

ПАЛАДІЄВА Я. В.,
аспірант кафедри конституційного права
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)

УДК 342.7

DOI <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2022.3.2>

ОСНОВНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ ПОЗИТИВНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ

Стаття присвячена дослідженню основних підходів до визначення поняття «позитивна дискримінація» в роботах науковців та в нормативно-правових актах.

В статті розглянуто основні наукові та законодавчі трактування поняття позитивної дискримінації вітчизняних та європейських вчених, в контексті законодавства відповідних країн та в порівнянні з поняттями «дискримінація» та «дискримінаційне ставлення». В статті поняття позитивної дискримінації розглядається як самостійна дефініція, як метод забезпечення принципу рівності та як модель позитивних обов'язків держави.

Стаття також розкриває сутність понять «позитивні дії», «позитивні заходи», «зворотна дискримінація» та «установлення квот» з метою уникнення колізій в законодавстві та визначення поняття в наукових працях, а також порівнянням з поняттям «позитивна дискримінація».

В статті досліджено щодо яких осіб та груп осіб може бути застосована позитивна дискримінація та за яких обставин вона виступає методом забезпечення рівності та не являється незаконною. Стаття також обґрунтовує необхідність запровадження законодавчих змін для можливості впровадження та повної регламентації позитивної дискримінації.

В статті акцентовано увагу на тому, що позитивна дискримінація є необхідною реакцією на вкорінену дискримінацію та сприяє реалізації принципу рівності.

За результатами дослідження було визначено поняття позитивної дискримінації, виходячи з різних підходів його розуміння, виокремлено його основні характеристики та особливості та співвідношення з суміжними дефініціями. В статті констатовано, що в більшості випадків поняття позитивної дискримінації та позитивних дій є тотожними, виходячи з того, що позитивна дискримінація та позитивні дії мають велике значення в контексті анти-дискримінаційного законодавства та фактично сприяють забезпеченню рівності.

Ключові слова: *рівність, позитивні дії, права людини і громадянина, дискримінація.*

Paladiieva Ya. V. Basic approaches to defining the concept of positive discrimination

This article is devoted to the research of the basic approaches to the definition of «positive discrimination» in the works of scientists and in the normative-legal acts.

This article reviews the main scientific and legislative interpretations of the concept of positive discrimination of domestic and European scientists, in the context of the legislation of the relevant countries and in comparison with the concepts of «discrimination» and «discriminatory attitude». The article considers the notion of positive discrimination as a self-definition, as a method of ensuring the principle of equality and as a model of positive obligations of the state.



The article also discloses the essence of the concepts of «positive actions», «positive measures», «positive discrimination» and «quota setting» in order to avoid collisions in the legislation and definition of the concept in scientific works, as well as the comparison with the concept of «positive discrimination».

The article investigates which individuals and groups of individuals can be subject to positive discrimination and for what circumstances it is the method of ensuring equality and is not illegal. The article also provides for the necessity of introducing legislative changes for the possibility of implementation and full regulation of positive discrimination.

The article focuses on the fact that positive discrimination is a necessary response to vicarious discrimination and contributes to the realization of the principle of equality.

As a result of the research the notion of positive discrimination was defined based on different approaches to its understanding, its main characteristics and peculiarities as well as its comparison with summary definitions were defined. The article states that in most cases the concepts of positive discrimination and positive actions are the same, coming from the fact that positive discrimination and positive actions are of great importance in the context of anti-discrimination legislation and actually contribute to ensuring equality.

Key words: equality, positive actions, human and civil rights, discrimination.

Постановка проблеми. На доктринальному рівні існує велика кількість підходів до розуміння поняття «позитивної дискримінації». Позитивну дискримінацію розглядають як самостійну дефініцію та як метод забезпечення принципу рівності. Для однозначного та повного розуміння поняття, застосування та механізму реалізації позитивної дискримінації пропонуємо визначити основні наукові та законодавчі підходи до розуміння дефініції «позитивна дискримінація», аналізуючи поняття дискримінаційного ставлення та дискримінації. Також необхідним вважаємо розмежувати поняття «позитивна дискримінація», «позитивні заходи», «зворотна дискримінація» для уникнення колізій в законодавстві та визначення поняття в наукових працях.

Аналіз досліджень та публікацій. До проблеми визначення дефініції та правового регулювання позитивної дискримінації у своїх публікаціях зверталися такі вчені, як Г. Христова, Л. Каменкова, Л. Мурашко, О. Репетова, О. Кочемировська, Т. Омельченко та інші. Особливу увагу в розрізі теми дослідження варто приділити роботам «Заборона дискримінації: загальнотеоретичне дослідження» З. Равлінко та «Принципи права (загальнотеоретичне дослідження)» С. Погребняка.

Окремо варто виділити європейських та американських вчених, роботи яких були спрямовані на дослідження поняття позитивної дискримінації, а саме Б. Вайс, К. О'Кенеді, А. Хієроніmus, А. Брзезінська, А. Макхарг, С. Фрідман та інші.

Виклад основного матеріалу. Для всебічного дослідження поняття позитивної дискримінації необхідним вважаємо вказати поняття дискримінаційного ставлення та власне «дискримінації». «Дискримінаційне ставлення» визначається як таке, що прямо або опосередковано вказує на те, що деякі соціальні групи не мають права брати участь у повному обсязі соціальної, економічної та політичної діяльності, яка вважається нормою для більшості громадян [1, с. 98].

В свою чергу, «дискримінація» розглядається як ставлення до людини або певної групи людей по-різному, особливо в гіршому сенсі через їх колір шкіри, стать, сексуальну приналежність, тощо. Відповідно до юридичного словника, «дискримінація» – це дії, що забороняють членам певної групи доступ до ресурсів або джерел доходу, доступних для інших категорій осіб. Поняття може трактуватися широко – коли члени певної групи сприймаються інакше, негативно, і проти них існують упередження (гендерні, національні, расові та ін.), внаслідок чого слідує дискримінаційні дії. Вузьке розуміння поняття передбачає,



що дискримінація розглядається тільки як дії, спрямовані проти групи, що дискримінується, проте упередження в поняття дискримінації не включається [2, с. 62].

Дискримінація має багато різних причин і може зачіпати людей різного расового, етнічного, національного або соціального походження, таких як громади азіатського або африканського походження, роми, корінні народи, аборигени та люди, що належать до різних каст. Вона також може бути спрямована на людей різного культурного, мовного або релігійного походження, інвалідів або людей похилого віку і, наприклад, осіб, які живуть з вірусом ВІЛ або СНІДом. Крім того, особи можуть піддаватися дискримінації через їх сексуальну орієнтацію або уподобання.

Для подолання фактичної нерівності необхідним є застосування спеціальних юридичних заходів, які сприяють розширенню участі окремих груп в сферах економічної, політичної або соціальної діяльності, в яких ці групи розглядаються як недостатньо представлені. Заходи такого характеру отримали назву «позитивна дискримінація».

Л. Каменкова та Л. Мурашко визначають позитивну дискримінацію як політику спеціальних заходів спрямовану на подолання нерівності, соціального розшарування та характерну для застосування у США. «Позитивна дискримінація» бере витoki в ідеях запобігання, попередження дискримінації, компенсації та вирівнювання прав. На їхню думку, «позитивна дискримінація» є ні чим іншим, як засобом ліквідації наслідків негативної дискримінації [3, с. 5].

У юридичній літературі «позитивну дискримінацію» розглядають також як сукупність заходів, що здійснюються з метою виправлення фактів дискримінації шляхом надання преференційного ставлення групам, які знаходяться в невигідній ситуації [4, с. 138].

С. Погребняк розглядає «позитивну дискримінацію» як політику позитивних дій, що реалізується як тимчасовий захід задля створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії, в такий спосіб компенсуючи наявну між ними фактичну нерівність [5, с. 9].

Німецький фахівець в галузі анти дискримінаційного права Б. Вайс, до прикладу, стверджує, що «позитивні заходи не слід розцінювати як дискримінацію» [6, с. 24].

Словники з гендерної тематики надають наступне визначення позитивній дискримінації, а саме, що це політика чи принцип, що означає надання переваг при працевлаштуванні, просуванні по службі, отриманні освіти, а також при висуванні до виборних органів влади представникам груп, що традиційно дискримінуються за ознакою статі, раси, національності. Позитивна дискримінація виступає як засіб ліквідації дискримінації негативної [7]. Позитивна дискримінація в гендерному аспекті – це встановлена державою система пільг, заохочень, заборон і компенсацій, спрямована на підвищення соціального статусу жіноцтва [8, с. 222]. Фактично, в гендерній площині позитивна дискримінація розглядається досить вузько, враховуючи лише преференції при наймі, вступі та просуванні на керівні посади для представників жіночої статі, виключаючи інші форми прояву та категорії позитивних дій.

В свою чергу, Христова Г. О. під поняттям позитивної дискримінації розуміє спеціальні юридичні заходи, які виконуватимуть функцію правової компенсації особам певної статі з метою найшвидшої ліквідації наслідків соціальної нерівності. Такі заходи за своєю суттю не є дискримінаційними, оскільки спрямовані на забезпечення фактичної, а не формальної рівності можливостей осіб [9, с. 54].

Н. М. Митіна вважає, що позитивною дискримінацією можна визнати заходи, спрямовані на розширення доступу членів недостатньо представлених груп населення до робочих місць, освіти, професійної підготовки тощо. Вони полягають у наданні ряду переваг, а також використанні системи квотування, тобто виділення певної кількості робочих місць представникам цільових груп – особам, які за віком, статтю, соціальним походженням, мовою та з інших обставин не можуть користуватися всіма правами людини нарівні з іншими особами, оскільки виникає ситуація, коли рівні права не надають рівних можливостей дискримінованій групі. Це так звані особливо вразливі групи населення. До їх числа відносяться жінки, неповнолітні, біженці, апатриди, інваліди, особи похилого віку тощо [10, с. 142].



У своїй роботі Т. Омельченко зазначає, що 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» [11, с. 86]. Тобто, Т. Омельченко також зводить поняття позитивної дискримінації до пільг та переваг з затвердження останніх винятково органами державної влади, не враховуючи можливості застосування інших форм позитивних заходів, таких як освітні програми, інформаційне забезпечення, використання особливостей як переваг та інших.

Фактично, позитивна дискримінація передбачає можливість застосування спеціальних юридичних заходів, які спрямовані на усунення дисбалансу між можливостями різних категорій осіб реалізовувати рівні права через усталені стереотипи, практики, традиції чи закони що склалися у суспільстві та/або були впроваджені на певному історичному етапі та виконують функцію правової компенсації певним категоріям осіб з метою якнайшвидшої ліквідації наслідків соціальної нерівності [12, с. 59].

У нормативно-правових актах, а також на доктринальному рівні використовують низку термінів, синонімів, що використовуються як поняття позитивної дискримінації, таких як «тимчасові спеціальні заходи»; «позитивні дії»; «позитивні заходи»; «зворотна дискримінація» та «установлення квот». Проте для повного та всебічного розуміння поняття «позитивна дискримінація», вважаємо за необхідне відокремити суміжні дефініції.

Таким чином, поняття «позитивні дії» розглядають переважно в контексті трудового законодавства та визначають як дозволені дії роботодавця, відповідно до визначених норм закону, для надання допомоги захищеним групам, які знаходяться в несприятливих умовах або недостатньо представлені в певному робочому секторі під час процесу найму та просування по службі. Позитивні дії йдуть далі формальної заборони дискримінації і спрямовані на встановлення субстантивної рівності (тобто сутнісну рівність, що означає надання рівних можливостей на початковому етапі та забезпечення сприятливих умов для досягнення рівних результатів). Такі заходи, згідно з міжнародним законодавством, не вважаються дискримінаційними, якщо вони обґрунтовані та об'єктивні, а також спрямовані на досягнення пропорційних анти-дискримінаційних цілей та на компенсацію «другорядного», «обмеженого» статусу особи. Такі заходи, як правило, є тимчасовими, обмеженими в часі та обсягах досягненням поставленої перед ними мети [9, с. 161].

Деякі науковці, а також законодавча практика країн (наприклад Великобританії) передбачає, що позитивна дискримінація та позитивні дії є поняттями різнорідними. Таким чином ключова відмінність полягає в тому, що позитивні дії є законними (за умови відповідності чинному законодавству), тоді як позитивна дискримінація, як правило вважається незаконною. За такого підходу, в контексті найму, незаконна позитивна дискримінація може бути пов'язана з тим, що роботодавець наймає людину на роботу, тому що він або вона має відповідні захищені характеристики (приналежність до незахищеної групи), а не тому, що він або вона є найкращим кандидатом. Також незаконним може визнаватись, наприклад, встановлення квот для набору або просування по службі певного числа або частки людей з певною захищеною характеристикою.

У 2009 році країнами Європейського союзу було прийнято робоче визначення позитивних дій як «пропорційних заходів що вживаються з метою досягнення повної та ефективною рівності на практиці для членів груп, які знаходяться в соціально або економічно несприятливому становищі, або іншим чином стикаються з наслідками минулої або справжньої дискримінації або недоліків» [13, с. 5]. Так само, на практиці існує думка, що позитивні дії – це не те ж саме, що позитивна дискримінація або актуалізація. Позитивна дискримінація може мати місце в тих випадках, коли існує безумовний і автоматичний преференційний режим, а актуалізація – це концепція, в якій рівність і досягнення рівності систематично інтегруються в політику і практику на всіх рівнях з організацією або державою. Оскільки актуалізації не вистачає законодавчої «основи», вона залежить від політичної доброї волі, організаційного потенціалу, сталого керівництва та експертних рекомендацій для її реалізації [14, с. 20].



Позитивні дії часто поділяються на м'які і жорсткі заходи: м'які заходи складаються з кроків з надання допомоги знедоленим, без негативного впливу на осіб, що перебувають у вигідному становищі (наприклад, цільова реклама при наборі персоналу), в той час як жорсткі заходи можуть здійснювати безпосередній вплив на групу, що знаходиться у вигідному становищі. Позитивні дії в їх крайній формі можуть приймати роль позитивної дискримінації, використовуючи переваги або квоти для позитивних дій. Безліч заходів можна охарактеризувати як позитивні дії, а саме заходи за охопленням, такі як цільова реклама для недостатньо представленої групи, політика включення, прийняття кількісних цілей, що направлені на реалізацію відповідної політики, графіки досягнення цілей, преференційний режим, квоти і методи, які мають фінансовий стимул або штрафи [15, с. 34].

Ще однією моделлю позитивних дій є концепція статутних позитивних обов'язків, покладених на державні або приватні органи з метою розгляду або належного обліку питань ліквідації дискримінації та заохочення рівності та різноманітності. Модель позитивних обов'язків впливає зі зростаючого визнання того, що звичайне анти-дискримінаційне законодавство за своєю природою обмежене щодо того впливу, яке воно може надати на зміну існуючих соціальних норм. Модель позитивних обов'язків передбачає зобов'язання держави та/або приватного сектору приймати активну участь у відповідній діяльності для забезпечення ефективного користування основним правами (на протитягу моделі негативного зобов'язання, яке передбачає утримуватись від порушень прав).

В свою чергу, поняття «зворотна дискримінація» означає дискримінацію щодо членів домінуючої групи або групи більшості, що склалась внаслідок політики, встановленої для усунення дискримінації щодо членів меншини або групи, яка перебуває у несприятливому становищі [16, с. 427]. Зворотну дискримінацію також визначають як несправедливе поводження з членами груп більшості в результаті преференційної політики, наприклад, при прийомі в коледжі або при прийомі на роботу, спрямованої на усунення дискримінації щодо меншин, яка існувала раніше.

Так, «установлення квот» у контексті найму – це система найму, яка віддає перевагу членам недостатньо представлених груп. Системи квот призначені для усунення негативних наслідків, що виникають в результаті практики найму, яка вважається нейтральною, проте здійснює дискримінаційний вплив на групу, що захищається. Така система також використовується в імміграційному законодавстві, щоб гарантувати, що лише певна кількість негромадян має право стати законним громадянином певної держави. Також така система використовується університетами для прийому студентів та або під час просуванні на керівні посади в приватному секторі [17]. Таким чином, категорію «установлення квот» можна розглядати як одну з форм вираження та впровадження політики позитивних заходів. Дані поняття не є тотожними, так як позитивна дискримінацію включає широке коло понять та категорій, в тому числі і установлення квот.

Висновки. Аналізуючи вищезазначене можна визначити, що термін «позитивна дискримінація» окрім політики та принципу, використовується для позначення «позитивних заходів» або «спеціальних заходів». Такі заходи спрямовані на сприяння досягненню більшої рівності шляхом підтримки груп людей, які стикаються або стикалися з укоріненою дискримінацією, з метою отримання рівномірних прав та доступу до можливостей як інші члени суспільства. Враховуючи вищевказані підходи вчених до поняття «позитивної дискримінації» у всіх його аспектах, варто виділити його основні характеристики та особливості, а саме: спрямованість на усунення дисбалансу між можливостями різних категорій осіб реалізовувати рівні права; можливість встановлення певних пільг, переваг та преференцій для окремих осіб спрямованих на прискорення фактичної рівності; санкціонованість вищими органами законодавчої влади; регламентованість в чинному законодавстві. Також можна дійти висновку, що в більшості випадків поняття позитивної дискримінації та позитивних дій є тотожними, виходячи з того, що позитивна дискримінація та позитивні дії мають велике значення в контексті анти-дискримінаційного законодавства та фактично сприяють забезпеченню рівності.



Список використаних джерел:

1. Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав. Посібник з європейського антидискримінаційного права. Люксембург : Вид. дім Європ. Союзу, 2010. 196 с.
2. Джери Д. Большой толковый социологический словарь. Москва : ВЕЧЕ-АСТ, 1999. 544 с.
3. Каменкова Л. Э., Мурашко Л. О. Позитивная дискриминация: понятие, содержание, эволюция. *Журнал Международного права и международных отношений*. 2006. № 2. С. 3–10.
4. Репетова О. Е. Некоторые проблемы ответственности за нарушение равенства прав и свобод человека и гражданина в сфере труда. *Вектор науки Тольяттинского государственного университета*. 2010. № 2. С. 137–139.
5. Погребняк С. П. Втілення принципу рівності в юридичних актах. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 3. С. 8–20.
6. Hieronymus A. Recognize and act discrimination! Completely revised edition of the handbook for counseling centers and migrant domestic organizations based on the General Equal Treatment Act. Hamburg: Drucktechnik, 2007. 94 p.
7. Словник гендерних термінів. URL: <http://a-z-gender.net/ua/pozitivna-diskriminaciya.html> (дата звернення: 08.05.2022).
8. Центр Разумкова. Гендерна рівність і розвиток: погляд у контексті Європейської стратегії України. Київ : Заповіт, 2016. 244 с.
9. Христова Г. О., Кочемировська О. О. Позитивні дії в механізмі забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: міжнародний досвід та українські перспективи. Харків : Гендер. інформ.-аналіт. центр «КРОНА», 2010. 200 с.
10. Митина Н. М. Запрещение дискриминации в сфере труда как один из основных принципов трудового права : дисертація кандидата юридичних наук. Москва, 2006. 212 с.
11. 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.
12. Генеральний Директорат з прав людини і верховенства права. Питання заборони та протидії дискримінації. Методичні рекомендації для юристів. Київ : Рада Європи, 2015. 112 с.
13. O’Cinneide C. Positive Duties and Gender Equality. *International Journal of Discrimination and the Law*. 2005. P. 8.
14. Brzezinska A. Gender Equality in the Case Law of the European Court of Justice. *Institute for European Studies Working Paper*. 2009. No. 2. P. 1–23.
15. McHarg A., Nicolson D. Justifying Affirmative Action: Perception and Reality. *Journal of Law and Society*. 2006. No. 1. P. 33–38.
16. The American Heritage Dictionary of the English Language. Houghton Mifflin Harcourt, 2016. 2112 p.
17. Quota System Law and Legal Definition. URL: <https://definitions.uslegal.com/q/quota-system/> (дата звернення: 08.05.2022).

