СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ ТА ПОЗИТИВНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ (НА ПРИКЛАДІ ОКРЕМИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО НАЦІОНАЛЬНІ МЕНШИНИ)

ДУБОВ Г. - доц., к.ю.н., доцент кафедра теорії та історії права та держави Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ORCID ID: 0000-0001-9042-498X

БУЛГАКОВ Н. – студент, Київський національний університет імені Тараса Шевченка

ORCID ID: 0009-0000-5915-3325

DOI: https://doi.org/10.71404/NP.2025.2.3

У статті розглядається проблема реалізації принципу рівності через призму застосування позитивної та негативної дискримінації в контексті вступу України до ЄС. Автори аналізують межі допустимості позитивної дискримінації, співвідношення її з негативною дискримінацією та наголошують на ризиках для верховенства права через надмірне або невиважене застосування відповідних заходів.

Ключові слова: позитивна дискримінація, принцип рівності, верховенство права, недискримінація, права меншин.

Постановка проблеми

Актуальність проблеми забезпечення загальновизнаного правового принципу рівності, вдаючись до використання принципу позитивної дискримінації для усунення існуючої нерівності між різними категоріями осіб, особливо постає в контексті вступу України до Європейського Союзу через можливість перетворення позитивної дискримінації у негативну дискримінацію з огляду на обов'язковість відповідності держави-кандидата на вступ принципові верховенства права та іншим основоположним принципам права.

Метою цієї статті є аналіз окремих аспектів співвідношення принципу рівності та позитивної дискримінації на прикладі окремих законодавчих актів України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

До проблематики з цієї тематики вдавалися українські науковці Журавльова Г. С., Панкевич О. З., Погребняк С. П., Бачинська О.-М. І., Галушко О. С., Христова Г. О., а також Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) у своїй доповіді «Про правовладдя».

Виклад основного матеріалу

Принцип рівності в праві треба розуміти не як фактичну рівність, яка неможлива через індивідуальність особистих характеристик (природні здібності, освіта, свідомість тощо), а як формальну, що означає рівність перед законом і судом, рівність прав, свобод і обов'язків, додержання принципу недискримінації і використання принципу позитивної дискримінації, що зводиться до рівності прав та можливостей досягнення певного успіху [1, с. 97, 101]. Деякі дослідники, зокрема Бачинська О.-М. І., розглядають рівність ще й в аспекті рівності результату, під яким розуміють вимогу, згідно з якою особи після процедури розподілу повинні опинитися в однакових умовах [2, с. 69]. Ми вважаємо, що такий підхід до розуміння рівності результатів не відповідає спеціальній справедливості, суттю якої є співмірність розподілу благ і проявлених суб'єктами рис у суспільстві, тому що він не враховує під час розподілу благ тих зусиль, які прикладаються суб'єктами в процесі їхньої діяльності задля досягнення певного успіху. Тому ми

пропонуємо враховувати аспект рівності результату в тому розумінні, який вимагає співмірності розподілених благ (встановлених, досягнутих умов після відповідного розподілу) між суб'єктами та докладених ними зусиль для їх досягнення.

Згідно з доповіддю Венеційської комісії «Про правовладдя», принцип недискримінації в контексті принципу рівності означає, що нормативні акти стримують дискримінацію осіб або груп осіб і всі особи мають гарантований однаковий і дієвий захист від дискримінації за будь-якою ознакою [3]. Із цього визначення прямо випливає призначення цього принципу – запобігти неможливості реалізації прав особою через наявність у неї певної ознаки для досягнення фактичної рівності. На нашу думку, недискримінація є однією з форм реалізації негативних обов'язків держави – утримуватися від здійснення певних дій; у контексті принципу рівності, це, зокрема, не створювати штучні перешкоди особам на шляху їх реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів. Це, серед іншого, означає, що принцип недискримінації правомірно застосовувати лише у зв'язку зі здійсненням особою своїх прав і свобод та прямо передбаченими негативними обов'язками держави. Таким чином, недискримінація не створює нового права («права на рівність»), а лише доповнює вже гарантоване [4, с. 15].

Зауважимо, що в теоретико-правовій науковій літературі під дискримінацією, як правило, розуміють будь-яке об'єктивно необґрунтоване відмінне ставлення до певної особи чи групи осіб за певною ознакою, зокрема такою, застосування якої для впровадження юридичних розбіжностей заборонено [1, с. 224, 226-229]. Розрізняється позитивна та негативна дискримінація: перша ставить у привілейоване становище у порівнянні з загальнонаданим обсягом прав дискриміновану групу осіб стосовно інших, а негативна – у менш сприятливе положення, метою якого є обмеження прав або можливостей реалізувати відповідний обсяг прав.

Ідея про позитивну дискримінацію походить із концепції позитивних обов'язків держави, які здійснюються за допомогою позитивних дій держави – активних дій, метою яких є досягнення певного результату, його захисту та сприянню його реалізації (користуванню досягнутими ним здобутками) [5, с. 22]. Такі заходи дозволяють компенсувати історично сформовані структурні непропорційності в представництві різних меншин у публічній сфері суспільних відносин: у державних владних органах, зокрема законодавчих, на керівних посадах різних організацій, у засобах масової інформації, у популярній культурі тощо, що сприяє підвищенню рівня толерантності та злагоди в суспільстві, які, у свою чергу, сприяють неюридичному вирішенню конфліктів та є відповідними факторами реалізації прав людини і громадянина.

Деякі дослідники, зокрема Галушко О.С., вважають, що позитивна дискримінація і позитивні дії в контексті вирівнювання можливостей щодо реалізації прав окремими вразливими групами осіб не є тотожними, прирівнюючи позитивну дискримінацію до негативної, у той час як позитивні дії спрямовані на ліквідацію фактичної нерівності [6, с. 32-33]. Ми вважаємо, що, по-перше, поняття дискримінації потрібно визначати нейтрально, саме як відмінне ставлення до певної особи чи групи осіб за певною ознакою, яке необов'язково обмежує чи пригнічує їхнє становище, розділяючи її на позитивну та негативну, які, у свою чергу, уже мають конкретні наслідки; по-друге, позитивні дії здійснюються по відношенню до окремих груп осіб, тобто ці дії вже дискримінують ці групи осіб через своє вибіркове застосування, а тому, на нашу думку, у цьому контексті можуть ототожнюватися з позитивною дискримінацією.

Інші дослідники доходять висновку, що позитивна дискримінація одних одночасно призводить до негативної дискримінації інших, із чим ми не можемо погодитися, бо змістовно негативна дискримінація є обмежувальною щодо можливості реалізації тих прав, які є загальними, та такою, яка штучно створює відповідні перешкоди [7, с. 23]. У той же час позитивна дискримінація змістовно уповноважуюча, тобто така, яка надає спеціальні, нові, додаткові можливості для реалізації загальних прав тим групам осіб, які фактично та об'єктивно знаходять-

ся в такому стані, який або унеможливлює, або ускладнює можливість реалізації таких прав. На нашу думку, по-перше, надаючи спеціальні, додаткові можливості для реалізації загальних прав пригніченій групі осіб, ми необов'язково обмежуємо можливості реалізації відповідних загальних прав іншими групами осіб. Можливість виникнення негативної дискримінації внаслідок застосування позитивної дискримінації залежить саме від інструменту, яким забезпечується здійснення позитивної дискримінації. По-друге, позитивна дискримінація в контексті принципів рівності та верховенства права застосовується для досягнення саме фактичної рівності, бо в іншому випадку вони не дозволяли б досягти цілей правового регулювання.

Принцип позитивної дискримінації слід розуміти як позитивні (стверджувальні) дії держави, спрямовані на вирівнювання можливостей окремих вразливих категорій осіб у порівнянні з іншими [1, с. 93-94]. Беручи до уваги призначення принципу рівності, ми вважаємо, що слід розрізняти позитивну дискримінацію та звичайне надання привілеїв: якщо перше спрямоване на вирівнювання можливостей вразливих груп осіб, то друге – на наділення окремої групи особливим правом, яке, по суті, порушує принцип рівності, створюючи дисбаланс у частині рівності прав. На нашу думку, позитивна дискримінація не порушує принцип рівності рівно до того моменту, поки заходи, здійснені для її реалізації, не виходять за межі пропорційності відповідно до об'єму і якості тих утисків, яких зазнавала в минулому нині позитивно дискримінована група осіб. Окремо зазначимо, що досить популярною в науковому середовищі є вимога чіткого визначення темпоральності заходів позитивної дискримінації, яку ми вважаємо непрактичною через те, що поставлені цілі позитивної дискримінації можуть бути не досягнуті або перевиконані впродовж визначеного терміну, а тому їх треба обмежувати саме якісно та об'ємно, а не в часовому вимірі.

Принципи рівності та недискримінації втілюються у статті 24 Конституції України, яка закріплює рівність громадян України в конституційних правах, свободах і перед законом та забороняє встановлення «привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками». Принцип позитивної дискримінації, хоча й не згадується напряму в Конституції України, однак, з одного боку, є складовою частиною принципу рівності, а з іншого боку – змістовно відповідає принципові соціальної держави, який закріплено в статті 1 Конституції України, у частині вирівнювання можливостей і мінімізації невиправданих відмінностей між різними групами населення [8, с. 32-33].

Позитивна дискримінація втілюється у розділі II Закону України «Про національні меншини (спільноти) України» (далі – Закон), у якому визначаються права і свободи осіб, які належать до національних меншин – сталих груп громадян України, які не є етнічними українцями, джерела фінансового забезпечення заходів, спрямованих на реалізацією такими особами своїх прав і свобод, повноваження державних органів, порядок участі представників національних меншин у вирішенні питань щодо реалізації прав і свобод відповідними національними меншинами.

Приклад імовірної негативної дискримінації, обґрунтованої тривалою збройною агресією проти України, можна побачити в розділі V Закону, де підпунктом 1 пункту 3 встановлюється, що на період дії воєнного стану в Україні та протягом шести місяців з дня його скасування або припинення «тимчасовому обмеженню в реалізації та захисті» підлягають визначені переліченими в цьому підпункті статтями права національних меншин, які «ідентифікують свою приналежність за етнічним походженням із державою, що визнана в Україні та/або міжнародними організаціями державою-терористом (державою-агресором), яка вчиняє акти агресії проти України».

Наведена норма Закону має тимчасовий характер, пов'язуючи відповідні обмеження із етнічним походженням, опосередковане власною ідентифікацією.

Аналогічну логіку законодавця, обґрунтовану тривалою збройною агресією проти

України, щодо імовірної негативної дискримінації можна побачити у частині 14 статті 10 цього Закону, яка вводить безстрокове обмеження на застосування положень перелічених у ній частин цієї статті щодо мов національних меншин (спільнот), що «є державною (офіційною) мовою держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором або державою-окупантом». Хоча ця норма передбачає обмеження не проти самої національної меншини, а на застосування її мови, вона так само може призводити до дискримінації через можливість нерівного ставлення до такої національної меншини, яке заважатиме реалізувати їй відповідне право. Наведене положення, з огляду, зокрема, на безстроковий характер встановлених обмежень та можливу невідповідність ряду норм Конституції України, передусім щодо заборони дискримінації за етнічною та мовною ознаками, було піддано критиці із боку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України та Венеційської комісії [11].

Як засвідчують численні публічні дискусії, із наведених питань найбільш імовірно, що імплементація такого підходу правового регулювання, враховуючи тривалу збройну агресію проти України, було пов'язано із тим, що законодавець, передбачаючи відповідні винятки для окремих національних меншин чи їхніх мов, виходив із побоювань щодо тотожності інтересів держави-агресора та інтересів громадян України, які ідентифікують себе за певним етнічним походженням чи послуговуються мовою, яка є офіційною мовою держави-агресора і, як наслідок, необхідності застосування відповідних обмежень.

Критики такого підходу досить часто звертали увагу на непослідовність його застосування, адже відносно тієї самої категорії громадян України згідно з чинним законодавством не застосовуються будь-які обмеження щодо проходження державної служби, зокрема, у частині зайняття будь-яких посад; допуску до державної таємниці на загальних підставах, проходження воєнної служби тощо. Із цієї точки зору, сфера суспільних відносин, яка стосується реалізації прав національних меншин, оцінюється такою, що несе більші ризики національній безпеці України, ніж інші суспільні відносини (державна, воєнна служба, охорона державної таємниці тощо), які власне і становлять собою ядро національної безпеки як динамічного стану державно-правового порядку. Наведена суперечність в оцінці ризиків уявляється ще більш очевидною в умовах правового режиму воєнного стану, обумовленого тривалою збройною агресією.

На користь слушності останньої із наведених точок зору можна навести історичний приклад Сполучених Штатів Америки часів Другої світової війни, безумовно зауваживши на його подібність суто в частині логіки застосування підходів до правового регулювання, та абсолютну неспівмірність із обсягом застосованих обмежень до американських громадян.

Так, Після нападу на Перл-Гарбор у грудні 1941 року президент Франклін Д. Рузвельт видав Виконавчий наказ № 9066, який уповноважував військові органи створювати військові зони та виселяти з них будь-яких осіб, вважаючи це необхідним для національної безпеки. На підставі цього наказу тисячі американців японського походження були примусово переселені до інтернованих таборів. 18 грудня 1944 року Верховний Суд США ухвалив рішення у справі «Коремацу проти Сполучених Штатів» з рахунком 6 проти 3, підтримавши конституційність наказу про евакуацію[13].

Втім, на більш довгому історичному горизонті такий підхід до правового регулювання отримав геть іншу оцінку із боку як законодавчої, так і судової влади США. Так, у 1983 році федеральний суд скасував вирок Коремацу, встановивши, що уряд приховав докази, які свідчили про відсутність реальної військової загрози з боку японських американців.

А вже у 2018 році Верховний Суд США офіційно визнав рішення у справі «Коремацу проти США» (1944) помилковим у справі Trump v. Hawaii (Трамп проти Гаваїв), яка стосувалась указу президента Трампа щодо заборони в'їзду громадян певних мусульманських країн до США, назвавши рішення 1944 року «глибоко помилковим» (*gravely wrong*); таким, що «не має місця в конститу-

ційному праві» (*has no place in law under the Constitution*); а також характеризуючи мотиви його прийняття як упередження, а не на обґрунтованій необхідності захисту національної безпеки [14]. Крім цього, у 1980-му році Комісія з питань переселення та інтернування цивільного населення під час війни у своїй доповіді для Конгресу США дійшла висновку, що це інтернування не було виправдано воєнною необхідністю, а було викликане упередженнями, воєнною істерією та неспроможністю політичного керівництва. Ця комісія, зокрема, наголосила, що найкращим аргументом проти позиції щодо «етнічної лояльності» американських японців до Японії та їх «організованої готовності воювати та померти у війні проти нації їхніх батьків» є те, що цього просто не сталося [9].

Можливо, цей приклад є підставою і під час російсько-української війни для вивчення існування непропорційних надмірних відмінностей в особистому ставленні до України, військового обов'язку та готовності до спротиву російській окупації та агресії серед окремих етнічних та мовних груп громадян України для обґрунтування застосованих до правового регулювання підходів.

Підсумовуючи, можемо констатувати імовірність, що зміст окремих норм законодавства України про національні меншини не повною мірою втілює принцип рівності, що, у свою чергу, може дістати відображення і на реалізації принципу верховенства права, бо воно може існувати лише в повноцінності та непорушності всіх своїх складових елементів. Принцип позитивної дискримінації втілено відповідно до принципу рівності, що, у свою чергу, сприяє втіленню принципу верховенства права. Застосування подібних підходів до правового регулювання може негативно впливати, зокрема, на оцінювання відповідності Законів міжнародним зобов'язанням України та європейським стандартам та може призводити до соціально небажаних наслідків. Найбільш продуктивним шляхом до утвердження верховенства права в Україні є послідовне та неухильне наближення українського законодавства до всіх елементів стандарту принципу верховенства права та їх належне втілення в правозастосовчій практиці.

Література

1. Журавльова Г. С. Принцип рівності та заборони дискримінації у конституційному праві: дис. ... д-ра юрид. наук. Ужгород, 2018. 436 с.

2. Бачинська О.-М. І. Принцип недискримінації і механізми його реалізації (теоретико-правові аспекти): дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 247 с.

3. Доповідь про правовладдя, ухвалена Венеціанською Комісією на її 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011 р.) // Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) – URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev2-ukr

4. Христова Г. О. Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації. Вісник Національної академії правових наук України. 2013. № 4. С. 11-20.

5. Христова Г. О. Доктрина позитивних зобов'язань держави щодо прав людини: основні етапи формування. Державне будівництво та місцеве самоврядування. 2013. №26. С. 16-32.

6. Галушко О. С. Дискримінація: позитивні дії: магістерська робота. Київ, 2020. 92 с.

7. Погребняк С. П. Роль позитивної дискримінації в загальній концепції рівності. Університетські наукові записки. 2008. № 1. С. 23-28.

8. Панкевич О. З. Соціальна держава: поняття та загальнотеоретична характеристика: дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2003. 182 с.

9. Personal Justice Denied: Report of the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians. Washington, D.C., 1982. – URL: https://web.archive.org/web/20070504133316/http://www.cr.nps.gov/history/online_books/personal_justice_denied/summary.htm

10. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (у редакції від 01.01.2020). Відомості Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text

11. Про національні меншини (спільноти) України: Закон України від 13 грудня

SUMMARY

In the article explores the relevance and complexity of ensuring the generally recognized legal principle of equality through the mechanism of positive discrimination (affirmative action), especially within the context of Ukraine's aspirations to join the European Union. The authors emphasize the importance of distinguishing between formal and substantive equality, noting that the latter can only be achieved by addressing structural disadvantages experienced by certain vulnerable groups. While positive discrimination aims to eliminate actual inequality and ensure equal opportunities, it risks transforming into negative discrimination if applied disproportionately or without clear justification.

The article underscores the potential legal and societal challenges arising from the misapplication of positive discrimination, particularly in legal systems committed to the rule of law. Authors examine different scholarly perspectives, such as the views of Baczynska and Halushko, on whether affirmative measures are equivalent to privileges or whether they reflect necessary compensatory mechanisms in a democratic society. Importantly, the discussion reflects on how positive discrimination must remain proportionate to the historical or structural disadvantages experienced by the protected group and must be limited in scope and quality rather than time.

The paper draws attention to the legal provisions within Ukrainian legislation, particularly the Law of Ukraine «On National Minorities (Communities)», highlighting the potential risks of discriminatory effects embedded in some temporary and indefinite limitations. These legal norms, introduced during the ongoing military aggression against Ukraine, impose restrictions based on the ethnic or linguistic self-identification of persons affiliated with the aggressor state. While grounded in national security concerns, such provisions may lead to unequal treatment and contravene Ukraine's constitutional guarantees and international obligations.

By analyzing the historical example of the internment of Japanese Americans during World War II in the United States and the subsequent legal reassessment of that policy, the author emphasizes the importance of cautious and legally balanced approaches in times of crisis. The Supreme Court of the United States ultimately acknowledged the grave error of upholding such internment, demonstrating the dangers of using ethnicity as a legal category for security purposes.

The article concludes that although the principle of positive discrimination is inherently aligned with the principle of equality and may facilitate the realization of the rule of law, its improper or unbalanced implementation may instead undermine these very values. For Ukraine, aligning domestic legal standards with the comprehensive elements of the rule of law, as understood within the European legal framework, remains essential to prevent socially undesirable outcomes and to ensure effective integration into the European Union.

Keywords: Positive discrimination, Principle of equality, Rule of law, Non-discrimination, Minority rights

2022 р. №2827-IX (у редакції від 10.12.2023). Верховна Рада України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2827-20#Text

12. Висновок Головного науково-експертного управління ВР України на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо врахування експертної оцінки Ради Європи та її органів щодо прав національних меншин (спільнот) в окремих сферах» URL:https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/2112911

13. «A Brief History of Japanese American Relocation During World War II». National Park Service URL: https://www.nps.gov/articles/historyinternment.htm

14. Trump v. Hawaii, 585 U.S. (2018). URL:https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-965_h315.pdf