за Пропозицією 209, за яким прослідували переважна кількість штатів, що призвело до важливої реформи програм позитивних дій.

У Мічигані Верховний суд США виніс рішення за двома справами в 2003 році, «Груттер проти Боллінгера» і «Гратц проти Боллінджера» підтримавши рішення юридичної школи Мічиганського університету про допуск студентів на підставі

етнічної та расової приналежності, що призвело до заборони використання статі або раси під час прийому на роботу в уряді, укладанні контрактів або вступі до університетів.

Також визначальною в цьому відношенні є справа Джонсона проти Транспортного агентства, де заходи позитивних дій на користь робітниць вважалися законними. Позивач скаржився, що план позитивних заходів порушував його права на просування по службі. На думку Верховного суду США, план агентства був розроблений для реалізації політики позитивних дій, спрямованої на усунення диспропорцій в робочій силі агентства в традиційно розділених категоріях посад. Більш того, Суд постановив, що план не зачіпав без потреби прав співробітників-чоловіків і не створював абсолютних перешкод для їх просування по службі [10]. У цьому випадку, можливість віддавати перевагу жінкам при просуванні по службі в категоріях, розділених за статевою ознакою, де жінки були недостатньо представлені, була визначена відповідно до закону, якщо такі жінки підходили до вимог на зайняття певної посади.

Поняття позитивних дій в законодавстві США пов'язувалось з ідеєю соціальної дискримінації. Соціальна дискримінація визначається як стійка нерівність між людьми за ознакою статі, інвалідності, релігії, сексуальної орієнтації або будь-яких інших показників різноманітності [11, с. 337]. Ця правова система також бере свій початок в практиці Верховного суду. Рішення Верховного суду щодо заходів позитивних дій в значній мірі засновані як на розподільчих, так і на компенсаційних засадах. Отже, вважалось, що метою політики позитивних дій є усунення расових і сексуальних бар'єрів, які перешкоджають досягненню рівності можливостей для расових меншин і жінок, а також перешкоджають ефективній інтеграції всіх груп на робочі місця. Основна мета позитивних дій полягала в тому, щоб сприяти адекватному складу робочої сили, який впливає з усунення глибоко укорінених соціальних дискримінаційних дій.

У США термін «дискримінація», як зазначалось, також стали вживати на позначення «дискримінації навпаки». Щоб уникнути вживання слова «дискримінація» в цьому словосполученні, в американській англійській мові використовують також термін «позитивні дії» («positive action» або «affirmative action»), що означає сукупність заходів, які вживаються для виправлення фактів дискримінації, які мали або мають місце шляхом надання преференційного ставлення групам, які опинилися у невигідному становищі [12, с. 125].

На сьогодні, в Сполучених штатах Америки, Управління програм дотримання федеральних контрактів, що має сорок вісім районних або районних на місцях відділень під керівництвом

шести регіональних відділень по всій країні здійснює нагляд за державними підрядниками в аспекті оцінки відповідності політики позитивних дій. Управління програм дотримання федеральних контрактів (OFCCP) є частиною Міністерства праці США. OFCCP несе відповідальність за забезпечення того, щоб роботодавці, які ведуть справи з федеральним урядом, дотримувались законів і постанов, що вимагають недискримінації. Ця місія заснована на основному принципі, згідно з яким можливості працевлаштування, створювані за рахунок федеральних коштів, повинні бути доступні для всіх американців на рівноправній основі, принципах відкритості та справедливості.

На території Європи поняття «позитивні дії» було впроваджено в 1967 році в контексті британських расових відносин, а також рекомендовано в 1984 році Радою міністрів тодішніх Європейських співтовариств для поліпшення професійної діяльності та становища жінок на всій території ЄС. Після обрання уряду Великобританії у травні 1997 року, до соціальної глави Амстердамського договору, який набув чинності 1 травня 1999 року, було внесено поправки, які включали чітку правову основу для законодавства про рівність між жінками і чоловіками у сфері зайнятості, а також нові положення про позитивні дії щодо жінок. Нова стаття 141 Амстердамського договору дозволила державам-членам з метою забезпечення повної рівності на практиці, підтримувати або приймати «заходи, що передбачають особливі переваги, з тим щоб полегшити для недостатньо представленої групи професійну діяльність, запобігти або компенсувати незручності в професійній кар'єрі» [13].

Метою впровадження цього положення є забезпечення того, щоб рівне ставлення не тільки означало створення рівних можливостей для осіб різної статі, але також могло включати заходи зі скорочення структурних відмінностей в положенні чоловіків і жінок в цілому. Це впливає з передумови, що вразливим групам може знадобитися конкретна допомога для того, щоб конкурувати на всіх рівнях ринку праці.

Надалі поняття «позитивних дій» знайшло своє відображення в Директиві ЄС 2000/43/ЄС про імплементацію принципу однакового ставлення до осіб незалежно від расового або етнічного походження. В 2005 році в доповіді Мережі незалежних експертів ЄС з основних прав, позитивні дії було розглянуто з точки зору інтеграції мігрантів. В доповіді зазначалось: «Через особливе положення меншини ромів, в Європейському Союзі мають використовуватись заходи для забезпечення їх інтеграції в сфері зайнятості, освіти та життя. Це єдина адекватна відповідь, яка може бути надана на ситуацію структурної дискримінації та, в багатьох випадках, сегрегації, з якими в даний час стикається ця меншість» [14].

В свою чергу, вже станом на січень 2007 року позитивні заходи були передбачені у національному законодавстві принаймні 20 держав-членів ЄС, включаючи Австрію, Бельгію, Кіпр, Чехію, Естонію, Фінляндію, Німеччину, Грецію, Угорщину, Ірландію, Італію, Люксембург, Мальту, Нідерланди, Польщу, Португалію, Словенію, Іспанію, Швецію та Великобританію. Фактично, політика позитивних заходів запроваджувалась як реакція на дискримінацію відповідної групи осіб з якою зіштовхувалась держава.

До прикладу, Акт про рівні можливості Швеції від 1991 року передбачає санкції проти гендерної дискримінації, а також вживання позитивних заходів для забезпечення гендерної рівності [15]. Відповідно до цього Акту, всі роботодавці, які мають не менше десяти найманих працівників, повинні розробляти щорічний план з рівних можливостей, зокрема щорічне дослідження різниці в оплаті праці. Акт про рівні можливості в Республіці Литва, який набрав чинності 1 березня 1999 року, став першим в питаннях впровадження політики позитивної дискримінації для Центральної і Східної Європи [16].

З 2010 року Європейська комісія прийняла кілька нових ініціатив з просування гендерної рівності для жінок і чоловіків, таких як Жіноча хартія і Стратегія щодо забезпечення рівності між жінками та чоловіками на 2010–2015 роки. Хартія закріпила прихильність забезпеченню повної реалізації потенціалу жінок та використання їх навичок, щоб сприяти кращому гендерному розподілу на ринку праці та створенню більш якісних робочих місць для жінок [17]. Ці дії були спрямовані на те, щоб дати новий імпульс розширенню участі жінок в процесі прийняття рішень. Наприклад, Європейська комісія стежить за прогресом в досягненні 25 відсоткового цільового показника для жінок на вищих керівних посадах в наукових колах, де дослідження показали, що жінки мають нижчу ймовірність просування по службі, ніж чоловіки [18, с. 650].

Станом на сьогодні, відповідно до законодавства ЄС – Директиви ЄС про недискримінацію прямо передбачають можливість позитивних дій, заявляючи: «З метою забезпечення повної рівності на практиці, принцип рівного ставлення не повинен перешкоджати жодній державі-члену зберігати або приймати конкретні заходи щодо запобігання або компенсації недоліків, пов'язаних з незахищеними групами». Хартія основних прав ЄС також підтверджує, що особливий захист необхідний для певних груп, а саме: чоловіків і жінок (стаття 23), дітей (стаття 24), людей похилого віку (стаття 25), а також інвалідів (стаття 26). Окрім того, у своїх висновках Європейська комі-

сія з прав людини передбачає, що держава може підлягати позитивним зобов'язанням. Відповідна прецедентна практика ЄСПЛ щодо позитивних дій головним чином присвячена питанню, чи в певних ситуаціях держави зобов'язані вживати позитивні дії [19, с. 130].

Парламентська асамблея Ради Європи послідовно виступає за гендерну рівність за допомогою різних заходів, включаючи позитивні дії, такі як дотримання квот в радах корпорацій і заходи щодо узгодження балансу між трудовою діяльністю, приймаючи такі документи, як Резолюція 1719 (2010) та Рекомендація 1911 (2010) про жінок в економічній та фінансовій кризі, Резолюція 1825 (2011) та Рекомендація 1977 (2011) «Більше жінок в органах, які приймають рішення в економічній і соціальній сферах», Резолюція 1921 (2013) про гендерну рівність, примирення роботи, приватного життя і спільної відповідальності, а також Резолюція 1939 (2013) про батьківські відпустки в якості способу забезпечення гендерної рівності.

Також варто відзначити, що міжнародні стандарти ООН у галузі прав людини та протидії дискримінації підтримують позицію, згідно з якою запровадження тимчасових спеціальних засобів або позитивних дій виступає одним з найбільш ефективних заходів протидії дискримінації за ознакою статі та інших видів дискримінації. В свою чергу, Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав, визнавши потребу у спеціальних позитивних заходах, вказавши, що вони можуть бути інколи необхідними для того, щоб привести особу (групу осіб), які перебувають у невідповідному становищі, чи маргінальну особу (групу осіб) до того ж рівня, що й інших осіб [20].

Висновки. Формування поняття та механізми реалізації позитивних дій в історичному аспекті часто залежали від території на якій вони впроваджувались та історичних обставин на цих територіях. Також, форма впровадження та категорії позитивної дискримінації часто відштовхувались від становища знедоленої групи у тій чи іншій державі. Історичне становлення та розвиток інституту позитивної дискримінації сприяв вкоріненню поняття як такого, що сприяє забезпеченню реальної рівності та слугує діючим механізмом реалізації прав та можливостей недостатньо представлених груп. Варто вказати, що стратегії позитивних дій можуть приймати різні форми, часто поєднуючи елементи декількох протилежних категорій. Застосування таких спеціальних заходів в основному передують прийняттю антидискримінаційного закону та контраргументів проти проведення такої політики, проте частіше саме проведення політики позитивних заходів сприяє досягненню реальної рівності.

Література

1. Янковець І. В. Позитивна дискримінація як соціально-правове явище. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 3. С. 57–61.
2. Исаева Е. А. Антидискриминационное законодательство: этапы становление и современные тенденции развития. *Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова*. 2013. № 3. С. 82–85.
3. Executive Order 8802 – Prohibition of Discrimination in the Defense Industry. URL: <http://docs.fdrlibrary.marist.edu/od8802t.html> (date of access: 01.05.2022).
4. Brooks R. Civil Rights Litigation: Cases and Perspectives. *Carolina Academic Press*. 2000. No. 2. P. 398–399.
5. Николаев Б. В. Правовое противодействие расовой дискриминации в системе образования в США. *Известия Пензенского государственного педагогического университета им. В. Г. Белинского*. 2012. № 28. С. 138–142.
6. Executive Order 10925. URL: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-10925-establishing-the-presidents-committee-equal-employment-opportunity> (date of access: 01.05.2022).
7. Executive Order 11246. URL: <https://www.dol.gov/agencies/ofccp/executive-order-11246/as-amended> (date of access: 01.05.2022).
8. Погребняк С. П. Роль позитивної дискримінації в загальній концепції рівності. *Університетські наукові записки*. 2008. № 1. С. 23–28.
9. Proposition 209: Text of Proposed Law. URL: <https://vigarchive.sos.ca.gov/1996/general/pamphlet/209text.htm>. (date of access: 01.05.2022).
10. Supreme court. no. 85-1129, 25.03.1987.
11. Bhugra D. Social discrimination and social justice. *International Review of Psychiatry*. 2016. P. 336–341.
12. Rosenfeld M. Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry. *Yale University Press, New Haven and London*. 1998. P. 158–163.
13. Treaty of Amsterdam. URL: https://europa.eu/european-union/sites/default/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_en.pdf (date of access: 01.05.2022).
14. EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights. Thematic Comment N° 3: The Protection of Minorities in the European Union. Brussels : European Commission, 2005. 109 p.
15. Sweden's Equal Opportunities Act 1991. URL: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=22404&p_country=SWE&p_count=2902&p_classification=05.01&p_classcount=54. (date of access: 01.05.2022).
16. Женщины в Европе. Тендерная и экономическая справедливость в доступе и интеграции в ЕС. URL: http://www.neww.org.pl/download/Infokit_Rus.pdf. (date of access: 01.05.2022).
17. Woman charter of the European commission. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52010DC0078>. (date of access: 01.05.2022).
18. Groeneveld S., Tijdens K., Van Kleef D. Gender differences in academic careers. Evidence from personnel data 1990-2006. *Equality, Diversity and Inclusion*. 2012. No. 36. P. 646–666.
19. Skidmore P. The EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?. *Industrial Law Journal*. 2001. No. 30. P. 126–132.
20. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Covenant of 16.01.1966.