

## КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ТА ПОЗИТИВНА ДИСКРИМІНАЦІЯ: ПРАКТИЧНА РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРИНЦИПІВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ РІВНИХ МОЖЛИВОСТЕЙ

**ГУЛАК Олена Василівна - доктор юридичних наук, професор, професор кафедри адміністративного та фінансового права Національного університету біоресурсів і природокористування України**

**ORCID: 0000-0001-9004-0185**

**УДК 342+34.05**

**DOI 10.32782/EP.2021.2.34**

Стаття присвячена глибокому аналізу двох фундаментальних концепцій сучасного права та суспільної політики – конституціоналізму та позитивної дискримінації. В статті розглянуто основні теоретичні підходи до визначення цих понять, а також їх практичну реалізацію в правових системах різних країн. Особлива увага приділена аналізу того, як ці концепції впливають на формування більш справедливого та інклюзивного суспільства через законодавчі й судові механізми, інституційні структури, а також через політики та програми, спрямовані на забезпечення рівності можливостей для всіх членів суспільства. У дослідженні йдеться про сутність позитивної дискримінації, виокремлюючи її особливості, критерії прийнятності та співвідношення з універсальним принципом рівності. Розглядаються різні точки зору щодо означеної практики, включно з її правовими та етичними аспектами, що дозволяє зрозуміти потенціал та виклики, пов'язані з її застосуванням. Висвітлена роль міжнародних стандартів та практик у формуванні національних підходів до конституціоналізму та позитивної дискримінації. Аналізуючи вплив глобальних правових документів та рекомендацій міжнародних організацій, у науковому дослідженні акцентовано значення міжнародної співпраці та обміну досвідом у забезпеченні рівності й захисту прав людини. Власне, цей аспект показує, як глобалізація та міжнародні норми впливають на національні стратегії боротьби з дискримінацією, що й сприяє розширенню прав та можливостей для маргіналізованих груп. За результатами дослі-

дження виявлено, що хоча конституціоналізм і позитивна дискримінація можуть здаватися протилежними за своєю суттю, на практиці вони доповнюють один одного, створюючи міцну основу для розвитку більш рівноправного та інклюзивного суспільства. Відтак, встановлення балансу між загальним принципом рівності та цілеспрямованими заходами для подолання історичної нерівності є ключовим викликом для сучасних демократій, що прагнуть досягти справедливості та рівності для всіх своїх громадян.

Ключові слова: конституціоналізм, позитивна дискримінація, принцип рівності, позитивні дії, міжнародні стандарти, права людини, дискримінація, інклюзивне суспільство, рівність, глобалізація, правові системи.

### Постановка проблеми

Рівність у правах та обов'язках особи, а також рівність громадян перед законом, є фундаментальними поняттями в теоріях соціальної демократії та ключовими компонентами концепції правової держави. Принцип рівності визначає основу для сучасного суспільства, де всі громадяни мають рівні права та можливості. Проте, виникає складність, оскільки, незважаючи на формальне закріплення принципу рівності, реальна нерівність залишається значною проблемою для багатьох суспільств через історичну нерівність, соціальну стратифікацію та інституціоналізовану дискримінацію.

Саме тому суспільство та правова система звертаються до інструменту позитивної

дискримінації, що передбачає вживання цілеспрямованих заходів для підтримки та забезпечення рівних можливостей для груп, що зазнали історичної маргіналізації. Однак, застосування таких заходів викликає дискусії та критику з точки зору їх відповідності принципу рівності, етичності та ефективності, а також потенційного створення нових форм нерівності.

#### **Стан дослідження проблеми**

Проблематика конституціоналізму і позитивної дискримінації демонструє широкий спектр наукових підходів та точок зору, що відображається у роботах Т. Совела, Д. Хельмана, Г. Христової, В. Котигоренка, Л. Мурашко, В. Шевченка та багатьох інших науковців.

В свою чергу, безпосередньо до дослідження позитивної дискримінації у своїх публікаціях, серед інших, зверталися такі вчені, як А. Брезінська, Д. Бхугра, Б. Вайс, Л. Ведінгтон, С. Гроенеveld, С. Девіс, Х. Колінс, М. Колнеріс, А. Макколган та К. Макруден.

**Мета дослідження** полягає у вивченні та аналізі концепцій конституціоналізму та позитивної дискримінації, їх взаємодії й впливу на формування правових та соціальних систем сучасних демократичних держав. Дослідження має на меті зрозуміти, як саме міжнародні стандарти та практики впливають на національні підходи до реалізації цих концепцій, і яким чином міжнародна співпраця може сприяти покращенню правового та соціального становища маргіналізованих груп.

#### **Виклад основного матеріалу**

Взаємодія між конституціоналізмом і позитивною дискримінацією (також відомою як позитивні дії) являє собою складний, але важливий аспект сучасних правових систем, спрямованих на забезпечення рівних можливостей для всіх громадян.

Конституціоналізм – це складне поняття з різними тлумаченнями, але в основі його лежить правова та філософська ідея про те, що державна влада повинна впливати з конституції, писаної чи неписаної, і обмеж-

уватися нею. Так, Дебора Хельманн, зокрема, стверджує, що цей принцип гарантує, що всі закони та дії уряду ґрунтуються на конституції та відповідають їй. Конституція ж, у свою чергу, закріплює основні права і свободи людини та визначає розподіл і здійснення влади в державі. Конституціоналізм підкреслює важливість верховенства права, поділу влади та захисту індивідуальних прав і свобод, слугуючи наріжним каменем демократичного врядування та правового порядку [1, с. 51-70].

Позитивна дискримінація також відома як позитивні дії, що являє собою політику, спрямовану на протидію історичній дискримінації та системній нерівності, з якою стикаються групи меншин. У свою чергу, Томас Совел підкреслює, що надаючи недостатньо преференцій представленим групам в таких сферах, як працевлаштування, освіта та державні контракти, урядовці переслідують мету вирівнення умов та сприяння створенню інклюзивного середовища, яке б відображало різноманітність суспільства в цілому [2, с. 111-118].

Уряди впроваджують конституційні принципи рівності та недискримінації за допомогою різних законодавчих заходів. Вони можуть включати закони, які конкретно зобов'язують до позитивних дій у сфері зайнятості, освіти та в інших сферах. Наприклад, законодавство може вимагати від державних установ і приватних компаній забезпечити певний відсоток працівників або студентів з «недостатньо представлених» груп, таких як расові меншини, жінки або особи з інвалідністю. Як приклад, можемо навести Директиву 2000/43/ЄС (Директива про расову рівність). Власне, ця директива вимагає від країн-членів ЄС заборонити дискримінацію за ознакою раси чи етнічного походження в різних сферах, включаючи зайнятість, освіту, соціальне забезпечення, охорону здоров'я та доступ до товарів і послуг [3]. Окрім того, важливою у розрізі зазначеного є й Директива 2000/78/ЄС (Директива про рівність у сфері зайнятості), яка встановлює загальні рамки для боротьби з дискримінацією у сфері зайнятості та професійної діяльності на підставі релігії або переконань, інвалідності, віку або сексуальної орієнтації [4].

В нашій державі, для прикладу, прийнято Закон України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні», в якому передбачено необхідність того, щоб компанії з чисельністю працівників понад 20 осіб забезпечували щонайменше 4 % своїх працівників особами з інвалідністю [5].

Судова практика відіграє ключову роль у тлумаченні конституційних та законодавчих положень, що стосуються рівності та позитивної дискримінації. Суди можуть забезпечувати дотримання цих принципів шляхом винесення рішень проти дискримінаційних практик, підтримки заходів позитивної дискримінації та забезпечення дотримання державними та приватними суб'єктами своїх юридичних зобов'язань щодо сприяння рівності. Для прикладу, справа C-409/95 Маршалл проти землі Північний Рейн-Вестфален (1997), в якій суд ЄС постановив, що, зокрема німецький закон, який надає преференції жінкам при просуванні по службі в державному секторі, в секторах, де вони були недостатньо представлені, є сумісним із законодавством ЄС [6].

Ця справа є класичним прикладом підтримки судом заходів позитивної дискримінації, якщо вони включають положення про те, що кваліфікація є основним критерієм, що запобігає абсолютному і автоматичному наданню пріоритету жінкам над чоловіками.

В Україні ж нормативи, серед яких: Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» [7] та Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» [8], створюють основу для судових позовів проти дискримінації. Суди можуть виносити рішення у справах, пов'язаних з порушенням цих законів, забезпечуючи дотримання фізичними та юридичними особами своїх юридичних зобов'язань щодо рівності та недискримінації.

Водночас, ефективна імплементація таких підходів також вимагає створення інституційних механізмів, таких як органи з питань рівності або омбудсмени, завданням яких є моніторинг дотримання законів про рівність, розслідування скарг на дискримінацію й просування принципів рівності.

Ці інституції відіграють вирішальну роль у забезпеченні того, щоб конституційні та законодавчі повноваження втілювалися в реальні результати. Діючим прикладом на теренах України є Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (омбудсмен). Ця незалежна інституція відіграє життєво важливу роль у моніторингу дотримання прав і свобод людини в Україні, включаючи питання, пов'язані з дискримінацією та рівністю. Омбудсмен може приймати скарги від громадян, проводити розслідування та рекомендувати заходи для усунення порушень прав і свобод.

З-поміж країн, де ефективними є подібні інституції постає США, де власне створюється безліч інституцій, які регулюють та контролюють питання позитивної дискримінації. Так, Комісія з питань рівних можливостей працевлаштування (ЕЕОС) відповідає за дотримання федеральних законів, які забороняють дискримінацію кандидатів на роботу або працівників через расу, колір шкіри, релігію, стать (включаючи вагітність, трансгендерний статус і сексуальну орієнтацію), етнічне походження, вік (40 років і старше), інвалідність. Окрім того, Управління громадянських прав (Office of Civil Rights, OCR) при Департаменті освіти цієї ж країни забезпечує рівний доступ до освіти і сприяє підвищенню її якості по всій країні шляхом дотримання громадянських прав. Ця установа, зокрема, відповідає за розгляд скарг і надання допомоги щодо дискримінації в навчальних закладах.

Агентство з розвитку бізнесу меншин (MBDA) входить до складу Міністерства торгівлі США, є єдиним федеральним агентством, завданням якого є сприяння зростанню та підвищенню конкурентоспроможності бізнесу, що належить меншинам. Агентство пропонує низку програм і послуг, включаючи бізнес-консультації, фінансову допомогу та можливості для налагодження контактів, спрямованих на підтримку підприємців з числа меншин.

Чимало університетів у США застосовують політику позитивної дискримінації під час прийому на навчання, щоб збільшити різноманітність у студентському середовищі. Ця політика часто враховує расову, ет-

нічну приналежність та соціально-економічний статус, щоб забезпечити можливості для недостатньо представлених студентів.

Окрім законодавства, практична реалізація цих принципів часто передбачає розробку конкретних політик і програм, спрямованих на досягнення рівних умов. Це можуть бути стипендіальні програми для студентів з неблагополучних верств населення, програми навчання та наставництва для окремих вразливих категорій осіб, а також цільові ініціативи з набору персоналу.

В ЄС існує кілька політик і програм, спрямованих на підтримку практичної реалізації принципів рівності та недискримінації. Так, Європейський соціальний фонд (ESF) інвестує у створення робочих місць та більш інклюзивне суспільство в країнах-членах ЄС. Фонд підтримує проекти, спрямовані на покращення можливостей працевлаштування для людей з вразливих груп, включаючи осіб, які тривалий час не мають роботи, етнічні меншини та людей з обмеженими можливостями.

Україна також розробила політику та програми, спрямовані на просування рівності та підтримку вразливих груп населення. Державна соціальна програма забезпечення рівних можливостей жінок і чоловіків, спрямована на ліквідацію гендерної нерівності та забезпечення рівних можливостей у різних сферах життя українського суспільства [9]. Вона включає заходи, спрямовані на підтримку економічної спроможності жінок, боротьбу з гендерними стереотипами та забезпечення рівної участі у процесах прийняття рішень.

### **Висновки**

У результаті проведеного дослідження можна дійти висновку, що конституціоналізм встановлює фундаментальні принципи рівності та недискримінації, які слугують основою для розробки та впровадження політик позитивної дискримінації. Ці політики, у свою чергу, діють як інструменти для реалізації конституційних принципів у практичному вимірі, допомагаючи забезпечити реальну рівність можливостей для всіх членів суспільства, зокрема для тих, хто історично стикається з дискримінацією

або маргіналізацією. Таким чином, політика позитивної дискримінації не є відхиленням від принципів конституціоналізму, а їх практичним втіленням, спрямованим на створення більш справедливого суспільства, в якому реальна рівність стає досяжною для кожного.

Хоча принцип рівності та позитивна дискримінація можуть здаватися суперечливими, на практиці вони виступають як взаємодоповнюючі інструменти, спрямовані на досягнення справедливості та рівності у суспільстві. Ефективність позитивної дискримінації залежить від чіткого законодавчого закріплення та наявності механізмів контролю за її впровадженням. В статті детально розглянуто приклади законодавчої бази та інституційних механізмів в різних юрисдикціях, що підтверджує цю тезу.

Аналіз судових рішень показує, як через юриспруденцію здійснюється тлумачення та застосування принципів рівності та позитивної дискримінації, забезпечуючи захист прав і свобод. Політики та програми, які впроваджуються урядами та іншими організаціями, слугують важливим інструментом для реалізації принципів рівності на практиці. Вони спрямовані на вирівнювання можливостей між різними групами населення. Насамкінець, стаття підкреслює важливість пошуку балансу між застосуванням принципу рівності та механізмами позитивної дискримінації, щоб не порушити основні права та свободи інших груп населення.

### **Література**

1. Hellman D. University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series: Equality and Unconstitutional Discrimination Chapter 3 in Philosophical Foundations of Discrimination Law. Charlottesville : University of Virginia School of Law, 2013. 34 p.
2. Sowell T. Affirmative Action Around the World: An Empirical Study. Yale University Press, 2004. 266 p.
3. Директива Ради 2000/43/ЄС від 29 червня 2000 року про імплементацію принципу однакового ставлення до осіб незалежно від расового або етнічного походження : Директива від 29.06.2000 р. № 2000/43/ЄС.

4. Директива Ради 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 року про встановлення загальних рамок для однакового ставлення у сфері зайнятості та професійної діяльності : Директива від 27.11.2000 р. № 2000/78/ЄС.

5. Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні : Закон України від 21.03.1991 р. № 875-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/875-12#Text>

6. Case C-409/95, Helmut Marschall v Land Nordrhein Westfalen [1887] ECR I-6363. 1997. URL: <https://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Marschall.pdf>.

7. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України від 08.09.2005 р. № 2866-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text>

8. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2012 р. № 5207-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>

9. Гулак О.В. Шляхи побудови ефективних державних інституцій: виклики сьогодення // Науковий вісник публічного та приватного права № 2, 2015. С. 11-14. URL: <http://www.nvpppp.in.ua/vip/2/4.pdf>

**CONSTITUTIONALISM AND  
POSITIVE DISCRIMINATION:  
PRACTICAL IMPLEMENTATION OF  
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN  
ENSURING EQUAL OPPORTUNITIES**

The article is devoted to an in-depth analysis of two fundamental concepts of modern law and public policy – constitutionalism and positive discrimination. The article examines the main theoretical approaches to the definition of these concepts, as well as their practical implementation in the legal systems of different countries. Particular attention is paid to the analysis of how these concepts influence the

formation of a more just and inclusive society through legislative and judicial mechanisms, institutional structures, as well as through policies and programmes aimed at ensuring equality of opportunity for all members of society.

The article also reveals the essence of positive discrimination, highlighting its features, acceptability criteria and relationship with the universal principle of equality. It examines different perspectives on this practice, including its legal and ethical aspects, which allows us to understand the potential and challenges associated with its application.

The article also highlights the role of international standards and practices in shaping national approaches to constitutionalism and positive discrimination. By analysing the impact of global legal instruments and recommendations of international organisations, the article emphasises the importance of international cooperation and exchange of experience in ensuring equality and protection of human rights. This aspect shows how globalisation and international norms influence national anti-discrimination strategies and contribute to the empowerment of marginalised groups.

The study found that although constitutionalism and positive discrimination may seem to be opposing in nature, in practice they complement each other, creating a solid foundation for the development of a more equal and inclusive society. Striking a balance between the general principle of equality and targeted measures to overcome historical inequalities is a key challenge for modern democracies seeking to achieve justice and equality for all their citizens.

**Keywords:** constitutionalism, positive discrimination, principle of equality, affirmative action, international standards, human rights, discrimination, inclusive society, equality, globalization, legal systems.