

ПРАТ «ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД  
«МІЖРЕГІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ УПРАВЛІННЯ ПЕРСОНАЛОМ»

Кваліфікаційна наукова праця  
на правах рукопису

**БАРІНОВ Артем Олександрович**

УДК 342.7(73)+341.231.14

**ДИСЕРТАЦІЯ**  
**ПОЗИТИВНІ ДІЇ У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ США: ІСТОРІЯ, СУДОВА**  
**ПРАКТИКА ТА СУЧАСНІ ВИКЛИКИ У СВІТЛІ**  
**МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТИВ**

**Галузь знань 08 Право**

**Спеціальність 081 Право**

Подається на здобуття ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей,  
результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

\_\_\_\_\_ А.О. Барінов

Науковий керівник: **Меджбель Валентина Іванівна**, к.ю.н., доцент

Київ – 2026

## АНОТАЦІЯ

**Позитивні дії у правовій системі США: історія, судова практика та сучасні виклики у світлі міжнародних стандартів** – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття ступеня доктор філософії за спеціальністю **081 «Право»** – **Міжрегіональна академія управління персоналом**, Київ, 2026.

Дисертаційне дослідження є самостійною кваліфікаційною науковою працею, що комплексно присвячене аналізу історичних, доктринальних та сучасних аспектів політики позитивних дій (affirmative action) у правовій системі США. Автор послідовно розкриває історію становлення цієї концепції, її доктринальні підвалини, судову практику, яка поступово визначала межі допустимості позитивних дій, а також здійснює порівняння американської моделі з міжнародно-правовими стандартами та розглядає сучасні виклики для програм різноманіття, рівності та інклюзії (DEI).

У першому розділі «Концепція позитивних дій у правовій системі США: історичні витoki, доктринальні обґрунтування та еволюція правових підходів» досліджено генезу affirmative action від указу президента Дж. Кеннеді 1961 року та Закону про громадянські права 1964 року до ключових судових рішень, які сформували рамки застосування цієї політики. Автор доводить, що позитивні дії від самого початку були компромісом між формальною рівністю та суспільною потребою усунути наслідки дискримінації. Особливу увагу приділено принципу легітимних очікувань, який став доктринальною основою виправданості позитивних дій, забезпечуючи баланс між індивідуальними правами та суспільним інтересом. У цьому розділі здійснено аналіз прецедентів *Bakke* (1978), *Grutter v. Bollinger* та *Gratz v. Bollinger* (2003), де Суд одночасно визнавав допустимість індивідуалізованого підходу і забороняв механічні преференції. Таким чином, еволюція правових підходів постає як поступове звуження простору для позитивних дій у сфері освіти.

Другий розділ «Міжнародно-правові стандарти позитивних дій та конституційні межі їх застосування у праві США» поєднує міжнародний та

внутрішньоамериканський виміри проблеми. Автор розкриває, як у міжнародних актах, зокрема у Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965) та Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979), позитивні дії визначаються як тимчасові й пропорційні заходи, спрямовані на досягнення фактичної рівності. Порівняння з американською моделлю демонструє відмінність: якщо міжнародне право розглядає спеціальні заходи як легітимний і навіть необхідний інструмент, то в конституційному праві США дедалі більше переважає підхід, що вбачає у них загрозу формальній рівності. Важливим доповненням є аналіз заборон позитивних дій на рівні окремих штатів. Приклади Каліфорнії (Пропозиція 209, 1996), Техасу (Horne v. Texas, 1996) та Мічигану (поправка до конституції, 2006) наочно доводять, що такі заборони спричинили різке скорочення частки студентів афроамериканського та латиноамериканського походження у правничих школах. Використання статистики Американської асоціації адвокатів (ABA) підтверджує, що без спеціальних заходів «расово нейтральні» програми не можуть забезпечити належного рівня різноманіття.

У третьому розділі «Сучасний етап розвитку доктрини позитивних дій у США: конституційні та суспільні виміри» розглядаються рішення Верховного Суду США 2023 року у справах *Students for Fair Admissions v. Harvard* та *University of North Carolina*, які фактично скасували доктрину допустимості врахування раси у вступних процедурах. Автор ґрунтовно аналізує аргументацію Суду, відповідно до якої такі програми суперечать Чотирнадцятій поправці: цілі університетів були надто абстрактними і невизначеними, застосування расових критеріїв сприяло стереотипізації студентів, створювало непропорційні перешкоди для інших груп (зокрема абітурієнтів азійського походження) та не містило часових обмежень. Таким чином, Суд підтвердив, що позитивні дії не відповідають вимогам суворого контролю і не можуть розглядатися як конституційно виправдані. Водночас дисертант слушно підкреслює, що Суд залишив можливість врахування індивідуального досвіду абітурієнтів, пов'язаного з подоланням труднощів через расову чи етнічну

належність, але без формального закріплення раси як окремої категорії. У цьому ж розділі значну увагу приділено трансформації програм DEI у бізнесі, зокрема аналізу справи Fearless Fund (2023), яка засвідчила поширення юридичних викликів у корпоративну сферу.

Методологічна основа дисертації відзначається комплексністю: історико-правовий метод дозволив відтворити еволюцію affirmative action у США; порівняльно-правовий дав можливість зіставити американську модель з міжнародними стандартами; системно-функціональний і структурний методи застосовано для аналізу інституційних механізмів у сфері освіти й бізнесу; формально-логічний забезпечив оцінку пропорційності та конституційності спеціальних заходів; соціологічний дозволив інтерпретувати емпіричні дані АВА для доведення фактичних наслідків заборон на рівні штатів.

Робота вирізняється науковою новизною. Автор уперше у вітчизняній науці комплексно простежує історію та еволюцію позитивних дій у США від їх виникнення до остаточного перегляду у 2023 році; доводить значення принципу легітимних очікувань як доктринального базису affirmative action; виявляє розбіжності між американською моделлю та міжнародними стандартами; узагальнює статистичні дані щодо впливу заборон у штатах; аналізує трансформацію програм DEI у корпоративному секторі.

Узагальнюючи, слід відзначити, що дисертація має значний науково-теоретичний і практичний інтерес. Вона висвітлює багатовимірний феномен позитивних дій, демонструє складну еволюцію правових підходів, що поєднували прагнення до фактичної рівності з конституційним принципом нейтральності, і показує, як зміна судової доктрини впливає на суспільні та корпоративні практики. Отримані результати можуть бути використані у науковій і навчальній діяльності, при формуванні державної антидискримінаційної політики, а також у практиці розробки сучасних програм різноманіття й інклюзії.

**Ключові слова:** позитивні дії, affirmative action, позитивна дискримінація, рівність, Верховний Суд США, легітимні очікування, strict

scrutiny, DEI-програми, міжнародні стандарти прав людини, недискримінація, дискримінація, дискримінація за ознакою раси, міжнародне право, права людини, право США, захист прав людини, принцип недискримінації.

## ANNOTATION

**Affirmative Action in the U.S. Legal System: History, Case Law, and Contemporary Challenges in Light of International Standards** – Qualification of scientific work in the form of a manuscript.

Dissertation for the degree of in the specialty 081 Law - Interregional Academy of Personnel Management, Kyiv, 2026.

The dissertation is an independent qualification research work devoted to a comprehensive analysis of the historical, doctrinal, and contemporary aspects of affirmative action policy in the U.S. legal system. The author consistently examines the origins of this concept, its doctrinal foundations, and the case law that gradually defined the limits of permissible affirmative action, while also comparing the American model with international legal standards and addressing contemporary challenges for diversity, equity, and inclusion (DEI) programs.

The first chapter, “The Concept of Affirmative Action in the U.S. Legal System: Historical Origins, Doctrinal Foundations, and Evolution of Legal Approaches”, investigates the genesis of affirmative action from President John F. Kennedy’s Executive Order of 1961 and the Civil Rights Act of 1964 to the landmark judicial decisions that shaped the framework for its application. The author argues that affirmative action was from the outset a compromise between formal equality and the societal need to eliminate the consequences of discrimination. Special attention is paid to the principle of legitimate expectations, which became a doctrinal foundation for the justification of affirmative action, ensuring a balance between individual rights and the public interest. This chapter also analyzes the precedents of *Bakke* (1978), *Grutter v. Bollinger* and *Gratz v. Bollinger* (2003), in which the Court simultaneously recognized the admissibility of individualized consideration and

prohibited mechanical preferences. Thus, the evolution of legal approaches is presented as a gradual narrowing of the space for affirmative action in education.

The second chapter, “International Legal Standards of Affirmative Action and the Constitutional Limits of Their Application in U.S. Law”, integrates both international and domestic perspectives. The author examines how international instruments, in particular the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965) and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), define affirmative action as temporary and proportionate measures aimed at achieving substantive equality. A comparison with the American model demonstrates a significant divergence: while international law views such measures as a legitimate and even necessary tool, U.S. constitutional law increasingly perceives them as a threat to formal equality. An important addition to this chapter is the analysis of state-level bans on affirmative action. The examples of California (Proposition 209, 1996), Texas (*Hopwood v. Texas*, 1996), and Michigan (constitutional amendment, 2006) clearly show that such bans led to a sharp decline in the proportion of African American and Latino students in law schools. The use of American Bar Association (ABA) statistics confirms that without special measures, “race-neutral” programs cannot ensure an adequate level of diversity.

The third chapter, “The Contemporary Stage of the Development of the Doctrine of Affirmative Action in the U.S.: Constitutional and Societal Dimensions”, examines the 2023 decisions of the U.S. Supreme Court in *Students for Fair Admissions v. Harvard* and *University of North Carolina*, which effectively overturned the doctrine permitting the consideration of race in admissions. The author provides a detailed analysis of the Court’s reasoning: the universities’ objectives were too abstract and indeterminate, the use of racial criteria fostered stereotyping of students, created disproportionate barriers for other groups (particularly Asian American applicants), and lacked temporal limitations. Accordingly, the Court confirmed that affirmative action does not meet the requirements of strict scrutiny and cannot be considered constitutionally justified. At the same time, the author rightly emphasizes that the Court left room for considering an applicant’s individual

experience related to overcoming difficulties due to racial or ethnic background, but without formally enshrining race as a separate category. This chapter also pays significant attention to the transformation of DEI programs in the business sphere, particularly the Fearless Fund case (2023), which highlighted the spread of legal challenges into the corporate sector.

The methodological basis of the dissertation is distinguished by its comprehensiveness: the historical-legal method allowed the reconstruction of the evolution of affirmative action in the U.S.; the comparative-legal method enabled the juxtaposition of the American model with international standards; the systemic-functional and structural methods were applied to analyze institutional mechanisms in education and business; the formal-logical method ensured the assessment of proportionality and constitutionality of special measures; and the sociological method made it possible to interpret empirical data from the ABA to demonstrate the practical consequences of state-level bans.

The work is marked by its scientific novelty. For the first time in domestic scholarship, the author provides a comprehensive tracing of the history and evolution of affirmative action in the U.S. from its origins to its ultimate reconsideration in 2023; substantiates the role of the principle of legitimate expectations as a doctrinal basis of affirmative action; identifies divergences between the American model and international standards; synthesizes statistical data on the impact of state bans; and analyzes the transformation of DEI programs in the corporate sector.

In summary, it should be noted that the dissertation has significant theoretical and practical value. It illuminates the multidimensional phenomenon of affirmative action, demonstrates the complex evolution of legal approaches that sought to balance substantive equality with the constitutional principle of neutrality, and shows how shifts in judicial doctrine influence societal and corporate practices. The findings can be applied in academic and educational contexts, in the development of state anti-discrimination policy, and in the design of modern diversity and inclusion programs.

**Keywords:** affirmative action, positive measures, positive discrimination, substantive equality, U.S. Supreme Court, legitimate expectations, strict scrutiny, DEI

programs, international human rights standards, non-discrimination, discrimination, racial discrimination, international law, human rights, U.S. law, protection of human rights, principle of non-discrimination.

## **СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ**

### **А. В яких опубліковані основні наукові результати дисертації:**

#### **Статті у наукових фахових виданнях:**

1. Барінов А. Еволюція політики позитивних дій у правовій системі США: історико-правовий аналіз. Наше право. 2025. № 3. С. 400–407. DOI: <https://doi.org/10.71404/NP.2025.3.56>
2. Барінов А. Інтеграція гендерного підходу в політику Європейського Союзу: сучасні тенденції та практичні механізми реалізації. Європейські перспективи. 2025. № 3. С. 415–424. DOI: <https://doi.org/10.71404/EP.2025.3.58>
3. Барінов А. Позитивні дії як міжнародно-правовий інструмент забезпечення фактичної рівності. Наше право. 2025. № 4. С. 173–180. DOI: <https://doi.org/10.71404/NP.2025.4.23>
4. Барінов А., Меджбель В. Програми різноманіття, рівності та інклюзії у праві США: конституційно-правові рамки та прецедент Fearless Fund. Право.UA. 2025. № 3. С. 355–363. DOI: <https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.3.49>

#### **Статті в зарубіжних виданнях за напрямом дослідження:**

5. Maksymovych, R., Zamula, A., Nurullaiev, I., Bogdashevskyi, T., & Barinov, A. (2025). Reintegrating the Rights of Women and Children in Armed Conflict: The International Legal Role of the Welfare State. OIDA International Journal of Sustainable Development, 18(11), 311-320.

### **В. Які додатково відображають наукові результати дисертації:**

### Тези доповідей

6. Барінов А. Позитивні дії як механізм реалізації принципу матеріальної рівності у праві США *Innovative Approaches in Modern Science and Technology* : збірник наукових праць 3-ї Міжнар. наук.-практ. конф. (Лісабон, Португалія, 12–14 листопада 2025 р.). — Lisbon : International Scientific Unity, 2025. — С. 320
7. Барінов А. Позитивні дії як чинник інклюзивного розвитку: досвід США та перспективи для освітньої політики . Збірник матеріалів X Міжнародної науково-практичної конференції “Розбудова інноваційних економіки, менеджменту та освіти в умовах нової соціальної реальності” (20–22 травня 2025 р.) *Наукові праці МАУП. Проблеми модернізації України*. — 2025. — Вип. 1 (48). — С. 483.
8. Барінов А. О. Межі допустимості позитивних дій у світлі принципу недискримінації: аналіз американського досвіду *Сучасні міжнародні відносини: актуальні проблеми теорії і практики* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. — Київ : Національний авіаційний університет, 2024. — С. 106–108.

## ЗМІСТ

<b>ВСТУП.....</b>	<b>11</b>
<b>РОЗДІЛ 1. КОНЦЕПЦІЯ ПОЗИТИВНИХ ДІЙ У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ США: ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ, ДОКТРИНАЛЬНІ ОБҐРУНТУВАННЯ ТА ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВИХ ПІДХОДІВ.....</b>	<b>22</b>
1.1. Поняття, причини виникнення та історико-правові витоки концепції позитивних дій у правовій системі США .....	22
1.2. Принцип легітимних очікувань як доктринальний базис концепції позитивних дій .....	44
1.3. Відмова у застосуванні концепції позитивних дій в США .....	59
<b>Висновки до розділу 1.....</b>	<b>75</b>
<b>РОЗДІЛ 2. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ПОЗИТИВНИХ ДІЙ ТА КОНСТИТУЦІЙНІ МЕЖІ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ У ПРАВІ США.....</b>	<b>78</b>
2.1. Міжнародно-правові основи застосування концепції позитивних дій.....	78
2.2. Еволюція підходів Верховного Суду США щодо застосування позитивних дій.....	100
<b>Висновки до розділу 2.....</b>	<b>124</b>
<b>РОЗДІЛ 3. СУЧАСНИЙ ЕТАП РОЗВИТКУ ДОКТРИНИ ПОЗИТИВНИХ ДІЙ У США: КОНСТИТУЦІЙНІ ТА СУСПІЛЬНІ ВИМІРИ.....</b>	<b>127</b>
3.1. Аналіз рішень Верховного Суду США у справах <i>Students for Fair Admissions v. Harvard</i> та <i>University of North Carolina</i> .....	127
3.2. Взаємозв'язок між расовим різноманіттям та застосуванням позитивних дій у правничих школах США.....	153
3.3. Позитивні дії поза сферою освіти: судова справа <i>Fearless Fund</i> і трансформація програм різноманіття, рівності та інклюзії .....	168
<b>Висновки до розділу 3.....</b>	<b>178</b>
<b>ВИСНОВКИ.....</b>	<b>181</b>
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....</b>	<b>184</b>
<b>ДОДАТОК А.....</b>	<b>201</b>
<b>ДОДАТОК Б.....</b>	<b>203</b>

## ВСТУП

**Актуальність теми.** Актуальність теми дослідження зумовлена необхідністю глибокого осмислення концепції позитивних дій (affirmative action) у правовій системі Сполучених Штатів Америки, яка є унікальним прикладом правового механізму, спрямованого на подолання історичних нерівностей, викликаних дискримінацією представників расової меншин у сферах освіти, працевлаштування та суспільного життя. Позитивні дії, запроваджені в США у другій половині ХХ століття, стали відповіддю на системну дискримінацію, що тривалий час обмежувала доступ представників расових та етнічних меншин, жінок, а також інших маргіналізованих груп до ключових соціальних ресурсів, таких як освіта, наука, культура, політика тощо.

Ця концепція, яка бере початок з указу президента Джона Ф. Кеннеді 1961 року та Закону про громадянські права 1964 року, еволюціонувала від символічних компенсаційних заходів до складної системи правового регулювання, що поєднує морально-етичні, юридичні та соціально-політичні аспекти. У сучасних умовах актуальність теми посилюється у зв'язку з рішенням Верховного Суду США від 29 червня 2023 року у справах *Students for Fair Admissions v. Harvard* та *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*, яке визнало неконституційними практики врахування раси при вступі до вказаних університетів. Це рішення стало поворотним моментом, що не лише обмежило застосування позитивних дій у вищій освіті, але й поставило під сумнів їхню легітимність у ширшому контексті, включаючи бізнес-сферу, як це ілюструє справа *Fearless Fund* 2023 року. Такі зміни вказують на необхідність переосмислення балансу між принципом формальної рівності, закріпленим у Чотирнадцятій поправці до Конституції США, та потребою у спеціальних заходах для забезпечення фактичної рівності можливостей.

Варто вказати, що подальший розвиток подій у 2024–2025 роках лише підкреслює актуальність теми дисертаційного дослідження. Зокрема, у січні 2025 року президент Дональд Трамп видав виконавчий наказ про припинення вимог щодо програм позитивних дій для федеральних контракторів, що фактично скасувало обов'язок таких компаній підтримувати ініціативи з метою забезпечення різноманіття. Цей крок є частиною ширшої політики відновлення «заснованого на заслугах» підходу, що виключає будь-які преференції на основі раси чи етнічності, і передбачає 90-денний перехідний період для адаптації. У серпні 2025 року президент Трамп також наказав коледжам ділитися даними про процеси прийому з акцентом на моніторинг можливих залишків застосування позитивних дій, що може призвести до нових розслідувань і штрафів. Крім того, у 2024 році риторика щодо позитивних дій дедалі частіше замінюється з посиленням уваги програми різноманітності, рівності та інклюзії (DEI - diversity, equity, and inclusion), хоча дев'ять штатів США вже заборонили її використання в державних установах.

У 2025 році спостерігаються нові позови та федеральні розслідування, що стосуються політики прийому до коледжів, а також програм DEI у приватному секторі, що створює невизначеність для освітніх закладів і бізнесу. Наприклад, роботодавці все ще зобов'язані підтримувати план застосування позитивних дій для захищених ветеранів та осіб з інвалідністю, але загальна тенденція до звуження сфери застосування таких заходів робить тему ще більш актуальною для аналізу.

Проблематика позитивних дій має не лише національне, але й міжнародне значення. У порівняльній перспективі американська модель контрастує з міжнародними стандартами, закріпленими зокрема у Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965 р.) та Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979 р.). Це підкреслює унікальність американського досвіду, який формувався в умовах глибоких історичних розривів, спричинених рабством, сегрегацією та системною нерівністю. Водночас сучасні виклики, пов'язані зі звуженням сфери

застосування позитивних дій, актуалізують потребу в розробці альтернативних, расово нейтральних механізмів, таких як врахування соціально-економічного статусу чи територіальних диспропорцій.

Для України, де питання соціальної справедливості та інклюзії також набувають значення в умовах європейської інтеграції, аналіз американського досвіду позитивних дій може слугувати цінним джерелом для формування власних правових підходів. Зокрема, це стосується створення механізмів, які б забезпечували рівний доступ до освіти та професійних можливостей для груп, що зазнають структурних обмежень.

Цікаво зауважити, що опитування громадської думки у США, які показують, що 74% республіканців виступають проти врахування раси в прийомі до коледжів, підкреслюють політичну чутливість теми та її вплив на суспільні дебати. Таким чином, дослідження позитивних дій у США є актуальним як для теоретичного осмислення правових механізмів забезпечення рівності, так і для практичного вдосконалення антидискримінаційної політики в інших правових системах.

**Мета і завдання дослідження.** Метою дослідження є комплексний аналіз історико-правових витоків, доктринальних обґрунтувань та сучасних трансформацій концепції позитивних дій у правовій системі США з метою розроблення теоретико-правових засад і практичних рекомендацій щодо забезпечення фактичної рівності можливостей у сучасних умовах у США.

Для досягнення поставленої мети визначено такі *завдання*:

- дослідити поняття позитивних дій, їхні історичні витoki та причини виникнення, починаючи від указу президента Кеннеді 1961 року та Закону про громадянські права 1964 року, до сучасних судових рішень;
- проаналізувати принцип легітимних очікувань як доктринальний базис концепції позитивних дій, включаючи його еволюцію в національному та міжнародному праві;
- дослідити підстави, порядок та причини відмови від застосування концепції позитивних дій у судовій практиці США;

- визначити та проаналізувати міжнародно-правові стандарти застосування позитивних дій та порівняти їх з американською моделлю;
- дослідити еволюцію застосування позитивних дій судами США шляхом аналізу ключових судових прецедентів, зокрема *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), *Grutter v. Bollinger* (2003), *Gratz v. Bollinger* (2003) та рішення Верховного Суду 2023 року, які визначили правові межі позитивних дій;
- проаналізувати рішення Верховного Суду США у справах *Students for Fair Admissions v. Harvard* та *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina* з огляду на кардинальну зміну позиції Верховного Суду США щодо застосування позитивних дій;
- оцінити вплив заборон позитивних дій на рівні штатів (Каліфорнія, Техас, Мічиган тощо) на рівень расового різноманіття у правничих школах США за даними Американської асоціації адвокатів (АВА) за 1980–2021 роки;
- проаналізувати трансформацію програм різноманіття, рівності та інклюзії (DEI) у бізнес-сфері на прикладі судової справи *Fearless Fund* (2023), що ілюструє сучасні виклики для позитивних дій.

*Об'єктом дослідження* є суспільні відносини, що виникають у процесі реалізації політики позитивних дій у правовій системі США. Ці відносини охоплюють правові, соціальні та інституційні аспекти, пов'язані з подоланням наслідків історичної дискримінації, зокрема расової, етнічної та гендерної.

*Предметом дослідження* є позитивні дії у сферах вищої освіти, працевлаштування та бізнесу в правовій системі США. Для детального аналізу предмета дослідження аналізуються норми конституційного та цивільного права США, зокрема Чотирнадцята поправка до Конституції, Закон про громадянські права 1964 року, Розділ 1981 Закону про громадянські права 1866 року, а також судова практика Верховного Суду США, доктринальні обґрунтування концепції позитивних дій, емпіричні дані щодо їхнього впливу на расове різноманіття та програми різноманіття, рівності та інклюзії (DEI). Особлива увага приділяється аналізу судових прецедентів, таких як *Regents of*

the University of California v. Bakke, Grutter v. Bollinger, Gratz v. Bollinger, та сучасних справ, як-от Students for Fair Admissions v. Harvard і Fearless Fund, які визначають сучасні межі застосування позитивних дій.

**Методи дослідження.** Для виконання поставлених завдань використано комплекс загальнонаукових та спеціальних юридичних методів, що забезпечують ґрунтовний аналіз теми.

Історико-правовий метод застосовано для дослідження еволюції концепції позитивних дій від її витоків у 1960-х роках, зокрема указу президента Джона Ф. Кеннеді 1961 року (Executive Order 10925), який запровадив термін «позитивні дії», та Закону про громадянські права 1964 року (Civil Rights Act of 1964), до сучасних рішень Верховного Суду США 2023 року. Цей метод дозволив простежити трансформацію правового регулювання через ключові історичні етапи, такі як десегрегація освіти після справи Brown v. Board of Education (1954), та визначити вплив соціально-політичного контексту, зокрема руху за громадянські права, на формування політики позитивних дій.

Порівняльно-правовий метод використано для зіставлення американської моделі позитивних дій із міжнародними підходами до антидискримінаційного регулювання. Зокрема, проаналізовано міжнародні конвенції, такі як Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965 р.) та Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979 р.), та рекомендації до них. Цей метод допоміг виявити відмінності між американським акцентом на компенсаційні механізми та міжнародним фокусом на формальну рівність, а також оцінити потенціал адаптації расово нейтральних механізмів у різних правових системах.

Формально-юридичний метод застосовано для інтерпретації ключових правових норм, таких як Чотирнадцята поправка до Конституції США, що гарантує рівний захист закону, та Розділ VI Закону про громадянські права 1964 року, який забороняє дискримінацію в програмах, що фінансуються федеральним урядом. Цей метод використано для аналізу судових рішень, зокрема Regents of the University of California v. Bakke (1978), Grutter v. Bollinger

(2003) та *Students for Fair Admissions v. Harvard* (2023), які встановлюють стандарти «суворого контролю» (strict scrutiny) та «вузької спрямованості» (narrowly tailored) для оцінки конституційності позитивних дій. Наприклад, у справі *Bakke* формально-юридичний аналіз дозволив визначити, чому квоти були визнані неконституційними, але врахування раси як одного з факторів залишилося допустимим.

Системно-структурний метод допоміг визначити місце позитивних дій у системі конституційного права США та їхній зв'язок із доктриною легітимних очікувань. Цей метод використано для аналізу взаємодії між законодавчими нормами, судовою практикою та інституційними механізмами, такими як програми різноманіття в університетах чи бізнесі. Наприклад, системний підхід дозволив оцінити, як рішення Верховного Суду 2023 року вплинули на структуру антидискримінаційних політик, змістивши акцент на расово нейтральні альтернативи, такі як врахування соціально-економічного статусу.

Емпіричні методи, зокрема статистичний аналіз, застосовано для оцінки впливу позитивних дій та їхніх заборон на расове різноманіття у правничих школах США. Використано дані Американської асоціації адвокатів (АВА) за 1980–2021 роки, які демонструють, наприклад, зменшення представництва афроамериканців на 20% та латиноамериканців на 46% у штатах із заборонаю позитивних дій, таких як Каліфорнія та Мічиган. Цей метод також включав аналіз звітів, таких як *Karst Report*, які оцінювали ефективність програм різноманіття в юридичній освіті.

Прогнозно-аналітичний метод використано для розробки пропозицій щодо адаптації расово нейтральних механізмів забезпечення рівності можливостей. Цей метод дозволив сформулювати рекомендації, засновані на аналізі сучасних тенденцій, таких як заборона DEI-програм у дев'яти штатах США, та передбачити їхній вплив на майбутнє антидискримінаційної політики в Україні та інших країнах.

**Наукова новизна дослідження.** Дисертація є першою в Україні самостійною роботою із комплексного аналізу концепції позитивних дій у

правовій системі США, що поєднує історико-правовий, доктринальний та емпіричний виміри.

За результатами проведеного дослідження обґрунтовано та сформульовано низку теоретичних положень, висновків та практичних пропозицій:

*вперше:*

1. здійснено комплексне дослідження генези концепції позитивних дій у правовій системі США як реакції держави на історичні форми расової та соціальної дискримінації, пов'язаної з рабством, сегрегацією та нерівністю у доступі до освіти й праці. Виявлено логічний розвиток концепції від указу президента Дж. Ф. Кеннеді 1961 року та Закону про громадянські права 1964 року до сучасної судової практики, що дозволило встановити причинно-наслідкові зв'язки між соціальною політикою держави та правовими механізмами її реалізації;
2. обґрунтовано, що позитивні дії мають тимчасовий і компенсаційний характер і спрямовані на досягнення фактичної, а не лише формальної рівності, при цьому принцип легітимних очікувань як доктринальна основа позитивних дій забезпечує баланс між правами особи та публічним інтересом у досягненні фактичної рівності. На основі аналізу рішень *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) та *Grutter v. Bollinger* (2003) показано, як судова практика трансформувала цей принцип у засіб забезпечення пропорційності між рівністю і потребою виправлення історичної нерівності;
3. сформульовано цілісну модель доктрини суворого контролю (*strict scrutiny*) у сфері позитивних дій, яка виступає головним правовим інструментом перевірки їхньої конституційності. На основі аналізу справ *Gratz v. Bollinger* (2003) та *Students for Fair Admissions v. Harvard* і *University of North Carolina* (2023) доведено, що суд визначив чіткі критерії допустимості таких заходів — переконлива державна мета, тимчасовість, пропорційність і відсутність дискримінаційного ефекту.

Установлено, що саме ця доктрина стала підґрунтям переходу від фактичної рівності до конституційної моделі формальної рівності;

4. у результаті здійснення порівняльного аналізу міжнародно-правових стандартів і американської моделі позитивних дій з'ясовано різницю між двома концептуальними підходами: міжнародне право розглядає позитивні дії як тимчасові та пропорційні спеціальні заходи для усунення структурної дискримінації, тоді як у США вони набули форми інституціоналізованих преференцій, спрямованих на компенсацію конкретних історичних нерівностей. Обґрунтовано, що міжнародний підхід орієнтується на універсальний принцип недискримінації, тоді як американський ґрунтується на прагненні до компенсаційної справедливості;
5. на основі статистичних даних Американської асоціації адвокатів за 1980–2021 роки емпірично показано довготривалий вплив заборон позитивних дій у штатах Каліфорнія, Техас і Мічиган на рівень расового різноманіття у правничих школах. Виявлено, що після ухвалення відповідних актів частка афроамериканських і латиноамериканських студентів скоротилася майже вдвічі та не відновилася навіть після впровадження расово нейтральних альтернатив;

***удосконалено:***

6. понятійно-доктринальне розмежування формальної та фактичної рівності у контексті політики позитивних дій, визначено критерії їх допустимості: тимчасовість, пропорційність, індивідуалізований підхід і відсутність автоматичних квот. Показано, що саме порушення цих критеріїв стало підставою для поступового звуження сфери застосування позитивних дій у судовій практиці США;
7. основні правові підстави для відмови у застосуванні позитивних дій, зокрема концепцію зворотної дискримінації, ризик стереотипізації, невизначеність мети, негативний вплив на інші групи та безстроковість програм. Обґрунтовано, що саме ці аргументи стали основою для

судового переосмислення принципу рівності та запровадження стандарту расової нейтральності як універсального конституційного підходу;

*набули подальшого розвитку:*

8. положення про еволюцію судової практики Верховного Суду США, яка відобразила поступовий перехід від визнання легітимності позитивних дій до фактичної відмови від них. Доведено, що ця трансформація є свідченням зміни правової парадигми — від фактичної рівності до принципу формальної рівності та расової нейтральності як єдиного конституційного стандарту;
9. підхід до правового аналізу програм різноманіття, рівності та інклюзії (DEI) у бізнес-сфері на прикладі справи Fearless Fund (2023), що вперше продемонструвала перенесення судової заборони позитивних дій в приватний сектор. Обґрунтовано, що під впливом судової практики компанії змушені переходити від цільових расових чи гендерних преференцій до універсальних, формально нейтральних механізмів інклюзії, що позначає новий етап розвитку антидискримінаційного права США.

**Практичне значення отриманих результатів** полягає у можливості використання розроблених рекомендацій для вдосконалення правового регулювання антидискримінаційних політик в Україні та інших країнах, що прагнуть інтеграції до європейського правового простору. Пропозиції щодо впровадження расово нейтральних механізмів, таких як врахування соціально-економічного статусу чи територіальних диспропорцій, можуть бути застосовані у законотворчій діяльності для створення інклюзивних освітніх і професійних програм.

Практичне значення отриманих результатів класифікується за трьома основними категоріями:

– у науково-дослідницькій сфері – результати дослідження створюють теоретичну основу для подальшого вивчення механізмів забезпечення фактичної рівності в правових системах із різними історичними та соціальними

контекстами. Аналіз американського досвіду позитивних дій, зокрема через призму судових прецедентів та емпіричних даних, може бути використаний для розробки нових наукових концепцій щодо балансу між формальною та фактичною рівністю. Дослідження впливу заборон позитивних дій на расове різноманіття у правничих школах (зменшення представництва афроамериканців на 20% та латиноамериканців на 46%) надає емпіричну базу для подальших кількісних і якісних досліджень у сфері юридичної освіти та соціальної мобільності;

– у навчальній діяльності – результати дослідження можуть бути використані для розробки навчальних курсів із конституційного права, міжнародного права, прав людини та порівняльного правознавства. Зокрема, аналіз судової практики США, включаючи справи *Bakke*, *Grutter*, *Gratz* та *Students for Fair Admissions*, може бути інтегрований у програми підготовки юристів для ілюстрації еволюції антидискримінаційного права. Емпіричні дані та рекомендації щодо расово нейтральних підходів можуть бути використані у навчальних кейс-стаді для студентів правничих, соціологічних та політологічних спеціальностей, щоб розвинути навички аналізу правових і соціальних політик;

– у правотворчій діяльності – розроблені рекомендації щодо впровадження расово нейтральних механізмів, таких як врахування соціально-економічного статусу чи територіальних диспропорцій, можуть бути використані для вдосконалення антидискримінаційного законодавства в Україні, зокрема в контексті європейської інтеграції та гармонізації з нормами ЄС. Аналіз американського досвіду, зокрема впливу заборон позитивних дій на рівні штатів, може слугувати основою для розробки нормативних актів, спрямованих на забезпечення рівного доступу до освіти та праці для маргіналізованих груп, таких як внутрішньо переміщені особи чи представники етнічних меншин в Україні. Висновки щодо трансформації програм DEI у бізнес-сфері, як у справі *Fearless Fund*, можуть бути застосовані для створення правових рамок, що

регулюють приватні ініціативи з підтримки різноманіття, уникаючи при цьому порушення принципів формальної рівності;

– у практичній діяльності – використання результатів дослідження підтверджується довідкою про впровадження результатів дисертаційного дослідження у практичну діяльність адвоката, зокрема шляхом підготовки правових позицій і рекомендацій клієнтам у сфері запровадження програм рівності та інклюзії.

**Особистий внесок здобувача.** Дане дисертаційне дослідження виконане здобувачем особисто. Положення наукової новизни та наукові результати отримані на основі особистих досліджень автора. Теоретичні положення, висновки та рекомендації викладені автором обґрунтовані на основі опрацювання робіт інших науковців, на які відповідно зроблено посилання.

**Апробація результатів дослідження:**

Основні результати досліджень були викладені та схвалені на: Міжнародній науково-практичній конференції “Сучасні міжнародні відносини: актуальні проблеми теорії і практики”, Київ, Національний авіаційний університет, 2024; 3-й Міжнародній науково-практичній конференції “Innovative Approaches in Modern Science and Technology” Лісабон, Португалія, International Scientific Unity, 12–14 листопада 2025 р.; Міжнародній науково-практичній конференції “Розбудова інноваційних економіки, менеджменту та освіти в умовах нової соціальної реальності”, 20–22 травня 2025 р., Київ, МАУП,

**Публікації.** Основні результати дисертаційного дослідження опубліковано у 8 наукових працях: 4 статті у наукових фахових виданнях України, 1 в міжнародних виданнях, що індексуються в наукометричній базі scopus та 3 тез доповідей за матеріалами конференцій.

**Структура і обсяг дисертації** зумовлені метою та завданнями дисертаційного дослідження. Робота складається з анотації, змісту, вступу, трьох розділів, восьми підрозділів, висновків, списку використаних джерел (163 найменування), однієї таблиці та двох додатків. Загальний обсяг дисертації становить 203 сторінки, із них 182 сторінки основного тексту.

# **РОЗДІЛ 1. КОНЦЕПЦІЯ ПОЗИТИВНИХ ДІЙ У ПРАВОВІЙ СИСТЕМІ США: ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ, ДОКТРИНАЛЬНІ ОБҐРУНТУВАННЯ ТА ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВИХ ПІДХОДІВ**

## **1.1. Поняття, причини виникнення та історико-правові витоки концепції позитивних дій у правовій системі США**

Політика позитивних дій (affirmative action), зокрема, у сфері вищої освіти Сполучених Штатів Америки є однією з найскладніших і водночас найбільш тривалих за часом публічних політик у сучасному праві цієї держави. Її виникнення, еволюція та сучасні трансформації відображають боротьбу американського суспільства за вихід за межі формальної рівності, закріпленої у конституційних нормах, до реального забезпечення рівних можливостей у сфері освіти, працевлаштування та участі в суспільному житті. Йдеться саме про інструмент права практичного застосування. З моменту свого появи політика позитивних дій переслідувала мету сприяти реальному подоланню довготривалих наслідків системної дискримінації за ознаками раси, етнічного походження, статі, а інколи - соціально-економічного становища.

Позитивна дискримінація в США – це заходи щодо надання переваги або привілеї певним групам населення, таким які визначаються за принципом національності або статті, які в силу історичних причин знаходяться в нерівному положенні щодо інших груп – у доходах, освіті, займаних посадах і тощо. За своєю сутністю ця політика була розроблена як інструмент для виправлення глибоких історичних диспропорцій і створення більш різноманітних та інклюзивних студентських організацій. При цьому важливо підкреслити, що врахування расової приналежності абітурієнтів завжди мало допоміжний характер: це був лише один із багатьох факторів, поряд із тестовими балами, успішністю, рекомендаціями та участю у громадському житті.

Таке поєднання мало на меті забезпечити комплексну оцінку особистості, уникаючи перетворення раси чи етнічності на єдиний чи домінуючий критерій. Попри спроби поєднати правові засади рівності з потребами практичного подолання соціальної нерівності, застосування позитивних дій у США завжди викликало полярні оцінки. Наприклад, навіть у штатах із суттєвим відсотком афро-американського населення (як Північна Кароліна, де афроамериканці становлять приблизно 21% населення), фактичне представництво цих груп у престижних університетах залишалось значно нижчим (лише близько 8% у студентському складі)<sup>1</sup>. Ці дані ілюструють системну невідповідність між демографічним складом суспільства та його відображенням у вищій освіті. Критики концепції позитивних дій послідовно стверджували, що врахування раси є нічим іншим, як прихованою формою дискримінації, особливо по відношенню до американців азійського походження. SFA ініціювала низку резонансних юридичних процесів проти провідних університетів країни, серед яких Гарвардський університет і Університет Північної Кароліни, з метою визнання політики позитивних дій неконституційною. У риторичі опонентів часто використовувалося поняття «політики дальтоніка», що передбачає повну расову нейтральність вступної процедури<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Edwin Rios. What was affirmative action designed to do – and what has it achieved? The Guardian. 2023. 29 June. URL: <https://www.theguardian.com/law/2023/jun/22/what-is-affirmative-action-supreme-court-explainer> (accessed: 20.06.2025).

<sup>2</sup> Students for Fair Admissions. Each lawsuit is in a different stage of litigation. URL: <https://studentsforfairadmissions.org/our-cases/> (accessed: 17.06.2025).

Історичні витоки позитивних дій як державної політики сягають указу президента Джона Ф. Кеннеді 1961 року, який уперше юридично закріпив обов'язок федеральних підрядників «вживати позитивних заходів» для забезпечення рівних можливостей у працевлаштуванні<sup>3</sup>. Подальший розвиток цієї концепції пов'язаний з діяльністю адміністрації Ліндона Джонсона та ухваленням Закону про громадянські права 1964 року, що встановив загальнонаціональні заборони на дискримінацію у праці, освіті й громадських послугах.

У 1969 році Артур Флетчер, який увійшов в історію як «батько позитивних дій», ініціював переглянутий Філадельфійський план, який передбачав встановлення конкретних цільових показників найму представників афро-американської громади.

Юридично фундаментальним рубежем цієї доктрини стала справа *Regents of the University of California v. Bakke* (1978)<sup>4</sup>. Верховний суд США вперше визнав, що врахування раси як одного з багатьох чинників під час вступу абітурієнтів є конституційно допустимим за умови дотримання принципу пропорційності. Суд наголосив, що різноманіття студентського середовища є легітимною державною метою, а відповідні заходи можуть бути дозволеним інструментом її досягнення. Таким чином, справа *Regents of the University of California v. Bakke* є ключовим конституційним прецедентом, що вперше заклав юридичні межі допустимості політики позитивних дій у сфері вищої освіти США. З теоритичної точки зору важливо вказати, що Верховний суд визнав, що хоча расові квоти як такі є несумісними з принципом рівного захисту прав, передбаченим Чотирнадцятою поправкою Конституції США, проте врахування раси у сукупності з іншими критеріями є конституційно припустимим засобом реалізації державної політики, спрямованої на забезпечення різноманіття.

У рішенні закріплено два фундаментальні підходи:

---

<sup>3</sup> Kennedy, J. F. Executive Order 10925 of March 6, 1961: Establishing the President's Committee on Equal Employment Opportunity. URL: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-10925-establishing-the-presidents-committee-equal-employment-opportunity> (accessed: 09.01.2024).

<sup>4</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

- по-перше, Суд уперше прямо визнав освітнє різноманіття легітимною державною метою, яка може виправдовувати обмежене застосування расового фактору;
- по-друге, він встановив вимогу пропорційності і індивідуалізованої оцінки кожної кандидатури, що передбачає відсутність автоматичних преференцій або закріплених квот.

Отже, рішення по справі *Vakke* заклало юридичну модель «обмеженого врахування» раси, що стала юридичним компромісом між ідеєю расової нейтральності і прагненням виправити історичну нерівність. Це створило прецедент, який протягом десятиліть слугував відправною точкою для всіх наступних судових спорів у сфері позитивних дій і сформував баланс між конституційним принципом рівності та соціальною політикою інклюзії. Детальний аналіз цього судового рішення буде наведено нижче у цьому дослідженні.

Слід відзначити, що сам термін *affirmative action* уперше закріпився у нормативних актах ще під час президентства Франкліна Рузвельта, хоч і стосувався не расових, а труд<sup>5</sup>ових питань — захисту прав профспілкових активістів. У цій частині слід також звернутись до ризиків трудової дискримінації. Лише після Другої світової війни тема расової сегрегації набула ключового значення у праві й політиці. Імпульсом до трансформації стала справа *Brown v. Board of Education* (1954)<sup>6</sup>, якою скасували доктрину «роздільного, але рівного» навчання. У зв'язку з цим, слід зауважити, що у доктрині американського конституціоналізму важливе місце займає так звана доктрина інкорпорації (*incorporation doctrine*), що стала містком між федеральними стандартами прав людини і законодавством штатів. Ця доктрина пояснює, як положення Білля про права поширилися на штати завдяки

---

<sup>5</sup> Трудова дискримінація людей старшого віку: результати соціологічного дослідження. Колектив авторів. Харків : ХСІД, 2011. 64 с. URL: <https://khisr.kharkov.ua/wp-content/uploads/2012/04/Trudova-dyskryminatsiia-liudey-starshoho-viku-2011.pdf> (дата звернення: 04.05.2024).

<sup>6</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. United States Reports. 1954. Vol. 347. P. 483–495.

Чотирнадцятій поправці. Починаючи з рішення *Gitlow v. New York* (1925)<sup>7</sup> та низки інших прецедентів, Верховний суд послідовно визнавав фундаментальні права, закріплені у перших десяти поправках, такими, що підлягають захисту від порушень на рівні штатів. Важливо, що цей процес був селективним, що означало окремий розгляд кожного права.

Історичним прообразом позитивних дій вважають наказ генерала Шермана 1865 року про «40 акрів і мула», покликаний компенсувати звільненим рабам втрати і створити умови для рівноправного старту. Хоча ця юридична ініціатива не була реалізована повною мірою, вона заклала символічні засади державної політики компенсацій<sup>8</sup>.

Юридична суть концепції позитивних дій полягає у застосуванні спеціальних заходів, що мають преференційний характер, з чітко визначеною тимчасовою метою - вирівняти стартові умови для груп, які історично зазнавали системної дискримінації чи були позбавлені рівного доступу до можливостей. Така політика ґрунтується на переконанні, що формально задекларованої рівності прав недостатньо для досягнення реальної соціальної рівності у суспільстві, де протягом поколінь існували структурні бар'єри. Ключовим елементом є положення про тимчасовий характер позитивних дій: вони не мають бути постійним механізмом, а лише інструментом перехідного періоду до моменту, коли буде досягнуто визначений рівень інституційної різноманітності та рівності можливостей. У теорії й практиці права акцент робиться на тому, що такі заходи не спрямовані проти домінантних соціальних груп і не мають каральної мети<sup>9</sup>. Навпаки, їхня логіка є компенсаторною: усунути наслідки історичної несправедливості і закласти передумови для створення інклюзивного середовища.

---

<sup>7</sup> *Gitlow v. New York* : Supreme Court of the United States, decision of June 8, 1925. United States Reports. 1925. Vol. 268. P. 652–673..

<sup>8</sup> Cornell Law School. Incorporation doctrine. Legal Information Institute. URL: [https://www.law.cornell.edu/wex/incorporation\\_doctrine](https://www.law.cornell.edu/wex/incorporation_doctrine) (accessed: 06.04.2025).

<sup>9</sup> *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action* : Supreme Court of the United States, decision of April 22, 2014. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

Академічно фокус уваги зводиться до того, що позитивні дії становлять винятковий і тимчасовий механізм, який, у разі збереження його на постійній основі, ризикує перетворитися на нову форму дискримінації. Тому доктринально ця політика завжди пов'язувалася з концепцією *proportionality* - пропорційності й обмеженості за часом і змістом. У такій інтерпретації вона виступає не засобом привілеювання одних за рахунок інших, а інструментом забезпечення фактичної рівності шансів, що є фундаментальним елементом демократичної правової системи.

У порівняльній перспективі варто відзначити, що країни континентальної Європи здебільшого не виробили аналогічних правових механізмів<sup>10</sup>. Наприклад, у Франції, Німеччині та Нідерландах законодавство фокусується переважно на універсальних антидискримінаційних стандартах, а позитивні дії у вигляді квот за расовими ознаками фактично відсутні. Зокрема, у Німеччині інструмент *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* передбачає заборону дискримінації, однак не містить положень про расові переваги. Французька Конституційна традиційно захищає принцип формальної рівності, вважаючи расові квоти несумісними з публічним порядком<sup>11</sup>.

Таким чином, концепція позитивних дій у США розвивалася як відповідь на унікальні історичні умови, що сформували глибокі розриви між формальною рівністю прав і реальною соціальною нерівністю. Її розвиток є прикладом еволюції правової політики від декларативного рівня до створення складних механізмів активної підтримки недопредставлених груп.

Питання про вплив позитивних дій на доступ меншин до освіти й ресурсів, зокрема в США зберігає актуальність. Отже, історико-правова еволюція концепції позитивних дій у США демонструє складний шлях від спроб символічної компенсації наслідків рабства й сегрегації до інституційного закріплення спеціальних заходів, що передбачали преференції для груп, які

---

<sup>10</sup> Барінов А. Інтеграція гендерного підходу в політику Європейського Союзу: сучасні тенденції та практичні механізми реалізації. *Європейські перспективи*. 2025. № 3. С. 415–424.

<sup>11</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.

знавали історичної дискримінації. На цьому шляху ключову роль відігравали як акти законодавчої влади, так і численні рішення Верховного суду США, що поступово окреслювали допустимі межі і форми такої політики. Водночас практика останніх десятиліть свідчить про поступовий відхід від моделі обмеженого врахування раси та повернення до ідеї формальної рівності, що нині породжує гострі суспільні й наукові дискусії щодо доцільності та правомірності позитивних дій. Порівняльний контекст підтверджує унікальність американського досвіду, адже країни Європи здебільшого обрали інші підходи, що спираються на універсальні антидискримінаційні стандарти без запровадження расових квот. У сукупності ці фактори зумовлюють необхідність глибокого наукового переосмислення моделі позитивних дій у сучасних умовах і оцінки її впливу на забезпечення реальної рівності можливостей.

Формування політики позитивної дії в системі юридичної освіти Сполучених Штатів Америки є складною, багаторівневою та нерозривно пов'язаною з ширшими процесами боротьби за громадянські права, подолання сегрегації та ліквідації наслідків системної расової нерівності у післявоєнному американському суспільстві. Важливо відзначити, що саме юридичні факультети часто виконували роль своєрідного «лакмусового папірця», на якому відбивалися ідеологічні та правові суперечності епохи.

Статистичні дані підтверджують, що вже на початку XXI століття, зокрема у 2001–2002 академічному році, рівень зарахування афроамериканських студентів першого курсу юридичних шкіл досяг приблизно 3400 осіб, що становило близько 7,7% від загальної кількості першокурсників. Це значення наближалось до частки афроамериканців серед випускників бакалаврату (8,9%), який традиційно є основним кадровим резервом кандидатів на вступ до правничих шкіл<sup>12</sup>. Хоча, у загальнодержавному вимірі афроамериканці залишалися відчутно недопредставленими серед молоді,

---

<sup>12</sup> Sherman's Field Order No. 15. New Georgia Encyclopedia. URL: <https://www.georgiaencyclopedia.org/articles/history-archaeology/shermans-field-order-no-15/> (accessed: 06.08.2024).

юридичні школи демонстрували кращі результати залучення студентів з числа меншин порівняно з іншими програмами післядипломної освіти.

Однак така ситуація не завжди була типовою. Зокрема у 1964 році кількість афроамериканських першокурсників не перевищувала 300 осіб, причому близько третини навчалися у шести історично афроамериканських юридичних школах. Це становило лише 1,3% студентського контингенту юридичних факультетів США, що фактично відповідало 1,1% частки афроамериканських адвокатів у професійній спільноті. Аналогічна ситуація спостерігалася й серед інших меншин - мексиканських американців, пуерториканців та осіб азійського походження, кількість яких була ще меншою. Загалом у 1950–60-х роках представники меншин були недопредставлені у сфері післядипломної освіти у п'ять-шість разів порівняно з їхньою питомою вагою у населенні. Слід відзначити, що в силу наявності різних рас в США відповідні статистичні дані збираються та аналізуються вкрай скрупульозно<sup>13</sup>.

Особливо виражено проблема проявлялася на Півдні США, де система сегрегації або повністю виключала афроамериканців із державних юридичних шкіл, або створювала для них окремі малочисельні заклади. Хоча на Півночі дискримінація мала менш інституційний характер, вона все одно проявлялася у формі неформальних бар'єрів, що утримували рівень зарахування на низькому рівні.

На цьому тлі, в умовах активізації руху за громадянські права, юридична академічна спільнота США у 1960-х роках почала усвідомлювати системність проблеми. Після прийняття Закону про громадянські права 1964 року дедалі більше представників юридичної професії визнавали недостатню представленість афроамериканців як загрозу легітимності правничих інститутів та соціальної стабільності.

Основними причинами цього явища було:

- обмежений пул кваліфікованих кандидатів,

---

<sup>13</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.

- висока вартість навчання,
- відсутність достатніх стипендій і підтримки,
- стереотипи про традиціоналізм юридичної професії.

Відповіддю на ці виклики стало створення у 1967 році програми Council on Legal Education Opportunity (CLEO). Її мета полягала у проведенні спеціальних літніх підготовчих курсів для талановитих афроамериканських студентів, які не мали достатніх академічних показників для вступу. CLEO стала однією з перших інституційних форм втілення позитивної дії у правничій освіті США, започаткувавши масштабну програму інтеграції меншин.

Після 1968 року у контексті загальнонаціональної расової кризи дедалі більше юридичних шкіл почали запроваджувати або розширювати програми преференційного прийому. До середини 1970-х років кількість афроамериканських першокурсників поза історично афроамериканськими школами зросла більш як у п'ять разів. Проте цей процес мав суперечливі результати: спостерігалася висока частка відрахувань і низький рівень складання адвокатських іспитів, що спонукало до пошуку більш збалансованих моделей відбору. Водночас початкові результати були суперечливими: спостерігався високий рівень відрахування (до 30%) та низькі показники складання іспиту на адвокатську практику. Хоча LSAT та академічні індекси почали визнаватися як прогностично надійні, все ще застосовувалися окремі стандарти для «традиційних» і «представників меншин» кандидатів<sup>14</sup>.

До середини 1970-х років система правничої освіти США увійшла у фазу так званої «другої хвилі» позитивної дії, коли практика преференцій поступово перестала бути експериментальним заходом і набула характеру інституціоналізованої політики. Преференції для абітурієнтів із числа меншин почали застосовуватися послідовно й системно, а школи виробили власні

---

<sup>14</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. Stanford Law Review. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367-483.

процедури прийому, в яких расова приналежність визнавалася важливим, хоч і не єдиним критерієм<sup>15</sup>.

Підтвердженням цієї тенденції стала офіційна позиція Асоціації американських юридичних шкіл (AALS), викладена у вигляді *amicus curiae* у справі *Regents of the University of California v. Bakke* (1978). AALS прямо визнала, що юридичні школи використовують окремі треки оцінювання кандидатів, порівнюючи представників меншин насамперед між собою і застосовуючи до них нечислові індикатори потенціалу. Такий підхід виправдовувався аргументом про те, що без спеціальних механізмів диференційованого відбору відбулося б фактичне виключення представників меншин із правничої професії.

Ця позиція AALS відображала важливе юридичне та моральне й концептуальне зрушення: акцент з формальної рівності поступово зміщувався до субстантивної рівності можливостей, яка вимагала врахування історичних і соціальних обставин. Таким чином, юридична спільнота визнавала, що рівність результатів неможлива без тимчасових компенсаторних заходів.

Водночас AALS наголошувала, що такі програми мають тимчасовий характер і поступово повинні зникати, коли буде досягнуто пропорційного представництва різних груп. Конкретного терміну «відмови» від преференцій не встановлювали, проте правова доктрина виходила із презумпції, що позитивна дія - це винятковий інструмент, а не звичайна практика<sup>16</sup>. Тобто досить абстрактно було встановлено що такі заходи є тимчасовими проте навіть орієнтовних строків припинення їх дії не визначалися. Разом з цим прикладом відмови від таких обмежень стало рішення школи *Boalt Hall* відмовитися від преференцій для японських американців після того, як ця група пододала наслідки історичних бар'єрів.

---

<sup>15</sup> Барінов А. Еволюція політики позитивних дій у правовій системі США: історико-правовий аналіз. Наше право. 2025. № 3. С. 400–407.

<sup>16</sup> U.S. Census Bureau. Statistical abstract of the United States: 2003. 123rd ed. Washington, DC : U.S. Government Printing Office, 2003.

Історичний контекст був надзвичайно важливим. Попри формальну десегрегацію 1950–60-х років, рівень підготовки афроамериканських кандидатів у середньому залишався істотно нижчим, що фактично робило їх неконкурентоспроможними за звичайних правил. Тому університети запроваджували цілий спектр заходів - від гнучких умов зарахування до спеціальних квот, що мали на меті створити критичну масу студентів із числа меншин і таким чином зламати інерцію дискримінації. Однак подібна політика викликала зростаюче невдоволення серед білих абітурієнтів та представників інших груп, які розглядали її як приховану дискримінацію. Це в свою чергу призвело до низки судових спорів, кульмінацією яких стала справа *Regents of the University of California v. Bakke*. Вона стала першим випадком, коли Верховний суд США був змушений визначити конституційні межі допустимості позитивних дій у сфері вищої освіти.

У цій справі окреслилися дві ключові позиції:

- з одного боку - визнання обмеженого врахування расового чинника як легітимної мети державної політики, що спрямована на забезпечення різноманіття, підвищення якості освіти і соціальну інтеграцію.
- З іншого боку - застереження проти перетворення таких заходів на постійний привілей, який сам по собі підриває принцип рівності перед законом.

Таким чином, цей період слід розглядати як час формування складного юридичного компромісу, що заклав підвалини сучасної правової конструкції позитивної дії: тимчасового, пропорційного й індивідуалізованого інструменту, який має поступово втрачати актуальність із розширенням доступу меншин до юридичної професії.

Необхідно уточнити що у справі *Regents of the University of California v. Bakke* позивачем виступив білий кандидат-медик Алан Бакке, якого не було зараховано до медичного факультету Університету Каліфорнії в Девісі, хоча його академічні показники - результати тестування та середній бал - перевищували показники частини кандидатів, яких було прийнято за

спеціальною расовою квотою. Бакке оскаржив це, стверджуючи, що такий підхід порушує його права відповідно до Чотирнадцятої поправки Конституції США (принцип рівного захисту прав) та Розділу VI Закону про громадянські права 1964 року, який забороняє дискримінацію за расовими ознаками у програмах, що фінансуються державою<sup>17</sup>.

Верховний суд США ухвалив рішення більшістю голосів 5 проти 4, яким вперше у своїй історії прямо визнав, що загалом програми позитивної дії не суперечать ані Конституції, ані цивільному законодавству за умови дотримання принципу пропорційності та вузької спрямованості заходів. Центральним аргументом Суду стало те, що расове різноманіття у складі студентів є не лише питанням символічної компенсації історичної несправедливості, а самостійним суспільним благом, яке створює освітній ефект для всіх учасників навчального процесу. Суддя Льюїс Пауелл, автор вирішальної думки, наголосив, що присутність студентів із різним досвідом і культурним бекграундом стимулює вільну конкуренцію ідей та підвищує якість освітнього середовища.

Разом із тим, Суд вказав на принципову відмінність між гнучким урахуванням раси як одного з багатьох факторів індивідуальної оцінки і системою жорстких квот, коли за кожною расовою групою резервується фіксована кількість місць. Квотна система, що діяла у медичній школі Університету Каліфорнії, була визнана неконституційною, оскільки не відповідала вимозі «найменш обмежувального засобу» для досягнення легітимної мети. Інакше кажучи, Суд вважав, що держава має право прагнути до різноманіття, але повинна обирати ті засоби, які якомога менше обмежують права інших абітурієнтів.

Суддя Пауелл запропонував альтернативну модель, яка пізніше отримає назву «Bakke framework»: «Раса може враховуватися поряд з іншими критеріями - академічними досягненнями, життєвим досвідом, особистими якостями - і не бути ані визначальним, ані автоматичним чинником».

---

<sup>17</sup> American Bar Association. J.D. enrollment and J.D. degrees awarded (total/women/minorities). American Bar Association. URL: <https://www.americanbar.org/> (accessed: 10.01.2025).

Це створило передумови для моделі індивідуалізованого підходу, яка домінувала у правовій практиці США наступні десятиліття.

У підсумку Верховний суд ухвалив скасувати квотну систему і зобов'язав університет зарахувати позивача. Таким чином, рішення стало юридичним компромісом: воно одночасно підтвердило конституційність обмеженої позитивної дії й окреслило її допустимі межі: тимчасовість, індивідуалізованість і вузька спрямованість заходів.

Попри відкритість і послідовність AALS у поданні аргументації на підтримку расових преференцій, рішення у справі *Vakke* стало не лише поворотним, а й суперечливим з точки зору доктрини права. Верховний суд поділився у своїх позиціях рівно навпіл: четверо суддів (Бреннан, Уайт, Маршалл і Блекман) виступили за те, що расові преференції є допустимими як засіб подолання наслідків системної дискримінації. Вони вважали, що держава має особливий моральний і юридичний обов'язок забезпечувати доступ меншин до ресурсів, які історично їм були недоступні. Четверо інших суддів (Стівенс, Стюарт, Бюргер і Ренквіст) дотримувалися протилежної позиції, розглядаючи будь-яке врахування раси як пряме порушення Розділу VI Закону про громадянські права. Фактично, вирішальне слово залишилося за суддею Пауеллом, чия думка сформувала гібридну модель: заборона квот і водночас легітимація «плюсу» за расовою ознакою у контексті багатофакторного аналізу кандидатів.

Суддя Пауелл підкреслив, що університети можуть розглядати расу як додатковий елемент, який надає «плюс» (додаткові залікові бали) кандидату, проте це не повинно ізолювати його від загальної конкуренції. Тобто йшлося про модель, у якій кожен абітурієнт оцінюється за сукупністю якісних показників:

- академічні досягнення;
- соціальна активність;
- лідерський потенціал;
- життєвий досвід;

- расове або етнічне походження.

Однак у практичному плані ця модель залишала широкі зони невизначеності, оскільки не встановлювала чітких критеріїв, що відділяють законне врахування раси від недопустимої дискримінації.

Після рішення *Bakke AALS* була змушена перейти до розробки більш завуальованих механізмів реалізації концепції різноманіття. Різниця між забороненою квотою і дозволеним «плюсом» полягала насамперед у способі документування та обґрунтування. Це дало можливість багатьом школам зберегти окремі треки оцінки кандидатів де-факто, проте юридично оформити їх як гнучке врахування расового чинника.

Правники Сьюзан Велч і Джон Груль у своїх дослідженнях ілюструють, що рішення *Bakke* майже не знизило рівень зарахування представників меншин. Навпаки, у 1981 році кількість афроамериканських першокурсників сягнула історичного максимуму. Цей парадокс пояснюється тим, що університети швидко адаптувалися до нових юридичних вимог, застосувавши індивідуалізовані моделі оцінювання, у яких расовий чинник залишався вагомим. Більше того, рішення призвело до розширення переліку етнічних груп, що отримували переваги при вступі: крім афроамериканців, це були іспаномовні, корінні народи Америки та окремі групи азійського походження.

Загалом, справа *Regents of the University of California v. Bakke* заклала юридичний фундамент сучасної концепції позитивної дії з такими характеристиками:

- тимчасовість;
- обмеженість;
- індивідуалізованість;
- спрямованість не на квоти, а на всебічне забезпечення різноманіття як легітимної мети освітньої політики.

Відповіддю на юридичні висновки, що були сформульовані у рішенні *Regents of the University of California v. Bakke*, у правничій школі UCLA стало створення та запровадження так званого «Звіту Карста» (*Karst Report*),

який слід вважати програмним документом другої хвилі інституціоналізації позитивних дій. Цей звіт запропонував систематизовану модель, що поділила процес прийому кандидатів на дві чітко визначені частини:

- 60% місць передбачалося розподіляти винятково за академічними критеріями, такими як оцінки, результати тестів LSAT, рекомендації та інші стандартизовані показники.
- 40% місць призначалися для кандидатів, що оцінювалися за «факторами різноманіття», серед яких раса залишалася визначальним критерієм, незважаючи на формальне декларування багатofакторності<sup>18</sup>.

Ця модель мала, з одного боку, відповідати вимогам критеріїв справи Вакке щодо відсутності жорстких квот, а з іншого - створювати інституційний механізм, який би фактично забезпечував переваги абітурієнтам із числа меншин. Попри риторику про багатовимірний аналіз кандидатур (включаючи життєвий досвід, мотивацію, соціальну активність), у практичній площині саме расовий чинник залишався ключовим елементом, що впливав на підсумкове рішення приблизно у 80–90% випадків за програмою різноманіття<sup>19</sup>.

Подібні підходи, що мали характер завуальованих квот, були поширені й в інших провідних школах: юридичній школі Boalt Hall (Берклі), Стенфорді, Мічиганському університеті, Техаському та Вісконсінському університетах. Ці університети фактично створювали власні алгоритми прийому, намагаючись балансувати між вимогою «індивідуалізованого підходу» і політичною та суспільною необхідністю забезпечення расового різноманіття<sup>20</sup>.

Загалом період після справи Вакке позначився зупинкою обговорення у публічному просторі: активні дискусії про масштаб преференцій стихли, а офіційна позиція багатьох юридичних шкіл у 1980–1990-х роках полягала в

---

<sup>18</sup> Groves H. E. Report on the minority groups project. Association of American Law Schools Proceedings. 1965. Part One. P. 171–172.

<sup>19</sup> Boyer B. F. et al. Report of the Committee on Racial Discrimination: Problem of Negro applicants. Association of American Law Schools Proceedings. 1964. Part One. P. 159–161.

<sup>20</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. Stanford Law Review. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.

тому, що преференції є або мінімальними, або взагалі відсутніми<sup>21</sup>. Така риторика дозволяла уникати гострих політичних дебатів і зменшувати ризики судових позовів.

Однак емпіричні дані свідчать про інше. Статистика, яку публікували Національна асоціація юридичних шкіл і незалежні дослідницькі центри, показувала послідовне зростання кількості афроамериканських студентів. Так, у 1985–1994 роках кількість першокурсників афроамериканського походження подвоїлася - з 1800 до 3600 осіб, що становило приблизно 8,1% від загального набору. Таке істотне збільшення мало кілька пояснень:

- загальне розширення обсягу прийому у зв'язку зі зростанням попиту на юридичну освіту
- розширення кола заявників, що раніше не розглядали можливість вступу
- поступове звуження розриву між академічними показниками білих і афроамериканських кандидатів
- активне прийняття моделей позитивних дій у школах, які раніше їх уникають.

Водночас важливо зазначити, що цей період характеризувався значним розмаїттям етнічних груп, які отримували преференції. Частка афроамериканців серед усіх небілих студентів неухильно знижувалася:

- 67% у 1971 році<sup>22</sup>,
- 42% у 1991 році,
- 36% у 2001 році.

Цей тренд зумовлювався кількома факторами:

- інтенсифікацією імміграції,
- швидким зростанням кількості латиноамериканських студентів,
- переорієнтацією окремих груп азіатських студентів (насамперед китайців, японців, індійців) на інші напрями гуманітарних наук.

<sup>21</sup> Carl E. L. The shortage of Negro lawyers: Pluralistic legal education and legal services for the poor. *Journal of Legal Education*. 1967–1968. Vol. 20, No. 1. P. 21–32.

<sup>22</sup> American Bar Association. Minority enrollment 1971–2002. American Bar Association. URL: <http://www.abanet.org/legaled/statistics/minstats.html> (accessed: 10.01.2025).

Політика преференцій для азіатів у цей період не була однорідною: представники окремих груп (в'єтнамці, філіппінці, лаосці) все ще розглядалися як такі, що потребують підтримки, тоді як для інших (наприклад, китайців або японців) ці переваги поступово скасовувалися через поліпшення соціально-економічних індикаторів і високий рівень академічних результатів.

Важливо наголосити, що попри формальне затишшя, юридичні школи залишалися вразливими до судових оскаржень. Це пояснювалося тим, що процедури прийому в юридичні факультети були високостандартизованими і підлягали ретельній перевірці. На відміну від більш «гнучких» бакалаврських програм, юридичні школи мали значно вищу обов'язковість документального обґрунтування своїх рішень.

У 1990-х роках хвиля судових позовів знову актуалізувала дискусію про легітимність позитивних дій. Зокрема, справа *Hopwood v. Texas*<sup>23</sup> стала знаковим етапом еволюції цієї правової доктрини. Апеляційний суд П'ятого округу у цій справі визнав, що прагнення університету до расового різноманіття саме по собі не є переконливим державним інтересом, який виправдовує використання преференцій. Це рішення фактично скасувало традиційну аргументацію про різноманіття як самодостатню підставу для врахування раси.

Хоча Верховний суд США не розглядав справу *Hopwood* по суті і не скасував підхід до можливості застосування позитивних дій загалом, рішення Апеляційного суду було сприйнято як сигнал про реальну загрозу скасування практики позитивної дії у тому вигляді, у якому вона існувала після справи *Wakke*. Це створило атмосферу правової невизначеності й спричинило низку запобіжних змін у внутрішніх процедурах університетів, спрямованих на зменшення ризиків судових претензій.

Загалом, період після справи *Wakke* і до середини 1990-х років можна характеризувати як період прихованої, але масштабної інституціоналізації позитивних дій, коли реальний вплив расового чинника на відбір кандидатів

---

<sup>23</sup> *Hopwood v. Texas* : United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, decision of March 18, 1996. Federal Reporter. 1996. Vol. 78 F.3d. P. 932–962.

поєднувався з формальною риторикою про обмеженість і індивідуальність. Цей контраст між декларованими принципами і фактичними практиками заклав підґрунтя для подальших юридичних спорів, що досягли свого апогею у справах Grutter і Gratz на початку 2000-х років.

Іншою важливою справою, що фактично підтвердила чинність прецеденту *Regents of the University of California v. Bakke*, стала справа *Smith v. University of Washington Law School*<sup>24</sup>. У цьому процесі було повторно підтверджено, що обмежене врахування расового чинника з метою забезпечення різноманітності студентського середовища не суперечить конституційним стандартам США, якщо застосовується пропорційно та у поєднанні з іншими факторами індивідуальної оцінки кандидатів. Однак символічне значення справи *Smith* виявилось значно більшим, ніж практичні наслідки, оскільки невдовзі після цього в штаті Вашингтон було ухвалено законодавчу ініціативу (I-200), якою прямо заборонялося застосування расових або етнічних преференцій у будь-яких державних програмах, включаючи систему вищої освіти.

Таким чином, попри формальне визнання легітимності концепції позитивної дії, її фактичне застосування на рівні штату було скасовано політичним рішенням. Ця ситуація демонструє діалектику між судовою практикою і демократичними механізмами ухвалення рішень, коли суспільна думка і політичні кампанії можуть суттєво обмежувати дію навіть усталених правових прецедентів.

Водночас загальна практика юридичних шкіл у 1980-1990-х роках залишалася суперечливою: попри публічні декларації про дотримання «суворого контролю» і уникнення квот, на практиці расові фактори часто були одним із вирішальних елементів вступної політики. Це створювало хибне уявлення про формальну рівність при наявності прихованих механізмів

---

<sup>24</sup> *Smith v. University of Washington Law School* : United States District Court for the Western District of Washington, decision of June 18, 1998. Federal Supplement. 1998. Vol. 2 F. Supp. 2d. P. 1324–1346.

преференцій, що згодом стало предметом численних судових позовів та критики з боку консервативних організацій.

Подальший розвиток доктрини припустимості позитивних дій знайшов своє відображення у двох знакових справах - *Grutter v. Bollinger* і *Gratz v. Bollinger*, що були розглянуті Верховним судом США у 2003 році. Саме вони стали новим етапом перегляду меж правомірності расових преференцій та визначення стандартів їх застосування.

У справі *Grutter v. Bollinger* позивачкою виступила біла абітурієнтка, яку не було зараховано до юридичної школи Університету Мічигану - одного з найавторитетніших осередків правничої освіти США. Університет використовував складну багатокomпонентну систему оцінювання кандидатів, яка включала академічні досягнення, особистісні характеристики, лідерський потенціал та фактор расового й етнічного різноманіття. На практиці такий підхід означав системну перевагу для афроамериканців, іспаномовних і корінних народів, що створювало ризик сприйняття цієї практики як фактичної квоти<sup>25</sup>.

Верховний суд США вважав за необхідне піддати таку систему найсуворішому рівню судового контролю - "strict scrutiny", який вимагає, щоб:

- держава переслідувала переконливу легітимну мету
- засоби її досягнення були вузько спрямованими (*narrowly tailored*), тобто не обмежували права більше, ніж необхідно.

У результаті більшість суддів (5 проти 4) дійшла висновку, що освітній ефект расового і культурного різноманіття дійсно становить переконливий державний інтерес, який виправдовує обмежене врахування расового чинника. Суддя Сандра Дей О'Коннор, яка написала основну думку Суду, зауважила, що такий підхід є тимчасовим і має бути обмежений у часі. У своєму висновку вона прямо зазначила, що, на її переконання, приблизно через 25 років (тобто до 2028 року) такі заходи втратять свою актуальність через досягнення належного

---

<sup>25</sup> Wilkins D. B. From "Separate Is Inherently Unequal" to "Diversity Is Good for Business": The rise of market-based diversity arguments and the fate of the Black corporate bar. *Harvard Law Review*. 2004. Vol. 117. P. 1548–1551.

рівня інтеграції меншин. Ця заява вперше у практиці Верховного суду запропонувала орієнтовний часовий горизонт для відмови від позитивних дій, що стало концептуальним проривом і предметом тривалої дискусії в юридичних колах.

Паралельно, у справі *Gratz v. Bollinger*, яка стосувалася бакалаврської програми того ж університету, Верховний суд дійшов протилежного висновку. У цій справі абітурієнтам з числа меншин автоматично нараховувалися 20 балів зі 100 можливих, що фактично означало значну перевагу, незалежно від інших якостей кандидатів. Більшістю голосів (6 проти 3) суд визнав таку практику неконституційною, оскільки вона не відповідала критерію «вузької спрямованості», була надто механічною і не дозволяла індивідуалізованого розгляду кожної кандидатури.

Дві судові справи - *Grutter* та *Gratz* - закріпили проміжний підхід у правовій доктрині:

- індивідуалізоване, гнучке врахування фактору раси у рамках загального профілю кандидата є допустимим;
- автоматичні бонуси чи жорсткі квоти, що безпосередньо пов'язані лише з расовою ознакою, є неконституційними.

Цей підхід мав далекосяжні наслідки для всієї системи правничої освіти у США, оскільки змусив університети переглядати свої процедури прийому та розробляти нові, дедалі складніші моделі врахування різноманіття, які часто набували форми завуальованих систем преференцій.

Слід наголосити, що суддя О'Коннор, фактично визначивши часові рамки допустимості позитивних дій, взяла на себе інтелектуальну й моральну відповідальність за окреслення меж історичної компенсації, що викликало широку хвилю дискусій у юридичних наукових і публічних середовищах. Це рішення стало не лише юриспруденційним, а й суспільним маркером -

сигналом, що політика преференцій перебуває у стані переходу від нормативно виправданого винятку до поступового згорання<sup>26</sup>.

Попри формальну різницю між допустимими й недопустимими практиками, залишалось ключове юридичне запитання: наскільки справжнім був індивідуалізований підхід і чи не був він фактичним продовженням квотної політики у завуальованому вигляді. З нашого погляду подібні моделі часто створювали ілюзію нейтральності, тоді як на практиці критерій раси залишався основною підставою позитивного оцінювання.

Таблиця 1

## Еволюція судової практики щодо позитивних дій в США

Судова справа	Рік	Ключове положення
Brown v. Board of Education	1954	Скасовано доктрину «роздільного, але рівного» навчання; започатковано десегрегацію у сфері освіти.
Regents of the University of California v. Bakke	1978	Визнано расове різноманіття легітимною державною метою; дозволено обмежене врахування раси без квот.
Hopwood v. Texas	1996	Визнано, що расове різноманіття саме по собі не є переконливим державним інтересом

<sup>26</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. Stanford Law Review. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.

		(суперечливий прецедент).
Smith v. University of Washington Law School	2000	Підтверджено конституційність обмеженого врахування раси, якщо воно пропорційне і поєднане з іншими критеріями.
Grutter v. Bollinger	2003	Допустиме гнучке індивідуалізоване врахування раси як одного з багатьох чинників для досягнення різноманіття.
Gratz v. Bollinger	2003	Заборонено автоматичні бонуси за расовою ознакою; система нарахування балів визнана неконституційною.
Students for Fair Admissions v. Harvard	2023	Скасовано практику позитивних дій як таку, що порушує принцип рівного захисту прав (історичне обмеження affirmative action).

Отже, концепція позитивних дій еволюціонувала від символічного вибачення за історичну несправедливість до формалізованого інструменту

регулювання доступу до вищої освіти, що поєднує морально-компенсаторні та прагматичні підходи. Як продемонстровано у Таблиці 1 «Еволюція судової практики щодо позитивних дій в США, застосування цього механізму залежало від здатності університетів довести, що застосування таких заходів не є механічною системою квот, а справді відповідає критеріям «суворого контролю» і служить легітимній меті демократичного суспільства.

Водночас дискусія про конституційність спеціальних заходів підтримки неминуче торкається питання легітимних очікувань їхніх бенефіціарів щодо збереження таких механізмів. Це обґрунтовує звернення до доктрини легітимних очікувань як додаткового теоретичного підґрунтя.

## **1.2. Принцип легітимних очікувань як доктринальний базис концепції позитивних дій**

Включення принципу легітимних очікувань до аналізу концепції позитивних дій у США зумовлене необхідністю всебічно дослідити теоретичні засади та юридичне обґрунтування механізмів, що десятиліттями забезпечували спеціальні умови доступу меншин до освіти й ресурсів. Зокрема, аргументи на користь легітимності позитивних дій часто спираються не лише на морально-компенсаторний підхід, а й на правову концепцію очікуваності й передбачуваності державної політики. Це означає, що тривала практика застосування преференційних заходів, закріплена у численних нормативних актах, публічних програмах і судових рішеннях, могла формувати у бенефіціарів обґрунтовані сподівання щодо збереження таких режимів у майбутньому.

Відтак, у сучасному науковому дискурсі виникає питання: чи не є припинення або радикальне обмеження позитивних дій порушенням легітимних очікувань тих соціальних груп, для яких вони стали звичним елементом доступу до вищої освіти? Для відповіді на це питання необхідно

проаналізувати доктринальні витоки, розвиток і межі застосування принципу легітимних очікувань як у національних, так і в міжнародно-правових підходах.

Принцип легітимних очікувань у правовій системі США відіграв важливу роль як концептуальна передумова для формування підходів концепції позитивних дій. Ідея, що держава або органи публічної влади повинні діяти у спосіб, який відповідає обґрунтованим сподіванням громадян, створила підґрунтя для розвитку механізмів компенсації історичної нерівності та упередженого ставлення. Саме переконання, що певні групи населення можуть очікувати справедливого та рівного ставлення з урахуванням їхнього минулого становища, стало одним із засадничих елементів виправдання спеціальних заходів підтримки та преференцій, що становлять сутність концепції позитивних дій.

У контексті цього розвитку актуалізується й теоретико-правова категорія легітимних очікувань, яка дедалі частіше ставала предметом дебатів: чи мають представники меншин правові підстави розраховувати на збереження сприятливих умов при вступі, якщо практика позитивних дій існувала десятиліттями. Це питання безпосередньо торкалося принципу правової визначеності й передбачуваності дій держави, що традиційно вважаються фундаментальними елементами демократичної правової системи.

У сучасній системі міжнародного публічного права принцип легітимних очікувань (*legitimate expectations*) розглядається як один із проявів більш загального принципу добросовісності (*bona fide*), що пронизує всі сфери взаємодії держав, міжнародних організацій та інших суб'єктів міжнародного права. Його суть полягає в тому, що коли одна держава або міжнародний суб'єкт своїми діями, обіцянками чи практикою формує у іншої сторони обґрунтовані сподівання щодо певної поведінки або стабільності правового режиму, вона бере на себе зобов'язання не порушувати ці сподівання без належних підстав<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Schwarzenberger G. The fundamental principles of international law. Recueil des Cours. 1955. Vol. 87. P. 191–385.

З доктринальної точки зору легітимні очікування мають функцію підтримання передбачуваності та стабільності міжнародних відносин. Теоретик міжнародного права ХХ століття Герш Лаутерпахт стверджував що у міждержавній взаємодії надзвичайно важливо, щоб держави не створювали «плутанини, яка підриває довіру до їхніх обіцянок», адже право як явище тримається на передбачуваності та узгодженості дій. Це положення і сьогодні залишається актуальним, оскільки механізми захисту очікувань виступають запобіжником зловживань та односторонніх змін правового статусу, що здатні завдати шкоди правам інших суб'єктів.

Історично концепція легітимних очікувань мала стрімкий розвиток. Хоча термін *legitimate expectations* у його сучасному значенні здобув популярність лише у ХХ столітті, доктринальні витоки цього принципу сягають ще ХІХ сторіччя<sup>28</sup>. У справі *Portendick* (1843)<sup>29</sup> Велика Британія оскаржувала одностороннє закриття французьким урядом порту, який раніше був відкритим для британських кораблів. Франція фактично створила ситуацію, коли британські мореплавці, спираючись на усталену практику відкритого доступу, діяли у переконанні щодо сталості цього режиму. Трибунал визнав, що Франція порушила легітимні очікування британської сторони, а шкода виникла через непослідовність у діях французької адміністрації. Тобто ідея легітимних очікувань зародилась у міжнародних публічних відносинах.

Подальший розвиток концепції відбувався у сфері морського права та міжнародних угод. Так, у 1914 році Генеральний звіт щодо Декларації про закони морської війни вперше уніфіковано сформулював ідею, що держави мають право очікувати послідовності й відсутності односторонніх застережень при укладенні міжнародних угод, які сприймаються як «єдиний комплексний акт». Особливо динамічного розвитку принцип набув у ХХ столітті у сфері міжнародного інвестиційного права. Так, у справі *Aboilard* (Франція проти

---

<sup>28</sup> Bjorge E. *Legitimate expectations*. Max Planck Encyclopedia of International Law. Oxford : Oxford University Press, 2023. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e2236> (accessed: 20.05.2025).

<sup>29</sup> *Portendick case* (United Kingdom v. France) : award of 30 November 1843. Reports of International Arbitral Awards. 1905. Vol. I. P. 512.

Гаїті)<sup>30</sup> арбітраж дійшов висновку, що одностороннє розірвання концесії французького інвестора без поважної причини суперечить принципу добросовісності та створює підстави для відповідальності держави за порушення легітимних очікувань інвестора. Подібну логіку підтримав і трибунал у справі *Техасо v. Лібя*<sup>31</sup>, який визнав, що державні гарантії стабільності правового режиму інвестицій породжують захищене законом очікування інвестора, що ці гарантії не будуть скасовані довільно.

Таким чином, до кінця ХХ століття принцип легітимних очікувань став невід'ємною частиною аргументації у міжнародних інвестиційних спорах, особливо в контексті стандарту «справедливого і рівного ставлення» (*fair and equitable treatment*), що одержав широке закріплення у багатьох міжнародних інвестиційних угодах та двосторонніх договорах про захист інвестицій. Хоча ці прецеденти стосуються міжнародного права, вони демонструють універсальність ідеї захисту очікувань, яка у США проявляється в іншій формі.

Механізми реалізації принципу легітимних очікувань також зазнавав трансформації з часом. Міжнародне право виробило низку правових доктрин, що виступають інструментами реалізації принципу легітимних очікувань:

- Естопель (*estoppel*) - доктрина, згідно з якою держава не може заперечувати факти або правову позицію, на яких інші сторони обґрунтовано поклалися. Наприклад, у справі *North Sea Continental Shelf* (1969)<sup>32</sup> Міжнародний суд ООН зазначив, що повторювана і послідовна практика держави може створювати юридично захищене очікування.
- Мовчазна згода (*acquiescence*) – ситуація, коли держава своєю бездіяльністю чи відсутністю протесту визнає певну поведінку іншої

<sup>30</sup> *Aboilard case (France on behalf of Aboilard v. Government of Haiti)* : award of the Franco-Haitian Arbitral Commission of 26 July 1905. Reports of International Arbitral Awards. 1961. Vol. XI. P. 71 ; *Revue de droit international privé*. 1905. Vol. I. P. 893.

<sup>31</sup> *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libya* : award on the merits rendered by sole arbitrator of 19 January 1977. International Legal Materials. 1978. Vol. 17. P. 1–37 ; *International Law Reports*. 1979. Vol. 53. P. 389–422 ; *Yearbook Commercial Arbitration*. 1979. Vol. IV. P. 177.

<sup>32</sup> *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)* : judgment of 20 February 1969. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/52/judgments> (accessed: 04.04.2025).

сторони. Така згода може формувати легітимні очікування щодо подальших відносин.

- Зобов'язувальний характер односторонніх заяв – доктрина, за якою держава, що робить публічні або офіційні заяви, створює правовий режим, на який інші суб'єкти можуть покладатися. Зокрема, у рішенні в справі Nuclear Tests<sup>33</sup> (Австралія і Нова Зеландія проти Франції, 1974) Міжнародний суд ООН визнав, що французькі заяви про припинення ядерних випробувань породили легітимні очікування інших держав.

У сучасній практиці особливо важливими є рішення арбитражних інституцій, що підтвердили значення цього принципу. Наприклад, у справі Chagos Marine Protected Area Arbitration<sup>34</sup> арбітраж прямо зазначив, що легітимні очікування держави, яка покладається на публічні заяви іншої, підлягають захисту як частина принципу добросовісності. У справі South China Sea Arbitration<sup>35</sup> було підкреслено, що «держава, яка сама створила передумови для очікувань іншої сторони, не може потім посилатися на відсутність договору чи формального акта, щоб уникнути відповідальності». Ці позиції мають неабияке значення для розуміння правової природи легітимних очікувань: вони розглядаються не як автономне джерело прав і обов'язків, а як елемент комплексного механізму реалізації принципів справедливості, передбачуваності та добросовісності у міжнародному праві.

Таким чином, концепція легітимних очікувань у міжнародному праві пройшла тривалий шлях еволюції - від поодиноких прецедентів XIX століття до системного інструменту захисту прав інвесторів та учасників міжнародних угод. Її доктринальне підґрунтя ґрунтується на поєднанні принципів добросовісності, передбачуваності та правової стабільності. Сьогодні цей принцип відіграє ключову роль як у міждержавних відносинах, так і в практиці

---

<sup>33</sup> Nuclear Tests case (Australia v. France) : judgment of 20 December 1974. I.C.J. Reports. 1974. P. 253–272. International Court of Justice. URL: <https://law.justia.com/cases/foreign/international/1974-icj-rep-253.html> (accessed: 02.03.2025).

<sup>34</sup> Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom) : award of 18 March 2015. Permanent Court of Arbitration. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/11/> (accessed: 20.02.2024).

<sup>35</sup> The South China Sea Arbitration (Republic of the Philippines v. People's Republic of China) : award of 12 July 2016. Permanent Court of Arbitration. URL: <https://pca-cpa.org/cn/cases/7/> (accessed: 04.06.2025).

міжнародних арбітражів та національних судів, закріплюючи очікування як об'єкт правового захисту<sup>36</sup>.

Окремо слід зупинитись на особливостях та практичному застосуванні доктрини естопелю та суміжних інструментів у міжнародному праві в рамках принципу легітимних очікувань. Однією з ключових складових принципу легітимних очікувань є доктрина естопелю, яка у міжнародному праві набуває двох концептуальних форм:

- у широкому розумінні – як принцип послідовності (non-contradiction), що забороняє державам змінювати правову позицію на шкоду іншим,
- у вузькому розумінні – як специфічний процесуальний інструмент, що прямо блокує можливість держави заперечувати раніше прийняту нею позицію або обіцянку.

Яскравим прикладом практичного застосування естопелю стала справа *Arbitral Award Made by the King of Spain* (1960), де Міжнародний суд ООН розглядав ситуацію, коли Нікарагуа намагалася оскаржити рішення арбітражу, яке вона до того визнавала як остаточне. Суд чітко зазначив, що така спроба суперечить принципу добросовісності й непослідовності поведінки. По суті, це стало прецедентом, що підкреслив естопель як форму «захисту правомірних сподівань» іншої сторони у міжнародному публічному праві, яка розраховує на сталість позиції свого партнера.

У сучасній доктрині естопелю слід виділити чотири базові елементи, без яких його застосування є неможливим:

- чіткі та узгоджені заяви або дії держави, що створюють визначене правове сподівання для іншої сторони.
- надання таких заяв компетентним органом або особою, уповноваженою діяти від імені держави.
- факт того, що інша держава або суб'єкт права діяли, спираючись на ці заяви, а відтак понесли збитки або змінили своє становище.

<sup>36</sup> Bjorge E. Legitimate expectations. Max Planck Encyclopedia of International Law. Oxford : Oxford University Press, 2023. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e2236> (accessed: 20.05.2025).

- обґрунтованість споживання, тобто раціональність і правомірність очікувань, сформованих під впливом дій чи заяв іншої сторони.

З теоретичної точки зору слід відзначити що естопель не є «мечем», призначеним для ініціювання претензій. Це передусім «щит», що захищає суб'єкта від протиправної зміни домовленостей або відмови держави виконувати свої обіцянки. У цьому сенсі естопель – прояв вимоги справедливості, передбачуваності та послідовності.

Поряд із естопелем особливої уваги заслуговує доктрина мовчазної згоди (acquiescence), яка у міжнародному праві розглядається як форма «мовчазного визнання», що випливає з пасивної поведінки держави. У справі *Gulf of Maine (1984)*<sup>37</sup> Міжнародний суд ООН наголосив, що відсутність заперечень протягом тривалого часу може створювати обґрунтовані очікування іншої сторони про мовчазну згоду з певним станом речей. Так само у справі *Sovereignty over Pedra Branca (Малайзія проти Сінгапуру)*<sup>38</sup> мовчазна згода стала вирішальним елементом обґрунтування суверенітету. Суд вказав, що відсутність протесту з боку Малайзії протягом десятиліть підтвердила правомірність позиції Сінгапуру. Це ще раз ілюструє, що міжнародне право визнає не лише активні дії держави, а й її тривале мовчання як джерело юридичних наслідків.

Ще один важливий механізм – це обов'язковість односторонніх заяв держав. У справі *Nuclear Tests*<sup>39</sup> (Австралія проти Франції, 1974) Міжнародний суд ООН встановив ключовий принцип: публічні односторонні заяви можуть створювати юридичні обов'язки, навіть якщо вони не є результатом двосторонньої угоди або конвенції. Суд наголосив, що юридичну силу такій заяві надає «довіра й упевненість», які інша держава має право формувати на

---

<sup>37</sup> *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)* : judgment of 12 October 1984. I.C.J. Reports. 1984. P. 246–353. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/67/judgments> (accessed: 04.06.2025).

<sup>38</sup> *Application for revision of the Judgment of 23 May 2008 in the case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia v. Singapore)* : application filed 2017. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/130> (accessed: 20.06.2025).

<sup>39</sup> *Nuclear Tests case (Australia v. France)* : judgment of 20 December 1974. I.C.J. Reports. 1974. P. 253–272. International Court of Justice. URL: <https://law.justia.com/cases/foreign/international/1974-icj-rep-253.html> (accessed: 02.03.2025).

підставі цих заяв. Це положення отримало розвиток і в подальших рішеннях, зокрема у справі Frontier Dispute (Буркіна-Фасо проти Малі)<sup>40</sup>.

У сфері міжнародного інвестиційного права концепція легітимних очікувань особлива актуальна у контексті стандарту «справедливого і рівного ставлення» (fair and equitable treatment). Арбітражі з інвестиційних спорів неодноразово підкреслювали, що порушення обґрунтованих очікувань інвестора може бути самостійною підставою для притягнення держави до відповідальності. Наприклад, у справі Tecmed v. Mexico<sup>41</sup> арбітраж зазначив, що державні органи повинні діяти послідовно і поважати очікування, створені своїми попередніми заявами чи практикою. Аналогічну позицію зайняли арбітражі у справах Siag v. Egypt, Devas v. India, El Paso v. Argentina<sup>42</sup>, де підкреслювалося, що довільне відступлення від обіцянок порушує принцип добросовісності.

Європейський суд справедливості (загальної юрисдикції) також визнав, що принцип добросовісності є складовою принципу захисту легітимних очікувань. У рішенні Hellenic Republic v. Commission (T-231/04)<sup>43</sup> Суд підтвердив, що дотримання сформованих очікувань є елементом правової визначеності та передбачуваності. Однак принцип добросовісності не є підставою для створення нових зобов'язань там, де вони прямо не виникають із правових норм. Він виконує функцію інтерпретації і корекції правозастосування, а не самостійного джерела зобов'язань<sup>44</sup>.

Умови застосування принципу легітимних очікувань мають власну специфіку. По-перше належне застосування принципу легітимних очікувань потребує суворого дотримання критерію конкретності. Це чітко підтвердив

---

<sup>40</sup> Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali) : judgment of 22 December 1986. I.C.J. Reports. 1986. P. 554–586. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/69> (accessed: 04.08.2025).

<sup>41</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States : award of 29 May 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/1087> (accessed: 04.10.2024).

<sup>42</sup> El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic : award of 31 October 2011, ICSID Case No. ARB/03/15. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/382> (accessed: 04.04.2025).

<sup>43</sup> Hellenic Republic v. Commission of the European Communities : judgment of 17 January 2007, Case T-231/04. Court of Justice of the European Union. URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-231/04> (accessed: 04.05.2024).

<sup>44</sup> Барінов А. Інтеграція гендерного підходу в політику Європейського Союзу: сучасні тенденції та практичні механізми реалізації. Європейські перспективи. 2025. № 3. С. 415–424.

Міжнародний суд ООН у справі *Djibouti v. France* (2008)<sup>45</sup>. Суд визнав, що лист французького міністра юстиції, який позивач інтерпретував як обіцянку передачі справи, не містив достатньо визначених і однозначних зобов'язань. Відтак, покладання на такі заяви не було обґрунтованим. У сфері інвестиційних спорів доктрина конкретності розвинена ще більш детально. Зокрема, арбітраж у справі *Ortiz v. Algeria*<sup>46</sup> вказав, що легітимні очікування інвестора повинні ґрунтуватися на чітко виражених гарантіях, що адресовані безпосередньо йому або чітко визначеному колу суб'єктів. Аналогічна позиція була підтримана у справі *National Grid v. Argentina*<sup>47</sup>, де було підкреслено, що лише конкретні і недвозначні обіцянки можуть створювати підстави для відповідальності. У справі *Kruck v. Spain*<sup>48</sup> трибунал акцентував, що загальні декларації або політичні заяви не здатні породжувати обов'язкові легітимні очікування.

Таким чином, принцип легітимних очікувань у міжнародному праві не є абстрактною декларацією – він є інструментом реального захисту передбачуваності правовідносин, який діє лише за дотримання трьох умов:

- наявності чітких запевнень
- обґрунтованого покладання
- відповідності поведінки принципу добросовісності.

Універсальність цього принципу проявляється у його застосуванні як у міждержавних спорах, так і у міжнародному інвестиційному арбітражі, що робить його невід'ємною складовою сучасного міжнародного правопорядку.

У такому самому ключі принцип легітимних очікувань проєктується і на сферу застосування позитивних дій. Расові або етнічні меншини, як потенційні бенефіціари спеціальних заходів підтримки, можуть претендувати на наявність

<sup>45</sup> Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (*Djibouti v. France*) : judgment of 9 January 2008. I.C.J. Reports. 2008. P. 177–248. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/136> (accessed: 05.06.2024).

<sup>46</sup> *Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. v. People's Democratic Republic of Algeria* : award of 10 December 2020, ICSID Case No. ARB/17/1. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/5008> (accessed: 04.04.2025).

<sup>47</sup> *National Grid plc v. Argentine Republic* : decision on the challenge to arbitrator Andrés Rigo Sureda of 15 December 2005, UNCITRAL Case No. UNC72/CCO. Jus Mundi. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-national-grid-plc-v-the-argentine-republic-award-monday-3rd-november-2008> (accessed: 05.12.2024).

<sup>48</sup> *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain* : award of 31 January 2019, ICSID Case No. ARB/15/23. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/6486> (accessed: 09.02.2025).

легітимних очікувань виключно тоді, коли держава відкрито, чітко і недвозначно зафіксувала їх у нормативних актах, публічних програмах або офіційних заявах. Це стосується, зокрема, системи зарахування студентів до університетів, коли запровадження механізмів преференційного відбору створює у представників меншин правомірне уявлення про сталість таких правил. Проте навіть у такому разі ці очікування не є абсолютними та підлягають оцінці за стандартами конкретності, обґрунтованості й відповідності публічному інтересу.

Отже, окремо слід проаналізувати обмеження та застереження доктрини легітимних очікувань у міжнародному праві. Підхід інвестиційних арбітражних судів демонструє обачливе і стримане ставлення до розширеного тлумачення принципу легітимних очікувань. Як правило, арбітражі утримуються від надання загальним положенням законодавства статусу юридично зобов'язальних обіцянок. Наприклад, у справі *Blusun v. Italy* (2016)<sup>49</sup> було чітко зазначено, що сама по собі наявність нормативного акту, що встановлює певний правовий режим, не породжує легітимних очікувань інвестора щодо його незмінності у довгостроковій перспективі. Подібну позицію арбітражний суд висловив у справі *Philip Morris v. Uruguay* (2016)<sup>50</sup>, наголосивши, що жоден інвестор не може покладатися на абсолютну стабільність регуляторного середовища, оскільки це суперечило б суверенному праву держав здійснювати добросовісні регулятивні зміни.

Водночас положення законів або адміністративних актів здатні формувати легітимні очікування за умови, що вони відповідають критерію «фундаментальної стабільності» правового середовища, що було вирішальним для ухвалення інвестиційного рішення. Так, у справі *Antin v. Spain* (2018)<sup>51</sup> арбітраж визнав, що держава створила у інвестора переконливе сподівання на

---

<sup>49</sup> *Blusun S.A. and others v. Italy* : award of 27 December 2016, ICSID Case No. ARB/14/3. ICSID. URL: <https://www.itscid.org/cases/arb-14-3> (accessed: 20.08.2025).

<sup>50</sup> *Philip Morris Brands Sàrl and others v. Uruguay* : award of 28 June 2016 (dispatched 8 July 2016), ICSID Case No. ARB/10/7. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/460> (accessed: 11.12.2024).

<sup>51</sup> *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain* : award of 25 May 2018 (dispatched 15 June 2018), ICSID Case No. ARB/13/31. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/5741> (accessed: 03.04.2024).

тривалий характер системи преференцій для відновлюваної енергетики, що стало ключовим мотивом для вкладення значних ресурсів. При цьому, як підкреслюється у спорі *El Paso v. Argentina*, *Arif v. Moldova*<sup>52</sup> легітимні очікування завжди мають об'єктивний характер. Вони не повинні ґрунтуватися на суб'єктивних надіях, надмірному оптимізмі або гіпотетичних припущеннях інвестора. Більше того, інвестор зобов'язаний проявити належну обачність (*due diligence*) на етапі прийняття рішення про інвестування (див. *Novenergia v. Spain*, 2018)<sup>53</sup>. Лише якщо інвестор сумлінно зібрав та проаналізував релевантну інформацію і діяв розумно, можна говорити про наявність правомірних очікувань.

З теоретичної точки зору особливе значення у цій сфері має чинник покладання (*reliance*), тобто зв'язок між діями інвестора і очікуваннями, що виникли внаслідок конкретних державних гарантій. У справі *Waste Management v. United States*(2004)<sup>54</sup> арбітраж наголосив, що розчарування інвестора у політиці держави не є підставою для компенсації, якщо не було обґрунтованого покладання на чіткі зобов'язання. При цьому арбітражний суд зазначив, що очікування не набувають характеру класичного договору, проте є проявом «розумних інтересів, заснованих на довірі».

Ще однією важливою умовою є момент виникнення очікувань: вони повинні існувати саме на момент здійснення інвестиції (*United Utilities v. Estonia*, 2019)<sup>55</sup>. Очікування, що формуються на підставі попередніх консультацій або переговорів, можуть набувати юридичного значення лише за умови, що вони інтегровані у фінальну угоду або регулювальний акт. Так, у

---

<sup>52</sup> *Arif v. Republic of Moldova* : award of 8 April 2013, ICSID Case No. ARB/11/23. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/1628> (accessed: 20.07.2025).

<sup>53</sup> *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain* : final arbitral award of 15 February 2018, SCC Case No. 2015/063. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. URL: <https://www.italaw.com/cases/7317> (accessed: 04.04.2025).

<sup>54</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* : award of 30 April 2004, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3. ICSID Reports. 2007. Vol. 11. P. 361–432 ; *International Legal Materials*. 2004. Vol. 43. P. 967–1022. URL: <https://www.italaw.com/cases/351> (accessed: 04.06.2025).

<sup>55</sup> *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia* : award of 21 June 2019, ICSID Case No. ARB/14/24. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/12201> (accessed: 04.07.2025).

справі Eurotunnel Partial Award (2007)<sup>56</sup> суд підкреслив, що навіть якщо тендерне запрошення або проспекти створили у потенційних інвесторів певні сподівання, юридично обов'язковими є лише ті умови, що були чітко зафіксовані у концесійному договорі. Це підкреслює істотну відмінність між етапом підготовчих декларацій і моментом юридичного закріплення зобов'язань.

Ця особливість, властива сфері інвестицій, свідчить про неможливість безпосереднього й автоматичного перенесення аналогічних стандартів на доктрину позитивних дій у публічному праві. Адже сама природа політики позитивної дії передбачає адміністративну дискрецію й змінюваність залежно від суспільних потреб і пріоритетів. Варто наголосити, що факт ведення переговорів або оголошення намірів не створює зобов'язань, якщо вони не знайшли конкретного вираження у правочинах або нормативних актах. Прикладом є висновки Літтонської комісії щодо Маньчжурії (1932), де було визнано, що публічні заяви китайських чиновників під час переговорів із Японією сформували легітимні очікування, що в подальшому набули характеру юридично зобов'язальних, незважаючи на відсутність формалізованого договору.

Міжнародне інвестиційне право також чітко застерігає від зловживань, коли інвестори намагаються посилатися на розмиті, декларативні або політичні заяви. Як зазначав Джеймс Кроуфорд, авторитетний дослідник міжнародного права, легітимні очікування не можуть бути інструментом перегляду чітких умов угод, укладених сторонами добровільно і на рівних. У згаданій справі Eurotunnel<sup>57</sup> арбітраж підкреслив, що навіть якщо інвестор наполягає на існуванні очікувань, вони не можуть переважати чітко сформульовані договірні

---

<sup>56</sup> Eurotunnel Arbitration (Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. France and United Kingdom) : partial award on jurisdiction and dissenting opinion of 30 January 2007, PCA Case No. 2003-06. International Law Reports. 2008. Vol. 132. P. 1–118. Permanent Court of Arbitration.

<sup>57</sup> Eurotunnel Arbitration (Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. France and United Kingdom) : partial award on jurisdiction and dissenting opinion of 30 January 2007, PCA Case No. 2003-06. International Law Reports. 2008. Vol. 132. P. 1–118. Permanent Court of Arbitration.

положення, особливо якщо попередні заяви носили загальний характер або були адресовані невизначеному колу суб'єктів.

Таким чином, принцип легітимних очікувань саму у міжнародному інвестиційному праві має чітко визначені межі та вимагає дотримання таких критеріїв:

- конкретність і однозначність державних гарантій або заяв;
- об'єктивна обґрунтованість сподівань інвестора;
- адресність і офіційний характер джерела сподівань;
- наявність належної обачності при ухваленні рішення про інвестицію.

Хоча практика арбітражів свідчить про широке застосування цього принципу, Міжнародний суд ООН чітко розмежував його дію у загальному міжнародному праві та у спеціалізованих договірних механізмах. У справі *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile, 2018)*<sup>58</sup> Суд відмовився визнати, що посилення на «легітимні очікування» саме по собі породжує юридичні зобов'язання, якщо відсутні чітко зафіксовані домовленості. Суд підкреслив, що навіть наявність значної практики застосування цього принципу в інвестиційних угодах не створює його універсального статусу звичаєвої норми або загального принципу права, визнаного цивілізованими націями. Таким чином, твердження про те, що «захист легітимних очікувань у чітко визначених межах є загальним принципом права», не було підтримано Судом.

Слід наголосити, що концепція легітимних очікувань у міжнародному публічному та інвестиційному праві розглядається у цьому дослідженні не як пряме джерело правових норм, що регулюють сферу позитивних дій у Сполучених Штатах Америки. Натомість вона виступає методологічною аналогією, яка допомагає глибше зрозуміти аргументи про передбачуваність, сталість та очікуваність державної політики. У правовій системі США питання легітимності позитивних дій та їхнього припинення вирішується винятково на

---

<sup>58</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)* : judgment on the merits of 1 October 2018. I.C.J. Reports. 2018. P. 507–585. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/153> (accessed: 02.03.2025).

основі конституційних стандартів рівного захисту прав і судової доктрини, що склалася навколо Чотирнадцятої поправки. Однак порівняльний аналіз міжнародних підходів демонструє загальноправову тенденцію захищати обґрунтовані очікування суб'єктів, коли держава протягом тривалого часу послідовно формує політику, яка створювала такі очікування. Тому звернення до доктрини легітимних очікувань у міжнародному праві слід розуміти як ілюстративний і порівняльний приклад, що підкреслює важливість принципів правової визначеності і добросовісності у публічному управлінні.

Таким чином, хоча принцип легітимних очікувань розвинувся переважно у міжнародному публічному та інвестиційному праві, він демонструє універсальність підходів до захисту передбачуваності публічної політики, що є релевантним і для дискусій про припустимість та припинення позитивних дій у США.

Отже, в усіх контекстах, де виникає потреба у захисті легітимних очікувань – як у міждержавних відносинах, так і у відносинах між державами та приватними особами, – спостерігається схильність до концептуальної близькості цієї категорії до договірних зобов'язань. Іншими словами, сама ідея легітимних очікувань тяжіє до уподібнення взаємної довіри, що виникає у процесі переговорів, односторонніх заяв або усталеної практики, до зобов'язань контрактного характеру<sup>59</sup>. Ця подібність вимагає чіткого розмежування: слід відрізнити юридично обов'язкові обіцянки, зафіксовані у формі договору чи іншого правового акта, від декларативних чи політичних заяв, які здатні лише формувати обґрунтовані сподівання, але не породжують прямих правових наслідків.

Системний аналіз наведених концепцій дозволяє зробити такі проміжні висновки:

- концепція позитивних дій у США виникла як відповідь на глибоко вкорінену, історично обумовлену системну дискримінацію, що існувала

---

<sup>59</sup> Dolzer R., Kriebaum U., Schreuer C. Principles of international investment law. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2022.

протягом століть, і трансформувалася у спеціальний механізм правового та політичного характеру, спрямований на реальне вирівнювання можливостей доступу до ресурсів та інституцій, передусім у сфері вищої освіти.

- історичний розвиток політики позитивних дій – особливо в контексті правничої освіти – свідчить про послідовне поєднання морально-етичних, соціальних і юридичних аргументів на користь її впровадження. Водночас ця політика завжди балансувала на межі допустимості між позитивною дискримінацією як компенсаторним інструментом і ризиком створення нових форм нерівності.
- судова практика Верховного Суду США до 2023 року окреслила концептуальні рамки допустимості позитивних дій: вони можуть здійснюватися лише в межах індивідуалізованого, гнучкого врахування расового чинника поряд з іншими факторами, на відміну від автоматичних квот і механічних преференцій, які визнаються несумісними з принципом рівного захисту прав.
- незважаючи на численні юридичні обмеження, саме юридичні факультети США залишалися найпослідовнішими центрами впровадження політики позитивних дій, що істотно трансформувало соціально-демографічний склад правничої спільноти і справило вплив на формування нової парадигми інклюзії.
- ідея позитивних дій тісно пов'язана з категорією легітимних очікувань: тривала практика державної підтримки формує у представників меншин обґрунтовану довіру до збереження сприятливих умов доступу до вищої освіти. У разі раптової зміни або скасування таких заходів це здатне поставити під сумнів принцип юридичної визначеності і довіри до державних інститутів.
- концепція позитивних дій завжди мала тимчасовий характер. Її першочергова мета полягала в усуненні об'єктивно тимчасової диспропорції у представленні меншин, насамперед афроамериканців у

вищих навчальних закладах. Верховний суд США неодноразово наголошував на цій особливості: так, у справі *Grutter v. Bollinger* суддя Сандра Дей О'Коннор підкреслила, що приблизно до 2028 року потреба у застосуванні політики позитивних дій має поступово зникнути, а сама концепція відмерти як надзвичайний компенсаторний захід.

- Верховний Суд сформулював три фундаментальні принципи контролю за програмами позитивної дії:
  - застосування «суворого контролю» (*strict scrutiny*), що означає обов'язок університету довести як легітимність своєї мети, так і пропорційність та необхідність заходів.
  - надання судом належної ваги обґрунтованим поясненням університету щодо необхідності підтримання расового та етнічного різноманіття як важливої освітньої мети.
  - обов'язок суду самостійно оцінювати, чи є використання расового критерію достатньо «обмеженим» (*narrowly tailored*) і чи існують менш обмежувальні альтернативи.

### **1.3. Відмова у застосуванні концепції позитивних дій в США**

До 2023 року в США застосування доктрини позитивних дій було допустимим за умови суворої індивідуалізованої оцінки кожного кандидата і відсутності механічних переваг, що автоматично впливають з приналежності до певної етнічної групи. У цій еволюції чітко простежувалося прагнення Верховного суду США знайти компроміс між правом держави на реалізацію політики інклюзії та конституційними гарантіями рівності й недискримінації.

У 2023 році Верховний суд США розпочав розгляд справи, який вже на етапі відкриття провадження отримав безпрецедентну суспільну й медійну увагу. Йшлося про об'єднані позови, спрямовані проти двох найпрестижніших вищих навчальних закладів країни - Гарвардського університету (*Harvard*

College)<sup>60</sup> та Університету Північної Кароліни (University of North Carolina). Ці справи отримали загальну назву *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College* та *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina*. Варто підкреслити, що спір у цій справі мав не лише юридичне, а й глибоке соціокультурне значення, адже ставив під сумнів десятиліттями усталені підходи до забезпечення расового й етнічного різноманіття у вищій освіті.

З позиції інституційного складу суду справи також були визначні: суддя Кетанджі Браун Джексон оголосила самовідвід щодо розгляду позову проти Гарвардського університету, оскільки раніше входила до Наглядової ради цього закладу. Її окрема думка, таким чином, стосувалася лише справи проти Університету Північної Кароліни. Ці провадження принципово відрізнялися від попередніх справ про конституційність програм позитивної дії насамперед зміною демографічного та академічного контексту. Якщо у 1970–1990-х роках центр уваги був сконцентрований на проблемі історичної недопредставленості афроамериканців та латиноамериканців, то у XXI столітті ситуація суттєво змінилася. Статистичні й аналітичні дослідження засвідчили, що найбільш високі академічні результати у середовищі абітурієнтів демонструють вихідці з Азії - передусім китайського, корейського та індійського походження. Таким чином, виникла парадоксальна ситуація: заходи, які історично вважалися інструментом компенсації для недопредставлених груп, у нових умовах фактично створювали перепони для іншої етнічної меншини, яка досягла високої конкурентоспроможності на підставі рівного доступу.

Суть претензій позивачів стосувалася схожих процедур оцінювання абітурієнтів, що передбачали урахування расового чинника як одного з елементів комплексного оцінювання кандидатур. Позовні вимоги від імені неприйнятих абітурієнтів подала не індивідуальна особа, а неприбуткова організація *Students for Fair Admissions*. Вона була створена одним із відомих

---

<sup>60</sup> *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

консервативних активістів спеціально для оскарження програм позитивної дискримінації у вищій освіті. На відміну від більшості попередніх справ, цього разу основними «постраждалими», за твердженнями позивачів, виявилися не білі абітурієнти, а представники азійської расової групи - вихідці з Китаю, Кореї, Індії та інших країн Східної та Південної Азії. Ситуацію ускладнювала нова соціальна й демографічна реальність. Якщо історично програми позитивної дії були спрямовані на корекцію наслідків дискримінації проти афроамериканців і латиноамериканців, то в останні десятиліття саме абітурієнти азійського походження почали стабільно демонструвати найвищі академічні результати - як за результатами стандартизованих тестів, так і за позакласними досягненнями. Це створило серйозні дискусії щодо справедливості політики, яка заради «расового балансу» могла фактично обмежувати можливості групи, яка сама є меншиною і не має історичних привілеїв.

Проблема полягала в підходах університету до оцінювання кандидатів. Система зарахування до Гарварду була багатокomпонентною і складалася з кількох послідовних етапів оцінювання. Серед пріоритетних цілей приймальної комісії офіційно декларувалося створення багатоманітного студентського колективу, який би відображав широку палітру соціокультурних характеристик американського суспільства. Одним з елементів цього підходу було урахування расової та етнічної приналежності.

Позивачі стверджували, що фактично Гарвард застосовував систему «м'яких квот», яка, хоча й не передбачала формально фіксованих лімітів або автоматичних бонусних балів за расу, але створювала суттєві преференції для афроамериканських і латиноамериканських абітурієнтів, одночасно знижуючи шанси азійських кандидатів. Багато коментаторів звернули увагу на історичну паралель: ще у 1920–1930-х роках Гарвард запроваджував

аналогічні обмеження щодо єврейських студентів, щоб штучно стримати їхнє представництво серед студентства<sup>61</sup>.

Свої претензії позивачі обґрунтовували результатами ретельного аналізу матеріалів справи, одержаних під час процедури discovery. Їм вдалося отримати доступ до особових справ абітурієнтів за кілька років і взяти свідчення представників адміністрації, які безпосередньо брали участь у прийомі студентів. Аналіз цих даних засвідчив, що хоча Гарвард не мав формальної системи квот або прямої індексації балів за расову ознаку, на практиці абітурієнтам азійського походження регулярно виставляли нижчі оцінки за так званим особистісним рейтингом (personal rating). Цей показник включав оцінювання лідерських якостей, комунікабельності, креативності, життєвих обставин і загальної привабливості кандидата як особистості<sup>62</sup>.

На думку позивачів, ці дані свідчили про системну, хоча й завуальовану, дискримінацію за расовим принципом.

Позиція університету полягала у тому, що Гарвард, що його політика не є дискримінаційною. Університет звернув увагу, що за останнє десятиліття частка студентів азійського походження зросла з 17% до 21%, що суттєво перевищує частку цієї групи у структурі населення США (близько 6%)<sup>63</sup>. Університет підкреслив, що якби справді існувала система обмежень, то таких показників було б неможливо досягти. Адміністрація закладу стверджувала, що метою політики є формування багатовимірного, динамічного студентського середовища, а раса є лише одним із багатьох факторів комплексної оцінки.

Суд першої інстанції ухвалив рішення на користь університету. Було визнано, що застосована модель відбору може мати недосконалість, однак

<sup>61</sup> Harvard Rated Asian-American Applicants Lower on Personality Traits, Suit Says. The New York Times. 2018. 15 June. URL: <https://www.nytimes.com/2018/06/15/us/harvard-asian-enrollment-applicants.html> (accessed: 04.08.2025).

<sup>62</sup> Expert Report of Peter S. Arcidiacono in Students for Fair Admissions, Inc. v. Harvard, No. 14-cv-14176-ADB (D. Mass.). 2018. 15 June. URL: [https://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn\\_Loury/louryhomepage/teaching/Affirmative\\_Action/Meeting\\_V/supporting\\_documents/Doc%20415-8%20-%20\(Arcidiacono%20Expert%20Report\).pdf](https://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn_Loury/louryhomepage/teaching/Affirmative_Action/Meeting_V/supporting_documents/Doc%20415-8%20-%20(Arcidiacono%20Expert%20Report).pdf) (accessed: 04.04.2025).

<sup>63</sup> Is Harvard Showing Bias Against Asian-Americans? NPR. 2018. 20 May. URL: <https://www.npr.org/sections/ed/2015/05/20/408240998/is-harvard-showing-bias-against-asian-americans> (accessed: 01.03.2024).

загалом відповідає стандартам Конституції США, як вони були розтлумачені Верховним судом у попередніх рішеннях - насамперед у справі *Grutter v. Bollinger* (2003). Судді підкреслили, що раса справді враховується як один із численних факторів, а не як єдиний чи визначальний критерій.

Звернення до Верховного суду США стало сигналом, що інституційний склад суду, оновлений призначеннями суддів консервативного крила, готовий переглянути підходи до концепції позитивної дії. Це створювало передумови для потенційного кардинального переосмислення доктрини, що понад 45 років залишалася основою балансу між прагненням до расового різноманіття і принципом рівного захисту прав.

Для адекватного розуміння контексту варто наголосити, що в останні роки склад Верховного суду США зазнав істотних змін, які безпосередньо вплинули на баланс сил у ключових конституційних спорах. Після призначення трьох нових суддів співвідношення між умовно «ліберальним» та «консервативним» крилом остаточно схилилося на користь останнього. Утворилася переконлива більшість консерваторів, що зумовило очікування істотного перегляду прецедентної практики у справах, пов'язаних із расовими квотами і загалом програмами affirmative action.

Основні параметри рішення Верховного суду США та його структура зводилася до такого. Загальний обсяг опублікованого судового акту включаючи окремі та спеціальні думки - перевищив 200 сторінок. Рішення ухвалювалося двома більшістями:

- у справі *Students for Fair Admissions v. University of North Carolina* - 6 голосів проти 3
- у справі *Students for Fair Admissions v. Harvard College* - 6 проти 2 (оскільки одна суддя заявила самовідвід)<sup>64</sup>.

Ключові висновки сформулював Голова Верховного суду Джон Робертс. До його позиції приєдналися судді Томас, Аліто, Горсач, Кавано і Барретт.

---

<sup>64</sup> *Students for Fair Admissions v. Harvard* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023 (slip opinion). United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

Аргументація більшості ґрунтувалася виключно на тлумаченні Чотирнадцятої поправки до Конституції США, зокрема положення про рівний захист прав (Equal Protection Clause). У своїй мотивувальній частині суддя Робертс детально окреслив підходи університетів до оцінювання кандидатів, а також провів огляд прецедентів Верховного суду, що регулюють допустимість урахування расової ознаки при зарахуванні у вищі навчальні заклади.

Суддя Робертс підкреслив, що раніше суд допускав расову класифікацію лише у виняткових, ретельно обґрунтованих випадках. Він навів показову цитату з одного із попередніх рішень: «розмежування громадян виключно за ознакою походження є по своїй суті неприйнятним для вільного суспільства, інститути якого засновані на доктрині рівності».

Судді звернули увагу на необхідності застосування стандарту «суворого контролю». Суд не поставив під сумнів самі прецеденти (зокрема рішення у *Grutter v. Bollinger*), але нагадав, що навіть відповідно до цих рішень програми позитивної дії можуть існувати лише за умови дотримання суворих обмежень. Зокрема, такі програми повинні відповідати трьом критеріям:

- Вони підлягають стандарту суворого контролю (*strict scrutiny*).
- Вони не можуть використовувати расу як стереотип чи негативний чинник.
- Вони мають бути обмежені в часі.

На думку більшості суддів, практика Гарварду та Університету Північної Кароліни не відповідала жодному з цих критеріїв.

Щодо суворого контролю, Верховний суд наголосив на відсутності формалізованих і вимірюваних параметрів, які дозволили б здійснити об'єктивну перевірку.

Адміністрації університетів заявляли, що їхні програми спрямовані на:

- формування майбутнього лідерства,
- сприяння розвитку «ринку ідей»

– досягнення багатоманітності думок і досвіду<sup>65</sup>.

Проте суддя Робертс зазначив, що ці цілі є занадто розмитими й декларативними. На його думку, невизначеність критеріїв створює ситуацію, коли жоден суд не здатен ані оцінити прогрес у досягненні заявлених результатів, ані визначити момент, коли програми мають завершитися.

Щодо заборони використання раси як стереотипу, суд підкреслив, що університетська логіка полягає у припущенні, ніби кожен студент певної раси неодмінно внесе у навчальний процес «особливу перспективу», недоступну іншим. Це, по суті, означає закріплення стереотипу про те, що представники расових груп мислять однорідно. Суддя Робертс навів переконливу цитату з одного з попередніх рішень: «Одна з головних причин, через які раса є забороненим критерієм класифікації, полягає в тому, що це принижує гідність особи, яку оцінюють не за її індивідуальними рисами, а за походженням».

Третім критичним недоліком було ігнорування принципу тимчасовості. Ще у 2003 році суддя Сандра Дей О'Коннор зазначала, що через 25 років подібні програми мають втратити актуальність. З того часу минуло вже 20 років, однак університети не надали жодних ознак завершення практик. Аргумент про «досягнення різноманітності» у майбутньому фактично трансформувався у концепцію підтримання стабільної расової пропорції, що є класичним прикладом неконституційної квотної системи.

Суд навів дані про незмінність расового складу студентів Гарварду у 2009–2018 роках: близько 11% афроамериканців, 10% іспаномовних, 20% азійського походження. На думку судді Робертса: «Пристрасне стеження Гарварду за цифрами є очевидним».

Таким чином, більшість суддів Верховного суду дійшла висновку, що університети не змогли довести відповідність своїх практик вимогам суворого контролю і конституційного принципу рівного захисту. У підсумку ці рішення

---

<sup>65</sup> Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

стали знаковим переглядом основ доктрини позитивних дій і окреслили нові межі допустимості урахування расового чинника у сфері вищої освіти.

Фінальне обґрунтування більшості суддів Верховного суду США та ключові висновки буди зведені до такого. У завершальній частині мотивувальної частини рішення Верховний суд США детально розглянув аргументи університетів-відповідачів щодо обмеження у часі дії програм позитивної дискримінації.

Зокрема, представники Гарвардського університету та Університету Північної Кароліни наполягали на тому, що програми припинять свою дію автоматично після того, як буде досягнуто «освітніх переваг від расового різноманіття». Суддя Джон Робертс визнав цю позицію занадто невизначеною та декларативною: «Подібне формулювання надто розмите, і незрозуміло, як суд повинен визначити, чи досягнута така мета, і чи настав момент припинення практики».

Крім того, університети зазначали, що з часу ухвалення рішення у справі *Grutter v. Bollinger* (2003) минуло лише двадцять років, і вони нібито ще мають п'ятирічний запас, щоб реалізовувати програми позитивної дії. Однак Верховний суд прямо наголосив, що висловлювання судді Сандри Дей О'Коннор про «25-річний горизонт» не мало характеру юридично обов'язкової часової межі. Це було лише особисте прогнозне припущення, яке не створює правових підстав для безумовного продовження практики. Сам принцип обмеженості у часі має значно більше значення, ніж будь-які суб'єктивні оцінки тривалості перехідного періоду.

Ще одним доводом відповідачів було посилення на те, що університети здійснюють регулярний перегляд необхідності програм позитивної дискримінації. Однак, як підкреслив суд, сам по собі періодичний моніторинг не легалізує практики, що суперечать конституції: «Жоден періодичний перегляд не здатен перетворити неконституційне регулювання на конституційне».

У підсумковій частині рішення Верховний суд США сформулював чітке конституційне резюме:

- обоє програм, запроваджених університетами-відповідачами, не мають достатньо конкретних і вимірюваних цілей, що могли б виправдати використання расової класифікації;
- вони невідворотно застосовують расу як негативний чинник; передбачають расові стереотипи;
- вони також не містять осмислених кінцевих строків.

Ця консолідована позиція зафіксувала ключовий зсув у доктрині affirmative action, фактично завершивши чотири десятиліття існування гнучких расових преференцій як правового інструмента формування різноманітності студентського середовища<sup>66</sup>.

Попри загальний категоричний тон, суд залишив вузьку можливість для індивідуалізованого врахування расового фактору у контексті особистої історії вступника. Суддя Робертс зазначив: «Нічого не перешкоджає університетам брати до уваги опис абітурієнтом того, як його расова ідентичність вплинула на формування характеру, життєві досягнення або особисті риси, що становлять підставу для зарахування. Але раса як така не повинна бути самостійним критерієм прийняття рішення про вступ.» Ця теза підкреслює відмінність між конституційно допустимим індивідуалізованим підходом та неконституційним системним урахуванням раси у вигляді квот чи переваг.

Фінальна теза рішення була сформульована як принципова критика усталеної практики преференцій: «Протягом занадто довгого часу університети помилково вважали, що критерієм індивідуальності особи є не її подолані труднощі, набутий досвід чи опановані цінності, а колір шкіри. Конституційна історія США не дозволяє такого вибору». У результаті рішення нижчих судів було скасовано, а справа стала, без перебільшення, новим етапом у переосмисленні підходів до концепції позитивної дії у США.

---

<sup>66</sup> Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

В силу описаного вище, слід розкрити значення рішення у контексті попередньої доктрини та наслідки для системи вищої освіти. Варто спеціально підкреслити, що ухвалене Верховним судом США рішення не містило формального визнання недійсними (overruled) усіх попередніх прецедентів щодо допустимості програм позитивної дискримінації. Інакше кажучи, суд не скасував прямим текстом такі знакові рішення, як *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), *Grutter v. Bollinger* (2003) чи *Fisher v. University of Texas* (2013, 2016). Навпаки, більшість суддів підкреслила наслідування своєї позиції, стверджуючи, що ухвалене рішення прямо впливає із уже наявної конституційної доктрини. За логікою авторів рішення, попередні справи лише окреслювали загальні контури суворого контролю (strict scrutiny), але ніколи не створювали *carte blanche* для безстрокового існування програм расових преференцій.

Водночас у новому рішенні центральне місце посіла необхідність обмеження таких програм у часі, тобто принцип, який у попередніх рішеннях згадувався швидше побіжно або у вигляді рекомендацій. Саме ця обставина стала ключовим аргументом для переходу до більш суворої оцінки програм позитивної дії.

У тексті рішення простежується ідея, що попередні рішення були «вірними для своєї епохи», коли історична нерівність перебувала на піку впливу і потребувала цілеспрямованих заходів компенсації. Але, на думку більшості суддів, часи змінилися, і тепер США дозріла до переходу від системи виняткових заходів до системи «повного рівноправ'я», де всі вступники оцінюються виключно за індивідуальними досягненнями.

Суддя Джон Робертс, цитуючи попередні рішення, прямо зазначив, що навіть у справі *Grutter v. Bollinger* тривалість програм була обмежена приблизно 25 роками. З його точки зору, це підтверджує, що позитивна дискримінація завжди мала тимчасовий характер, а не могла закріпитися як постійна складова механізму відбору студентів.

З нашого погляду критично важливо підкреслити, що попри декларативну «спадкоємність», реальне значення ухваленого рішення несе в собі наступне смислове навантаження:

- Більшість діючих програм позитивної дії, які десятиліттями вважалися не лише припустимими, а й ознакою «соціально відповідального університету» наразі опинилися поза межами конституційної допустимості.
- Формально університети можуть спробувати розробити нові програми, що відповідали б більш жорстким критеріям, однак практична реалізація таких ініціатив тепер буде набагато складнішою.

Зокрема, слід виділити наступні ключові моменти рішення Верховного суду США:

- расовий чинник не може застосовуватися як статистичний критерій чи засіб забезпечення «демографічного балансу»
- університетам доведеться доводити не лише наявність чіткої освітньої мети, але й сувору обмеженість програми у часі та конкретність її параметрів
- будь-яка система, що призводить до систематичного переважання одних груп над іншими, незалежно від формальної відсутності квот, розглядатиметься як неконституційна.

Усе це означає, що ухвалене рішення Верховного суду стало юридичним закінченням, у якій програми позитивної дискримінації були потужним і формально легітимним інструментом державної політики інклюзії.

Важливо відзначити, що далеко не всі судді Верховного суду США погодилися не лише із мотивуванням рішення більшості, а й із його загальною концепцією. Серед суддів були як ті, хто формально приєднався до резолютивної частини, але додав власні аргументи, так і ті, хто вважав ухвалене рішення фундаментально хибним. Частина окремих думок мала навіть радикальніший характер, ніж позиція більшості, оскільки прямо заперечувала саму ідею будь-якої форми расової диференціації.

Наприклад окрема думка судді Кларенса Томаса будувалась на доктрині абсолютної «кольорової сліпоти». Так, суддя Кларенс Томас, який приєднався до рішення судді Робертса, водночас подав власну окрему думку (concurrency), у якій висловився ще категоричніше. Суддя Томас - афроамериканець за походженням, один із небагатьох представників расових меншин у складі Верховного суду США. Водночас він традиційно вважається одним із найбільш консервативних суддів. Ще у 1995 році в окремій думці до одного з рішень Верховного суду він писав: «Уряд не може зробити нас рівними; він може лише визнати, поважати та захищати нас як рівних перед законом». У знаковій справі *Grutter v. Bollinger* (2003) суддя Томас прямо зазначав, що будь-яке використання раси як критерію вступу порушує Чотирнадцяту поправку незалежно від намірів: чи то завдати шкоди, чи то нібито допомогти. Таку ж позицію він повторив і у справі 2023 року: «Сьогодні, після довгої перерви, Конституція перемагає». У своїй думці суддя послідовно обґрунтовує концепцію ориджиналізму (орієнтації на первинний зміст конституційних положень) і принцип кольорової сліпоти (colorblindness), за яким будь-яка форма расової дискримінації, навіть у вигляді позитивної дії, заборонена Конституцією США. Суддя наводить історичні аргументи та розлогий огляд процесу ухвалення Чотирнадцятої поправки, підкреслюючи: «Усі громадяни США, незалежно від кольору шкіри, є рівними перед законом». Він відзначає, що теоретично університети можуть намагатися виправдати расову диференціацію, але лише за дотримання жорстких умов «суворого контролю» (strict scrutiny). І лише якщо мова йде про компенсацію конкретної дискримінації державних органів у минулому, причому у чітко визначених межах. Суддя Томас не оминув історії дискримінації самих університетів-відповідачів - Гарварда і UNC, які раніше практикували расові обмеження стосовно єврейських абітурієнтів. Він вказав, що теперішні програми дискримінують вже інші групи - і це не змінює їх неконституційної сутності: «[Університети] просять нас заплющити очі на тягар, який вони покладають на мільйони абітурієнтів, яким відмовляють через їхню расову належність, яка

наразі не вважається пріоритетною. Конституція не допускає такого результату». Окремо цей суддя з надзвичайною прямою заперечує будь-яке розрізнення між «поганою» і «хорошою» дискримінацією, стверджуючи, що подібні спроби - це «небезпечна ілюзія»: «Як тільки уряд починає класифікувати громадян за расою і використовувати расу як інструмент отримання вигод чи накладення обтяжень, це принижує нас усіх». Так, коли рабство виправдовували «турботою про цивілізацію» афроамериканців, а сегрегацію - благими намірами «захисту чорношкірих студентів». Сьогодні ті самі риторичні прийоми застосовують до політики позитивної дії. Суддя звертає увагу на ще одну проблему: ефект стигматизації. Навіть успішні представники меншин ризикують потрапити під підозру, що їхні досягнення зумовлені не талантами, а квотами. У результаті «позитивне» втручання може заподіяти більше шкоди, ніж користі. Суддя вказує, що «расизм не можна подолати іншими формами расизму». Університети США заводять студентів у сегрегаційні схеми, які розділяють молодь і перешкоджають формуванню спільних ідентичностей. Замість гармонії і взаєморозуміння така політика відроджує підозри й поляризацію. Немає легітимного способу визначити, яка дискримінація є «корисною» і чи перевищують гіпотетичні переваги ті збитки, яких зазнають інші групи.

В свою чергу суддя Ніл Горсач подав окрему думку, до якої приєднався суддя Томас. Він погоджується із загальною оцінкою програм позитивної дії як неконституційних, однак наголошує на тому, що питання можна було б вирішити ще простіше - застосуванням Закону про громадянські права 1964 року, який прямо забороняє будь-яку дискримінацію за расовою ознакою у програмах із федеральним фінансуванням. На його думку, не було потреби у складних конституційних міркуваннях, адже достатньо було звернутися до тексту закону, який прямо і недвозначно забороняє додавання або віднімання «балів» за расу.

Окрема думка судді Кавано була сфокусована на спадкоємності і межі тривалості позитивних дій. Він погодився з рішенням більшості, проте прагнув

пояснити, чому ухвалені рішення не скасовує попередні прецеденти, а є логічним продовженням вже існуючої лінії судової доктрини. На його думку, ще у справі *Grutter v. Bollinger* було прямо зазначено, що програми позитивної дії не повинні тривати більше ніж одне покоління (25 років). З огляду на це, теперішні рішення лише підтверджують той обмежений характер расових преференцій, що завжди передбачався.

Сукупність усіх окремих думок суддів - як більш радикальних, так і консервативних демонструє масштаб ідейного перелому у ставленні Верховного суду США до політики позитивної дискримінації. Навіть ті судді, хто визнавав колишні прецеденти як допустимі, одностайно погоджувалися, що програми не можуть існувати безстроково, а нинішній стан справ уже не відповідає критеріям суворої конституційної перевірки.

Слід відзначити, що не всі судді Верховного суду США погодилися із позицією більшості. Навпаки, у цій справі було висловлено низку принципово протилежних поглядів, що відображають глибокі світоглядні суперечності щодо природи рівності та допустимості позитивних дій у правовій системі США. Так, суддя Соня Сотомайор подала окрему думку (*dissent*), до якої приєдналися судді Олена Каган та Кетанджі Браун Джексон. У цій ґрунтовній думці суддя розгорнуто було кілька ключових тез, що зводяться до наступного.

Американське суспільство не є «кольорово сліпим» - расова нерівність залишається системним явищем. Тому Чотирнадцята поправка допускає застосування заходів, що прямо беруть до уваги расу, як пропорційний інструмент усунення історичної дискримінації.

Верховний суд протягом десятиліть визнавав допустимість обмеженого використання раси у відборі студентів, і ця практика довела свою ефективність у розширенні доступу меншин до якісної освіти. «Сьогодні Суд стає на шляху цього процесу, відкидаючи десятиліття прецедентів і значний прогрес. Він проголошує, що расу більше не можна використовувати навіть у вузький спосіб для досягнення цих критично важливих переваг. Цим рішенням Суд цементує поверхове правило «кольорової сліпоти» як конституційний принцип у хронічно

сегрегованому суспільстві, де раса завжди мала значення і продовжує мати значення.»

Суддя Сотомайор нагадала про заходи підтримки афроамериканців після Громадянської війни. Зокрема, про створення спеціальних вищих навчальних закладів для чорношкірих американців, що фінансувалися на порядок більше, ніж аналогічні установи для білих. Це, за її словами, свідчить, що автори Чотирнадцятої поправки зовсім не дотримувалися концепції «кольорової сліпоти».

Історія рішень від *Brown v. Board of Education* (1954) до *Grutter v. Bollinger* (2003) незмінно підтверджувала: обмежене врахування раси як одного з багатьох факторів є конституційно допустимим. Натомість теперішнє рішення демонструє розрив з цим підходом. «Сьогодні Суд дійшов висновку, що байдужість до раси - єдиний конституційний шлях до досягнення расової рівності у вищій освіті. Ця інтерпретація Чотирнадцятої поправки не лише суперечить прецедентам і урокам нашої історії, але й ґрунтується на ілюзії, що расова нерівність залишилося в минулому». Суддя Сотомайор підкреслює, що таке рішення порушує принцип *stare decisis* (дотримання прецедентів), оскільки жодних нових правових чи фактичних обставин не з'явилося. На її думку, така поведінка руйнує довіру до правосуддя. Суддя Сотомайор також жорстко розкритикувала посилення більшості на обмеженість позитивних дій у часі (зокрема на 25-річний орієнтир із *Grutter*). Вона вважає це вириванням із контексту, адже мова йшла лише про приблизне очікування, а не юридично обов'язковий строк: «Тимчасове обмеження, засноване на фантазії, що расова нерівність завершиться у передбачуваний момент, нелогічне і непридатне для застосування». Суддя наголошує: тисячі студентів і десятки університетів будували свою стратегію розвитку, спираючись на усталені правові орієнтири. Сьогодні ці очікування знецінено а наслідки цього рішення будуть руйнівними».

Суддя Кетанджі Браун Джексон - перша афроамериканка в складі Верховного суду - написала окрему думку, яка стосувалася тільки справи Університету Північної Кароліни (через самовідвід у справі Гарварда). Суддя

Джексон повністю підтримала аргументи Сотомайор, проте додала власний акцент: питання не лише у праві університетів на обмежене врахування раси, але й у необхідності усвідомленої компенсації історичної несправедливості.

Слід зазначити, що раніше ухвалені рішення Верховного суду США щодо так званої позитивної дискримінації (affirmative action) формально не були прямо визнані такими, що втратили силу (overruled). Навпаки, більшість суддів підкреслює певну спадкоємність своєї правової позиції, стверджуючи, що нинішнє рішення логічно впливає з уже сформованої судової практики. При цьому ключовим аргументом стало посилення на необхідність часових обмежень подібних програм, хоча раніше ця вимога лише побіжно згадувалася в одному з попередніх прецедентів і ніколи не мала визначального значення.

Важливо розуміти, що рішення минулих десятиліть були адекватними своєму історичному контексту й сприймалися як необхідний засіб подолання системної дискримінації. Однак, на думку більшості нинішнього складу Суду, той історичний етап, що обґрунтовував подібні виняткові підходи, завершився, і суспільство повинно перейти до реалізації принципу повної юридичної рівності без жодних застережень.

На практичному рівні це, безсумнівно, означає кардинальний зсув у правовій парадигмі. Численні програми позитивних дій, які протягом багатьох років вважалися якщо не обов'язковими, то принаймні допустимими й суспільно бажаними для авторитетних університетів, в одну мить опинилися під загрозою визнання неконституційними.

Теоретично у закладів вищої освіти залишається можливість розробити оновлені механізми підтримки різноманіття, однак лише за умови суворого дотримання нових, істотно більш жорстких критеріїв конституційної допустимості. Зокрема, такі заходи повинні мати чітко визначені строки дії, бути належно обґрунтованими конкретними доказами актуальної необхідності й не зводитися до прямого врахування расової приналежності як визначального фактора.

Таким чином, формально залишаючи відсилання до попередніх рішень, Верховний суд фактично ініціював радикальний перегляд доктрини допустимості расових преференцій у сфері освіти, заклавши підґрунтя для масштабної хвилі оскарження аналогічних програм по всій країні.

## **Висновки до розділу 1**

Розділ 1 аналізує концепцію позитивних дій у правовій системі США, її історичні витоки, доктринальні основи та еволюцію. Дослідження охоплює правові прецеденти, суспільні трансформації та принцип легітимних очікувань, що формують сучасне розуміння політики позитивних дій.

Концепція позитивних дій у США виникла як відповідь на історичну системну дискримінацію, зокрема расову сегрегацію, з метою забезпечення реальної рівності можливостей. Її витоки сягають указу Джона Кеннеді 1961 року та Закону про громадянські права 1964 року, які закріпили антидискримінаційні норми. Ключовим прецедентом стала справа *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), де Верховний Суд визнав різноманіття легітимною державною метою, дозволивши обмежене врахування раси за умови пропорційності та індивідуалізації. Подальші рішення, як *Grutter v. Bollinger* (2003), уточнили стандарти «суворого контролю» (*strict scrutiny*), підтвердивши тимчасовість таких заходів. Однак справа *Students for Fair Admissions v. Harvard* (2023) радикально обмежила використання расових критеріїв, наголосивши на невідповідності програм Гарварду та Університету Північної Кароліни принципам рівного захисту, через нечіткість цілей, стереотипізацію та відсутність часових меж.

Позитивні дії відіграли ключову роль у підвищенні представництва меншин у правничих школах. З 1960-х років, завдяки програмам на кшталт CLEO, частка афроамериканських студентів зросла з 1,3% у 1964 році до 7,7% у

2001–2002 роках, хоча залишалася нижчою за демографічну пропорцію. Преференційні програми сприяли соціальній мобільності, але викликали суперечки через сприйняття їх як «зворотної дискримінації», особливо для азійських абітурієнтів. Рішення 2023 року ускладнює збереження таких програм, вимагаючи чітких, індивідуалізованих і часово обмежених механізмів.

Доктрина легітимних очікувань, розвинена в міжнародному праві, слугує аналогією для аналізу позитивних дій. Тривале застосування преференційних програм сформувало у меншин очікування щодо їхньої стабільності. Однак рішення 2023 року підриває ці очікування, оскільки суд визнав неконституційність расових преференцій, наголосивши на пріоритеті формальної рівності. Міжнародні прецеденти, як *Tested v. Mexico*, підкреслюють важливість конкретності та добросовісності для захисту очікувань, але в США пріоритет надається конституційним стандартам. Еволюція позитивних дій відображає напругу між формальною рівністю та потребою компенсації історичних нерівностей. Рішення 2023 року знаменує перехід до «расової нейтральності», ускладнюючи реалізацію програм різноманіття. У правничих школах це може знизити представництво меншин, а в ширшому контексті — загрожувати ініціативам DEI. Альтернативи, як соціально-економічні критерії, менш ефективні, що підкреслює потребу в нових підходах для забезпечення інклюзії.

У той же час слід констатувати, що концепція позитивних дій у США сформувалася як інструмент подолання історичної дискримінації, але зазнала обмежень через рішення 2023 року. Судові прецеденти, від *Bakke* до *SFFA*, окреслили межі допустимості расових критеріїв, наголошуючи на тимчасовості та індивідуалізації. Принцип легітимних очікувань підкреслює напругу між стабільністю політики та конституційними вимогами. Майбутнє позитивних дій залежить від розробки расово нейтральних механізмів, здатних забезпечити інклюзію без порушення принципу рівності.

## РОЗДІЛ 2. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ ПОЗИТИВНИХ ДІЙ ТА КОНСТИТУЦІЙНІ МЕЖІ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ У ПРАВІ США

### 2.1. Міжнародно-правові основи застосування концепції позитивних дій

Вивчення концепції позитивних дій у правовій системі США неможливе без зверення до міжнародно-правових інструментів та аналізу їх еволюції у міжнародному праві. Урахування міжнародно-правових тенденцій є надзвичайно важливим, навіть коли основний фокус роботи зосереджено на праві Сполучених Штатів Америки. Це пояснюється кількома чинниками. По-перше, міжнародно-правові документи, зокрема Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965 р.) та Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979 р.), закріпили основоположні принципи, що надали концепції позитивних дій універсального виміру. Вони встановили рамки, у межах яких національні правові системи мають вибудовувати власні механізми досягнення фактичної рівності. По-друге, міжнародні стандарти відіграють важливу роль у формуванні дискурсу: навіть якщо США не завжди прямо імплементують положення міжнародних конвенцій, американська правова доктрина та академічна наука перебувають у постійному діалозі з міжнародним правом і порівняльними правовими практиками. По-третє, міжнародно-правові акти дозволяють оцінити позитивні дії в ширшому контексті прав людини, показуючи, що це явище не є специфічно американським, а становить частину глобальної тенденції з пошуку інструментів для подолання історичних нерівностей. По-четверте, аналіз міжнародних норм дає змогу виявити відмінності між м'якими, рамковими підходами, які мають рекомендаційний характер, та жорсткими національними механізмами, що часто стають предметом судових і політичних суперечок. Нарешті, порівняння з міжнародними стандартами забезпечує критичну перспективу: воно дозволяє з'ясувати, чи відповідає американська модель

загально визнаним підходам до забезпечення рівності, чи навпаки відхиляється від них, пропонуючи власну, унікальну траєкторію розвитку. Таким чином, звернення до міжнародно-правових джерел є необхідним не лише для кращого розуміння витоків і трансформації концепції позитивних дій, а й для осмислення місця позитивної дискримінації у праві США та міжнародному публічному праві.

Так, варто вказати, що у міжнародному праві історія позитивної дискримінації розпочинається з прийняття у 1965 році Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. Враховуючи що ця Конвенція ратифікована США, вважаємо за необхідне проаналізувати цей документ більш детально.

Стаття 1 Конвенції визначає расова дискримінація як будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевагу, що оснований на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях суспільного життя. У той же час Конвенція не застосовується до відмінностей, винятків, обмежень чи переваг, що їх держави-учасниці проводять чи роблять між громадянами і негромадянами; так само у Конвенції немає норм, які б впливали на положення законодавства держав-учасниць стосовно національної належності, громадянства або натуралізації, за умови, що в таких постановках не проводиться дискримінація щодо якоїсь певної національності<sup>67</sup>.

Саме Конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації вперше у міжнародному праві закріпила визначення позитивних дій (позитивної дискримінації), яким було надано назву спеціальних заходів. Так, вжиття спеціальних заходів дозволяється, якщо воно пов'язано з виключною метою

---

<sup>67</sup> United Nations. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Adopted 21 December 1965. United Nations Treaty Series. Vol. 660. P. 195. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> (accessed: 04.06.2025).

забезпечення належного прогресу деяких расових або етнічних груп чи окремих осіб, що потребують захисту, який може виявитися необхідним для того, щоб забезпечити таким групам чи особам рівне використання і здійснення прав людини та основних свобод. Відповідно до Конвенції такі заходи не розглядається як расова дискримінація за умови, однак, що такі заходи не ведуть до збереження особливих прав для різних расових груп і що їх не буде залишено в силі після досягнення тих цілей, заради яких вони були запроваджені (стаття 1(4) Конвенції).

У статті 2 Конвенції закріплюється зобов'язання, що покладають на держави. Засуджуючи расову дискримінацію і зобов'язуючись невідкладно всіма можливими способами проводити політику ліквідації всіх форм расової дискримінації і сприяти взаєморозумінню між усіма расами, кожна держава-учасниця зобов'язується не чинити щодо осіб, груп або установ будь-яких актів чи дій, пов'язаних з расовою дискримінацією, і гарантувати, що всі державні органи і державні установи, як національні, так і місцеві, діятимуть відповідно до цього зобов'язання. Також кожна держава-учасниця зобов'язується не заохочувати, не захищати і не підтримувати расову дискримінацію, здійснювану будь-якими особами чи організаціями, при цьому вживаючи ефективних заходів для перегляду політики уряду в національному і місцевому масштабі, а також для виправлення, скасування або анулювання будь-яких законів і постанов, що ведуть до виникнення або увічнення расової дискримінації всюди, де вона існує. У той же час держави повинні використовувати всі належні засоби, в тому числі й законодавчі, щоб заборонити расову дискримінацію, що її проводять будь-які особи, групи чи організації, і покласти їй кінець, при цьому заохочуючи в належних випадках об'єднавчі багаторасові організації та об'єднавчий рух, так само як і інші заходи, спрямовані на знищення расових бар'єрів, і не підтримувати ті з них, які сприяють поглибленню расового роз'єднання.

Цікавим є те, що незважаючи на досить детальний перелік зобов'язань держав-учасниць, вони 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 свобод. 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 (стаття 2(2) Конвенції). У цьому аспекті вважаємо за необхідне підкреслити, що вжиття спеціальних засобів (застосування позитивної дисакримінації) може розглядатися не просто як право держави, а як юридичний обов'язок, який спрямований на підтримку та розвиток малопредставлених груп, що попередньо зазнали негативних наслідків дискримінації<sup>68</sup>.

У той же час цікаво зауважити, що у статті 5 Конвенції наводиться детальний перелік прав, здійснення яких має бути забезпечено на рівноправній основі для кожної людини:

- право на рівність перед судом і всіма іншими органами, що здійснюють правосуддя. У цій положині слід розглядати загальну ідею рівності як основоположного принципу;<sup>69</sup>
- право на особисту безпеку і захист з боку держави від насильства або тілесних ушкоджень, заподіюваних як урядовими службовими особами, так і будь-якими окремими особами, групами чи установами;
- політичні права, зокрема право брати участь у виборах — голосувати і виставляти свою кандидатуру — на основі загального і рівного виборчого права, право брати участь в управлінні країною, так само як і в

---

<sup>68</sup> United Nations. International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Adopted 21 December 1965. United Nations Treaty Series. Vol. 660. P. 195. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> (accessed: 04.06.2025).

<sup>69</sup> Погребняк С. Генезис ідеї рівності як основоположного принципу права. Вісник Національної академії правових наук України. 2010. № 3 (62). С. 50–58.

керівництві державними справами на будь-якому рівні, а також право рівного доступу до державної служби<sup>70</sup>;

- громадянські права, зокрема: право на свободу пересування і проживання в межах держави; право залишати будь-яку країну, включаючи свою власну, і повертатися в свою країну; право на громадянство; право на одруження і на обрання подружжя; право на володіння майном як одноосібно, так і спільно з іншими; право спадкоємства; право на свободу думки, совісті і релігії; право на свободу переконань і на вільне вираження їх; право на свободу мирних зборів та асоціацій;
- права в економічній, соціальній і культурній галузях, зокрема: право на працю, вільний вибір роботи, справедливі і сприятливі умови праці, захист від безробіття, рівну плату за рівну працю, справедливу і задовільну винагороду; право створювати професійні спілки і вступати до них; право на житло; право на охорону здоров'я, медичну допомогу, соціальне забезпечення і соціальне обслуговування; право на освіту і професійну підготовку; право на рівну участь у культурному житті;
- право на доступ до всякого місця або всякого виду обслуговування, призначеного для громадського користування, як, наприклад, транспорт, готелі, ресторани, кафе, театри і парки.

Надзвичайно важливо додати, що у 2009 році Комітет з ліквідації расової дискримінації, утворений відповідно до вищевказаної Конвенції, прийняв Загальну рекомендацію № 32 «Значення та сфера застосування спеціальних заходів у Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації». Цей документ є аткульанним з точку зору детального переліку вимог, які мають бути виконані державами при застосуванні концепції позитивних дій. Розглянемо більш детально.

Так, метою Загальної рекомендації № 32 є насамперед надання, з огляду на досвід Комітету, практичних орієнтирів щодо розуміння спеціальних заходів

---

<sup>70</sup> Афанасьєва М. Позитивна та зворотна дискримінація у виборчій сфері. Юридичний вісник. 2019. № 1. С. 19–24. URL: [http://yurvisnyk.in.ua/v1\\_2019/5.pdf](http://yurvisnyk.in.ua/v1_2019/5.pdf) (дата звернення: 04.06.2025).

у межах Конвенції. Це має сприяти державам-учасникам у належному виконанні ними своїх зобов'язань за Конвенцією, включно із зобов'язаннями щодо звітності. Такі орієнтири можуть розглядатися як узагальнення та систематизація значного масиву рекомендацій Комітету, адресованих державам-учасникам у сфері спеціальних заходів<sup>71</sup>.

Комітет підкреслює, що саме рівність і недискримінація є основою спеціальних заходів. Розрізняючи формальну та фактичну рівність, варто пам'ятати, що Конвенція ґрунтується на принципах гідності та рівності всіх людей. Принцип рівності, закріплений у Конвенції, поєднує формальну рівність перед законом і рівний правовий захист із матеріальною (де-факто) рівністю у здійсненні та користуванні правами людини. Саме досягнення такої фактичної рівності є кінцевою метою втілення принципів Конвенції<sup>72</sup>.

У той же час принцип рівного користування правами становить невід'ємний елемент заборони дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, походження чи національного або етнічного походження. На практиці перелік підстав дискримінації розширюється через застосування концепції інтерсекційності, коли Комітет аналізує випадки подвійної або множинної дискримінації, зокрема за ознаками статі чи релігії, якщо така дискримінація поєднується з однією чи кількома підставами, визначеними у статті 1 Конвенції. При цьому поняття дискримінації у межах Конвенції охоплює як умисну дискримінацію, так і дискримінацію за наслідками. Вона полягає не лише у неправомірному розрізненні, виключенні чи обмеженні, але й у неправомірній перевазі. Це зумовлює особливу важливість для держав-учасниць чіткого розмежування між спеціальними заходами та неправомірними преференціями.

У п. 11 Загальної рекомендації зазначається, що метою спеціальних заходів є забезпечення ефективної рівності. Так, концепція спеціальних заходів

---

<sup>71</sup> Барінов А. Позитивні дії як міжнародно-правовий інструмент забезпечення фактичної рівності. Наше право. 2025. № 4. С. 173–180.

<sup>72</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General recommendation No. 32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD/C/GC/32). United Nations. 2009. 24 September. URL: [https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD\\_Recommendation%20No32.pdf](https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Recommendation%20No32.pdf) (accessed: 05.04.2025).

ґрунтується на принципі, що закони, політики та практики, ухвалені й реалізовані з метою виконання зобов'язань за Конвенцією ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, у певних обставинах потребують доповнення тимчасовими спеціальними заходами. Такі заходи мають бути спрямовані на забезпечення повного й рівного користування правами людини та основоположними свободами для вразливих груп. Спеціальні заходи становлять складову ширшого комплексу положень Конвенції, присвячених досягненню головної мети — усунення расової дискримінації. Важливо, що успішне досягнення цієї мети можливе лише за умови належної та послідовної імплементації всіх положень Конвенції<sup>73</sup>.

Варто підкреслити, що терміни «спеціальні заходи» та «спеціальні й конкретні заходи», що використовуються в Конвенції, розглядаються як функціонально еквівалентні й мають автономне значення, яке слід тлумачити в контексті Конвенції в цілому. Це значення може відрізнитися від уживання в окремих державах-учасницях відповідно до положень їхнього національного законодавства. Поняття «спеціальні заходи» охоплює також ті заходи, які в деяких країнах позначають як «позитивні заходи» («affirmative measures»), «позитивні дії» («affirmative action» чи «positive action»), якщо вони відповідають положенням статті 1(4) та статті 2(2) Конвенції.

У відповідності до Конвенції, у цій Рекомендації застосовуються терміни «спеціальні заходи» або «спеціальні й конкретні заходи», і державам-учасницям рекомендується користуватися термінологією, яка чітко демонструє відповідність їхніх законів і практик зазначеним у Конвенції концепціям. Термін «позитивна дискримінація» у контексті міжнародних стандартів у сфері прав людини є суперечливим та неприйнятним і має бути уникнений. Це пояснює, чому у правовій системі США вживається термін «позитивні дії» («affirmative actions»).

---

<sup>73</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General recommendation No. 32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD/C/GC/32). United Nations. 2009. 24 September. URL: [https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD\\_Recommendation%20No32.pdf](https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Recommendation%20No32.pdf) (accessed: 05.04.2025).

Згідно із позицією Комітету з ліквідації расової дискримінації поняття заходи охоплює весь спектр законодавчих, виконавчих, адміністративних, бюджетних та регуляторних інструментів на всіх рівнях державного апарату, а також плани, політики, програми та пільгові режими у сферах зайнятості, житла, освіти, культури та участі у суспільному житті для вразливих груп. Такі заходи мають розроблятися та впроваджуватися на основі зазначених інструментів. Держави-учасниці повинні відповідно до своїх зобов'язань за Конвенцією включати положення про спеціальні заходи до своїх правових систем, як шляхом прийняття загального законодавства, так і через спеціальне законодавство, спрямоване на окремі сектори з урахуванням переліку прав людини, закріпленого у статті 5 Конвенції, щобув детально проаналізований вище. Крім того, відповідні положення мають реалізовуватися через плани, програми та інші політичні ініціативи на національному, регіональному та місцевому рівнях з дотриманням контролю за їх виконанням.

Цікавим є аналіз вимог щодо застосування спеціальних заходів. Слід розпочати з того, що обов'язок застосовувати спеціальні заходи відрізняється від загального позитивного обов'язку держав-учасниць Конвенції гарантувати права людини та основоположні свободи на недискримінаційній основі для всіх осіб і груп, що перебувають під їхньою юрисдикцією. Такий загальний обов'язок впливає із положень Конвенції в цілому та є складовою кожної її частини.

Спеціальні заходи не слід ототожнювати з окремими правами, що належать певним категоріям осіб або спільнот. До таких, зокрема, належать права осіб, які належать до меншин, користуватися власною культурою, сповідувати та практикувати власну релігію і користуватися рідною мовою; права корінних народів, включаючи права на землі, які вони традиційно займають; а також права жінок на відмінне від чоловіків ставлення, наприклад, надання відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами з огляду на біологічні відмінності від чоловіків. Такі права мають постійний характер і визнаються як такі в міжнародних актах з прав людини, у тому числі ухвалених у рамках

діяльності Організації Об'єднаних Націй та її спеціалізованих установ. Держави-учасниці повинні чітко розрізняти у своєму законодавстві та практиці спеціальні заходи й постійні права людини. При цьому важливо підкреслити, що розмежування між спеціальними заходами та постійними правами означає таке: особи, які користуються постійними правами, можуть одночасно отримувати вигоди від спеціальних заходів. На нашу думку, цей аспект є надвичайно важливим у контексті розуміння місця спеціальних заходів та їх співвідношення із системою прав людини<sup>74</sup>.

Важливо також звернути увагу на те, що Загальна рекомендація Комітету містить перелік умов, дотримання яких є необхідним для прийняття та реалізації спеціальних заходів. По-перше, спеціальні заходи мають бути адекватними до ситуації, яку необхідно виправити, легітимними, необхідними у демократичному суспільстві, відповідати принципам справедливості та пропорційності, а також бути тимчасовими. Такі заходи повинні розроблятися та реалізовуватися на основі наявної потреби й ґрунтуватися на реалістичній оцінці фактичного становища окремих осіб та спільнот, на яких вони спрямовані.

По-друге, оцінка потреби у спеціальних заходах повинна здійснюватися на основі достовірних даних, дезагредованих за расою, кольором шкіри, походженням та етнічною чи національною належністю, із врахуванням гендерного виміру. Такі дані мають відображати соціально-економічний та культурний статус різних груп населення, їхні умови життя та рівень участі у соціально-економічному розвитку країни.

По-третє, саме держави-учасниці повинні забезпечити, щоб спеціальні заходи розроблялися та впроваджувалися на основі попередніх консультацій із зацікавленими спільнотами та за активної участі цих спільнот.

---

<sup>74</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General recommendation No. 32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD/C/GC/32). United Nations. 2009. 24 September. URL: [https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD\\_Recommendation%20No32.pdf](https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Recommendation%20No32.pdf) (accessed: 05.04.2025).

Цікаво, що рекомендації надають детальне тлумачення положень статті 1(4) Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації щодо застосування позитивних дій. Так, вказівка у статті 1(4) Конвенції на те, що спеціальні заходи «не повинні вважатися расовою дискримінацією», однозначно підкреслює, що спеціальні заходи, вжиті державами-учасницями відповідно до положень Конвенції, не становлять дискримінації. Ця позиція додатково підтверджується матеріалами підготовки Конвенції (*travaux préparatoires*), де зафіксовано зміну у тексті з «мають не вважатися расовою дискримінацією» на більш категоричне «не повинні вважатися расовою дискримінацією». Така редакція свідчить про принципову спрямованість норми: спеціальні заходи не є винятком із принципу недискримінації, а, навпаки, складають його органічну складову і є невід'ємним елементом проєкту Конвенції, спрямованого на викорінення расової дискримінації та утвердження людської гідності й ефективної рівності.

Для відповідності Конвенції спеціальні заходи не визнаються дискримінаційними лише за умови, що вони вживаються з єдиною метою забезпечення рівного користування правами людини та основоположними свободами. Така ціль має бути очевидною як із самої природи цих заходів, так і з аргументації органів влади, які їх обґрунтовують, а також із правових та адміністративних інструментів, що забезпечують їхню реалізацію. Таким чином, акцент на єдиній меті суттєво обмежує допустиме коло мотивацій, які можуть бути використані державами для запровадження спеціальних заходів у межах Конвенції.

У той же час поняття належного прогресу (*adequate advancement*), закріплене у статті 1(4) Конвенції, передбачає цілеспрямовані програми, спрямовані на усунення чи пом'якшення диспропорцій у користуванні правами людини та основоположними свободами, які стосуються певних груп або окремих осіб, захищаючи їх від дискримінації. Такі диспропорції включають, але не обмежуються лише історично сформованими чи структурними нерівностями, а також охоплюють де-факто нерівність, що впливає з

історичних обставин і продовжує позбавляти вразливі групи та окремих осіб необхідних умов для всебічного розвитку людської особистості. Водночас для легітимації програм спеціальних заходів не вимагається доведення факту історичної дискримінації. Основний акцент має робитися на усуненні наявних диспропорцій та на запобіганні виникненню нових форм нерівності у майбутньому.

Термін захист у контексті Конвенції вказує на те, що спеціальні заходи можуть виконувати не лише коригуючу функцію, спрямовану на усунення вже існуючих порушень прав людини, але й превентивну, що має на меті запобігати можливим порушенням. Отже, спеціальні заходи покликані гарантувати рівне користування правами та основоположними свободами шляхом протидії будь-яким формам дискримінаційних практик, у тому числі тих, що здійснюються приватними особами чи організаціями.

Хоча Конвенція і визначає бенефіціарами спеціальних заходів «расові або етнічні групи чи окремих осіб, які потребують ... захисту» (стаття 1(4)), а також «расові групи чи осіб, які до них належать» (стаття 2(2)), на практиці ці заходи повинні застосовуватися щодо будь-яких груп або осіб, охоплених статтею 1 Конвенції. Такий висновок впливає як із *travaux préparatoires* Конвенції, так і з практики держав-учасниць та відповідних заключних зауважень Комітету.

Варто зауважити, що стаття 1(4) Конвенції сформульована ширше, ніж стаття 2(2). Вона передбачає надання захисту окремим індивідам, які цього потребують, навіть без прив'язки до їхньої етнічної належності. Проте коло потенційних бенефіціарів має тлумачитися у світлі загальної мети Конвенції, що полягає у викоріненні всіх форм расової дискримінації, при цьому спеціальні заходи визнаються одним із ключових інструментів досягнення цієї мети.

Разом із тим Конвенція встановлює певні обмеження щодо застосування спеціальних заходів. Перше обмеження полягає у тому, що такі заходи «не повинні призводити до підтримання окремих прав для різних расових груп». Це положення адресоване безпосередньо до випадків сегрегації та апартеїду, які

згадуються у статті 3 Конвенції та у її преамбулі, відповідно до яких держави-учасниці особливо засуджують расову сегрегацію та апартеїд і зобов'язуються відвертати, забороняти і викорінювати всяку практику такого характеру на територіях, які є під їх юрисдикцією. Отже, мова йде про недопустимість практик, що штучно закріплюють ізолюваність окремих груп. Водночас це положення необхідно чітко відрізнити від міжнародно визнаних прав, спрямованих на забезпечення існування та ідентичності меншин, корінних народів та інших категорій осіб, чий колективні права визнаються у системі універсальних прав людини.

Друге обмеження полягає у тому, що спеціальні заходи «не повинні зберігатися після досягнення цілей, задля яких вони були запроваджені». Це обмеження має функціональний і цільовий характер: заходи повинні припинятися тоді, коли цілі рівності, задля яких їх було застосовано, досягнуто на сталому рівні. Тривалість дії таких заходів залежить від поставлених завдань, обраних засобів їх реалізації та фактичних результатів їх застосування. Тому спеціальні заходи мають бути ретельно адаптовані до конкретних потреб груп чи індивідів, яким вони адресовані.

Рекомендація Комітету також вказує, що стаття 2(2) Конвенції встановлює, що держави-учасниці повинні, коли цього вимагають обставини, вживати у соціальній, економічній, культурній та інших сферах спеціальних і конкретних заходів для забезпечення належного розвитку та захисту певних расових груп або осіб, що до них належать, з метою гарантування їм повного і рівного користування правами людини та основоположними свободами. Ці заходи в жодному разі не повинні мати наслідком збереження нерівних чи відокремлених прав для різних расових груп після досягнення цілей, задля яких вони були вжиті.

Таким чином, стаття 1(4) Конвенції по суті є уточненням змісту поняття «дискримінація» у випадку застосування спеціальних заходів. Натомість стаття 2(2) розвиває концепцію спеціальних заходів у площину прямого обов'язку держав-учасниць, у взаємозв'язку з іншими положеннями статті 2

Конвенції. Відмінності у термінології, що містяться в обох пунктах, не змінюють їхньої концептуальної єдності та спільної мети.

Використання у статті 2(2) дієслова «повинні» («shall») у контексті запровадження спеціальних заходів свідчить про імперативний характер обов'язку держав-учасниць. Цей обов'язок не втрачає своєї природи через уточнюючу фразу «коли цього вимагають обставини». Остання має тлумачитися як контекстуальне уточнення сфери застосування заходів і пов'язується з фактичними випадками нерівності у користуванні правами людини, які потребують виправлення. Таким чином, застосування спеціальних заходів повинно ґрунтуватися на об'єктивних критеріях та реальних диспропорціях у становищі різних груп<sup>75</sup>.

Варто вказати, що внутрішня форма держави-учасниці (унітарна, федеративна чи децентралізована) не звільняє її від міжнародної відповідальності за виконання положень Конвенції. Держава повинна забезпечити застосування спеціальних заходів на всій своїй території, де такі заходи є необхідними. У федеративних чи децентралізованих державах саме федеральна влада несе міжнародно-правову відповідальність за створення єдиного правового та інституційного механізму для їх послідовного застосування в усіх регіонах<sup>76</sup>.

Цікаво звернути увагу на аналіз термінологічного аспекту. Хоча у статті 1(4) Конвенції вживається термін «спеціальні заходи», у статті 2(2) йдеться про «спеціальні і конкретні заходи». Підготовчі матеріали (*travaux préparatoires*) не надають підстав для відмінності між цими поняттями, а Комітет, як правило, використовує їх як синонімічні. З огляду на зміст статті 2 як узагальнюючого положення щодо зобов'язань держав-учасниць, термінологія «спеціальні і конкретні заходи» видається доречною, оскільки наголошує на обов'язку

---

<sup>75</sup> Беліцер Н. Дискримінація в Україні – проблеми і перспективи їх подолання : аналітичний звіт Українського незалежного центру політичних досліджень. Київ, 2013. 28 с. URL: [http://diversipedia.org.ua/sites/default/files/discrimination\\_policy\\_paper\\_sep20123.pdf](http://diversipedia.org.ua/sites/default/files/discrimination_policy_paper_sep20123.pdf) (дата звернення: 05.05.2023).

<sup>76</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General recommendation No. 32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD/C/GC/32). United Nations. 2009. 24 September. URL: [https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD\\_Recommendation%20No32.pdf](https://adssdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Recommendation%20No32.pdf) (accessed: 05.04.2025).

держав ухвалювати адресні та адекватні інструменти, здатні реально усунути наявні нерівності та досягти поставлених цілей.

Посилання у статті 2(2) Конвенції на мету спеціальних заходів — забезпечення «належного розвитку та захисту» груп і осіб — може бути співвіднесене з терміном «прогрес» (advancement), ужитим у статті 1(4). Обидва положення Конвенції свідчать про те, що спеціальні заходи мають приносити чітку та безпосередню користь групам і окремим особам у забезпеченні здійсненні ними прав людини. Перелік сфер дії, наведений у статті 2(2), а саме «соціальна, економічна, культурна та інші сфери», не є вичерпним. У принципі, спеціальні заходи можуть поширюватися на всі сфери, у яких існує позбавлення або обмеження прав людини, включаючи випадки невиконання чи неналежного забезпечення будь-яких прав, прямо або опосередковано захищених статтею 5 Конвенції. В усіх випадках зрозуміло, що посилання на розвиток стосується лише конкретних умов і ситуацій, у яких перебувають певні групи чи особи, і жодним чином не є відображенням їхніх вроджених характеристик.

Бенефіціарами спеціальних заходів відповідно до статті 2(2) можуть бути як групи, так і окремі особи, що належать до цих груп. Просування та захист спільнот за допомогою спеціальних заходів є легітимною метою, яка має здійснюватися паралельно з належною повагою до прав та інтересів окремих індивідів. Ідентифікація особи як члена певної групи має ґрунтуватися насамперед на принципі самоідентифікації, за винятком випадків, коли існує обґрунтоване виправдання для іншого підходу.

Обмеження щодо застосування спеціальних заходів, передбачені статтею 2 (2), за суттю відповідають положенням статті 1(4) з урахуванням принципу *mutatis mutandis*. Вимога обмежувати строк дії спеціальних заходів означає необхідність створення постійної системи моніторингу їх застосування та результатів із використанням, залежно від обставин, кількісних і якісних методів оцінки. Держави-учасниці також мають ретельно визначати, чи не можуть для бенефіціарних спільнот виникнути негативні наслідки для прав

людини у випадку раптового скасування спеціальних заходів, особливо якщо вони застосовувалися протягом тривалого періоду.

У той же час рекомендації Комітету містять положення щодо звітування державами щодо застосування та ефективності впроваджених спеціальних заходів<sup>77</sup>. Так, запропоновані рекомендації щодо змісту звітів підтверджують і конкретизують орієнтири, надані державам-учасницям у Узгоджених керівних принципах щодо звітування за міжнародними договорами з прав людини, включаючи керівні принципи щодо загального базового документа та документів, специфічних для кожного договору (HRI/MC/2006/3)<sup>78</sup>, а також у Керівних принципах щодо документа, специфічного для Конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, який держави-учасниці подають відповідно до статті 9 (1) Конвенції<sup>79</sup>.

Зазначається, що звіти держав-учасниць повинні описувати спеціальні заходи у зв'язку з будь-якими положеннями Конвенції, до яких такі заходи мають відношення. Крім того, у звітах доцільно наводити інформацію щодо:

- термінології, яка застосовується для визначення спеціальних заходів у розумінні Конвенції;
- обґрунтування таких заходів, включаючи відповідні статистичні дані та інші відомості про загальний стан бенефіціарів, стислий виклад того, як виникли диспропорції, що підлягають усуненню, а також очікувані результати від застосування заходів;
- визначення адресатів (бенефіціарів) заходів;
- спектру проведених консультацій перед ухваленням заходів, зокрема із зацікавленими групами та громадянським суспільством загалом;

<sup>77</sup> Посібник із європейського антидискримінаційного права. Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав ; Рада Європи. Люксембург, 2010. 191 с. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discr\\_iaw\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discr_iaw_UKR.pdf) (дата звернення: 04.06.2025).

<sup>78</sup> United Nations. Harmonized guidelines on reporting under the international human rights treaties, including guidelines on a common core document and treaty-specific documents (HRI/MC/2006/3). Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 2006. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/583450> (accessed: 04.06.2025).

<sup>79</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD). Guidelines for the CERD-specific document to be submitted by States parties under article 9, paragraph 1, of the Convention (CERD/C/2007/1). United Nations. 2007. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/602415> (accessed: 04.04.2025).

- характеру заходів та способів, у які вони сприяють просуванню, розвитку та захисту відповідних груп і осіб;
- сфер чи секторів, у яких було ухвалено спеціальні заходи;
- за можливості, передбачуваної тривалості заходів;
- державних інституцій, відповідальних за реалізацію заходів;
- наявних механізмів моніторингу й оцінювання заходів;
- участі цільових груп та індивідів у діяльності інституцій, що впроваджують заходи, а також у процесах моніторингу та оцінювання;
- результатів (остаточних чи попередніх), досягнутих унаслідок реалізації заходів;
- планів щодо ухвалення нових заходів і їхнього обґрунтування;
- пояснень, чому, попри ситуації, що, очевидно, виправдовують ухвалення заходів, такі заходи не були прийняті.

У випадках, коли держава-учасниця зберігає застереження, що стосується положень Конвенції про спеціальні заходи, вона запрошується надати інформацію про причини необхідності такого застереження, його характер і обсяг, точні наслідки для національного законодавства й політики, а також будь-які плани щодо його обмеження або скасування у визначений строк. Якщо ж держави-учасниці ухвалили спеціальні заходи попри наявність застереження, вони повинні надати інформацію про такі заходи відповідно до рекомендацій, викладених вище<sup>80</sup>.

Узагальнюючи наведені положення, можна зробити висновок, що Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації та рекомендації Комітету передбачають цілісну систему вимог до спеціальних заходів (позитивних дій). Вони мають бути законодавчо обґрунтованими, тимчасовими, пропорційними та спрямованими виключно на усунення фактичних нерівностей і досягнення ефективної рівності у сферах освіти,

---

<sup>80</sup> Боярський Є. Д. Інститут надімперативних норм у міжнародному приватному праві України: характер дії та методологічна приналежність. Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія «Юридичні науки». 2013. Т. 26 (65). № 2-1. Ч. 1. С. 232–239.

працевлаштування, участі в культурному та політичному житті. Окремо наголошується на обов'язку держав проводити консультації з цільовими групами, забезпечувати прозорість та створювати механізми моніторингу результативності таких заходів. У цьому контексті практика Сполучених Штатів щодо впровадження позитивних дій у сфері освіти та доступу до публічних інституцій у цілому відповідає міжнародним стандартам та орієнтирам Конвенції. Попри відмінності у термінології й специфіці правового регулювання, американський підхід демонструє спільність із міжнародно-правовим розумінням позитивних дій як необхідного інструмента для подолання структурних і фактичних форм дискримінації та досягнення реальної рівності.

Аналізуючи міжнародно-правові акти, спрямовані на боротьбу з дискримінацією, варто також згадати Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 року. Враховуючи, що цей документ містить окремі положення щодо позитивних дій, вважаємо за важливе проаналізувати його більш детально.

Так, Конвенція визначає дискримінацію щодо жінок як будь-яке розрізнення, виняток або обмеження за ознакою статі, що спрямовані на ослаблення чи зведення нанівець визнання, користування або здійснення жінками прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній, громадській або будь-якій іншій галузі на основі рівноправності чоловіків і жінок (стаття 1 Конвенції)<sup>81</sup>.

Саме ця Конвенція стала основою для запровадження та закріплення принципу рівноправності чоловіків і жінок у національних конституціях та іншому законодавстві з прав людини у державах, де цього не було зроблено раніше, з метою забезпечення за допомогою закону й інших відповідних заходів практичного здійснення цього принципу.

---

<sup>81</sup> United Nations. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). 1979. United Nations General Assembly. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (accessed: 04.06.2025).

У той же час у статті 4 Конвенції передбачається, що вжиття державами тимчасових спеціальних заходів, спрямованих на прискорення встановлення фактичної рівності між чоловіками та жінками, не вважається дискримінаційним, проте воно ні в якому разі не повинно тягнути за собою збереження нерівноправних або диференційованих стандартів; ці заходи повинні бути скасовані, коли будуть досягнуті цілі рівних можливостей і рівноправних відносин. Вжиття державами спеціальних заходів, спрямованих на охорону материнства, включаючи заходи, що містяться в Конвенції, не вважається дискримінаційним.

Враховуючи, що вищенаведене положення є загальною нормою, з метою полегшення її виконання та тлумачення Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок ухвалив рішення підготувати Загальну рекомендацію № 25 щодо статті 4 Конвенції. Так, Комітет зауважує, що обсяг і зміст статті 4 Конвенції мають визначатися в контексті її загальної мети й завдання, якими є ліквідація всіх форм дискримінації щодо жінок задля досягнення їхньої юридичної (*de jure*) та фактичної (*de facto*) рівності з чоловіками у здійсненні прав людини та основоположних свобод. Держави-учасниці Конвенції мають юридичний обов'язок поважати, захищати, сприяти та забезпечувати реалізацію цього права жінок на недискримінацію, а також гарантувати розвиток і просування жінок з метою поліпшення їхнього становища до рівня як юридичної, так і фактичної рівності з чоловіками<sup>82</sup>.

По-перше, обов'язком держав є гарантування відсутності прямої чи непрямой дискримінації щодо жінок у їхньому законодавстві, а також забезпечення захисту жінок від дискримінації з боку державних органів, судових інституцій, організацій, підприємств або приватних осіб як у публічній, так і у приватній сферах. Такий захист має надаватися компетентними судами, а також передбачати санкції й інші засоби правового захисту. По-друге, держави

---

<sup>82</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). General recommendation No. 25: Temporary special measures (article 4, paragraph 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women). United Nations. 2004. URL: <https://www.refworld.org/docid/453882a822.html> (accessed: 04.04.2025).

зобов'язані покращувати фактичне становище жінок шляхом запровадження конкретних та ефективних політик і програм. По-третє, держави повинні реагувати на панівні гендерні відносини та стійкі гендерні стереотипи, що впливають на жінок не лише через індивідуальні дії окремих осіб, а й через норми права, а також правові й суспільні структури та інститути<sup>83</sup>.

З точки зору Комітету, суто формальний підхід (правовий чи програмний) є недостатнім для досягнення фактичної рівності жінок і чоловіків, яку Комітет трактує як де-факто рівність. Конвенція вимагає не лише однакового старту для жінок, а й створення сприятливого середовища, яке дозволить їм досягти рівності результатів. Недостатньо гарантувати жінкам ідентичне ставлення у порівнянні з чоловіками. Натомість необхідно враховувати як біологічні, так і соціально та культурно зумовлені відмінності між жінками й чоловіками. За певних обставин може виникати потреба у різному підході до жінок і чоловіків для належного врахування цих відмінностей. Досягнення де-факто рівності вимагає також ефективної стратегії подолання недостатнього представництва жінок і перерозподілу ресурсів та влади між жінками й чоловіками.

Рівність результатів є логічним наслідком де-факто рівності. Її прояви можуть мати кількісний та/або якісний характер: це, зокрема, порівнювана чисельність жінок і чоловіків серед носіїв відповідних прав у різних сферах, досягнення жінками співмірних із чоловіками рівнів доходів, рівноправна участь у процесах ухвалення рішень і здійсненні політичного впливу, а також реальне забезпечення для жінок свободи від насильства<sup>84</sup>.

Покращення становища жінок неможливе доти, доки першопричини дискримінації та нерівності не будуть ефективно усунуті. Життєвий досвід жінок і чоловіків слід розглядати у контекстній взаємопов'язаності, а запроваджувані заходи мають бути спрямовані на справжню трансформацію можливостей, інституцій і систем так, щоб вони більше не спиралися на

---

<sup>83</sup> Погребняк С. Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності. Вісник Академії правових наук України. 2007. № 3 (50). С. 23–34. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/5164> (дата звернення: 04.06.2025).

<sup>84</sup> Капеліста І. Реалізація принципу гендерної рівності у політичному представництві в Європейському Союзі. Європейські перспективи. 2025. № 3. С. 400–408.

історично зумовлені чоловікоцентричні парадигми влади та усталені моделі суспільного життя.

Аналізуючи значення та сферу застосування тимчасових спеціальних заходів у Конвенції, Комітет зазначає, що існує чітка відмінність між метою спеціальних заходів, передбачених у пункті 1 статті 4 Конвенції, і заходів, визначених у пункті 2 статті 4 Конвенції. Завдання пункту 1 полягає у прискоренні покращення становища жінок для досягнення їх фактичної рівності з чоловіками та здійсненні структурних, соціальних і культурних змін, необхідних для подолання минулих і теперішніх форм та наслідків дискримінації щодо жінок, а також для надання їм компенсаційних можливостей. Ці заходи мають тимчасовий характер. Водночас пункт 2 статті 4 Конвенції передбачає неоднакове ставлення до жінок і чоловіків, зумовлене їхніми біологічними відмінностями<sup>85</sup>. Такі заходи є постійними принаймні доти, доки науково-технічний прогрес не стане підставою для перегляду їх необхідності.

У підготовчих матеріалах (*travaux préparatoires*) до Конвенції використовуються різні терміни для позначення тимчасових спеціальних заходів, згаданих у пункті 1 статті 4 Конвенції. Сам Комітет у своїх попередніх загальних рекомендаціях також вживав різні формулювання. Держави-сторони часто ототожнюють спеціальні заходи у їх виправному, компенсаційному чи промоційному значенні з такими термінами, як «affirmative action» (позитивні дії), «positive action» (позитивні заходи), «reverse discrimination» (зворотна дискримінація) та «positive discrimination» (позитивна дискримінація). Ці терміни виникли внаслідок дискусій та різноманітної практики в національних контекстах. У Загальній рекомендації № 25, а також у межах розгляду звітів держав-сторін, Комітет вживає виключно термін тимчасові спеціальні заходи, як це передбачено у пункті 1 статті 4 Конвенції.

---

<sup>85</sup> United Nations. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). 1979. United Nations General Assembly. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (accessed: 04.06.2025).

Так, у Загальній рекомендації № 25 вказується, що заходи, які ухвалюються державами відповідно до статті 4 Конвенції, мають бути спрямовані на прискорення рівної участі жінок у політичній, економічній, соціальній, культурній, цивільній та інших сферах суспільного життя. Комітет розглядає застосування таких заходів не як виняток із загального принципу недискримінації, а як підтвердження того, що тимчасові спеціальні заходи є складовою необхідної стратегії держав-сторін, спрямованої на досягнення фактичної рівності жінок і чоловіків у реалізації прав людини та основних свобод. Хоча в багатьох випадках застосування тимчасових спеціальних заходів дозволяє компенсувати наслідки минулої дискримінації, обов'язок держав забезпечувати реальне підвищення становища жінок до рівня фактичної рівності з чоловіками існує незалежно від наявності чи доведеності такої дискримінації в минулому. При цьому Комітет наголошує: держави, що ухвалюють і реалізують такі заходи, не вчиняють таким чином дискримінації щодо чоловіків<sup>86</sup>.

При цьому цікавим елементом видається те, що держави повинні чітко відрізнити тимчасові спеціальні заходи, передбачені статтею 4 Конвенції та які мають на меті досягнення конкретних результатів у напрямі фактичної рівності, від загальних соціальних політик, спрямованих на поліпшення становища жінок і дівчат. Не всі заходи, що потенційно є сприятливими для жінок, можуть вважатися тимчасовими спеціальними заходами. Загальне забезпечення умов для реалізації цивільних, політичних, економічних, соціальних і культурних прав жінок і дівчат з метою гарантування їхнього життя в умовах гідності та недискримінації не належить до категорії таких заходів.

У той же час стаття 4 Конвенції прямо підкреслює тимчасовий характер спеціальних заходів. Вони не повинні діяти безстроково, навіть якщо на практиці тимчасовість може передбачати досить тривале їх застосування.

---

<sup>86</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). General recommendation No. 25: Temporary special measures (article 4, paragraph 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women). United Nations. 2004. URL: <https://www.refworld.org/docid/453882a822.html> (accessed: 04.04.2025).

Тривалість заходів визначається їхнім функціональним результатом у розв'язанні конкретної проблеми, а не наперед визначеним проміжком часу. Тимчасові спеціальні заходи підлягають скасуванню тоді, коли поставлені завдання досягнуті й забезпечені стійкі результати<sup>87</sup>.

Термін спеціальні в контексті прав людини вимагає окремого пояснення. Його використання інколи може створювати враження, що жінки чи інші групи, які зазнають дискримінації, є слабкими, вразливими й потребують додаткових особливих механізмів для участі у суспільному житті. Однак справжній зміст цього терміна, як він уживається у статті 4 Конвенції, полягає в тому, що заходи мають чітко визначену мету. При цьому, під словом «заходи» розуміється широкий спектр інструментів — законодавчих, виконавчих, адміністративних та інших регулятивних, а також політик і практик. До них належать програми підтримки чи розширення доступу; розподіл і/або перерозподіл ресурсів; застосування преференцій; цільовий добір, найм і просування; визначення кількісних цілей у поєднанні з часовими рамками; системи квот. Конкретний вибір заходів залежить від контексту, у якому застосовується стаття 4 Конвенції, та від поставленої мети, яку вони мають забезпечити.

Як висновок, Комітет узагальнує, що запровадження та реалізація тимчасових спеціальних заходів може породжувати дискусії щодо критеріїв кваліфікації та заслуг груп чи окремих осіб, на яких вони спрямовані. Часто висувається аргумент проти надання преференцій жінкам, яких вважають менш кваліфікованими у порівнянні з чоловіками в таких сферах, як політика, освіта чи зайнятість. Однак слід підкреслити, що головна мета тимчасових спеціальних заходів полягає у прискоренні досягнення фактичної рівності, тому питання кваліфікації та заслуг, особливо у сфері працевлаштування як у державному, так і в приватному секторах, мають ретельно переглядатися з урахуванням гендерних упереджень, оскільки вони часто формуються під

---

<sup>87</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). General recommendation No. 25 on article 4, paragraph 1, on temporary special measures. United Nations. 1999. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/426064> (accessed: 04.04.2025).

впливом нормативних і культурних чинників<sup>88</sup>. Крім того, у процесі призначення, відбору чи обрання на державні та політичні посади поряд із критеріями кваліфікації та заслуг мають враховуватися й інші фактори, зокрема принципи соціальної справедливості та вільного вибору<sup>89</sup>.

Отже, Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок та загальні рекомендації до неї відіграють фундаментальну роль у формуванні міжнародних стандартів у сфері застосування позитивних дій щодо жінок. Вони створюють нормативну основу для тимчасових спеціальних заходів, які дозволяють подолати структурні бар'єри та історичну нерівність жінок у різних сферах суспільного життя. Саме завдяки цим положенням держави отримують легітимний інструментарій для забезпечення не лише формальної, а й фактичної рівності, що робить Конвенцію ключовим орієнтиром у сфері гендерної політики та прав людини.

## **2.2. Еволюція підходів Верховного Суду США щодо застосування позитивних дій**

Проблема позитивних дій у правовій системі США належить до числа найбільш дискусійних у сучасному конституційному праві. Вона відображає складне поєднання формальної заборони дискримінації, закріпленої у Чотирнадцятій поправці до Конституції США, та прагнення подолати історичну нерівність, спричинену сегрегацією й расовими упередженнями. Розвиток підходів Верховного Суду США до цієї проблеми має ключове значення: саме судові рішення визначали допустимість використання расових критеріїв у сфері освіти та інших суспільних відносинах. Вивчення еволюції цих підходів

---

<sup>88</sup> Пономарьов С. Ю., Федорович І. Ю. Запобігання та протидія дискримінації в Україні : посібник для працівників органів державної влади та місцевого самоврядування. Київ : Міжнародна організація з міграції, Представництво в Україні, 2014. 74 с.

<sup>89</sup> Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). General recommendation No. 37 on gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change. United Nations, 2020. URL: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f37&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f37&Lang=en) (accessed: 04.04.2025).

дозволяє краще зрозуміти, як змінювалося бачення рівності, справедливості та ролі держави у забезпеченні доступу до можливостей.

Еволюцію підходів Верховного суду США щодо позитивних дій вважаємо за необхідне розпочати зі справи *Fisher v. University of Texas*<sup>90</sup>. Так, останнє звернення Верховного Суду до проблематики расово орієнтованих позитивних дій (affirmative action) у цій справі не виправдало очікувань ані прихильників, ані критиків цієї політики. Суд прямо не трансформував доктрину, однак чітко задекларував, що відтепер усі програми позитивних дій мають проходити перевірку на відповідність критеріям суворого контролю (strict scrutiny) у його повному, а не «пом'якшеному» вигляді, який було застосовано у справі *Grutter v. Bollinger*<sup>91</sup>. Таке уточнення має принципове значення, адже реальний суворий контроль у більшості випадків веде до висновку про неконституційність програм позитивних дій, що передбачають урахування расової приналежності, особливо з огляду на специфічний концептуальний підхід, у межах якого Суд здійснює аналіз подібних програм.

Цей концептуальний підхід, на нашу думку, є сутнісно хибним і внутрішньо суперечливим.

Основна проблема полягає в тому, що доктрина Суду унеможливорює виправдання програм позитивних дій безпосередньо як засобу боротьби з расовою нерівністю чи сегрегацією. Єдиним «допустимим» виправданням визнано освітні переваги, які створює різноманітність студентського складу. Таким чином, програми, що розроблялися для подолання структурної нерівності, легітимуються не завдяки користі для меншин, а завдяки їх користі для більшості, передусім для білих студентів. Ще одна складність полягає у поєднанні риторики суворого контролю з готовністю Суду в окремих випадках брати до уваги оцінки університетів щодо освітніх переваг різноманіття, що суперечить природі самого суворого контролю.

---

<sup>90</sup> *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher I)* : Supreme Court of the United States, decision of June 24, 2013. United States Reports. 2013. Vol. 570. P. 297–343.

<sup>91</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

Особливо проблематичним є твердження Суду про неприпустимість інтеграції як самостійної мети державної політики. Навіть очевидний антидискримінаційний потенціал інтеграційних заходів заперечується, якщо вони не відображені у формі освітньої вигоди. Водночас Суд визнає припустимою інтеграцію як побічний продукт освітніх процесів. Така вибірковість у підході свідчить про концептуальні суперечності.

Загалом судова практика щодо позитивних дій справляє враження хаотичної, непослідовної та позбавленої внутрішньої єдності. Верховний Суд сформував правовий підхід, у якому університети позбавлені можливості прямо заявити про ціль зменшення расової нерівності й змушені апелювати до непрямой риторики освітніх переваг. Це і становить головну проблему: прагнення до справедливості та рівності потребує маскуванню за формулюваннями, які передусім обслуговують інтереси більшості.

Першим аспектом, на який варто звернути увагу при аналізі концептуального підходу Суду у справі *Fisher v. University of Texas*, є співвідношення покращення освітнього досвіду та фундаментальних прав. Так, виявляється, що навіть відносно незначне підвищення якості освітнього процесу може бути визнане настільки вагомим, що воно здатне переважити фундаментальні конституційні права. Іншими словами, Суд допустив можливість обмеження права на рівний захист закону, гарантованого Чотирнадцятою поправкою до Конституції США, задля досягнення освітніх переваг від різноманітності студентського середовища.

У справі *Grutter v. Bollinger* Верховний Суд прямо зазначив, що «отримання вигод від різноманіття у вищій освіті є настільки переконливим державним інтересом, що воно може виправдати обмежене використання расової класифікації у процедурі прийому до університетів»<sup>92</sup>. Це формулювання означає, що забезпечення мультикультурності навчального середовища було піднято до рівня мети, яка може легітимно обмежувати

---

<sup>92</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

фундаментальні права окремих осіб на недискримінаційне ставлення незалежно від раси<sup>93</sup>.

Такий підхід є концептуально проблематичним. Якщо виходити з того, що право на рівний захист закону належить до числа фундаментальних прав, то будь-яке його обмеження має бути виправдане виключно захистом інших прав або інтересів, які мають аналогічний конституційний статус. Йдеться, наприклад, про свободу слова, свободу віросповідання чи право на справедливий судовий розгляд. Натомість Верховний Суд визнав, що баланс може здійснюватися і на користь інтересів, які не є фундаментальними, а мають радше політичний або педагогічний характер.

Фактично Суд поставив освітні вигоди від різноманіття — підвищення інтелектуальної динаміки дискусій у класі, кращу соціалізацію студентів у багатокультурному середовищі, зростання легітимності інституцій вищої освіти у суспільстві — на один рівень із фундаментальними конституційними цінностями. Це означає, що зазначені вигоди отримали можливість переважати над індивідуальним правом не зазнавати дискримінації за ознакою раси.

Такий зсув акцентів підриває традиційне розуміння суворого контролю (strict scrutiny). У класичному вигляді цей стандарт перевірки конституційності вважався «фатальним у більшості випадків», тобто будь-яке використання расової класифікації мало визнаватися неконституційним, якщо тільки воно не було абсолютно необхідним для досягнення надзвичайно вагомої мети<sup>94</sup>. У справі *Grutter* спостерігається відхід від цієї логіки: Суд погодився визнати освітні вигоди від різноманіття настільки вагомим інтересом, що він може обмежувати фундаментальні права, хоча за своєю природою належить радше до другорядних соціальних чи політичних цінностей.

Ця проблема свідчить про глибоку трансформацію цілей позитивних дій. Замість того, щоб виступати засобом подолання структурної дискримінації та

---

<sup>93</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

<sup>94</sup> Kluger R. Simple justice: The history of *Brown v. Board of Education* and Black America's struggle for equality. New York : Vintage Books, 2004.

досягнення реальної рівності, вони дедалі більше сприймаються як інструмент підвищення якості освітнього процесу. У результаті механізм, що історично замислювався для захисту інтересів меншин, легітимізується завдяки його корисності для більшості.

Подібний підхід відображає широку тенденцію в юриспруденції Верховного суду США — небажання прямо визнавати та аналізувати системну нерівність і расову дискримінацію. Натомість Суд орієнтується на абстрактні освітні або суспільні вигоди, що дозволяє уникати дискусії про справжні причини існування позитивних дій. Внаслідок цього баланс між фундаментальними правами та державними інтересами штучно зміщується у бік інтересів, які не мають однакової ваги з конституційними правами.

Наступною проблемою є суб'єктний склад осіб, які є отримують вигоду в результаті застосування позитивних дій. У масовому сприйнятті відповідь майже напевно є такою: представники расових меншин, адже заявники отримують преференційне ставлення на етапі прийому і їх зараховують до закладів, які інакше б їх відхилили. Значна частина суспільного опору позитивним діям і походить із очевидної, на перший погляд, несправедливості: бенефіціари начебто отримують те, чого не заслуговують<sup>95</sup>.

Однак, якщо взяти до уваги аргумент щодо різноманіття студентів, як його визнавав Верховний Суд США, то користь для меншин є лише побічною. За цією логікою позитивні дії спрямовані не на підвищення кар'єрних шансів бенефіціарів, а на покращення освітнього досвіду всіх студентів, які здебільшого є білими у закладах, де такі програми зазвичай застосовують.

Замість того, щоб протистояти позитивним діям як тягарю, накладеному на них, білі заявники, за цією логікою, мали б розглядати їх як вигоду. Справді, така програма створює невеликий ризик, що конкретного білого кандидата відхилить на користь представника меншини, який отримав преференцію. Але

---

<sup>95</sup> Liu G. The causation fallacy: Bakke and the basic arithmetic of selective admissions. Michigan Law Review. 2002. Vol. 100, No. 4. P. 1045–1119.

це трапляється з дуже малою кількістю абітурієнтів<sup>96</sup>. Натомість імовірність того, що будь-якого білого заявника зарахують до тих самих закладів, куди б його зарахували й без позитивних дій, є значно вищою; до того ж у кожному з таких закладів якість освіти, згідно з аргументом різноманіття, буде вищою завдяки присутності різних груп.

Якби білі абітурієнти розглядали позитивні дії як механізм, спрямований не лише на перерозподіл можливостей, а й на підвищення освітньої якості для всіх студентів, їхній опір був би значно слабшим. Справи, що передували *Bakke*, а також сама справа *Bakke*, демонструють, що прихильники позитивних дій апелювали до різних інтересів: створення «рольових моделей» для меншин або врахування наслідків суспільної дискримінації<sup>97</sup>. Хоча можна стверджувати, що такі цілі виходять за межі традиційної місії університетів, зосередженої насамперед на навчанні, вони цілком узгоджуються з ширшою місією держави - сприяти соціальній інтеграції та справедливості<sup>98</sup>. Саме тому малоімовірно, що освітні вигоди як перевага позитивних дій були обрані як «єдиний переконливий державний інтерес» через їхню природну важливість; швидше за все, Верховний Суд прагнув сформулювати компромісний підхід, подібний до того, який використовував головний суддя Ерл Воррен у *Brown v. Board of Education*. Подання позитивних дій як блага для білих студентів мало на меті створити ширший консенсус.

Однак цей задум не спрацював. Як наголосив суддя Антонін Скалія, «американський народ — не дурні»<sup>99</sup>. Реакція на справу *Brown* засвідчила, що примирлива риторика не гарантує громадської згоди: «Південний маніфест»,

<sup>96</sup> Kopiccki A. Answers on affirmative action depend on how you pose the question. *The New York Times*. 2014. 22 April. URL: <https://www.nytimes.com/2014/04/23/upshot/answers-on-affirmative-action-depend-on-how-you-pose-the-question.html> (accessed: 04.02.2025)

<sup>97</sup> *Wygant v. Jackson Board of Education* : Supreme Court of the United States, decision of May 19, 1986. *United States Reports*. 1986. Vol. 476. P. 267–306.

<sup>98</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. *United States Reports*. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

<sup>99</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1992. *United States Reports*. 1992. Vol. 505. P. 833–901.

масові протести, кампанії «сегрегація назавжди» та навіть необхідність використання федеральних військ для забезпечення виконання рішення<sup>100</sup>.

Подальший розвиток доктрини свідчить, що Верховний Суд і сам не повністю вірив у власну риторичну різноманітність. З одного боку, було очевидно, що програми позитивних дій створені для підтримки меншин<sup>101</sup>; з іншого — у рішеннях періодично проступали більш відверті обґрунтування, як-от у *Grutter v. Bollinger*, де суддя Сандра Дей О'Коннор фактично визнала головною метою уникнення суспільної стратифікації за расовою ознакою<sup>102</sup>.

Еволюція самого поняття різноманітності лише підкреслила цю подвійність. Спочатку, у формулюванні судді Пауелла, воно асоціювалося з відмінністю — збагаченням навчального середовища завдяки різним точкам зору. Пізніше акцент змістився у бік «схожості», тобто демонстрації того, що расові відмінності не визначають інтелектуальних чи професійних можливостей. Як підкреслив суддя Пауелл, «різноманітність, що сприяє переконливому державному інтересу, охоплює широкий набір кваліфікацій і характеристик, серед яких расове чи етнічне походження є лише одним, хоча й важливим, елементом»<sup>103</sup>. Водночас саме ця багатозначність зробила концепцію універсальним виправданням позитивних дій.

Третьою проблемою у доктринальному підході Верховного Суду США, що стосується позитивних дій, є вимога доводити, що жодна інша політика, окрім расових преференцій, не здатна забезпечити освітні переваги різноманітності. Ця вимога прямо випливає з принципу вузької необхідності (*narrow tailoring*), який є складовою суворого контролю (*strict scrutiny*).

Згідно з класичною доктриною суворого контролю передбачає, що використання незагальноприйнятних класифікацій — зокрема расових — допускається лише тоді, коли існує переконливий державний інтерес, і тільки в

---

<sup>100</sup> Klarman M. J. How Brown changed race relations: The backlash thesis. *The Journal of American History*. 1994. Vol. 81, No. 1. P. 81–118.

<sup>101</sup> *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action* : Supreme Court of the United States, decision of April 22, 2014. *United States Reports*. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

<sup>102</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. *United States Reports*. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

<sup>103</sup> *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

тому випадку, якщо немає жодної менш обтяжливої альтернативи. Тобто університет, який застосовує позитивні дії, зобов'язаний довести, що «расово нейтральні» заходи не здатні забезпечити ту саму мету.

У справі *Grutter v. Bollinger* Верховний суд наголосив, що університети можуть враховувати расу в процесі відбору студентів, але тільки після ретельного розгляду альтернатив, які не передбачають використання расових критеріїв<sup>104</sup>. Суд визнав, що такі альтернативи повинні бути не просто формально можливими, а реально ефективними у досягненні освітнього різноманіття. В іншому випадку використання расових факторів визнавалося б неконституційним.

На теоретичному рівні ця вимога виглядає логічною, адже право на рівний захист повинно обмежуватися лише у крайніх випадках, коли інші шляхи вичерпано. Проте на практиці вона створює значні труднощі. «Расово нейтральні» альтернативи зазвичай не дають еквівалентних результатів. Соціально-економічні критерії можуть підвищити доступ до освіти для певних груп, але вони не гарантують необхідного рівня расового різноманіття<sup>105</sup>. Університети, які спробували застосовувати подібні підходи, виявили, що без врахування раси рівень інтеграції суттєво знижується.

Крім того, вимога доводити відсутність альтернатив перетворюється на своєрідний парадокс. Завжди існують потенційні заходи, які можна назвати частково ефективними або недостатньо випробуваними. Це дозволяє опонентам позитивних дій постійно ставити під сумнів конституційність будь-якої програми. Таким чином, навіть коли університети забезпечують мінімальне врахування раси як одного з багатьох факторів, їхні дії залишаються вразливими до судових оскаржень.

Фактично ця доктрина підриває саму ідею позитивних дій. Формально Суд визнає їх конституційно можливими, але створює настільки суворі умови

---

<sup>104</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

<sup>105</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.

для їх виправдання, що їх застосування стає надзвичайно ускладненим. Це демонструє суперечність між декларативною підтримкою різноманіття та практичними наслідками судового контролю.

У науковій літературі неодноразово зазначалося, що така конструкція є ілюзією балансу: з одного боку, Суд не відмовляється від позитивних дій повністю, з іншого — нав'язує стандарти, які майже неможливо задовольнити<sup>106</sup>. Це ще раз підтверджує загальну тенденцію у праві США: формальне збереження доктрини позитивних дій, але поступове звуження можливостей її реального застосування.

Четверта проблема, яку демонструє практика Верховного Суду США, полягає у відмові визнавати інтеграцію (у значенні ліквідації фактичної расової сегрегації та забезпечення рівного представництва у ключових соціальних інститутах) як самостійну легітимну мету позитивних дій.

У рішенні *Brown v. Board of Education* (1954) Суд беззаперечно пов'язав сегрегацію з приниженням та нерівністю, підкреслюючи, що поділ у сфері освіти «створює відчуття неповноцінності» серед чорношкірих дітей і тим самим позбавляє їх рівного захисту закону<sup>107</sup>. Здавалося б, саме цей аргумент мав би стати фундаментом для сучасних програм позитивних дій. Проте подальша судова практика, починаючи з *Bakke* (1978), демонструє відхід від логіки *Brown*.

У *Bakke* Суд прямо заявив, що університет не може виправдовувати позитивні дії усуненням наслідків суспільної дискримінації. Подібні посилання на історичні чи системні нерівності визнавалися надто розпливчастими, щоб відповідати вимогам суворого контролю. Замість цього, єдину переконливу мету залишено на рівні освітніх переваг як наслідків різноманіття<sup>108</sup>.

Цей підхід означає, що інтеграція як самостійний суспільний інтерес виключається з конституційного дискурсу. Спроби закладів вищої освіти

---

<sup>106</sup> Carter W. M., Jr. Affirmative action as government speech. *UCLA Law Review*. 2011. Vol. 59, No. 1. P. 2–49.

<sup>107</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. *United States Reports*. 1954. Vol. 347. P. 483–495.

<sup>108</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. *United States Reports*. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

посилатися на потребу відображати етнічну та расову структуру суспільства в студентських групах розцінюються як неприйнятні, оскільки їхня мета — «рівність результатів» — начебто виходить за межі припустимого.

Таке виключення інтеграції з легітимних цілей позитивних дій має два серйозні наслідки. По-перше, воно ігнорує очевидний історичний факт: саме расова сегрегація і виключення меншин із освітніх та професійних можливостей були причиною появи позитивних дій. По-друге, воно унеможлиблює розробку послідовної державної політики подолання структурної нерівності, адже визнає допустимим лише той аргумент, який орієнтований на благо більшості<sup>109</sup>.

Юридична доктрина у такий спосіб перетворює інтеграцію з політичної та правової цілі на заборонену категорію, якою не можна обґрунтовувати політику держави. Це парадоксальне становище: Конституція, яка була інструментом для знищення сегрегації у *Brown*, у подальших рішеннях інтерпретується як перепона для досягнення цієї ж самої мети іншими засобами<sup>110</sup>.

Таким чином, у сучасному тлумаченні Верховного Суду інтеграція позбавлена статусу самостійного державного інтересу. Позитивні дії визнаються допустимими виключно як допоміжний інструмент, що підвищує освітню якість, але не як механізм для досягнення реальної рівності чи подолання расових бар'єрів. Це ще раз підкреслює глибинну суперечність американської юриспруденції у сфері рівного захисту: формально проголошуючи принцип *color blind* (недискримінацію за расовою приналежністю), Суд фактично унеможлиблює реалізацію політик, здатних ліквідувати наслідки дискримінації.

П'ятою проблемою, на нашу думку, є парадоксальне використання суворого контролю (*strict scrutiny*). Традиційно цей стандарт розглядався як

---

<sup>109</sup> Klarman M. J. How *Brown* changed race relations: The backlash thesis. *The Journal of American History*. 1994. Vol. 81, No. 1. P. 81–118.

<sup>110</sup> Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.

найжорсткіший у конституційному праві: він передбачає, що будь-яка державна політика, яка базується на незагальноприйнятих класифікаціях (зокрема расових), є неконституційною, якщо держава не доведе, що вона служить переконливому інтересу й застосовується лише в межах виключної необхідності. У класичному розумінні суворий контроль був фатальним на практиці (*strict in theory, fatal in fact*).

Проте в контексті позитивних дій у сфері освіти Верховний Суд застосував цей стандарт у зовсім інший спосіб. У справах *Bakke* (1978), *Grutter* (2003) та *Fisher* (2013) Суд не лише не визнав протиправними позитивні дії, а фактично легітимізував їх, використавши суворий контроль як засіб відбору допустимих програм<sup>111</sup>. Таким чином, суворий контроль, що зазвичай функціонує як інструмент скасування державної політики, у сфері позитивних дій почав виконувати іншу роль — створення правових умов для її збереження.

Цей підхід має подвійний ефект. З одного боку, суворий контроль дозволяє відсіяти програми, які мають на меті відверті квоти чи компенсацію історичних кривд, визнаючи їх неконституційними. З іншого боку, він залишає у правовому полі ті програми, які обґрунтовуються освітніми перевагами різноманіття та запроваджуються у формі гнучкого та індивідуалізованого підходу, тобто суворий контроль трансформується з інструмента заборони на інструмент умовної легітимації<sup>112</sup>.

У цьому, на нашу думку, вбачається глибока суперечність. Якщо суворий контроль справді покликаний забезпечити найвищий рівень захисту від дискримінації, тоді його пом'якшене застосування у справах щодо позитивних дій виглядає доктринально непослідовним. З іншого боку, саме ця непослідовність дозволила зберегти позитивні дії як явище в американському праві ще на кілька десятиліть<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Fallon R. H. *Strict judicial scrutiny*. *UCLA Law Review*. 2004. Vol. 54, No. 1. P. 1267–1333.

<sup>112</sup> Sullivan K. M. *Sins of discretion: The theory of strict scrutiny*. *Harvard Law Review*. 1986. Vol. 106, No. 2. P. 441–511.

<sup>113</sup> Siegel R. *Why equal protection no longer protects: The evolving forms of status-enforcing state action*. *Stanford Law Review*. 1997. Vol. 49, No. 5. P. 1111–1148.

Правова наука США відзначає, що таким чином Верховний Суд фактично використав суворий контроль як захисний механізм для позитивних дій<sup>2</sup>. Формально зберігаючи жорсткий стандарт, він водночас застосував його так, аби не допустити повної ліквідації програм різноманіття. Це своєрідна юридична іронія: суворий контроль, задуманий як перепона для позитивних дій, перетворився на інструмент їхнього збереження<sup>114</sup>.

Наступною проблемою є те, що положення про рівний захист створене для того, щоб утримувати темношкірих студентів від перевищення власних здібностей. Аргумент формулюється наступним чином: позитивні дії насправді шкодять тим, кого, за задумом, вони мають підтримати. Як висловився суддя Томас у справі Grutter, «Юридична школа спокушає непідготовлених студентів обіцянкою ступеня університету Мічигану та всіх можливостей, які він надає. Ці студенти, переобтяжені вимогами, клюють на наживку лише для того, щоб згодом з'ясувати, що вони не можуть успішно змагатися у вирі конкуренції»<sup>115</sup>.

Невдовзі після Grutter у науковій літературі з'явився так званий аргумент «невідповідності» (mismatch): темношкірих студентів та інших бенефіціарів расових преференцій зараховують до навчальних закладів, у яких вони не можуть успішно конкурувати, і в результаті вони отримують гірші підсумкові результати, ніж мали б у менш відомих університетах<sup>116</sup>.

Справедливість цього аргументу як політичної позиції залишається предметом дискусії. Його фактичні засновки неодноразово піддавалися критиці; до того ж навіть якщо припустити їхню правильність, можна вказати на інші вигоди (наприклад, професійні зв'язки та мережі), які об'єктивно отримують студенти елітних закладів. Розглядаючи його як питання політики, дивує, чому цей аргумент висувається стосовно расових преференцій, але не, скажімо, щодо переваг для дітей випускників або рекрутованих спортсменів.

<sup>114</sup> Roosevelt K., III. The ironies of affirmative action. Michigan Law Review. 2012. Vol. 102, No. 5. P. 965–1009. URL: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol102/iss5/1> (accessed: 04.04.2025).

<sup>115</sup> Grutter v. Bollinger : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

<sup>116</sup> Ho D. E. Why affirmative action does not cause Black students to fail the bar. Yale Law Journal. 2005. Vol. 114, No. 8. P. 1997–2004.

Якщо ж трактувати цей аргумент у площині конституційного права, і зокрема як тлумачення Положення про рівний захист, він виглядає досить дивовижно. Так, Положення про рівний захист (Equal Protection Clause), закріплене у Чотирнадцятій поправці до Конституції США 1868 року, є однією з фундаментальних гарантій американського конституціоналізму. Відповідно до цього Положення, жоден штат не повинен відмовляти будь-якій особі у межах своєї юрисдикції у рівному захисті законів, та від початку мав на меті захистити колишніх рабів і їхніх нащадків від дискримінаційних практик штатів. У процесі тлумачення Верховний Суд США розвинув доктрину рівного захисту, виокремивши різні стандарти перевірки державних дій залежно від підстави класифікації: суворий контроль (strict scrutiny) для расових відмінностей, посилений контроль (intermediate scrutiny) для класифікацій за статтю та раціональний підхід (rational basis) для соціально-економічних розмежувань. На практиці це означає, що саме расові класифікації підлягають найжорсткішій оцінці. У класичних рішеннях Суду, зокрема у справі *Brown v. Board of Education* (1954), Положення про рівний захист стало правовою основою для ліквідації сегрегації у школах. Водночас подальша юриспруденція — від *Regents of the University of California v. Bakke* (1978) до *Students for Fair Admissions v. Harvard* (2023) — засвідчила поступове звуження простору для позитивних дій: положення, створене як інструмент емансипації, дедалі частіше використовується як правова підстава для їхнього обмеження.

На нашу думку, все ж таки цей підхід формально пов'язаний принаймні з мінімальною турботою про добробут студентів-меншин. Наступне ж тлумачення ролі Положення про рівний захист, до якого доходить Суд, позбавлене навіть цього мінімального виправдання.

Ще одним аспектом трансформації доктрини рівного захисту є її використання не для захисту історично маргіналізованих груп, а для того, щоб запобігти невдоволенню більшості, насамперед білих громадян. У сучасній юриспруденції Верховного Суду США дедалі виразніше простежується логіка, згідно з якою расові преференції, спрямовані на підтримку меншин, становлять

загрозу соціальній злагоді, оскільки породжують відчуття несправедливості серед представників білої більшості.

Ця аргументація вперше проявилася ще у *Bakke v. Regents of the University of California* (1978), коли Суд фактично ототожнив захист від дискримінації з недопущенням ситуації, у якій білий абітурієнт міг би вважати себе скривдженим через переваги для небілих кандидатів. Саме тоді виникла ідея, що Положення про рівний захист — це передусім гарантія від зворотної дискримінації, навіть якщо при цьому структурна дискримінація проти меншин залишалася поза увагою<sup>117</sup>.

У подальшій практиці, особливо в *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* (2007), Суд ще більш відверто підкреслив, що позитивні дії загрожують суспільній легітимності системи освіти, оскільки створюють у білих батьків відчуття обмеження їхніх прав. У цьому сенсі рівний захист перетворюється не на інструмент подолання нерівності, а на запобіжник проти конфлікту більшості<sup>118</sup>.

Проблематичність такого підходу полягає у зміщенні акцентів: турбота про емоції та сприйняття білої більшості фактично ставиться вище за потребу компенсувати історичну несправедливість й забезпечити реальний доступ до освіти для меншин. Така логіка, по суті, означає, що Положення про рівний захист слугує стабілізації існуючої ієрархії, а не її трансформації.

Нарешті, найрадикальніше й водночас найбільш тривожне тлумачення, яке можна простежити у сучасній юриспруденції Верховного Суду США, полягає в тому, що Положення про рівний захист фактично функціонує на основі упередження (*animus*) проти меншин.

Це твердження звучить парадоксально, адже історично Чотирнадцята поправка була прийнята саме для захисту звільнених рабів та їхніх нащадків від дискримінаційних практик. Проте судова практика другої половини ХХ —

---

<sup>117</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

<sup>118</sup> *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 2007. United States Reports. 2007. Vol. 551. P. 701–748.

початку ХХІ століття свідчить, що будь-які політики, спрямовані на підтримку меншин, автоматично підозрюються як неконституційні й розглядаються суворіше, ніж ті заходи, які фактично шкодять цим групам, але подаються як расово нейтральні.

У таких рішеннях, як *Adarand Constructors v. Peña* (1995) та *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* (1989), Суд прямо заявив, що будь-яке використання расових класифікацій підлягає суворому контролю. Це означає, що сам факт врахування раси стає підставою для найретельнішої перевірки судом. Таким чином, юридична презумпція працює проти меншин: расові преференції в їхню користь вважаються сумнівними, навіть якщо вони спрямовані на подолання історичної нерівності, тоді як расово нейтральні заходи, які продовжують її відтворювати, не викликають такого ж рівня судового скепсису<sup>119</sup>.

З наукової точки зору це можна охарактеризувати як інституціоналізовану форму підтримання нерівності. Вона не є відвертою чи відображеною у відкритій дискримінаційній політиці, але проявляється через асиметричний підхід: будь-яка користь для меншин розглядається як небезпечна, тоді як їхні втрати ігноруються. У такій перспективі Положення про рівний захист перетворюється з інструменту емансипації на механізм конституційного закріплення статус-кво, що стабілізує расову ієрархію у США.

У цьому аспекті, на нашу думку, цікавим є аналіз справи *United States v. Carolene Products Co.* Так, Верховний Суд зауважив, що упередження проти певних виокремлених та ізольованих меншин може створювати «особливу ситуацію, яка істотно обмежує функціонування тих політичних процесів, на які зазвичай покладаються з метою захисту меншин, і яка може вимагати відповідно більш ретельного судового розгляду»<sup>120</sup>.

Суд виходив із припущення, що такі меншини можуть виявитися фактично усунутими від повноцінної участі в політичному процесі, оскільки

---

<sup>119</sup> *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* : Supreme Court of the United States, decision of June 12, 1995. United States Reports. 1995. Vol. 515. P. 200–237.

<sup>120</sup> *United States v. Carolene Products Co.* : Supreme Court of the United States, decision of April 25, 1938. United States Reports. 1938. Vol. 304. P. 144–152, n. 4.

інші групи не утворюватимуть коаліції разом із ними. За звичайної логіки політичної боротьби інтерес-групи формують тимчасові союзи, склад яких змінюється з часом: сьогоднішній переможець може завтра стати переможеним, і навпаки. Проте для ізольованих меншин цей механізм не працює, оскільки їхня відмінність і маргіналізованість позбавляє їх можливості здобути союзників у рамках політичної конкуренції. Відтак саме для таких груп політичний процес виявляється неспроможним гарантувати захист їхніх інтересів, що й обґрунтовує потребу у підвищеному стандарті судового контролю з боку Конституції в контексті застосування позитивних дій.

Принаймні так можна трактувати визначення груп, які є особливими у сенсі необхідності застосування підвищеного стандарту контролю щодо законів, що обмежують їхні інтереси. Звідси випливає, що політика інтерес-груп, у тій моделі, яку ми описали вище, фактично закрита для расових меншин. Теоретично вони можуть стати частиною більшості, але будь-який закон, спеціально спрямований на їхню підтримку, буде визнаний неконституційним на підставі Положення про рівний захист. Якщо такий закон визнається неконституційним лише у тій частині, що стосується меншин, це усуває будь-який стимул для групи брати участь у політичному процесі інтерес-груп, адже вона ніколи не зможе отримати від нього вигоди. Якщо ж закон визнається неконституційним повністю, наслідок ще серйозніший: група стає потенційно закритою для інших груп: жодна інша група не захоче з нею співпрацювати.

На перший погляд це може здатися парадоксальним. Адже справу *Carolene Products* зазвичай розуміють як таку, що говорить про групи, яким потрібен захист від політичного процесу, а не про групи, які судді мають із нього виключати.

Іншою проблемою доктрини позитивних дій слід вважати те, що прагнення уникнути патерналізму призводить до відтворення саме патерналістського підходу. Верховний Суд неодноразово заявляв, що метою суворого контролю (*strict scrutiny*) є запобігання ситуації, у якій держава, спираючись на расові класифікації, нібито краще знає, що є корисним для

меншин. Саме цей уявний захист від патерналізму подається як аргумент проти позитивних дій.

Проте парадокс полягає у тому, що коли Суд відхиляє програми позитивних дій, обґрунтовуючи це тим, що вони шкодять студентам-меншинам (наприклад, у межах гіпотези невідповідності) або створюють стигму, він фактично і сам займає патерналістську позицію. Суд з одного боку забороняє університетам і законодавчим органам застосовувати расові преференції, бо ті, мовляв, некоректно уявляють собі інтереси меншин<sup>121</sup>. З іншого боку, саме він, уособлюючи державну владу, вирішує, що саме становить благо для меншин. Це і є антипатерналістський патерналізм: заперечуючи за іншими інституціями право визначати інтереси меншин, Суд залишає це право за собою.

Таке становище особливо яскраво виявляється у рішеннях, де Суд вказує, що позитивні дії завдають шкоди самим бенефіціарам — або тому, що вони не можуть конкурувати, або тому, що їхній диплом буде стигматизований як такий, що отриманий завдяки пільгам. Замість того, щоб надати меншинам можливість самостійно оцінити власні інтереси й вирішити, чи бажають вони користуватися позитивними діями, Суд фактично позбавляє їх цього вибору. І саме в цьому проявляється найглибший патерналізм: рішення про те, що є добрим чи шкідливим для меншин, ухвалюється не ними, а від їхнього імені.

З точки зору конституційного права та принципу автономії особи, це становить серйозну проблему, адже первісний задум Чотирнадцятої поправки до Конституції США полягав у наданні рівних можливостей і повноцінного доступу до демократичного процесу тим, хто історично був виключений із нього. Проте сучасна юриспруденція перетворює цю гарантію на ще один інструмент патерналістського контролю. Суд, замість того щоб усунути бар'єри, відновлює їх, лише прикриваючи це турботою про самих меншин<sup>122</sup>.

Таким чином, у площині позитивних дій можна простежити іронічну інверсію: патерналізм критикується як загроза автономії, але саме його

---

<sup>121</sup> Siegel R. Why equal protection no longer protects: The evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*. 1997. Vol. 49, No. 5. P. 1111–1148.

<sup>122</sup> Leong N. Racial capitalism. *Harvard Law Review*. 2013. Vol. 126, No. 8. P. 2151–2226.

заперечення у виконанні Суду стає новою формою патерналізму, позбавляючи меншини права самим визначати, що відповідає їхнім інтересам.

Наступною проблемою практики застосування судами норм щодо позитивних дій є те, що опоненти позитивної дискримінації часто не розглядаються як захисники студентів з меншин. Ця теза, безумовно, не цілком узгоджується з реальною демографічною картиною суспільної думки щодо позитивної дискримінації на загальнонаціональному рівні. Однак, у практиці Верховного суду США вона закріпилася доволі міцно. Логіка Суду зводиться до того, що прихильники позитивної дискримінації діють насамперед в інтересах білих студентів, оскільки підвищують якість їхньої освіти завдяки різноманітності<sup>123</sup>. Проте таке піклування має побічні ефекти: воно призводить до стигматизації меншин, робить їх об'єктом потенційного суспільного невдоволення та створює загрозу для їхніх майбутніх кар'єрних перспектив. У такій риторичі немає нічого дивного: кожен, хто справді дбає про добробут меншин, мав би обрати протилежний бік у цих дебатах.

Більше того, зосереджуючись саме на становищі студентів-меншин (бенефіціарів расових преференцій) і повністю ігноруючи подібні за суттю преференції для дітей випускників чи рекрутованих спортсменів, противники позитивної дискримінації демонструють, що їхнє ставлення до проблеми є надзвичайно специфічним і цілеспрямованим<sup>124</sup>. Не дивно, що активісти, які захищають права меншин, реагують з обуренням на будь-які сумніви у їхній відданості питанням рівності усіх перед законом<sup>125</sup>.

На нашу думку, яскравим прикладом такої риторичі є справа *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, у якій Голова Верховного суду Джон Робертс обурено відкинув припущення, що його позиція щодо скасування расових преференцій може бути сприйнята як щось менше, ніж повне усунення

---

<sup>123</sup> Liu G. The causation fallacy: Bakke and the basic arithmetic of selective admissions. *Michigan Law Review*. 2002. Vol. 100, No. 4. P. 1045–1119.

<sup>124</sup> Weston M. A. Academic standards or discriminatory hoops? Learning-disabled student athletes and the NCAA initial academic eligibility requirements. *Tennessee Law Review*. 1999. Vol. 66, No. 4. P. 1049–1107.

<sup>125</sup> Roosevelt K., III. The ironies of affirmative action. Philadelphia : University of Pennsylvania Law School, Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2015.

проблеми. Він підкреслював: «Люди можуть добросовісно не погоджуватися з цим питанням (чи приносять расові преференції більше шкоди, ніж користі), але так само більше шкоди, ніж користі приносить ставити під сумнів відкритість і щирість тих, хто перебуває по будь-яку сторону дебатів»<sup>126, 127</sup>. Ймовірно, Робертс був особливо вразливий до такої критики, оскільки вважав, що, виступаючи проти позитивної дискримінації, він продовжує благородну справу позивачів та активістів, які стояли за рішенням у справі *Brown v. Board of Education*.

Однак, така позиція Суду видається принаймні парадоксальною, адже якщо позитивна дискримінація буде скасована, кількість студентів з меншин у провідних навчальних закладах, найімовірніше, зменшиться. Існуючий досвід Каліфорнії підтверджує ці побоювання: після скасування програм позитивної дискримінації представництво студентів з меншин у престижних університетах суттєво скоротилося<sup>128</sup>. Вважаємо, що саме тому виникає питання: чи можна вважати фактичну ресегрегацію елітних шкіл справжнім втіленням мрії, вираженої у справі *Brown*? Для нинішньої більшості Суду це питання постає як хибне, оскільки, згідно з їхньою інтерпретацією, справа *Brown* стосувалася не стільки сегрегації, скільки більш загального принципу кольорової нейтральності (*colorblind*).

Так, у справі *Parents Involved* Голова Верховного Суду Джон Робертс наголосив, що найвагомим досягненням рішення Суду у справі *Brown* було «зобов'язання шкільних округів створити систему визначення правил прийому до державних шкіл на нерасовій основі»<sup>129</sup>. Із цього випливає, що конституційний дефект системи сегрегованих шкіл у період до справи *Brown* полягав не стільки у самій сегрегації як явищі, скільки у факті диференційованого ставлення до американських дітей на підставі їхньої расової

<sup>126</sup> *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action* : Supreme Court of the United States, decision of April 22, 2014. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

<sup>127</sup> Roberts J. Opinion of the Court in *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

<sup>128</sup> *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 2007. United States Reports. 2007. Vol. 551. P. 701–748.

<sup>129</sup> *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).

приналежності<sup>130</sup>. Виходячи з цієї логіки, сучасні програми позитивної дискримінації, засновані на врахуванні расових ознак,<sup>78</sup> підпадають під ту саму конституційну заборону, адже вони також створюють різний режим ставлення. Таким чином, справа *Brown*, на думку Робертса, чітко позначає такі практики як неконституційні<sup>131</sup>.

Проте варто зазначити, що дана інтерпретація *Brown* не є загальновизнаною. По-перше, звертаючись до формулювань про «расову нейтральність» у справі *Brown II*, Суддя Робертс фактично ігнорує інший важливий елемент того рішення: Суд прямо дозволив застосування расово-орієнтованих заходів, зокрема автобусних перевезень учнів, які «визначали прийом до державної школи на расовій основі».<sup>82</sup> Це свідчить, що конституційне порушення не можна зводити лише до самого факту врахування раси. Якщо в окремих випадках використання раси може розглядатися як засіб протидії дискримінації, то проблема є складнішою і не може бути зведена до категорії, що будь-яка расова класифікація є неконституційною<sup>132</sup>.

Більше того, у первісному рішенні у справі *Brown I* конституційне порушення визначається не як наявність простих расових класифікацій, а як створення поділу, який означає неповноцінність та соціальну стигматизацію темношкірих дітей. Треба віддати належне Робертсу: він визнає цю інтерпретацію, однак зрештою відкидає її на користь більш вузького тлумачення у справі *Brown II*, яка робить акцент на вимозі расової нейтральності. Це дає підстави стверджувати, що рішення у справі *Brown* може неповністю відповідати тій функції, яку намагаються йому приписати опоненти позитивної дискримінації.

Однак, існує ще одна вагома й водночас суперечлива справа Верховного Суду, яка потенційно може надати аргументам Робертса більш переконливої

---

<sup>130</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. United States Reports. 1954. Vol. 347. P. 483–495.

<sup>131</sup> Schraub D. Sticky slopes. *California Law Review*. 2013. Vol. 101, No. 4. P. 1249–1307.

<sup>132</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. United States Reports. 1954. Vol. 347. P. 483–495.

сили - *Pennsylvania v. Casey*<sup>133</sup>, яку Голова Суду розглядає як більш адекватне підґрунтя для концептуалізації власної позиції у справі *Parents Involved*.

На нашу думку, цікавим видається те, що у судовій практиці Верховного Суду США саме справа *Casey* є фундаментом для справи *Parents Involved*, а не *Brown*. Ця теза може бути неочевидною, але вона впливає з огляду на те, яку нерівність та шкоду містила програма програма позитивних дій у справі *Parents Involved*. Школи в цій справі іноді використовували расу для визначення розподілу в системі, яка в іншому випадку не була заснована на навчальних досягненнях дітей<sup>134</sup>. Це означає, що програма не містила очевидної несправедливості надання людям того, на що вони не мали права. Вона також не створювала ризик стигматизації своїх бенефіціарів або поміщення їх у царину конкуренції, у якій вони не могли б досягти успіху. Основною шкодою від програми було просто те, що вона передбачала державну класифікацію осіб на основі раси.

Яким чином можна оцінити цю шкоду? Можна сказати (деякі судді так і роблять), що проста класифікація є небажаною, оскільки вона підвищує значущість раси, але це навряд чи є аргументом про шкоду, завдану конкретній особі, а Положення про рівний захист Конституції США, як часто нагадує нам Суд, захищає особистість, а не групи<sup>135</sup>. Шкода, якої зазнає особа, — це шкода від її поміщення в певну расову категорію, класифікацію, з якою вона може не погоджуватися.

Зауважимо, що це шкода для індивідуального самовизначення, для спроби осмислити світ і своє місце в ньому. Небагато суддів визнають цю шкоду, але суддя Кеннеді визнає. На його думку, це шкода, яку він визначив у справі *Casey*: «В основі свободи лежить право визначати власну концепцію існування, сенсу, всесвіту та таємниці людського життя. Переконавання щодо цих питань не могли

<sup>133</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1992. United States Reports. 1992. Vol. 505. P. 833–901.

<sup>134</sup> *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 2007. United States Reports. 2007. Vol. 551. P. 701–748.

<sup>135</sup> *Lawrence v. Texas* : Supreme Court of the United States, decision of June 26, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 558–578.

б визначати атрибути особистості, якби вони формувалися під примусом держави»<sup>136</sup>.

Те, що Кеннеді серйозно ставиться до цього занепокоєння в контексті позитивної дискримінації, є очевидним. У своїй погоджувальній думці у справі *Parents Involved* він описав класифікації як «офіційні ярлики, що проголошують расу всіх осіб», а під час усних аргументів висловив занепокоєння щодо процесу «характеризування кожного студента за кольором його шкіри»<sup>137</sup>. Зовсім недавно у справі *Schuette* Кеннеді висловив незгоду з проектом «визначення індивідів за расою... у суспільстві, в якому ці межі стають все більш розмитими»<sup>138</sup>. У кожній справі його очевидне занепокоєння полягає в тому, що расова класифікація прикріплює мандатний державний ярлик, який може не відповідати самовизначенню індивіда. Це є посяганням на інтерес свободи, який ідентифікує *Casey*.

Так, ми з'ясували, що, за логікою Верховного Суду США, прихильники позитивних дій насправді відстоюють інтереси білих студентів, тоді як її опоненти позиціонують себе як справжні борці за расову рівність. Проте в судовій практиці можна виявити ще одну фінальну тезу, яка на перший погляд суперечить попереднім міркуванням. Вона полягає у тому, що найбільш глибокий і стійкий соціальний недолік є водночас найменш допустимим до вирішення засобами позитивної дискримінації.

Якщо проаналізувати основні рухи за громадянські права протягом останнього століття, можна виокремити три найпомітніші успішні аспекти: рух за расову рівність, рух за гендерну рівність та рух за рівність у сфері сексуальної орієнтації. У кожному випадку початковою метою було скасування прямої дискримінації та відверто гнітючих практик: сегреговані державні

---

<sup>136</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1992. United States Reports. 1992. Vol. 505. P. 833–901.

<sup>137</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, No. 05-908. 2007. P. 33–34. URL: [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2006/05-908.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2006/05-908.pdf) (accessed: 04.04.2025).

<sup>138</sup> *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action* : Supreme Court of the United States, decision of April 22, 2014. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

школи<sup>139</sup>, менш сприятливе ставлення у сфері соціального забезпечення до працюючих жінок<sup>140</sup> або криміналізація одностатевих сексуальних відносин<sup>141</sup>. Після того як формальну рівність було здобуто, постало наступне питання: чи має держава не лише утримуватися від дискримінації, а й здійснювати активні кроки для компенсації її наслідків у формі позитивних дій.

Чинний конституційний режим передбачає різний рівень судового контролю: суворий контроль (*strict scrutiny*) щодо расових класифікацій, проміжний контроль (*intermediate scrutiny*) щодо класифікацій за статтю і наразі раціональну основу (*rational basis*) щодо класифікацій, пов'язаних із сексуальною орієнтацією. Це означає, що запровадження позитивної дискримінації для представників ЛГБТ-спільноти з юридичної точки зору було б порівняно нескладним; для жінок — більш проблематичним, але загалом можливим у широкому спектрі погляду на ситуацію<sup>142</sup>. Проте щодо раси застосування позитивних дій є найбільш складним, і, ймовірно, у найближчій перспективі стане практично неможливим<sup>143</sup>.

Ця ситуація виглядає парадоксальною. Найважливіший, на нашу думку, аспект полягає у характері спадковості дискримінаційних наслідків. Дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації не має спадковості між поколіннями: абсолютна більшість геїв та лесбійок мають гетеросексуальних батьків, а, можливо, і пращурів. Дискримінація у минулому могла зменшити добробут таких осіб, але вона не передається напряму наступним поколінням.

Інша ситуація спостерігається у випадку гендерної дискримінації. Жінки, що страждали від упередженого ставлення, справді передавали частину соціально-економічних обмежень своїм дітям, наприклад, через менші

---

<sup>139</sup> *Brown v. Board of Education* : Supreme Court of the United States, decision of May 31, 1955. United States Reports. 1955. Vol. 349. P. 294–301

<sup>140</sup> *Weinberger v. Wiesenfeld* : Supreme Court of the United States, decision of March 19, 1975. United States Reports. 1975. Vol. 420. P. 636–648.

<sup>141</sup> *Lawrence v. Texas* : Supreme Court of the United States, decision of June 26, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 558–578.

<sup>142</sup> *Califano v. Webster* : Supreme Court of the United States, decision of March 7, 1977. United States Reports. 1977. Vol. 430. P. 313–321.

<sup>143</sup> Бурдін В., Мочульська М., Чорненький В. Позитивна дискримінація в Україні. Український часопис конституційного права. 2021. № 2 (19). С. 3–14.

накопичення або відсутність майнових ресурсів. Однак, ці обмеження поширювалися як на дочок, так і на синів, причому останні, як правило, могли отримати вигоду від системної переваги, доступної чоловікам. Таким чином, у сучасному поколінні наслідки минулої дискримінації жінок розподілені відносно рівномірно між обома статями.

Натомість раса має якісно інший характер. Вона є спадковою у прямому сенсі, і оскільки міжрасові шлюби в історичній ретроспективі залишалися радше винятком (хоча нині їх частота зростає), сучасні представники расових меншин майже напевно мають високий відсоток предків з тієї ж групи. Це означає, що дискримінація, якої зазнавали попередні покоління — як чоловіки, так і жінки — безпосередньо передається їхнім нащадкам<sup>144</sup>. З кожним поколінням цей недолік не лише не зникає, а й потенційно накопичується. І саме цей вид шкоди, найбільш глибокий і стійкий, за сучасною судовою логікою виявляється таким, що не підлягає відшкодуванню чи виправленню.

Залишається лише констатувати іронію: як підсумовує К. Рузвельт, «позитивні дії мають невелику ціну — лише уникнути перспективи відвідувати школу, яка занадто хороша для тебе». Це саркастичне узагальнення лише підкреслює глибинну суперечність сучасної доктрини Верховного Суду: найглибщі соціальні травми визнаються одночасно найбільш проблемними і найменш придатними для юридичної компенсації<sup>145</sup>.

Аналіз судової практики свідчить, що підходи Верховного Суду США до позитивних дій постійно змінювалися — від обережного визнання їх допустимості як засобу досягнення різноманіття до дедалі жорсткіших обмежень. Така еволюція демонструє, що проблема рівного захисту прав у США залишається відкритою та суперечливою. Саме тому подальше вивчення цієї теми є актуальним як для науки конституційного права, так і для суспільної дискусії про межі й зміст принципу рівності.

---

<sup>144</sup> Coates T.-N. The case for reparations. *The Atlantic*. 2014. Vol. 313, No. 5. P. 59–70. URL: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/06/the-case-for-reparations/361631/> (accessed: 10.07.2024).

<sup>145</sup> Roosevelt K., III. *The ironies of affirmative action*. Philadelphia : University of Pennsylvania Law School, Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2015.

## Висновки до розділу 2

Таким чином, аналіз міжнародно-правових стандартів позитивних дій та еволюції їх застосування у правовій системі США з особливим акцентом на конституційні межі, встановлені Верховним Судом США, дозволяє зробити низку узагальнюючих висновків, які відображають як глобальний контекст позитивних дій, так і специфіку їх інтерпретації у праві США.

Міжнародно-правові документи, зокрема Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965) та Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (1979), закладають фундамент для розуміння позитивних дій як спеціальних заходів, спрямованих на забезпечення фактичної рівності. Ці конвенції визначають позитивні дії як тимчасові, пропорційні та легітимні інструменти, що не є дискримінаційними за своєю природою, якщо вони відповідають меті подолання структурних нерівностей. Зокрема, Конвенція про ліквідацію расової дискримінації встановлює обов'язок держав вживати спеціальні заходи для захисту вразливих груп, гарантуючи їм повне і рівне користування правами людини. Конвенція про ліквідацію дискримінації щодо жінок акцентує увагу на необхідності тимчасових спеціальних заходів для прискорення фактичної гендерної рівності, враховуючи як біологічні, так і соціально-культурні відмінності.

Міжнародні стандарти підкреслюють, що позитивні дії є не лише правом, а й юридичним обов'язком держав, спрямованим на усунення історичних і структурних нерівностей. Вони передбачають широкий спектр інструментів (від законодавчих до адміністративних і програмних) у сферах освіти, зайнятості, культури та політичної участі. Важливо, що ці заходи не повинні створювати постійних привілеїв чи сегрегації, а їхня тривалість визначається досягненням поставлених цілей. У цьому контексті американська модель позитивних дій загалом відповідає міжнародним стандартам, хоча й має власну специфіку,

пов'язану з акцентом на освітні переваги різноманіття та уникненням прямої компенсації історичних кривд.

Аналіз судової практики США, зокрема таких ключових справ, як *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), *Grutter v. Bollinger* (2003), *Fisher v. University of Texas* (2013), *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* (2007) та *Students for Fair Admissions v. Harvard* (2023), демонструє складну еволюцію доктрини позитивних дій. Верховний Суд США поступово звужує простір для їх застосування, використовуючи стандарт суворого контролю (*strict scrutiny*), який вимагає наявності переконливого державного інтересу та відсутності менш обтяжливих альтернатив. Однак застосування цього стандарту виявляє низку концептуальних суперечностей.

Суд визнає освітні вигоди від різноманіття єдиною легітимною метою, що відводить позитивні дії від компенсації нерівностей, ігноруючи системну дискримінацію. У той же час вимога расово нейтральних альтернатив ускладнює досягнення різноманіття, роблячи програми вразливими до оскаржень, а інтеграція не визнається самостійною метою, що суперечить рішенню *Brown v. Board of Education* (1954) і обмежує боротьбу з сегрегацією.

Варто зазначити, що порівняння міжнародних стандартів і американської практики показує як подібності, так і розбіжності. Міжнародне право розглядає позитивні дії як обов'язковий інструмент для досягнення фактичної рівності, допускаючи використання расових і гендерних критеріїв за умови їхньої тимчасовості та пропорційності. Натомість у США Верховний Суд обмежує їхнє застосування, акцентуючи на формальній рівності та освітніх вигодах, що відображає ширшу тенденцію до расової нейтральності. Це створює напругу між міжнародними зобов'язаннями США та їхньою внутрішньою юриспруденцією, яка дедалі більше скептично ставиться до расових класифікацій.

Парадоксально, що найглибші форми дискримінації, пов'язані з расою, які мають спадковий характер, виявляються найменш придатними для компенсації в межах сучасної американської доктрини. Це контрастує з

міжнародними стандартами, які визнають необхідність спеціальних заходів для подолання історичних нерівностей. Американська практика, хоча й відповідає міжнародним стандартам у загальному прагненні до рівності, відхиляється від них у методах реалізації, що ускладнює виконання міжнародних зобов'язань.

## РОЗДІЛ 3. СУЧАСНИЙ ЕТАП РОЗВИТКУ ДОКТРИНИ ПОЗИТИВНИХ ДІЙ У США: КОНСТИТУЦІЙНІ ТА СУСПІЛЬНІ ВИМІРИ

### 3.1. Аналіз рішень Верховного Суду США у справах *Students for Fair Admissions v. Harvard* та *University of North Carolina*

29 червня 2023 року Верховний Суд ухвалив рішення у справах *Students for Fair Admissions* проти Президента та стипендіатів Гарвардського коледжу (далі - SFFA проти Гарварду) та *Students for Fair Admissions* проти Університету Північної Кароліни (далі - SFFA проти UNC), постановивши, що програми вступної кампанії Гарварду та Університету Північної Кароліни, які враховували расову приналежність, порушили Положення про рівний захист Чотирнадцятої поправки до Конституції США та Розділ VI Закону про громадянські права 1964 року. Незважаючи на заголовки більшості новинних видань, що ці рішення проголосили смерть концепції позитивної дискримінації та позитивних дій, Суд не постановив, що всі програми вступної кампанії до університетів, які враховують расову приналежність, є неконституційними. Однак, вищевказані рішення створюють цікавий прецедент, ускладнюючи для університетів проведення вступної кампанії з урахуванням расової приналежності. Вважаємо, що ці рішення слід проаналізувати більш детально.

Так, 17 листопада 2014 року організація *Students for Fair Admissions* (надалі також – SFFA) розпочала судові справи проти Гарварду, найстарішого приватного університету в країні, та Університету Північної Кароліни, найстарішого державного університету в країні, стверджуючи, що їхні програми вступної кампанії, які враховували расову приналежність, були незаконними згідно з Положенням про рівний захист та Розділом VI Закону про громадянські права. По суті, вони подали два типи позовів: по-перше, стверджували, що програми не дотримувалися прецеденту Верховного Суду, викладеного у справі *Grutter vs. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), застосовуючи заборонені практики, як-от расове збалансування, використання раси як основного фактора або

невикористання нейтральних до раси засобів перед розглядом раси; і по-друге, стверджували, що прецедент у справі *Grutter* слід скасувати, заявляючи, що будь-яке явне врахування раси порушує Чотирнадцяту поправку та Розділ VI Закону про громадянські права<sup>146</sup>.

Суд ретельно проаналізував програми вступу до обох університетів та з'ясував наступне. Гарвардський коледж та Університет Північної Кароліни (надалі також - UNC) є двома з найстаріших вищих навчальних закладів у Сполучених Штатах Америки. Щорічно десятки тисяч абітурієнтів подають заяви до кожного з цих університетів, однак лише незначна частина з них отримує право на зарахування. І Гарвард, і UNC застосовують високоселективні процедури відбору для прийняття рішень щодо зарахування. Вступ може залежати від академічних результатів, рекомендаційних листів чи позанавчальної діяльності кандидата. Однак він може також визначатися і за расовою належністю абітурієнта. Основне питання полягає в тому, чи відповідають системи відбору, що використовуються Гарвардським університетом і UNC, вимогам Положення про рівний захист та Чотирнадцятої поправки до Конституції США.

У Гарварді кожна заявка на навчання спершу розглядається так званим першим рецензентом, який присвоює числові оцінки за шістьма категоріями: академічні досягнення, позанавчальна діяльність, спортивні результати, підтримка з боку школи, особисті характеристики та загальна оцінка. У категорії «загальна оцінка», що є синтезом попередніх п'яти, рецензент може враховувати й расу абітурієнта. Далі заявки з певного географічного регіону розглядаються підкомітетами з відбору, які також беруть до уваги расову належність кандидата. Ці підкомітети надають свої рекомендації повному відбірковому комітету. Під час обговорення у складі 40 членів останній аналізує й расовий склад заявників. Як зазначав директор відділу прийому Гарвардського університету, мета процесу полягає у забезпеченні відсутності

---

<sup>146</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

різкого зниження кількості представників меншин порівняно з попереднім набором. Абітурієнт, який отримав більшість голосів повного комітету, попередньо зараховується. На заключному етапі відбувається остаточне скорочення списку попередньо зарахованих осіб з метою формування фінального складу студентів. У цей момент створюється список, що містить лише чотири критерії: статус спадкоємця (legacy), статус рекрутованого спортсмена, право на фінансову допомогу та расова належність. У процесі відбору Гарвард «використовує расу як вирішальний чинник» для значної частини зарахованих афроамериканських та латиноамериканських абітурієнтів.

Процедура відбору UNC є подібною. Кожна заява спершу оцінюється рецензентом приймальної комісії, який виставляє числові бали за кількома категоріями. При цьому рецензенти зобов'язані враховувати расу абітурієнта як один з чинників аналізу. Вони також складають письмову рекомендацію щодо кожної розглянутої заявки, при цьому кандидат може отримати суттєву перевагу залежно від расової належності. На цьому етапі більшість рекомендацій мають попередній остаточний характер. Потім комітет із числа досвідчених співробітників здійснює так званий «груповий перегляд» кожного первинного рішення, ухваленого рецензентом, і або підтверджує, або відхиляє рекомендацію. При цьому комітет також має право враховувати расову належність кандидата.

Традиційно Суд дозволяв коледжам враховувати расу як один із факторів прийому лише за обмежених обставин, наприклад, коли ці програми відповідають рамкам суворого контролю. Згідно з цими рамками, університет може розглядати програми, що враховують расову приналежність, якщо він має вагомий інтерес у цьому, який може бути досягнутий за допомогою вузько сфокусованих засобів. У справі Grutter Верховний Суд постановив, що програма прийому до юридичного факультету Мічиганського університету, яка враховувала расову приналежність і яка розглядала расу як один із багатьох

факторів у процесі комплексного розгляду файлів абітурієнтів, відповідає цьому стандарту суворого контролю<sup>147</sup>.

Ухвалюючи це рішення, Суд визнав, що університети:

- мають вагомий інтерес в освітніх перевагах різноманітного студентського колективу, зокрема расово різноманітного;
- програми, які розглядають абітурієнтів за їхніми індивідуальними характеристиками та не використовують квоти або расове збалансування, є вузько сфокусованими для досягнення цього інтересу, коли немає ефективних альтернатив, нейтральних до раси.

Ще у 2016 році Верховний Суд підтвердив ці рамки у справі *Fisher vs. University of Texas at Austin*, 579 U.S. 365 (2016) (*Fisher II*), встановивши, що програма прийому до Техаського університету, яка враховувала расову приналежність і яка так само розглядала расу як частину комплексного індивідуального аналізу, відповідає суворому контролю<sup>148</sup>.

Визнаючи цей прецедент, федеральні окружні суди у справах *SFFA проти Гарварду* та *SFFA проти UNC* після тривалого розгляду документів і багатотижневих судових процесів зробили ґрунтовні висновки, встановивши, що програми вступної кампанії Гарварду та UNC, які враховували расову приналежність, відповідали суворому контролю. *SFFA проти Гарварду*, 397 F. Supp. 3d 126 (D. Mass. 2019); *SFFA проти UNC*, 567 F. Supp. 3d 580 (M.D.N.C. 2021)<sup>149, 150</sup>. Обидва суди встановили, що університети переслідували законні, правомірні та вагомі інтереси в досягненні різноманітності студентського колективу, і що вони розглядали расу лише як один із багатьох факторів на індивідуальній основі і ніколи як негативний фактор для будь-якого абітурієнта. Апеляційний суд США першого округу підтвердив рішення окружного суду у

<sup>147</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

<sup>148</sup> *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher II)* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2016. United States Reports. 2016. Vol. 579. P. 365–388.

<sup>149</sup> *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the District of Massachusetts, decision of October 1, 2019. Federal Supplement. 2019. Vol. 397 F. Supp. 3d. P. 126–215.

<sup>150</sup> *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States Court of Appeals for the First Circuit, decision of November 12, 2020. Federal Reporter. 2020. Vol. 980 F.3d. P. 157–210.

справі SFFA проти Гарварду, 980 F.3d 157 (1st Cir. 2020)<sup>151</sup>. Апеляційний суд США четвертого округу не мав можливості оцінити рішення окружного суду у справі SFFA проти UNC, яке SFFA оскаржила безпосередньо у Верховному Суді США.

Так, у своїх рішеннях, ухвалених 29 червня 2023 року, Верховний Суд встановив, що програми прийому Гарварду та UNC порушують Положення про рівний захист та Розділ VI, оскільки вони не відповідають суворому контролю. Хоча більшість стверджувала, що аналіз вступних програм за методом суворого контролю узгоджується з попереднім рішенням у справі Grutter, формулювання цього стандарту Судом значно ускладнює для коледжів розробку допустимих програм, що враховують расову приналежність<sup>152</sup>.

Суд обґрунтовує своє рішення вузьким і помилковим історичним оглядом Чотирнадцятої поправки до Конституції США, враховуючи значну історію Положення про рівний захист, що демонструє намір Конгресу не лише протистояти підкоренню темношкірих осіб, так і сприяти створенню можливостей для них.

Так, Суд констатує, що запропонована Конгресом і ратифікована штатами після Громадянської війни, Чотирнадцята поправка до Конституції США встановлює, що жоден штат не може «відмовляти будь-якій особі ... у рівному захисті законів». Прихильники Положення про рівний захист визначали її фундаментальний принцип як заборону «будь-яких правових відмінностей, заснованих на расі чи кольорі шкіри». Будь-який «закон, який застосовується до однієї особи», як вони наголошували, повинен «однаково застосовуватися до всіх». Відповідно, як пояснювали ранні рішення цього Суду при тлумаченні цього положення, Чотирнадцята поправка гарантувала, «що закон у штатах буде однаковим для чорних і білих; що всі особи, незалежно від кольору шкіри, стоятимуть рівними перед законами штатів».

---

<sup>151</sup> Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College : United States District Court for the Middle District of North Carolina, decision of November 12, 2021. Federal Supplement. 2021. Vol. 567 F. Supp. 3d. P. 580–653.

<sup>152</sup> Students for Fair Admissions v. Harvard : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

Попри раннє визнання широкої сфери дії Положення про рівний захист, Суд — як і держава загалом — швидко не виправдав його базових вимог. Протягом майже століття після Громадянської війни сегрегація, запроваджена законами штатів, у багатьох частинах країни була прикрою нормою. Верховний Суд відіграв власну роль у цій ганебній історії, дозволивши у справі *Plessy v. Ferguson* функціонування режиму «роздільне, але рівне», який спотворив значну частину американського суспільства<sup>153</sup>. Після *Plessy* «американські суди ... протягом понад півстоліття боролися з доктриною роздільного, але рівного» (*Brown v. Board of Education*)<sup>154</sup>. Деякі справи цього періоду намагалися обмежити шкідливість доктрини, наголошуючи, що вона зобов'язує штати забезпечувати для чорношкірих студентів освітні можливості, рівні — навіть якщо формально відокремлені — від тих, які мали білі студенти (*Missouri ex rel. Gaines v. Canada*)<sup>155</sup>. Однак вроджена хибність цього підходу — спроби вивести рівність із нерівності — швидко стала очевидною. Як пізніше визнав Суд, навіть ті расові відмінності, що, здавалося б, не мають відчутного ефекту, насправді сприяли підпорядкуванню дискримінованих студентів (*McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Ed*)<sup>156</sup>. До 1950 року неминуха істина Чотирнадцятої поправки почала знову проявлятися: роздільне не може бути рівним.

Кульмінацією цього підходу стало рішення у справі *Brown v. Board of Education*, у якій Суд скасував режим «роздільного, але рівного», закріплений у *Plessy*, і розпочав шлях до визнання неконституційними усіх випадків *de jure* расової дискримінації з боку штатів і федерального уряду. Висновок Суду у *Brown* був однозначним: право на публічну освіту «має бути надане всім на рівних умовах». Уже через рік Суд підтвердив це правило, постановивши, що

---

<sup>153</sup> *Plessy v. Ferguson* : Supreme Court of the United States, decision of May 18, 1896. United States Reports. 1896. Vol. 163. P. 537–564.

<sup>154</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. United States Reports. 1954. Vol. 347. P. 483–495.

<sup>155</sup> *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* : Supreme Court of the United States, decision of December 12, 1938. United States Reports. 1938. Vol. 305. P. 337–352.

<sup>156</sup> *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* : Supreme Court of the United States, decision of June 5, 1950. United States Reports. 1950. Vol. 339. P. 637–642.

повне виконання рішення *Brown* вимагало від шкіл приймати студентів «на расово нейтральній основі».

У наступні роки фундаментальний принцип, що расова дискримінація у публічній освіті є неконституційною, поширився й на інші сфери життя. Це стосувалося, зокрема, законів штатів і муніципалітетів, які передбачали сегрегацію в автобусних перевезеннях (*Gayle v. Browder*)<sup>157</sup>; сегрегацію при користуванні пляжами й громадськими купальнями (*Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*)<sup>158</sup>; а також заборону міжрасових шлюбів (*Loving v. Virginia*)<sup>159</sup>. Ці та подібні рішення відображають основну мету Положення про рівний захист: «усунення всієї дискримінації, запровадженої урядом, на основі раси» (*Palmore v. Sidoti*)<sup>160</sup>.

Ліквідація расової дискримінації означає ліквідацію усіх її проявів. Відповідно, Суд постановив, що Положення про рівний захист застосовується «безвідносно до будь-яких відмінностей у расі, кольорі шкіри чи національності» — воно є «універсальним у своєму застосуванні» (*Yick Wo v. Hopkins*)<sup>161</sup>, адже гарантія рівного захисту не може означати одне для однієї особи і щось інше — для особи іншого кольору шкіри (*Regents of Univ. of Cal. v. Bakke*)<sup>162</sup>.

Будь-які винятки з гарантій Положення про рівний захист повинні витримати суворий двоетапний тест, відомий як суворий контроль (*strict scrutiny*)<sup>163</sup>. Він передбачає, по-перше, перевірку, чи використання расової класифікації спрямоване на досягнення переконливого державного інтересу (*Grutter v. Bollinger*), і, по-друге, чи є застосування раси вузько спрямованим,

<sup>157</sup> *Gayle v. Browder* : Supreme Court of the United States, decision of December 5, 1956 (per curiam). United States Reports. 1956. Vol. 352. P. 903.

<sup>158</sup> *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson* : Supreme Court of the United States, decision of November 7, 1955 (per curiam). United States Reports. 1955. Vol. 350. P. 877.

<sup>159</sup> *Loving v. Virginia* : Supreme Court of the United States, decision of June 12, 1967. United States Reports. 1967. Vol. 388. P. 1–12.

<sup>160</sup> *Palmore v. Sidoti* : Supreme Court of the United States, decision of April 25, 1984. United States Reports. 1984. Vol. 466. P. 429–434.

<sup>161</sup> *Yick Wo v. Hopkins* : Supreme Court of the United States, decision of May 10, 1886. United States Reports. 1886. Vol. 118. P. 356–374.

<sup>162</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

<sup>163</sup> *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* : Supreme Court of the United States, decision of June 12, 1995. United States Reports. 1995. Vol. 515. P. 200–237.

тобто необхідним для реалізації такого інтересу (*Fisher v. University of Texas at Austin*). Прийняття державних заходів, заснованих на расовій належності, є винятковим явищем з поважної причини: «розрізнення між громадянами виключно за ознакою походження є за своєю природою одіозними для вільного народу, чий інститути ґрунтуються на доктрині рівності» (*Rice v. Cayetano*)<sup>164</sup>.

Тим не менш, Суд приходить до висновку, що Положення про рівний захист було прийнято для забезпечення расової рівності (*colorblind*) і дозволяло расові класифікації лише за виняткових обставин, які могли б витримати перевірку суворого контролю, наприклад, расові коригувальні плани та плани, що запобігають неминучим і серйозним ризикам для безпеки у в'язницях.

Суд покладається на своє власне історичне розуміння, щоб посилити вимоги стандарту *Grutter*, водночас дотримуючись прецеденту. Наприклад, у своєму рішенні Суд підтверджує, що для того, щоб університети могли явно враховувати расу при прийомі, вони повинні мати вагомий інтерес у цьому врахуванні. У справах *Grutter* та *Fisher II* Суд постановив, що вищі навчальні заклади мають вагомий інтерес в освітніх перевагах різноманітності, таких як сприяння міжрасовому взаєморозумінню, руйнування расових стереотипів, підвищення результатів навчання та підготовка студентів до роботи в різноманітному колективі. В обох справах проти Гарварду та UNC окружні суди відповідно встановили, що обидва університети мали законний інтерес у цих освітніх перевагах і адекватно оцінювали цей інтерес. SFFA не надав жодних доказів, що спростовують ці висновки. Однак Верховний Суд постановляє, що заявлені інтереси університетів, описані аналогічно до інтересів, сформульованих у справах *Grutter* та *Fisher II*, не можуть бути вагомими, оскільки вони надто неточні для будь-якої оцінки. У результаті Суд робить висновок, що цілі, сформульовані Гарвардом та UNC, є похвальними, але не є достатньо послідовними для цілей суворого контролю.

---

<sup>164</sup> *Rice v. Cayetano* : Supreme Court of the United States, decision of February 23, 2000. United States Reports. 2000. Vol. 528. P. 495–545.

Свобода університетів у визначенні власної політики доступу до навчання, як наголошував Верховний Суд, не є і не може бути абсолютною. Суддя Льюїс Пауелл підкреслював, що будь-які расові та етнічні відмінності за своєю природою повинні розглядатися як апріорно підозрілі. Ця підозрілість ґрунтується не лише на загальних принципах правової рівності, а й на глибокому історичному досвіді Сполучених Штатів, у конституційній та демографічній еволюції яких негативне ставлення до поділу за расовою ознакою відіграло визначальну роль<sup>165</sup>.

Саме тому Верховний Суд окреслив чіткі обмеження щодо того, як університети можуть враховувати фактор раси. Зокрема, було визнано неприйнятними системи квот, які резервували б визначену кількість місць у кожному наборі для представників певних етнічних груп (справа *Bakke*). Подібним чином, університетам заборонялося впроваджувати програми, у яких за кожною з попередньо ідентифікованих категорій заявників закріплювалася б окрема кількість місць. І ще важливіше, що жоден абітурієнт не міг бути позбавлений можливості розгляду його кандидатури лише через те, що він не належав до певної расової групи (справа *Bakke*). Така практика була б прямим порушенням принципів рівного захисту, закріплених у Чотирнадцятій поправці до Конституції США.

Суд чітко встановив: роль раси у відборі має бути максимально обмеженою. Її допустимо враховувати виключно як додатковий позитивний фактор у контексті конкретної справи абітурієнта. Навіть у цьому разі застосування критерію раси повинно було відбуватися гнучко, з обов'язковим урахуванням усіх інших релевантних характеристик, що формують різноманіття, та з урахуванням індивідуальних кваліфікацій кожного кандидата. Це означало, що расовий фактор міг відігравати допоміжну, але жодним чином не вирішальну чи абсолютну роль.

---

<sup>165</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

Суддя Пауелл обґрунтував такий підхід прикладом, який він назвав особливо показовим, — системою відбору, яку на той час застосовував Гарвардський коледж. У своєму поданні до Верховного Суду Гарвард наголошував, що раса абітурієнта може стати тим додатковим чинником, який здатний схилити терези на його користь, подібно до того, як це може зробити географічне походження чи певний унікальний життєвий досвід. Як зазначав університет, хлопець із фермерської родини в Айдахо може привнести до студентського середовища щось таке, чого не зможе забезпечити мешканець Бостона. У тому ж сенсі афроамериканський студент здатен збагатити навчальне середовище власним унікальним досвідом, відмінним від того, що може привнести білий абітурієнт.

У підсумку Гарвард зробив висновок, що раса була і повинна залишатися одним із багатьох чинників, які враховуються в окремих рішеннях щодо прийому. Водночас цей фактор не має перетворюватися на жорсткий чи автоматичний критерій, а повинен розглядатися лише як частина ширшої системи оцінювання, спрямованої на досягнення справжнього різноманіття<sup>166</sup>.

Цікаво зауважити, що на думку Верховного Суду, застосування расового критерію при відборі абітурієнтів має бути допущене Судом виключно в межах вузько визначених випадків. Будь-які університетські програми, що враховують фактор раси, повинні відповідати вимогам суворого контролю (*strict scrutiny*). Це означає, що вони ніколи не можуть використовувати расу як негативний чинник чи як стереотип, а також мають передбачати чітку часову межу свого застосування.

Системи відбору, що використовувалися Гарвардським університетом та Університетом Північної Кароліни, попри їхню задекларовану добросовісність і навіть благі наміри, не відповідають жодному з цих критеріїв. Саме тому вони підлягають визнанню неконституційними відповідно до Положення про рівний захист та Чотирнадцятої поправки до Конституції США.

---

<sup>166</sup> Students for Fair Admissions v. Harvard : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

Суд також вважає, що програми вступної кампанії, які враховують расову приналежність, не є вузько сфокусованими на заявлених вагомих інтересах університетів. При цьому Суд визначає чотири характеристики, яким повинна відповідати програма прийому, що враховує расову приналежність, щоб бути вузько сфокусованою. Проаналізуємо їх більш детально.

По-перше, Суд зазначає, що має бути «значний зв'язок між засобами, які вони застосовують, і цілями, яких вони прагнуть досягти». Програми Гарварду та UNC не мають цього зв'язку, оскільки їхні засоби, тобто расові категорії, які університети використовують для ідентифікації різноманітності свого складу студентів, є «неточними» і «явно надмірно широкими».

Так, з метою досягнення освітніх переваг від різноманітності Університет Північної Кароліни прагне уникнути недостатнього представництва меншин, тоді як Гарвард «захищається від ненавмисних знижень рівня представництва» певних меншин з року в рік. Для досягнення цих цілей університети вимірюють расовий склад своїх студентських груп за такими категоріями: (1) азіати; (2) вихідці з Гавайських островів або інших островів Тихого океану; (3) іспаномовні; (4) білі; (5) афроамериканці та (6) корінні американці. Незважаючи на це, не є очевидним, яким чином віднесення студентів до цих категорій і ухвалення рішень про прийом на їхній основі реально сприяє досягненню заявлених університетами освітніх цілей.

І знову ж варто погодитися з позицією Суду, що проблема починається з того, що ці категорії є надзвичайно нечіткими. Деякі з них явно надто широкі: об'єднуючи всіх азійських студентів в одну групу, університети, по суті, демонструють байдужість до того, чи представлені належним чином південноазійські або східноазійські студенти, вважаючи достатнім, що наявність одних компенсує нестачу інших. Інші категорії, такі як іспаномовні, є довільними або навіть невизначеними. Як наголошувалося в аналітичному звіті Pew Research Center<sup>167</sup>, «довга історія зміни ярликів і трансформації категорій

---

<sup>167</sup> Lopez M. H., Krogstad J. M., Passel J. S. Who is Hispanic? Pew Research Center. 2022. 15 Sept. URL: <https://www.pewresearch.org/short-reads/2022/09/15/who-is-hispanic/> (accessed: 07.03.2025).

відображає еволюцію культурних норм щодо того, що означає бути іспаномовним або латиноамериканцем у США сьогодні». Нарешті, деякі категорії залишаються відверто неповними. Коли під час усних слухань було поставлено питання про те, як класифікувати абітурієнтів із країн Близького Сходу (зокрема, Йорданії, Іраку, Ірану чи Єгипту), представник Університету Північної Кароліни визнав, що не знає відповіді на це питання. Це підтверджує аргументи судді Ніла Горсача, який охарактеризував ці категорії як нелогічні та засновані на ірраціональних стереотипах.

Таким чином, використання цих непрозорих расових категорій фактично підриває, а не сприяє досягненню задекларованих цілей. Наприклад, орієнтуючись на недостатнє представництво, університети могли б надати перевагу складу студентського корпусу, де 15 % складають вихідці з Мексики, порівняно зі складом, де 10 % студентів походять із кількох країн Латинської Америки, лише тому, що перший варіант містить більший відсоток іспаномовних студентів. Важко зрозуміти, як подібний підхід може вважатися таким, що відповідає меті забезпечення широкого різноманіття. Невідповідність між застосованими засобами та задекларованими цілями робить майже неможливим ефективне судове оцінювання застосування університетами програм позитивних дій.

У той же час основною відповіддю університетів на ці зауваження Суду фактично є пропозиція довіритися університетам. На їхню думку, жодне з поставлених питань не потребує конкретної відповіді, оскільки університетам належить певна автономія у використанні расового фактора на користь одних абітурієнтів і на шкоду іншим. Дійсно, судова практика визнавала «традицію надання певного рівня деференції академічним рішенням університетів»<sup>168</sup>. Водночас Суд неодноразово підкреслював, що така деференція може існувати

---

<sup>168</sup> Grutter v. Bollinger : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

лише в межах, визначених Конституцією, і що «деференція не означає відмову чи ухилення від здійснення судового контролю»<sup>169</sup>.

Університети мають право самостійно визначати власні академічні місії, але в межах, які не створюють порушення Конституція США. У зв'язку з цим судові органи не можуть дозволяти поділ студентів на основі раси без наявності надзвичайно переконливого та чітко вимірюваного обґрунтування, яке було б достатньо конкретним для перевірки у судовому порядку. Як неодноразово підтверджував Верховний Суд, «расові класифікації є надто шкідливими, щоб дозволяти будь-що інше, окрім найточнішого зв'язку між обґрунтуванням та самою класифікацією»<sup>170</sup>. Оскільки розглядувані програми не відповідають цим критеріям, вони не можуть бути визнані конституційно допустимими.

По-друге, Суд постановляє, що програми вступу, які враховують расову приналежність, не повинні використовувати расу як негативний фактор. Суд встановив, що програми Гарварду та UNC не відповідають цій вимозі, оскільки їхні програми дозволяли надавати перевагу абітурієнту лише на основі його раси. На думку Суду, використання раси таким чином неминуче дозволяє негативне використання раси, оскільки в «ігровому середовищі з нульовою сумою» прийому «перевага, надана одним абітурієнтам, але не іншим, обов'язково надає перевагу першій групі за рахунок другої»<sup>171</sup>. Проаналізуємо більш детально.

Так, позиція Суду щодо того, що системи вступу, засновані на врахуванні раси, не відповідають вимогам Положення про рівний захист тому, що раса ніколи не може використовуватися як негативний фактор і не може функціонувати як стереотип у суспільстві. У судовій практиці неодноразово підкреслювалося, що раса конкретної особи не може бути використана проти неї у процесі вступу. Проте Апеляційний суд Першого округу встановив, що

---

<sup>169</sup> Miller-El v. Cockrell : Supreme Court of the United States, decision of February 25, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 537. P. 322–348.

<sup>170</sup> Gratz v. Bollinger : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 244–275.

<sup>171</sup> Students for Fair Admissions v. Harvard : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

врахування раси у процесі відбору Гарвардом призвело до зниження кількості прийнятих абітурієнтів азійського походження на 11,1%. Аналогічно, окружний суд зауважив, що політика Гарварду щодо врахування раси «в цілому призводить до меншої кількості прийнятих абітурієнтів азійського та білого походження»<sup>172</sup>.

Відповідачі, однак, стверджують, що раса ніколи не виступає негативним чинником у їхніх програмах відбору абітурієнтів. На думку Суду, цей аргумент не витримує серйозної перевірки. Гарвард, зокрема, проводить аналогію між расою та іншими факторами, які враховуються при прийомі. За твердженням університету, надання переваги абітурієнтам, які можуть досягти успіхів в оркестрі Harvard-Radcliffe, не означає, що негативним є відсутність музичних здібностей. Проте з такої логіки випливає, що коли університет надає перевагу студентам із високими оцінками та результатами тестів, то відсутність таких здобутків не вважається негативом. Очевидно, що такий підхід до розуміння вступу важко сприймати серйозно. Вступ до університету є процесом із нульовою сумою: переваги, надані одним кандидатам, неминуче відбуваються за рахунок інших.

Так само малопереконливо виглядає аргумент університету, що раса не є негативним чинником, оскільки вона нібито не впливає на значну кількість рішень, адже одночасно відповідачі визнають, що демографічний склад їхніх зарахованих груп суттєво зміниться у випадку відмови від расових преференцій. Вони також погоджуються, що раса є визначальною принаймні для частини, якщо не для багатьох студентів, яких вони зараховують<sup>173</sup>. Якщо у випадку неврахування раси представники певних груп отримували б значно більше шансів на вступ, ніж вони мають тепер, то інакше як негативним цей чинник описати неможливо. Як зазначив Верховний Суд ще у справі *Shelley v.*

---

<sup>172</sup> *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the District of Massachusetts, decision of October 1, 2019. Federal Supplement. 2019. Vol. 397 F. Supp. 3d. P. 126–215.

<sup>173</sup> *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the Middle District of North Carolina, decision of November 12, 2021. Federal Supplement. 2021. Vol. 567 F. Supp. 3d. P. 580–653.

Крамер, «рівний захист законів не може досягатися шляхом безладного накладення нерівностей»<sup>174</sup>.

Другою причиною неспроможності програм відповідачів є те, що університети не можуть ґрунтувати відбір на припущенні, що студенти з меншин завжди (або навіть переважно) репрезентують певний погляд саме цієї меншини на будь-яке питання. Така заборона простежується в усій практиці Суду, що стосується застосування Положення про рівний захист<sup>175, 176</sup>.

Проте, схвалюючи програми, які дозволяють окремим студентам отримувати переваги виключно через їхню расу, університети фактично толерують те, що прямо відкинула справа *Grutter* - стереотипізацію. Сама логіка таких програм ґрунтується на переконанні, що сама по собі раса несе невід'ємну цінність — «раса заради раси». У процесі відбору Гарвард, наприклад, виходить із стереотипного припущення, що «чорний студент зазвичай може привнести щось, чого білий студент не може». Аналогічно, позиція UNC полягає в тому, що «раса сама по собі щось говорить про особистість абітурієнта»<sup>177</sup>.

Однак Верховний Суд неодноразово наголошував, що урядові органи не мають права розподіляти преференції, ґрунтуючись на припущенні, що члени однієї расової групи незалежно від віку, освіти, економічного становища чи середовища мислять однаково. Уся суть Положення про рівний захист полягає в тому, що відмінність за кольором шкіри не може прирівнюватися до відмінності між міським і сільським походженням або до різниці у музичних здібностях.

Як зазначив Суд у справі *Rice v. Cayetano*, однією з головних причин, чому раса є забороненою класифікацією, є те, що вона принижує гідність і цінність людини, якщо її оцінюють не за власними заслугами, а за

---

<sup>174</sup> *Shelley v. Kraemer* : Supreme Court of the United States, decision of May 3, 1948. United States Reports. 1948. Vol. 334. P. 1–23.

<sup>175</sup> *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action* : Supreme Court of the United States, decision of April 22, 2014. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

<sup>176</sup> *Shaw v. Reno* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1993. United States Reports. 1993. Vol. 509. P. 630–658.

<sup>177</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 96–97.

походженням<sup>178</sup>. Університети, приймаючи студентів на основі раси, фактично підтверджують принизливе припущення, що представники певної групи, з огляду на расу, думають однаково<sup>179</sup>. Така практика лише поглиблює стереотипи, які зводять індивідів до продукту їхньої раси та оцінюють їхню цінність як громадян за критерієм, який історично та конституційно заборонений. Як влучно підкреслив Суд у справі *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, таке стереотипізування неминуче «завдає тривалої шкоди та принижень»<sup>180</sup>, і є несумісним із ключовою метою Положення про рівний захист — усуненням будь-якої державної дискримінації за расовою ознакою<sup>181</sup>.

Третьою та останньою характеристикою програми прийому, що враховує расову приналежність та відповідає вимогам Положення про рівний захист, є те, що вона повинна мати логічний кінцевий результат. Програми Гарварду та UNC не мали таких визначених результатів, оскільки запропоновані університетами приклади, коли на їхніх кампусах «буде значуще представництво та різноманітність», не можуть бути виміряні, щоб визначити, коли вони будуть досягнуті.

Відповідачі та уряд США насамперед стверджують, що їхні програми расово орієнтованого відбору абітурієнтів завершаться тоді, коли на університетських кампусах буде досягнуто «значущого представництва та різноманіття» за відсутності таких заходів<sup>182</sup>. При цьому наголошується, що критерій «значущого представництва» не передбачає жодних суворих числових показників, точних чисел чи відсотків або визначеної частки<sup>183</sup>. У цьому випадку виникає логічне питання: але що ж саме він передбачає?

<sup>178</sup> *Rice v. Cayetano* : Supreme Court of the United States, decision of February 23, 2000. United States Reports. 2000. Vol. 528. P. 495–545.

<sup>179</sup> *Miller v. Johnson* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1995. United States Reports. 1995. Vol. 515. P. 900–928.

<sup>180</sup> *Edmonson v. Leesville Concrete Co.* : Supreme Court of the United States, decision of January 15, 1991. United States Reports. 1991. Vol. 500. P. 614–639.

<sup>181</sup> *Palmore v. Sidoti* : Supreme Court of the United States, decision of April 25, 1984. United States Reports. 1984. Vol. 466. P. 429–434.

<sup>182</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 167.

<sup>183</sup> Brief for Respondent, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199, at 38.

Незважаючи на заперечення, у підсумку йдеться саме про числові показники. У Гарварді кожне засідання повного комітету починається з обговорення того, як склад класу за расовими ідентичностями порівнюється з попереднім роком<sup>184</sup>. Якщо у процесі відбору виявляється, що якась група «суттєво недопредставлена або зазнала різкого зменшення порівняно з попереднім роком, Комітет може приділити додаткову увагу заявникам із цієї групи. Суд першої інстанції також встановив, що Гарвард «використовує расу для відстеження формування класів порівняно з попередніми роками з метою досягнення певного рівня расового різноманіття».

Результати роботи Гарвардської програми підтверджують цей числовий підхід: у 2009–2018 рр. частка афроамериканських студентів серед зарахованих коливалася у вузькому діапазоні 10,0–11,7 %. Подібна тенденція спостерігалася і для інших меншин<sup>185</sup>. Очевидно, що акцент на числових показниках є визначальним.

Програма відбору Університету Північної Кароліни функціонує подібним чином. Вона формулює своє завдання як зарахування та забезпечення представництва недопредставлених меншин<sup>186</sup>. Використовується критерій, що визначається шляхом порівняння: якщо частка студентів певної расової чи етнічної групи серед студентського складу університету є нижчою за їхню частку в загальному населенні штату Північна Кароліна, така група вважається недостатньо представлена<sup>187</sup>. Як зазначає сам університет, він ще не досяг своїх цілей у сфері різноманіття» зокрема через відсутність пропорційного представництва.

---

<sup>184</sup> *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the District of Massachusetts, decision of October 1, 2019. Federal Supplement. 2019. Vol. 397 F. Supp. 3d. P. 126–215.

<sup>185</sup> Brief for Petitioner, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199, at 23.

<sup>186</sup> Brief for University Respondents, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707, at 7.

<sup>187</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 78–79.

Проблема такого підходу є добре відомою: відвертий расовий баланс є очевидно неконституційним<sup>188</sup>. Адже, як неодноразово наголошував Суд, у самій сутності гарантії рівного захисту Конституції лежить просте правило: уряд має ставитися до громадян як до індивідуальностей, а не як до складових елементів расового, релігійного, статевого чи національного класу<sup>189</sup>. Коли університети обіцяють припинити застосування расових критеріїв лише тоді, коли буде досягнута приблизна «правильна частка» представників різних расових груп, вони фактично перекручують цю засадничу норму. Така практика гарантує, що раса завжди залишатиметься релевантною, а кінцева мета — усунення раси як критерію — ніколи не буде досягнута<sup>190</sup>.

Альтернативні обґрунтування, які надають відповідачі, також не витримують критики. Вони стверджують, що університетам не доведеться застосовувати расові преференції тоді, коли навіть без них студенти отримують освітні переваги від різноманіття. При цьому варто зазначити, як вже підкреслював Суд, немає зрозумілих критеріїв, за якими можна визначити, коли стереотипи подолані або коли створені «продуктивні громадяни та лідери»<sup>191</sup>. Немає і способу оцінити, чи можуть ці цілі бути досягнуті без расових програм. Сам університет визнає, що ці якісні стандарти є важко вимірюваними<sup>192</sup>. Однак Суд у *Fisher v. University of Texas (Fisher II)* чітко зазначив, що програми мають бути «достатньо вимірюваними» для оцінки їхньої необхідності.

Далі відповідачі посилаються на рішення у справі *Grutter*, де Суд висловив очікування, що через 25 років застосування расових преференцій більше не буде необхідним<sup>193</sup>. Однак цей орієнтир був лише прогностичним

---

<sup>188</sup> *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher I)* : Supreme Court of the United States, decision of June 24, 2013. United States Reports. 2013. Vol. 570. P. 297–343.

<sup>189</sup> *Miller v. Johnson* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1995. United States Reports. 1995. Vol. 515. P. 900–928.

<sup>190</sup> *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* : Supreme Court of the United States, decision of January 23, 1989. United States Reports. 1989. Vol. 488. P. 469–511.

<sup>191</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 167.

<sup>192</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 85–86.

<sup>193</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

припущенням Суду, а не правовою нормою. Як свідчать матеріали справи, ані Гарвард, ані UNC не вважають, що у найближчі п'ять років расово орієнтовані програми стануть непотрібними. Навпаки, вони прямо визнають, що планують продовжувати їх застосовувати навіть після 2028 року<sup>194</sup>. Більше того, абітурієнти, яких оцінюватимуть у цьому році, закінчать навчання саме у 2028 році — через 25 років після рішення у *Grutter*.

Нарешті, відповідачі твердять, що їхні програми не потребують кінцевої мети, оскільки вони проходять періодичні перегляди з метою оцінки їхньої актуальності. Проте справа *Grutter* ніколи не визнавала, що регулярні перегляди здатні зробити неконституційне конституційним. Навпаки, Суд прямо зазначив, що навіть при періодичних перевірках расово орієнтовані програми обов'язково повинні мати термін завершення. Інакше кажучи, регулярний перегляд не є виправданням для їхнього безстрокового продовження.

Сам Гарвард визнає, що його програма не має кінцевої дати<sup>195</sup> і що спосіб мислення про використання раси у процесі відбору залишається незмінним протягом майже 50 років<sup>196</sup>. Програма UNC також не має визначеного строку припинення, а університет навіть натякає, що може розширити застосування расових критеріїв у майбутньому<sup>197</sup>.

Таким чином, відсутні будь-які підстави вважати, що відповідачі, навіть діючи добросовісно, у найближчій перспективі приведуть свої програми у відповідність до вимог Положення про рівний захист Чотирнадцятої поправки до Конституції США.

З наведених вище причин програми прийому до Гарварду та Університету Північної Кароліни не відповідають гарантіям, закріпленим у Положенні про рівний захист. Обидві програми не мають достатньо чітко визначених і

---

<sup>194</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199. 2022. P. 84–85, 91.

<sup>195</sup> Brief for Respondent, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199, at 52.

<sup>196</sup> Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199. 2022. P. 91.

<sup>197</sup> Brief for University Respondents, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707, at 57–59.

вимірюваних цілей, які могли б виправдати використання расового фактора; вони неминуче застосовують його у негативний спосіб, ґрунтуються на расових стереотипах і позбавлені реальних часових обмежень. Верховний Суд ніколи не допускав існування таких програм прийому і не зробив цього у справі, що аналізується.

Водночас, як погодилися всі сторони процесу, нічого у рішенні Суду у цій справі не слід тлумачити як заборону для університетів враховувати у заявах абітурієнтів їхній особистий досвід, пов'язаний із впливом раси на їхнє життя — чи то у формі дискримінації, чи натхнення, чи інших чинників. Проте, всупереч твердженням у окремій думці суддів-опонентів, університети не можуть просто використати особисті есе або інші засоби для встановлення тієї самої системи, яку Суд визнав незаконною у цій справі, адже «те, що не може бути зроблено прямо, не може бути зроблено й опосередковано. Конституція стосується сутності, а не тіней», і заборона расової дискримінації «спрямована проти самої сутності явища, а не проти його назви»<sup>198</sup>.

Таким чином, перевага, надана студентові, який подолав расову дискримінацію, повинна бути пов'язана з його особистою мужністю та рішучістю. Так само, якщо студент звертається до своєї культурної спадщини чи етнічної ідентичності як джерела мотивації для здобуття лідерської ролі або досягнення певної мети, то така перевага має впливати з його індивідуальних якостей, що роблять його унікальним та здатним зробити внесок у життя університету. Іншими словами, оцінювання має ґрунтуватися на досвіді конкретної особи, а не на її расовій належності.

Протягом занадто тривалого часу багато університетів дотримувалися протилежного підходу. При цьому вони виходили з хибного припущення, що визначальною рисою ідентичності людини є не ті труднощі, які вона здолала, не ті навички, які вона здобула, і не ті уроки, які вона засвоїла, а виключно колір її

---

<sup>198</sup> *Cummings v. Missouri* : Supreme Court of the United States, decision of January 14, 1867. United States Reports. 1867. Vol. 71 (4 Wall.). P. 277–325.

шкіри. Історія конституційного ладу США, на думку Верховного Суду, не допускає такого вибору.

Варто також зауважити, що аналіз вузької спрямованості концепції позитивних дій Судом є особливо цікавим. Наприклад, висновок Суду про те, що програми Гарварду та UNC використовували расу як стереотип, певною мірою суперечить свідченням та іншим доказам, наданим студентами та експертами в обох справах проти Гарварду та UNC. Під час судового розгляду кілька студентів свідчили, що різноманітність, створена цими програмами, які враховували расову приналежність, руйнувала, а не підсилювала стереотипи. Наприклад, Ханна Вотсон, випускниця UNC, свідчила, що расове різноманіття в класах сприяло «кращому зворотному зв'язку» та дискусіям, і що внутрішньорасове різноманіття в темношкірій спільноті UNC руйнувало стереотипи, показуючи, що «чорні студенти не є монолітом». SFFA не представив жодних свідчень студентів, які б стверджували протилежне.

Наприкінці свого висновку Суд визнає, що його рішення не впливає на здатність університетів розглядати расовий досвід, наприклад, коли абітурієнт обговорює, як раса вплинула на його чи її життя, чи то через дискримінацію, натхнення, чи інше. Хоча Суд зазначив, що університети не можуть оцінювати такий досвід у спосіб, спрямований на обхід рішення: університети можуть продовжувати оцінювати на індивідуальній основі згадку абітурієнта про расу в есе та інших частинах заяви, де студент може згадати свою расу на індивідуальній основі.

Цікаво зазначити, що майже кожен інший член Суду висловив свою думку щодо рішення більшості Суду. Співпадаюча думка судді Кавано частково визнала, що закони про громадянські права можуть бути використані для усунення перешкод, з якими стикаються недостатньо представлені абітурієнти з числа представників інших рас, і що програми, нейтральні до раси, можуть бути розглянуті як спосіб подолання минулої дискримінації. В окремих думках судді Горсач і Томас поширили рішення Суду про «расову сліпоту» на більш далекі цілі. Наприклад, у своїй співпадаючій думці суддя Горсач стверджує, що

формулювання Розділу VI Закону про громадянські права слід тлумачити так, щоб виключити використання раси при прийомі взагалі. Аналогічно, суддя Томас тлумачить Положення про рівний захист як таке, що забороняє уряду використовувати будь-які расові класифікації, навіть якщо ці класифікації використовуються для допомоги особам іншої раси, яким історично та систематично відмовляли у доступі до державних установ.

З іншого боку, особливі думки суддів Сотомайор і Джексон підкреслюють, що думка більшості та співпадаючі думки відірвані від фактів справи, а також від історії та мети Положення про рівний захист та Розділу VI Закону про громадянські права. Згадуючи історію Положення про рівний захист та декілька расово-свідомих зусиль Конгресу, спрямованих на досягнення більшої рівності для афроамериканців, суддя Сотомайор розкритикувала расово-сліпі рамки більшості за «підрив конституційної гарантії рівного захисту шляхом подальшого закріплення расової нерівності в освіті». Суддя Джексон розвинула ці аргументи, детально обговорюючи історичну, систематичну дискримінацію проти темношкірих американців і те, як ця жахлива спадщина нерівності пронизує сучасне суспільство. Вона написала, що «дозвіл (а не вимога) коледжам, як-от UNC, повністю оцінювати заслуги абітурієнтів, явно просуває (а не перешкоджає) основній обіцянці Чотирнадцятої поправки»<sup>199</sup>.

У той же час цікавим є те, що в основній частині рішення Суду наводиться огляд та узагальнення окремих думок суддів, які не згодні з рішенням більшості. Так, Верховний Суд звертає увагу на те, що окремі думки суддів у цій справі спрямовані на опір основним висновкам більшості. Їхня логіка полягає в тому, що Чотирнадцята поправка допускає можливість для державних інституцій виправляти наслідки суспільної дискримінації шляхом прямого використання расових критеріїв. Хоча ці аргументи викладені послідовно й подекуди вирізняються глибиною, їхня базова концепція давно

---

<sup>199</sup> Students for Fair Admissions v. Harvard : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. United States Reports. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

була відкинута як у судовій практиці Верховного Суду, так і в доктрині конституційного права США.

Подібне тлумачення Положення про рівний захист не є новим. Ще у справі *Regents of the University of California v. Bakke* четверо суддів висловилися за допустимість расових програм прийому як засобу подолання наслідків дискримінації на суспільному рівні (спільна думка суддів Бреннана, Вайта, Маршалла та Блекмана). Проте ця позиція так і залишилася меншістю. Вирішальне значення мало голосування судді Павелла, який, сформувавши контрольну думку, чітко відкинув концепцію суспільної дискримінації як достатньо переконливого державного інтересу. Він зазначив, що таке виправдання є аморфною концепцією шкоди, яка може розповсюджуватися на минуле без часових меж. Відтак воно не може виправдовувати расову класифікацію, яка накладає обмеження на осіб, котрі не несуть жодної відповідальності за минулу несправедливість, якої, як вважається, зазнали представники інших рас чи соціальних груп.

У подальшій практиці Суд прийняв саме цей підхід як власний. Упродовж десятиліть після ухвалення рішення у справі *Bakke* Суд послідовно наголошував, що подолання наслідків загальної суспільної дискримінації не є переконливим інтересом, здатним виправдати расові преференції<sup>200</sup>. Так, у справі *United States v. Hays* Суд прямо заявив: «Спроба зменшити наслідки суспільної дискримінації не становить особливий державний інтерес»<sup>201</sup>. Аналогічний висновок було зроблено й у справі *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, де зазначалося, що дозвіл на використання минулої дискримінації як підстави для жорстких расових преференцій відкрив би безмежні можливості для конкуруючих вимог від кожної соціально неблагополучної групи<sup>202</sup>. Такий розвиток подій, застеріг Суд, призвів би до

---

<sup>200</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.

<sup>201</sup> *United States v. Hays* : Supreme Court of the United States, decision of June 24, 1996. United States Reports. 1996. Vol. 517. P. 899–917.

<sup>202</sup> *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* : Supreme Court of the United States, decision of January 23, 1989. United States Reports. 1989. Vol. 488. P. 469–511.

руйнування мрії про націю рівних громадян, яка розсипалася б на мозаїку мінливих преференцій, що ґрунтуються на невимірюваних претензіях на минулі кривди.

Однак, окремі думки у цій справі уникають визнання зазначеної доктрини. Вони не посилаються на *Naus* і не згадують *Croson*. Фактично, вони відновлюють аргументацію, яку Суд уже розглядав і відкидав. Саме цим пояснюється, чому головна окрема думка неодноразово цитує часткову незгоду судді Маршалла у справі *Vakke*, але майже не згадує контрольну думку судді Павелла (а в тексті думки судді Джексон вона взагалі відсутня). Адже те, що незгодні судді називають «риторичними деклараціями щодо колірної сліпоти», насправді є фундаментальними правовими формулами, проголошеними у справах *Loving v. Virginia*<sup>203</sup>, *Yick Wo v. Hopkin*<sup>204</sup>s, *Shelley v. Kraemer*<sup>205</sup> та *Bolling v. Sharpe*<sup>206</sup>. Це визначальні тлумачення, які формують сутність доктрини рівного захисту. Незгодні судді прагнуть змінити цю доктрину, але таке прагнення не може прикриватися принципом *stare decisis*.

Подібні викривлення доктрини та судової практики простежуються і в оцінці окремими суддями практики щодо програм расових преференцій. На їхню думку, справа *Grutter v. Bollinger* нібито узаконила такі програми на невизначений термін — «доки триватиме расова нерівність»<sup>207</sup>. Однак, насправді справа *Grutter* постановила прямо протилежне. Вона наголосила, що будь-які відхилення від принципу рівного ставлення мають бути тимчасовими та обмеженими у часі. Суд рішуче відкинув перетворення расових преференцій на постійне виправдання. Незгодні судді, натомість, намагаються підмінити цю логіку безстроковим виправданням.

<sup>203</sup> *Loving v. Virginia* : Supreme Court of the United States, decision of June 12, 1967. United States Reports. 1967. Vol. 388. P. 1–12.

<sup>204</sup> *Yick Wo v. Hopkins* : Supreme Court of the United States, decision of May 10, 1886. United States Reports. 1886. Vol. 118. P. 356–374.

<sup>205</sup> *Shelley v. Kraemer* : Supreme Court of the United States, decision of May 3, 1948. United States Reports. 1948. Vol. 334. P. 1–23.

<sup>206</sup> *Bolling v. Sharpe* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. United States Reports. 1954. Vol. 347. P. 497–500.

<sup>207</sup> *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. United States Reports. 2003. Vol. 539. P. 306–343.

Помилковим є й посилання на справу *Fisher v. University of Texas at Austin*. У цій справі мінімальною більшістю 4–3 Суд визнав конституційною специфічну програму Техаського університету, яка мала на меті забезпечити критичну масу студентів з меншин<sup>208</sup>. При цьому навіть представники Гарварду та Університети Північної Кароліни відверто визнали, що жодного визначення критичної маси вони не мають і не застосовують. Саме тому посилання на справу *Fisher II* як на прецедент є штучним і позбавленим переконливості<sup>209</sup>.

Найбільш проблематичною в окремих думках суддів є бачення концепції суду як інституції, що нібито має право визначати, які саме раси заслуговують на державну підтримку. Така позиція фактично відроджує сегрегаційне мислення: дискримінація проти одних є неприйнятною, проте дискримінація на користь інших — цілком допустима. Це докорінно суперечить логіці справи *Brown v. Board of Education*, де Суд недвозначно постановив: «Окреме є по суті нерівним»<sup>210</sup>. Незгідні судді, однак, відповідають: «Це залежить від обставин».

Подібний підхід є не лише вкрай небезпечним, а й концептуально хибним. Під прикриттям риторики судової стриманості окремі думки просувають претензії на владу, настільки радикальні та деструктивні, що для їх спростування в історії знадобилося Друге відродження (*Reconstruction*).

Не менш важливо підкреслити, що Суд не сказав у своєму рішенні. Як зазначено вище, рішення Суду не усуває врахування раси в процесі прийому повністю. Студенти все ще можуть обговорювати, а університети все ще можуть враховувати індивідуальний расовий досвід студента в контексті його вступних заяв. Крім того, Суд залишив відкритими можливості для програм прийому, які враховують расову приналежність і які можуть відповідати, щоправда, складним стандартам, які він сформулював. Ніщо в рішенні не впливає на здатність коледжів та університетів продовжувати переслідувати та

---

<sup>208</sup> *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher I)* : Supreme Court of the United States, decision of June 24, 2013. United States Reports. 2013. Vol. 570. P. 297–343.

<sup>209</sup> *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher II)* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2016. United States Reports. 2016. Vol. 579. P. 365–388.

<sup>210</sup> *Brown v. Board of Education* : Supreme Court of the United States, decision of May 31, 1955. United States Reports. 1955. Vol. 349. P. 294–301.

підтримувати різноманітність на своїх кампусах за допомогою інших засобів, таких як:

- альтернативні програми прийому, нейтральні до раси, які враховують такі фактори як ранг у класі середньої школи, соціально-економічний статус та добробут, подолання труднощів та статус студента, який є першим поколінням у коледжі; насправді, судді Кавано, Горсач і Томас визнали допустимість таких програм;
- збільшення допомоги, що ґрунтується на потребах, переосмислення заслуг та розширення цільового набору осіб з малопредставлених спільнот;
- усунення бар'єрів для вступу для недостатньо представлених студентів, таких як зменшення або скасування залежності від стандартизованого тестування для прийому та стипендій, усунення переваг для нащадків випускників та усунення фінансових бар'єрів для зарахування;
- запровадження ініціатив з різноманітності, рівності, інклюзії та доступу (DEIA) та інших заходів, які університети можуть використовувати, щоб забезпечити, що усі студенти відчували себе частиною кампусу. Це може включати підтримку груп за інтересами, впровадження доступних систем для повідомлення та змістовного вирішення випадків упередженості та дискримінації на кампусі, а також посилення набору та залучення недостатньо представлених груп викладачів.

Університети також можуть і повинні продовжувати використовувати всі інструменти, що є в їхньому розпорядженні, щоб забезпечити, що вони можуть приймати, підтримувати та випускати різноманітну та інклюзивну групу студентів відповідно до їхніх відповідних місій та цілей.

Варто вказати, що правозахисні організації, безсумнівно, прагнуть використати рішення Суду для подальшого просування своєї повістки. Лише через кілька тижнів після рішення, Ед Блум, президент SFFA, надіслав листа до 150 коледжів та університетів, надаючи надмірно широке тлумачення рішення Суду та заохочуючи університети практично повністю виключити використання

раси у своїх програмах прийому. Комітет юристів відповів своїм власним листом, роз'яснюючи та пояснюючи наслідки рішення Суду для прийому до коледжів.

Саме тому наразі важливо, щоб американські вищі навчальні заклади знову взяли на себе зобов'язання забезпечити можливості для всіх студентів. Не існує універсального рішення для забезпечення расової рівності, доступу та справедливості у вищій освіті, але є багато чого, що вищі навчальні заклади можуть зробити, щоб просунути університетську спільноту далі в цьому напрямку.

### **3.2. Взаємозв'язок між расовим різноманіттям та застосуванням позитивних дій у правничих школах США**

Позитивні дії (affirmative action) належать до числа найбільш дискусійних підходів у сфері вищої освіти. Якщо повернутися до історичного аспекту цього питання, то лише у 1978 році Верховний Суд США вперше визнав, що заклади вищої освіти можуть застосовувати расово орієнтовані заходи позитивної дискримінації при прийомі абітурієнтів на навчання (*Regents of University of California v. Bakke*). Проте вже у 2023 році Суд переглянув власну позицію та постановив, що застосування позитивних дій у сфері університетських вступних процедур є неконституційним (*Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard*); *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*).

Актуальність цього питання для американського суспільства та правової науки є надзвичайно високою. Так, для суспільства воно стосується фундаментального балансу між ідеалами рівності перед законом та практикою усунення історичних нерівностей, що залишаються від епохи расової сегрегації та дискримінації. Дискусія про позитивні дії є своєрідним відображенням ширших дебатів про соціальну справедливість, рівний доступ до освіти та роль держави у підтримці різноманіття. Для правової науки це питання має ключове

значення, оскільки демонструє, як конституційні принципи рівного захисту тлумачаться та застосовуються у мінливому суспільно-політичному контексті. Таким чином, дослідження позитивних дій у сфері юридичної освіти виходить далеко за межі академічної дискусії, адже воно на пряму стосується майбутнього американської демократії, принципів правової держави та реального забезпечення рівності можливостей для всіх громадян.

Цікаво, що протягом цих 46 років більшість юридичних дискусій зосереджувалася на тому, як саме Верховний Суд обґрунтовував допустимість расово орієнтованих підходів у сфері освіти. Водночас Суд також заклав правову основу для того, щоб окремі штати могли самостійно заборонити позитивні дії на своєму рівні. Так, у справі *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action* Суд підкреслив, що відмінність між конституційністю позитивної дискримінації як такої та конституційністю її заборони на рівні штату є принциповою: завдання судів не полягає в тому, щоб «позбавляти виборців права вирішувати», чи бажають вони дозволити використання расових переваг у своєму штаті<sup>211</sup>.

Значна увага американських дослідників на сьогодні звертається на питання расового різноманіття у правничих школах США та вплив заборон позитивної дискримінації, ухвалених на рівні окремих штатів. Для цього дослідники зазвичай збирають дані про студентські контингенти американських правничих шкіл, починаючи з 1980-х років року. Як зазначають Річард Р. В. Брукс, Кайл Розема та Сарас Санга у своєму спільному дослідженні, питання позитивної дискримінації у праві вимагає аналізу не лише з точки зору судової практики, але й у ширшому соціально-правовому контексті. У своїй статті вони зауважують, що протягом чотирьох десятиліть частка студентів із меншин на юридичних факультетах зросла з 11% до 32%<sup>212</sup>. Однак через нижчу кількість випускників ця частка серед них підвищилася

---

<sup>211</sup> Roberts J. Opinion of the Court in *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.

<sup>212</sup> Brooks R. R. W., Rozema K., Sanga S. Racial diversity and affirmative action in American law schools : Northwestern Public Law Research Paper No. 23-50. SSRN, 2023. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4494741> (accessed: 28.06.2023).

лише з 9% до 30%. Обидва показники відстають від загальної частки представників меншин у населенні США (зростання з 20% до 43%) і від частки випускників коледжів (зростання з 16% до 43%). Сукупність цих даних свідчить про те, що підвищення рівня різноманіття у правничих школах загалом відповідає демографічним зрушенням у країні, але не забезпечує досягнення абсолютного рівня пропорційного представництва.

Цікаво, що ситуація є різною для окремих расових груп. Відносно своєї частки у населенні афроамериканські та латиноамериканські студенти залишалися недостатньо представленими, тоді як азійські американці навпаки були представлені надмірно. Наприклад, з початку XXI століття частка афроамериканських студентів у правничих школах була на 37% нижчою за їх частку в населенні, частка латиноамериканців — на 42% нижчою, тоді як частка азійських американців перевищувала їхню питому вагу на 58%. Водночас при порівнянні з часткою випускників коледжів, тобто потенційних кандидатів до правничих шкіл, ситуація була зворотною: лише азійські американці виявилися недостатньо представленими.

Після виявлення цих закономірностей автори досліджують наслідки заборон позитивної дискримінації на рівні штатів. Між 1996 і 2021 роками 21 правнича школа у 12 штатах підпадала під дію таких заборон. З цього можна було б очікувати, що введення заборони призведе до зменшення кількості студентів із меншин, однак, існували принаймні дві причини, чому ефект міг бути незначним або зовсім відсутнім. По-перше, деякі університети заявляли, що вони не застосовували політику позитивної дискримінації ще до її офіційної заборони. Так, дослідники Ребер та Нагашіма виявили, що лише невелика кількість університетів фактично використовувала расові преференції<sup>213</sup>, тоді як Хіршман та Беррі констатували загальну тенденцію до зменшення їх застосування ще з кінця 1980-х років<sup>214</sup>. По-друге, ті університети, що

---

<sup>213</sup> Reber S., Nagashima S. Affirmative action and college student outcomes: Evidence from statewide bans. Washington, DC : Brookings Institution, 2023. URL: <https://www.brookings.edu> (accessed: 02.03.2025).

<sup>214</sup> Hirschman D., Berrey E. The partial deinstitutionalization of affirmative action in U.S. higher education, 1988 to 2014. *Sociology of Education*. 2017. Vol. 90, No. 1. P. 3–24.

впроваджували позитивні дії, могли відповісти на заборону шляхом використання альтернативних, але конституційно допустимих засобів, наприклад, преференцій для студентів із нижчим соціально-економічним статусом<sup>215</sup>. Проте такі альтернативні підходи мали лише обмежений вплив на рівень різноманіття. Як показало дослідження Рірдона, соціально-економічні критерії чи політики, орієнтовані на зарахування студентів з урахуванням класових відмінностей, не забезпечують такого рівня расового різноманіття, як безпосередньо расово орієнтовані заходи<sup>216</sup>.

Цікавим є оцінка впливу заборон позитивної дискримінації на расове різноманіття у юридичних школах. Для проведення цієї оцінки зазвичай здійснюється аналіз динаміки частки студентів з меншин у конкретних закладах до та після ухвалення відповідних заборон, порівняно з тенденціями у школах, що посідають подібні позиції у рейтингах. Використовуючи методологію різниць у різницях (difference-in-differences), Річард Р. В. Брукс встановив, що заборони позитивної дискримінації на рівні окремих штатів призводять до зменшення частки студентів з меншин у середньому на 17 відсотків<sup>217</sup>. При цьому майже весь спад пояснюється зменшенням кількості афроамериканських та іспаномовних студентів. Ефект проявляється негайно та зберігається щонайменше протягом наступного десятиліття після впровадження заборони. Найбільш відчутними є наслідки для елітних юридичних шкіл, що входять до категорії найкращих 14 університетів: зменшення расового різноманіття становить 25 відсотків, тоді як у решті юридичних шкіл - лише 16 відсотків.

Варто підкреслити, що наведені оцінки відображають наслідки для окремих закладів, тоді як загальнонаціональна заборона, ухвалена Верховним Судом у справі проти Гарварду та Університету Північної Кароліни, охоплює всю систему юридичної освіти. У зв'язку з цим пряме перенесення результатів

---

<sup>215</sup> Bleemer Z. Affirmative action, mismatch, and economic mobility after California's Proposition 209. *The Quarterly Journal of Economics*. 2023. Vol. 138, No. 1. P. 1–50.

<sup>216</sup> Reardon S. F., Baker R., Klasik D. Race, income, and enrollment patterns in highly selective colleges, 1982–2004. *Educational Evaluation and Policy Analysis*. 2018. Vol. 40, No. 2. P. 197–235.

<sup>217</sup> Brooks R. R. W., Rozema K., Sanga S. Racial diversity and affirmative action in American law schools : Northwestern Public Law Research Paper No. 23-50. SSRN, 2023. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4494741> (accessed: 28.06.2023).

цього аналізу на загальну ситуацію є проблематичним. Коли заборона поширюється лише на окремий університет, студенти, які опинилися на межі відмови, можуть вступити до інших правничих шкіл. Натомість у випадку загальнонаціональної заборони деякі заклади, навпаки, можуть отримати студентів, яким було відмовлено у вступі до інших університетів<sup>218</sup>. Таким чином, навіть якщо заборони на рівні штатів є причиною вираженого негативного впливу на конкретні школи, у масштабах країни цей ефект може бути слабшим або навіть частково компенсованим. Крім того, попередні розрахунки дослідників базуються на прикладі публічних університетів, тоді як вплив загальнонаціональної заборони залежатиме від практики як державних, так і приватних закладів. Не менш важливим буде й питання щодо можливості університетів враховувати у відборі персональні есе, у яких абітурієнти описують власний досвід, пов'язаний із расовою належністю<sup>219</sup>.

Цікаво зазначити, що юридичні школи посідають виняткове місце у дослідженнях щодо наслідків позитивних дій, оскільки саме вони формують кадрову базу для ключових позицій у державному управлінні та приватному секторі. Зокрема, юристи становлять близько однієї десятої генеральних директорів, третину губернаторів штатів, понад третину членів Палати представників США, більш ніж половину сенаторів, а також абсолютну більшість суддів та прокурорів<sup>220</sup>. У зв'язку з цим зміни у рівні расового різноманіття в юридичних школах, особливо в елітних закладах, мають безпосередній і довготривалий вплив на представництво меншин у структурі політичної та економічної влади країни.

Вважаємо за доцільне розглянути заборони позитивної дискримінації на рівні окремих штатів. Варто зазначити, що такі заборони стосуються лише державних навчальних закладів у межах відповідного штату.

---

<sup>218</sup> Antman F., Bleemer Z., Hinrichs P., Ransom T. Affirmative action and student outcomes: Evidence from higher education. Cambridge, MA : National Bureau of Economic Research, 2024.

<sup>219</sup> Mokam A. Personal statements and race after affirmative action. Harvard Law Review. 2024. Vol. 137, No. 4. P. 1450–1485.

<sup>220</sup> Doleac J. L., Fang H., Fryer R. G. Affirmative action bans and racial diversity in higher education. Review of Economics and Statistics. 2021. Vol. 103, No. 3. P. 567–584.

Так, у Каліфорнії у 1996 році за результатами голосування щодо Ініціативи 209 (Proposition 209) виборці Каліфорнії з перевагою у 55 % підтримали заборону на застосування позитивної дискримінації. Невдовзі після цього Каліфорнійський університет (надалі також - UC) відреагував на зниження рівня різноманітності шляхом впровадження низки заходів, спрямованих на підвищення соціально-економічної різноманітності<sup>221</sup>. У 2001 році було запроваджено політику, що мала на меті залучати більше студентів із бідніших регіонів та менш престижних шкіл: автоматичний вступ до одного з університетів системи UC отримували випускники, які посідали місце у верхніх 4 % свого класу у середній школі Каліфорнії. Наступного року систему заходів, розроблених UC, доповнила політика комплексного розгляду (comprehensive review), яка дозволяла оцінювати академічні досягнення студентів з урахуванням освітніх можливостей, що були для них доступні. Деякі університети системи UC, зокрема UC Berkeley, UCLA, UC San Diego та UC Irvine, пішли ще далі, запровадивши цілісний розгляд (holistic review), за якого абітурієнту виставляли єдиний підсумковий бал на основі поєднання різних критеріїв. Система UC також запровадила низку інших расово-нейтральних заходів, серед яких скорочення кількості стандартизованих тестів та підвищення ролі особистих та неакадемічних досягнень.

У таких штатах, як Техас, Луїзіана та Міссісіпі, позитивні дії були заборонені рішенням судів. Так, у 1996 році Апеляційний суд США П'ятого округу у справі *Hopwood v. Texas* заборонив застосування позитивної дискримінації<sup>222</sup>. Хоча справа безпосередньо стосувалася Техасу, її наслідки поширилися також на Луїзіану та Міссісіпі. У 2003 році ця заборона була скасована після того, як Верховний суд США у справі *Grutter v. Bollinger* визнав неконституційним рішення у справі *Hopwood*.

---

<sup>221</sup> Bleemer Z. Affirmative action, mismatch, and economic mobility after California's Proposition 209. *The Quarterly Journal of Economics*. 2023. Vol. 138, No. 1. P. 1–50.

<sup>222</sup> *Hopwood v. Texas* : United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, decision of March 18, 1996. *Federal Reporter*. 1996. Vol. 78 F.3d. P. 932–962.

Що стосується Вашингтону, то у 1998 році в результаті голосування за Ініціативу 200 (Initiative 200) виборці штату підтримали заборону позитивних дій з результатом у 58 % голосів. Після ухвалення ініціативи президент Вашингтонського університету запевнив, що заклад продовжить приділяти найвищу увагу різноманітності. Проте після суттєвого зниження рівня різноманітності президент університету у 2000 році підписав зобов'язання збільшувати її шляхом інформаційно-рекламних кампаній, партнерства з фондами стипендій для студентів із малопредставлених груп, а також завдяки збору коштів у власний стипендійний фонд університету.

У штаті Флорида у 1999 році губернатор Джеб Буш підписав виконавчий указ, що заборонив позитивну дискримінацію. Його було запропоновано, проголосовано та затверджено Радою регентів без залучення громадськості чи зацікавлених сторін<sup>223</sup>. Цим указом було запроваджено програму «Талановиті двадцять відсотків» (Talented Twenty Percent), яка гарантувала вступ до одного з державних університетів штату студентам, що закінчували школу у перших 20 % випускників за рівнем академічної успішності. Для магістратури та професійних програм альтернативних механізмів не було створено<sup>224</sup>.

Цікаво звернути увагу на досвід Мічигану. Там, виборці у 2006 році так само підтримали заборону позитивної дискримінації з результатом у 58 % голосів. Ця заборона неодноразово оскаржувалася у судах, однак у 2014 році Верховний суд США підтвердив її конституційність у справі *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*. Суддя Кеннеді, пишучи від імені трьох суддів більшості, наголосив, що справа не стосувалася конституційності расово-орієнтованих політик вступу, а лише питання про те, чи мають виборці право забороняти такі практики у своїх штатах.

У 2008 році аналогічна ситуація мала місце і в штаті Небраска, у якому заборону позитивної дискримінації підтримали 58 % виборців. Канцлер

---

<sup>223</sup> Hilton J. L., Gasman M., Conrad C. F. *Understanding affirmative action: Politics, discrimination, and the search for justice*. Albany : SUNY Press, 2013.

<sup>224</sup> Marin P., Lee E. *Appearance and reality in the sunshine state: The Talented 20 program in Florida*. Cambridge, MA : The Civil Rights Project at Harvard University, 2003.

Університету Небраски-Лінкольн зазначив, що він не впевнений у тому, які наслідки матимуть місце для університету після ухвалення цієї ініціативи, але, ймовірно, вони будуть відчутнішими для магістерських і професійних програм, ніж для бакалаврату.

У 2010 році виборці Аризони підтримали Ініціативу 107 (Proposition 107), що забороняла позитивну дискримінацію, з результатом у 60 %. Представники публічних університетів заявили, що це не матиме значного впливу на вступ, оскільки їхня політика недискримінації вже протягом багатьох років забороняла дискримінацію за расою, статтю, етнічним походженням чи національною належністю<sup>225</sup>.

У Оклахомі у 2012 році за результатами голосування за Ініціативу 759 (Question 759) виборці підтримали заборону позитивної дискримінації з результатом у 59 %. Представники юридичної служби Університету Оклахоми зазначили, що це не матиме суттєвого впливу, оскільки університет і так не враховував расу під час вступу<sup>226</sup>.

Цікавим є досвід Нью-Гемпширу та Айдахо. Так, у 2012 році законодавчий орган штату Нью-Гемпшир ухвалив закон (House Bill 623), який забороняв позитивну дискримінацію. Закон було прийнято 73 % голосів у Палаті представників. Його ухвалили з мінімальною участю груп-лобістів та практично без суспільного спротиву<sup>227</sup>. Під час слухань адміністратори Університету Нью-Гемпшира підтвердили, що політика позитивної дискримінації у вступі ними не застосовувалася.

У той же час у 2020 році Айдахо став останнім штатом, що заборонив позитивну дискримінацію, ухваливши закон (House Bill 440). Закон було ухвалено у Сенаті з підтримкою 71 % після емоційних дебатів<sup>228</sup>. До цього в

---

<sup>225</sup> Brooks R. R. W., Rozema K., Sanga S. Racial diversity and affirmative action in American law schools : Northwestern Public Law Research Paper No. 23-50. SSRN, 2023. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4494741> (accessed: 28.06.2023).

<sup>226</sup> Allen S. Affirmative action ban passes in Oklahoma. The Oklahoman. 2012. 7 Nov.

<sup>227</sup> Schmidt P. New Hampshire bans affirmative action in public colleges. The Chronicle of Higher Education. 2012. 5 Jan. URL: <https://www.chronicle.com/> (accessed: 04.06.2025).

<sup>228</sup> Russell B. Idaho lawmakers pass affirmative action ban. Idaho Press. 2020. 5 March. URL: <https://www.idahopress.com/> (accessed: 04.08.2024).

Університеті Айдахо діяв план різноманітності, у якому прямо зазначалося, що університет за допомогою позитивної дискримінації та інших законних засобів прагнучиме залучати, утримувати та випускати студентів, що мають різне походженням, зокрема забезпечуючи критичну масу представників недостатньо репрезентованих груп, аби студентський і випускницький корпус відображав різноманітність населення штату та регіону.

Як бачимо, досвід окремих штатів США із запровадженням заборон на позитивну дискримінацію демонструє, що такі ініціативи здебільшого реалізовувалися шляхом референдумів, іноді — через судові рішення чи виконавчі акти губернаторів. У більшості випадків вони отримували підтримку більш ніж половини виборців і зводилися до обмеження застосування расових критеріїв при вступі до державних університетів. У відповідь університети намагалися запроваджувати альтернативні, расово-нейтральні механізми, спрямовані на підтримку соціально-економічної різноманітності чи залучення студентів із регіонів, що традиційно не були представлені у вищій освіті. Однак такі заходи виявилися здебільшого менш ефективними у відновленні рівня расової різноманітності.

Таким чином, можна зробити попередній висновок, що на рівні штатів заборони позитивної дискримінації стали важливим експериментальним майданчиком для перевірки альтернативних механізмів забезпечення різноманітності. Проте їхня ефективність була обмеженою, а наслідки — амбівалентними: з одного боку, університети демонстрували інституційну готовність підтримувати інклюзію, з іншого — рівень представництва меншин часто знижувався, що засвідчує складність заміни расово-свідомих практик суто нейтральними критеріями.

У той же час вважаємо цікавим повернутися до дослідження Річард Р. В. Брукс, Кайл Розема та Сарас Санга, які здійснили аналіз взаємозв'язку між існуванням чи заборонам практик позитивних дій у різних правничих університетах у США та відсотком студентів, які походять із меншин. Так, для потреб цього дослідження було створено унікальний набір даних, що охоплює

кількість студентів за ознакою належності до меншин у юридичних школах США, акредитованих Американською асоціацією адвокатів (American Bar Association, надалі також - АВА) у період з 1980 по 2021 рік. Базова інформація щороку була опублікована на основі звітів, які юридичні школи подавали в асоціацію АВА.

З 1980 по 2012 роки дані дослідниками довелося збирати шляхом ручного опрацювання звітів, наданих кожним навчальним закладом. У випадках, коли окремі роки не містили даних (наприклад, 1996 та 1997), частки студентів-меншин відновлювалися статистичним методом. Така методика, хоч вона і має певні обмеження, все ж дозволяє отримати цілісну динаміку. При цьому альтернативні перевірки з використанням обмеженої вибірки (1999–2021 роки, без періодів із пропущеними даними) підтвердили стабільність і достовірність результатів.

Починаючи з 2013 року, АВА перейшла до оприлюднення даних у стандартизованому електронному форматі, що суттєво полегшило роботу з масивами інформації. У результаті було сформовано повну панель, що охоплює 197 юридичних шкіл упродовж 42 років (1980–2021). Загалом у ній відображено інформацію про приблизно 1,6 мільйона студентів першого року навчання.

Важливо підкреслити, що структура даних і підхід до обліку студентів змінювалися в часі. До 1980 року юридичні факультети взагалі не надавали даних про кількість студентів-меншин. У 1980–1997 роках звіти включали загальні показники за курсами та випускниками, без деталізації за етнічними групами. У 1999–2012 роках інформація вже подавалася окремо за основними расовими категоріями, а з 2013 року додано й окрему категорію багаторасових студентів (multiracial)<sup>229</sup>.

Оскільки асоціація АВА послідовно звітувала лише за двома групами («Asian American» та «Black/African American») у період із 1999 по 2021 рік дослідники виокремили третю групу шляхом арифметичного розрахунку: від

---

<sup>229</sup> Backes B. Do affirmative action bans lower minority college enrollment and attainment? Evidence from statewide bans. *Journal of Human Resources*. 2012. Vol. 47, No. 2. P. 435–455.

загальної кількості студентів-меншин віднімали кількість азійських та афроамериканських студентів<sup>230</sup>. Цю категорію умовно позначено як «Hispanic», оскільки саме вона становить найбільшу частку серед решти об'єднаних груп попри те, що до неї можуть входити й представники інших менших (наприклад, американські індіанці, алеути, гавайці, вихідці з островів Тихого океану чи іноземні студенти).

Для точнішого аналізу було створено так звану обмежену вибірку (restricted sample), яка охоплює 1999–2021 роки й містить детальні дані за окремими расовими групами. У тих випадках, коли окремо виділялася категорія multiracial (2013–2021), її пропорційно розподіляли між трьома основними групами — азійськими, афроамериканськими та іспаномовними студентами.

Додатково варто підкреслити, що дослідження зосереджується виключно на студентах, які навчаються на денній формі здобуття ступеня Juris Doctor (JD) в університетах, акредитованих АВА. Це пояснюється трьома причинами:

- JD є основним і найбільш поширеним ступенем у системі юридичної освіти США;
- студенти денної форми навчання становлять переважну більшість контингенту юридичних шкіл;
- більшість колегіумів адвокатів у штатах вимагають саме дипломи, видані акредитованими університетами<sup>231</sup>.

Проведений описовий аналіз показав, що середня частка студентів-меншин у юридичних школах за період 1980–2021 років становила близько 21 %, а для обмеженої вибірки (1999–2021) — 25 %. У середині обмеженої вибірки найбільші частки належать іспаномовним (9 %), далі йдуть афроамериканці (8 %) та азійці (7 %). При цьому медіанні показники складають приблизно 6 %, 7 % та 5 % відповідно.

---

<sup>230</sup> Kahlenberg R., Potter H. A better affirmative action: State universities that created alternatives to racial preferences. New York : The Century Foundation, 2012. URL: <https://tcf.org/content/report/a-better-affirmative-action> (accessed: 07.03.2025).

<sup>231</sup> Bagde S., Epple D., Taylor L. Does affirmative action work? Caste, gender, college quality, and academic success in India. American Economic Review. 2016. Vol. 106, No. 6. P. 1495–1521.

Автори також виокремили школи з найвищим рівнем расового різноманіття, використовуючи рейтинг за останні десятиліття. Виявилось, що такі університети розташовані у Каліфорнії, причому більшість із них — державні. Також простежується тенденція: вищий рівень расового різноманіття частіше відповідає вищим місцям у загальному національному рейтингу.

У той же час дослідники звернули увагу на вплив позитивної дискримінації на расове різноманіття в юридичних університетах США. Цей вплив ґрунтується на аналізі часових рамок ухвалення заборон на рівні окремих штатів. У період між 1996 і 2021 роками такі обмеження поширилися на 22 університети у 12 штатах. Важливо підкреслити, що запровадження заборон не було випадковим чи рівномірним у часі: воно сконцентрувалося у дві хвили: перша відбулася між 1997 і 2002 роками, друга — у 2008–2013 роках. Єдиним винятком став штат Айдахо, де заборону було запроваджено у 2020 році. Географічне охоплення свідчить про те, що найбільша кількість заборон була ухвалена у південних штатах, хоча вони стосувалися й університетів Північного Сходу, Середнього Заходу та Заходу США. Це дозволяє зробити висновок про те, що політика позитивної дискримінації у США є чутливою не лише до правових, а й до політико-культурних контекстів, характерних для окремих регіонів<sup>232</sup>.

Цікавим є власне методологія проведеного дослідження. Так, для встановлення впливу заборон використовувався підхід, що дає змогу виділити ефект від заборони позитивної дискримінації з-поміж загальнонаціональних тенденцій і змін, зумовлених іншими факторами. Ідентифікаційне припущення ґрунтується на паралельності трендів: у разі відсутності заборони університети, на які вона поширилася, демонстрували б подібну динаміку змін у складі студентів до університетів контрольної групи того самого рівня<sup>233</sup>. Якщо ж після ухвалення заборони спостерігаються статистично значущі відхилення, вони

---

<sup>232</sup> Katz E., Rozema K., Sanga S. Women in law schools, 1948–2021. *Journal of Legal Analysis*. 2023. Advance online publication.

<sup>233</sup> Ayres I., Brooks R. Does affirmative action reduce the number of Black lawyers? *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, No. 6. P. 1807–1854.

можуть інтерпретуватися як причинно зумовлений наслідок втручання. Такий підхід особливо ефективний у ситуаціях, коли політика впроваджується поступово й у різних штатах у різний час, що дає можливість простежити її наслідки на основі зіставних часових інтервалів.

Таким чином, було встановлено, що загальний ефект від заборон позитивної дискримінації виявився значним і статистично стійким. Середня частка студентів із числа расових меншин скоротилася на 3,4 %, що становить близько 17 % від середнього рівня представництва. Це свідчить про системний характер впливу: політика не лише змінила пропорції в окремих університетах, а й суттєво вплинула на загальну картину доступу до правничої освіти у США<sup>234</sup>.

Особливо показовим є розподіл результатів за окремими групами:

- частка афроамериканських студентів скоротилася приблизно на 20 %;
- частка студентів латиноамериканського походження зменшилася майже наполовину — на 46 %;
- для азійських студентів істотних змін зафіксовано не було.

Така асиметрія, можливо, пояснюється нерівномірною залежністю різних груп від механізмів позитивної дискримінації. Афроамериканські та латиноамериканські абітурієнти в більшості випадків отримували відчутні переваги завдяки цим програмам, що компенсувало структурні бар'єри доступу до правничої освіти. Натомість азійські студенти, які традиційно демонстрували вищі академічні результати, рідше ставали безпосередніми бенефіціарами застосування таких практик.

Додатковий аналіз також виявив істотну варіативність результатів залежно від характеристик університетів і способів ухвалення рішень. Проаналізуємо деякі з них.

Першим фактором є престиж університету. Найбільші наслідки зафіксовано в університетах найвищого рівня, де зменшення частки студентів із

---

<sup>234</sup> Arcidiacono P., Lovenheim M. Affirmative action and the quality–fit trade-off. *Journal of Economic Literature*. 2016. Vol. 54, No. 1. P. 3–51.

числа меншин сягнуло 25 %, тоді як у менш престижних закладах воно становило лише 16 %. Це свідчить про те, що у найбільш конкурентних університетах політики позитивної дискримінації використовувалися активніше для досягнення балансу різноманіття, а відтак їхня відміна завдала сильнішого удару<sup>235</sup>.

Наступним елементом, що потребує врахування є механізм ухвалення заборони. Випадки, коли заборони запроваджувалися шляхом референдуму, супроводжувалися значно сильнішим падінням рівня різноманіття (23 %), ніж коли рішення ухвалювалися адміністративними чи законодавчими органами (5 %). Це пояснюється двома чинниками: по-перше, референдуми відображали суспільний запит на відмову від позитивної дискримінації, а по-друге, вони підвищували політичну легітимність заборон, що змушувало університети суворіше їх дотримуватися, не використовуючи компенсаторних стратегій.

Третім фактором є рівень різноманіття студентів до початку введення заборон на застосування позитивних дій. Університети з вищим рівнем різноманіття на момент запровадження заборони демонстрували більші втрати. Хоча статистично цей результат не є переконливим, логіка процесу підказує, що більш різноманітні університети активніше використовували інструменти позитивної дискримінації, а відтак і відчутніше постраждали від їх скасування<sup>236</sup>.

Як бачимо, запровадження заборони позитивної дискримінації спричинило системне зменшення частки студентів із числа меншин у юридичних університетах США. Найбільший удар випав на групи, для яких позитивна дискримінація була ключовим механізмом подолання структурних бар'єрів у доступі до правничої освіти, насамперед афроамериканців і латиноамериканців. Зниження їхнього представництва у юридичних

---

<sup>235</sup> Antman F. M., Duncan B., Lovenheim M. F. The long-run impacts of banning affirmative action in US higher education : NBER Working Paper No. 32778. Cambridge, MA : National Bureau of Economic Research, 2024.

<sup>236</sup> Brooks R. R. W., Rozema K., Sanga S. Racial diversity and affirmative action in American law schools : Northwestern Public Law Research Paper No. 23-50. SSRN, 2023.

університетах потенційно означає зменшення їхньої присутності у майбутньому серед юристів, прокурорів, суддів, політичних та бізнес-лідерів.

Більш суттєві втрати у найпрестижніших університетах свідчать, що саме ці заклади виступали важливими «воротами» до американських еліт. Таким чином, скасування позитивної дискримінації має не лише освітні, а й довготривалі суспільні наслідки: воно здатне вплинути на формування соціальної мобільності та рівень інклюзивності політичних та економічних інститутів.

Отже, можна стверджувати, що заборони позитивної дискримінації у сфері правничої освіти стали чинником, який суттєво обмежив можливості для представників меншин, і цей ефект не був однаковим для всіх груп чи університетів. Відповідно, такі політики не лише віддзеркалюють правові дискусії щодо принципу рівності, а й формують майбутню конфігурацію лідерських позицій у ключових сферах суспільного життя. Також результати аналізу побудованого набору даних демонструють стійку тенденцію поступового зростання частки студентів-меншин у юридичних школах США у 1980–2021 роках. Попри це, рівень різноманітності студентського контингенту юридичних факультетів так і не досяг загальнонаціональних демографічних показників, що свідчить про збереження структурної нерівності у сфері вищої освіти. Особливо показовим є те, що найбільш високі рівні расової різноманітності спостерігаються у закладах Каліфорнії, значна частина яких належить до публічного сектору. Водночас простежується виразна кореляція між рівнем різноманітності та місцем школи у загальнонаціональних рейтингах, що засвідчує сприйняття інклюзивності як одного з критеріїв якості та престижу освітньої інституції. Таким чином, отримані результати не лише ілюструють динаміку расового складу студентів юридичних шкіл, але й актуалізують питання про взаємозв'язок між політиками забезпечення різноманітності та соціальною роллю вищої юридичної освіти у Сполучених Штатах.

### **3.2. Позитивні дії поза сферою освіти: судова справа Fearless Fund і трансформація програм різноманіття, рівності та інклюзії**

Аналіз позитивних дій у США традиційно зосереджувався переважно на сфері освіти, зокрема на політиках доступу до університетів та коледжів. Однак актуальність проблематики значно ширша. Позитивні дії мають системний характер і впливають на різні сфери суспільного життя — від працевлаштування та державної служби до сфери бізнесу, медицини й політичного представництва. У цих галузях позитивні дії відігравали ключову роль у формуванні більш інклюзивного суспільства, відкриваючи доступ для меншин та історично маргіналізованих груп до можливостей, що раніше були для них обмежені.

Скасування Верховним Судом США у 2023 році практики расово орієнтованого відбору абітурієнтів в Гарварді та Університеті Північної Кароліни створило серйозні виклики для американського суспільства. Передусім це рішення поставило під сумнів легітимність позитивних дій загалом, не лише в освіті, а й у ширшому правовому та політичному контексті. З одного боку, воно стимулює рух щодо формальної рівності без урахування структурних і системних нерівностей суспільства. З іншого боку, це породжує ризик відкату вже досягнутого рівня представництва меншин у різних сферах від університетських аудиторій до судів, корпорацій і політичних інститутів.

Сучасні виклики полягають у пошуку нових моделей забезпечення фактичної рівності. В умовах, коли використання раси як критерію стає юридично проблематичним, на перший план виходять альтернативні підходи: урахування соціально-економічного статусу, територіальних диспропорцій, рівня доступу до якісної освіти та охорони здоров'я. Разом із цим у США дедалі гострішими стають дискусії щодо балансу між принципом формальної рівності та необхідністю збереження реальних інструментів боротьби з дискримінацією. Таким чином, дослідження позитивних дій у ширшому вимірі та поза освітньою

сферою дозволяє краще зрозуміти, як трансформується правове регулювання в умовах нових конституційних обмежень та які наслідки це матиме для соціальної справедливості й демократичного розвитку США.

На нашу думку, цікавим є аналіз судової справи, ініційованої щодо венчурного фонду Fearless Fund, який підтримував темношкірих жінок-підприємців.

Так, у 2023 році громадська організація, створена відомим консервативним активістом, який відіграв ключову роль у справі Верховного Суду США, що у червні визнала неконституційними практики позитивних дій у сфері вступу до університетів, ініціювала новий позов. Цього разу предметом судового розгляду став венчурний фонд, розташований у місті Атланта, який спеціалізується на підтримці темношкірих жінок-власниць малого бізнесу. Позивачі вважають, що діяльність фонду є прикладом незаконної расової дискримінації.

Йдеться про організацію American Alliance for Equal Rights, засновану відомим критиком позитивних дій Едвардом Блюмом. У поданій до федерального суду Атланти позовній заяві вказується, що фонд Fearless Fund порушує положення розділу 1981 Закону про громадянські права 1866 року, який забороняє будь-які форми расової упередженості у сфері приватно-правових відносин. Порушення, за твердженням позивачів, полягає у тому, що конкурсна програма фонду відкрита лише для темношкірих жінок<sup>237</sup>.

Фонд Fearless Fund було створено у 2019 році трьома афроамериканками, які здобули широку популярність у бізнесовій та культурній сфері: акторкою Кешією Найт Пулліам, підприємницею Аріан Сімон та управлінницею Аяною Парсонс. До кола інвесторів фонду входять такі фінансові та корпоративні гіганти, як Bank of America, Costco Wholesale, General Mills, Mastercard та JPMorgan Chase.

---

<sup>237</sup> Reuters. Conservative activist behind U.S. affirmative action cases sues venture capital fund. 2023. 2 Aug. URL: <https://www.reuters.com/legal/conservative-activist-behind-us-affirmative-action-cases-sues-venture-capital-2023-08-02/> (accessed: 04.05.2025).

Попередні справи, розпочаті іншою організацією Блюма Students for Fair Admissions призвели до історичного рішення Верховного суду США щодо Гарварду та Університету Північної Кароліни. Нинішній позов є першою спробою використати успіх цієї стратегії поза сферою освіти.

У центрі нового спору перебуває програма Fearless Strivers Grant Contest, яка передбачає надання темношкірим жінкам-підприємницям грантів у розмірі 20 тисяч доларів США, а також доступу до цифрових ресурсів для розвитку бізнесу та наставницької підтримки у співпраці з Mastercard.

Представники American Alliance for Equal Rights заявляють, що частина їхніх учасників, насамперед білі та азійські підприємці, були фактично позбавлені права участі у програмі виключно через свою расову приналежність.

У своєму інтерв'ю Едвард Блум наголосив, що цей позов стане лише першим у низці справ, спрямованих на оскарження практик приватних корпорацій, які застосовують расові критерії або преференції. Він підкреслив, що правова стратегія нової організації буде вибудована за зразком позовів Students for Fair Admissions, які завершилися перемогою у Верховному суді.

За словами Блюма, основною метою цих ініціатив є системне оскарження в судах практики використання расових класифікацій та переваг у публічній та приватній політиці США.

У той же час представник фонду Fearless Fund Альфонсо Девід у своїх аргументах підкреслив, що значення цієї справи виходить далеко за межі діяльності однієї організації. На його думку, якщо фонду буде заборонено реалізовувати власну програму у відповідності до його місії, це поставить під сумнів легальність функціонування інших благодійних інституцій, які здійснюють підтримку цільових груп<sup>238</sup>.

Співзасновниця та генеральна директорка фонду Аріан Сімон заявила, що організація не залякана цим процесом і навіть розширює свою діяльність,

---

<sup>238</sup> Alvarado H. Fearless Fund attorneys challenge injunction blocking grants for Black women entrepreneurs. CNN. 2024. 31 Jan. URL: <https://edition.cnn.com/2024/01/31/us/fearless-fund-challenge-injunction-reaj/index.html> (accessed: 20.06.2024).

прагнучи перетворитися на єдиний центр підтримки для темношкірих жінок, які шукають не лише фінансування, але й експертні поради з розвитку бізнесу.

У вересні Апеляційний суд 11-го округу в Атланті задовольнив клопотання American Alliance for Equal Rights і призупинив реалізацію грантової програми до остаточного вирішення спору по суті. Пізніше у федеральному апеляційному суді м. Маямі відбулися слухання у справі проти венчурного фонду Fearless Fund, під час яких адвокати організації оскаржували дію тимчасової судової заборони, що блокує надання грантів виключно темношкірим жінкам-підприємцям.

У червні 2024 року колегія федерального апеляційного суду у складі трьох суддів із рахунком 2–1 ухвалила рішення призупинити дію грантової програми Fearless Fund, визнавши, що позов AAER має високі шанси на успіх. Цим рішенням було скасовано попереднє рішення федерального судді, який дозволив продовжувати конкурс.

Ця судова справа розгортається в ширшому соціально-правовому контексті, позначеному активними атаками на програми, спрямовані на забезпечення різноманіття, рівності та інклюзії (DEI) у корпоративному секторі, в освітніх установах та у сфері вищої освіти. Представники афроамериканської бізнес-спільноти наголошують, що згортання таких ініціатив може звести нанівець багаторічні зусилля, спрямовані на забезпечення рівних економічних можливостей для темношкірих і представників інших расових та етнічних меншин.

Вважаємо за доцільне проаналізувати правову позицію представників фонду Fearless Fund та їхнє обґрунтування правомірності застосування позитивних дій щодо темношкірих жінок. Так, 31 січня 2024 року адвокати венчурного фонду Fearless Fund представили усні аргументи в Апеляційному суді 11-го округу, оскаржуючи тимчасову судову заборону, яка блокує реалізацію програми грантів для підприємниць, що належать до категорії темношкірих жінок. Мета фонду полягала у подоланні глибокого дисбалансу у венчурному фінансуванні: у 2022 році жінки кольору отримали лише 0,13 %

інвестицій у венчурному капіталі США. Для виправлення цієї ситуації фонд започаткував конкурс Fearless Strivers Grant Contest, який передбачає щоквартальне надання гранту у розмірі 20 000 доларів США, а також менторську підтримку та доступ до бізнес-ресурсів<sup>239</sup>.

Натомість організація American Alliance for Equal Rights (надалі також - AAER) ініціювала проти фонду позов, стверджуючи, що надання грантів виключно темношкірим жінкам становить порушення розділу 1981 Закону про громадянські права 1866 року, який забороняє расову дискримінацію у сфері приватних контрактів. Позов був поданий від імені трьох жінок (білої жінки та двох жінок азійського походження), які не мали доступу до участі в програмі через її расові критерії. Таким чином, справа Fearless Fund стала першою великою судовою перевіркою допустимості застосування позитивних дій у приватному секторі після резонансних рішень Верховного Суду США 2023 року у сфері університетських правил вступу.

AAER наполягає, що програма грантів фонду фактично є не благодійністю чи пожертвою, а конкурсом із визначенням переможців, який передбачає укладення договорів. Доказом цього є обов'язкова згода учасників із офіційними правилами конкурсу, які прямо визначені як контракт і включають положення про передачу фонду прав на використання ідей, імен та зображень учасників у PR-цілях, а також про арбітраж і відмову від претензій. На думку позивачів, такі умови чітко підпадають під сферу дії розділу 1981 Закону про громадянські права 1866 року, а тому обмеження участі лише за ознакою раси є незаконною дискримінацією.

Fearless Fund у свою чергу стверджує, що гранти мають характер дискреційних пожертв відповідно до благодійної місії фонду і не створюють жодних договірних зобов'язань перед учасницями. Цю позицію підтримує *amicus curiae* професора Роджера Колінво, який наголошує, що правова природа фінансування (грант, позика чи інвестиція) не є визначальною для кваліфікації

---

<sup>239</sup> Барінов А., Меджбель В. Програми різноманіття, рівності та інклюзії у праві США: конституційно-правові рамки та прецедент Fearless Fund. Право. UA. 2025. № 3. С. 355–363.

діяльності як благодійної, якщо вона відповідає визнаним цілям доброчинності. Крім того, фонд аргументує, що застосування розділу 1981 Закону про громадянські права 1866 року у даному випадку суперечить Першій поправці до Конституції США, оскільки примушуватиме організацію змінити зміст її висловлювань та місію, спрямовану на підтримку темношкірих жінок-підприємниць. Додатково фонд вказує на відсутність у позивачів належної процесуальної дієздатності, адже вони залишаються анонімними та не довели реальної готовності подавати заявки<sup>240</sup>.

Змістовне значення цієї справи виходить далеко за межі цього конкретного спору. По-перше, позови AAER відображають широку тенденцію використання розділу 1981 Закону про громадянські права 1866 року як універсального правового інструменту для оскарження корпоративних і громадських програм різноманіття. Так, відповідно до розділу 1981 вищевказаного Закону усі особи, які перебувають під юрисдикцією Сполучених Штатів Америки, мають у кожному штаті та на кожній території однакове право укладати та виконувати договори, звертатися з позовами до суду, виступати сторонами у судових процесах, давати свідчення, а також користуватися повною та рівною дією всіх законів і судових процедур, спрямованих на забезпечення безпеки особи та майна, на тих самих засадах, що й білі громадяни. Водночас усі вони підлягають однаковому покаранню, відповідальності, штрафам, податкам, ліцензіям та іншим обтяженням будь-якого виду і не можуть зазнавати жодних додаткових чи відмінних обмежень. Права, гарантовані цим положенням, захищаються від порушень як у публічній, так і приватній сфері<sup>241</sup>.

По-друге, наслідки рішення у справі Fearless Fund потенційно можуть бути застосовані до будь-яких програм підтримки меншин — від юридичних фірм до бізнес-акселераторів та благодійних фондів. Це створює ризик

---

<sup>240</sup> Baker Botts LLP. Fearless Fund litigation: Corporate challenges and mitigation strategies for organizations. Baker Botts. 2024. Feb. URL: <https://www.bakerbotts.com/thought-leadership/publications/2024/february/fearless-fund-litigation-corporate-challenges-and-mitigation-strategies-for-organizations> (accessed: 20.04.2024).

<sup>241</sup> U.S. Congress. Civil Rights Act of 1866, 42 U.S.C. § 1981 (R.S. § 1977; Pub. L. 102–166, title I, § 101, Nov. 21, 1991, 105 Stat. 1071).

руйнування інституційної інфраструктури, яка десятиліттями формувалася для подолання економічної та соціальної нерівності.

З іншого боку справа демонструє, що у США триває глибинний конфлікт між принципом формальної рівності (заборона будь-яких відмінностей за ознакою раси) та принципом фактичної рівності (створення умов для подолання історичних бар'єрів). Саме баланс цих двох концепцій визначає сучасні дискусії щодо допустимості позитивних дій у праві США.

При цьому варто підкреслити, що справа Fearless Fund має подвійне значення. З одного боку вона демонструє, що рух проти позитивних дій і програм різноманіття виходить далеко за межі освіти, охоплюючи бізнес та благодійний сектор. З іншого боку вона актуалізує питання співвідношення між свободою асоціацій, правом на здійснення благодійної діяльності та заборонаю дискримінації. Остаточне рішення у цій справі могло б визначити вектор подальшої трансформації американського права в галузі DEI та стати показником того, наскільки система здатна збалансувати ідеали рівності з потребою виправлення історичної несправедливості.

У той же час у справі Fearless Fund проти American Alliance for Equal Rights сторони вирішили укласти угоду. Так, у вересні 2024 року у судовому засіданні адвокати, що представляють консервативного активіста Едварда Блюма, та венчурний фонд повідомили, що сторони досягли мирової угоди та звернулися до суду з проханням остаточно припинити розгляд справи.

За умовами домовленості Fearless Fund погодився назавжди закрити свій конкурс Fearless Strivers Grant, який передбачав надання грантів у розмірі 20 000 доларів США для малих підприємств, очолюваних щонайменше однією жінкою кольору та за наявності інших критеріїв.

У заяві також підкреслювалося, що AAER закликала фонд відкрити конкурс для жінок-латиноамериканок, азійського та корінного походження, а також для білих жінок, проте Fearless Fund вирішив припинити програму повністю, а не змінювати її формат.

Адвокат Альфонсо Девід, що є одним із представників фонду, назвав врегулювання спору позитивним результатом для венчурної компанії, підкресливши, що досягнута угода має дуже вузький характер і не обмежує жодної іншої інвестиційної чи благодійної діяльності організації у майбутньому. Таким чином, фонд зможе продовжити свою місію з розширення економічних можливостей<sup>242</sup>.

Мирова угода між фондом та консервативною організацією завершила одну з найгучніших справ, пов'язаних із позитивними діями, за останні роки.

На захист фонду виступила Національна асоціація венчурного капіталу (NVCA), яка об'єднує сотні венчурних компаній. У своїй *amicus brief* асоціація назвала програму скромним, але важливим кроком у створенні рівних можливостей для чорношкірих жінок. За даними спільного дослідження Deloitte та Venture Forward, станом на 2022 рік лише 2% інвестиційних фахівців у венчурних компаніях становили чорношкірі жінки<sup>243</sup>.

Окрім справи проти Fearless Fund, AAER подала ще щонайменше дев'ять позовів проти різних компаній та організацій, зокрема Southwest Airlines, Amazon, Meta та Smithsonian's National Museum of the American Latino, оскаржуючи використання расових критеріїв чи інші заходи, спрямовані на підтримку різноманіття.

В цьому аспекті варто вказати, що ця судова справа серйозно впоиває на Програми з різноманіття, рівності та інклюзії (Diversity, Equity and Inclusion, надалі також - DEI). Ці програми посідають важливе місце у сучасному правовому та соціальному житті США, оскільки вони спрямовані на усунення системних бар'єрів і створення справедливих умов для участі представників різних соціальних груп у всіх сферах суспільного життя. Такі ініціативи мають багатовимірний характер і охоплюють освітню сферу, ринок праці,

---

<sup>242</sup> NPR. Fearless Fund shuts down Atlanta grant program for Black women business owners after lawsuit. 2024. 11 Sept. URL: <https://www.npr.org/2024/09/11/nx-s1-5108729/fearless-fund-atlanta-grant-program-shut-down-lawsuit> (accessed: 02.03.2025).

<sup>243</sup> NPR. Appeals court blocks Fearless Fund's grant program for Black female entrepreneurs. 2024. 3 June. URL: <https://www.npr.org/2024/06/03/g-s1-2649/fearless-fund-grant-program-appeal-ruling> (accessed: 04.06.2025).

корпоративне управління та підприємництво. У межах DEI-програм розробляються спеціальні політики набору та просування працівників, впроваджуються інституційні механізми підтримки жінок, осіб з інвалідністю, представників расових та етнічних меншин, а також створюються фонди чи грантові конкурси для малих бізнесів, що належать маргіналізованим групам. Їхня ключова мета полягає не у наданні необґрунтованих привілеїв, а у виправленні історично обумовлених нерівностей і забезпеченні реальної, а не лише формальної рівності можливостей. Попри очевидний соціальний ефект DEI-ініціативи стикаються із серйозними правовими викликами. У світлі активізації судових процесів експерти радять організаціям, що реалізують DEI-програми, вживати низку запобіжних заходів, серед яких:

- уникати акценту на захищених характеристиках;
- уникати мови переваг;
- уникати надання матеріальних переваг<sup>244</sup>.

Проаналізуємо більш детально.

Одним із підходів до мінімізації ризиків для організацій є зміщення уваги з груп, що підпадають під захист антидискримінаційних федеральних законів, на категорії осіб, які не мають подібних гарантій. Наприклад, організація може запровадити програму, спрямовану на підтримку соціально-економічного різноманіття, оскільки соціально-економічний статус не належить до категорій, прямо захищених федеральним законодавством США про заборону дискримінації. За умови, що така класифікація не використовується як заміник для будь-якої захищеної групи (наприклад, за ознакою раси), її застосування залишається законним.

Крім того, замість обмеження участі у програмах чи грантах лише для представників певних груп, організації можуть надавати право на участь ширшому колу осіб із різних демографічних категорій, які виражають прихильність до місії програми чи гранту. У такому підході врахування

---

<sup>244</sup> Baker Botts LLP. Fearless Fund litigation: Corporate challenges and mitigation strategies for organizations. Baker Botts. 2024. Feb. URL: <https://www.bakerbotts.com/thought-leadership/publications/2024/february/fearless-fund-litigation-corporate-challenges-and-mitigation-strategies-for-organizations> (accessed: 20.04.2024).

ідентичності заявника має значення лише настільки, наскільки воно відображає його індивідуальні риси та характеристики.

Щодо уникнення мови переваг, експерти радять організаціям розробляти ініціативи з різноманіття, рівності та інклюзії (DEI), які є нейтральними щодо ідентичності, але водночас ефективно борються з упередженнями у робочому середовищі. Наприклад, можна запровадити структуровані процедури набору та просування персоналу, що ґрунтуються на прозорих критеріях, пов'язаних із заслугами, або усунути стереотипні формулювання з процесів оцінювання працівників. Такі стратегії не пріоритезують одні групи над іншими, а натомість створюють більш справедливі умови для всіх.

У той же час варто уникати надання матеріальних переваг. Одним із можливих способів для організацій знизити ризики є реалізація програм DEI, які формують більш різноманітну та інклюзивну корпоративну культуру загалом, не змінюючи при цьому безпосередньо умови праці чи матеріальні вигоди конкретних співробітників<sup>245</sup>. Наприклад, організації можуть:

- створити більш інклюзивне робоче середовище через облаштування туалетів для всіх гендерів, кімнат для годування або дитячих кімнат;
- розширити програми рекрутингу, охоплюючи ширше коло коледжів, щоб залучати більш різноманітний пул кандидатів;
- підтримувати громадські організації, що працюють у сфері DEI, через надання *pro bono* допомоги чи благодійних ініціатив;
- забезпечувати працівникам освітні чи тренінгові програми з тем, пов'язаних із подоланням упереджень, розвитком союзництва чи формуванням інклюзивного лідерства.

Такі кроки, на думку експертів, дозволяють одночасно зберегти інклюзивну місію організацій та знизити ризик судових позовів.

Проаналізована судова справа ще раз доводить, що питання позитивних дій у США й надалі залишається одним із найбільш суперечливих і водночас

---

<sup>245</sup> Нагнибіда В. І. Імплементация Директиви (ЕС) 2022/2381 про гендерну рівність у корпоративному управлінні: досвід Франції та Іспанії. Право.UA. 2025. № 3. С. 379–387.

визначальних для розвитку сучасного конституційного права. Попри десятиліття судової практики, численні законодавчі ініціативи та суспільні дискусії, остаточного й усталеного рішення щодо допустимих меж застосування позитивних дій не вироблено. З одного боку противники цих заходів апелюють до принципу формальної рівності та заборони врахування раси чи етнічного походження в будь-яких рішеннях державних чи приватних інституцій, вбачаючи у позитивних діях прояви зворотної дискримінації. З іншого боку прихильники концепції позитивних дій підкреслюють, що без спеціальних заходів неможливо подолати історично сформовану структурну нерівність, яка обмежує доступ представників певних груп до освіти, капіталу, професійної реалізації та політичного представництва. Сучасна судова практика лише демонструє тенденцію до поступового звуження сфери застосування позитивних дій, що створює правову невизначеність для університетів, корпорацій і неприбуткових організацій. У результаті постає фундаментальне питання: чи здатна американська правова система знайти баланс між принципом заборони дискримінації та потребою у спеціальних механізмах, які реально забезпечують рівність можливостей для всіх. Відповідь на це питання, очевидно, ще далека від остаточного вирішення, а отже, майбутнє позитивних дій у США залежатиме від подальшої еволюції судової практики, зміни політичних пріоритетів та адаптації самих програм до нових юридичних і суспільних викликів.

### **Висновки до розділу 3**

Так, узагальнюючи положення розділу 3, варто звернути увагу на висвітлення правових, соціальних та інституційних аспектів трансформації позитивних дій у контексті сучасної американської юриспруденції, підкреслюючи напругу між формальною рівністю та необхідністю подолання історичних нерівностей.

Рішення Верховного Суду від 29 червня 2023 року визнало вступні програми Гарварду та Університету Північної Кароліни, які враховували расу,

неконституційними через порушення Чотирнадцятої поправки та Розділу VI Закону про громадянські права 1964 року. Суд застосував стандарт суворого контролю (*strict scrutiny*), визнавши програми невідповідними через абстрактність заявлених освітніх вигод від різноманіття, надання переваг одним групам за рахунок інших, використання расових стереотипів і відсутність чіткого терміну завершення. Це рішення обмежило використання расових критеріїв, хоча дозволило враховувати індивідуальний расовий досвід абітурієнтів, якщо це не є обхідним механізмом. Окремі думки суддів Сотомайор і Джексон наголосили на ігноруванні історичної дискримінації, тоді як судді Горсач і Томас підтримали «расову нейтральність».

Дослідження, проведені у США, показують зростання частки студентів-представників меншин у правничих школах з 11% у 1980-х до 32% у 2021 році, хоча це нижче демографічної частки меншин (43%). Заборони позитивних дій у 12 штатах (1996–2021) скоротили представництво меншин на 17%, особливо афроамериканців (20%) і латиноамериканців (46%), із сильнішим ефектом у топ-закладах (25%). Расово нейтральні альтернативи, як соціально-економічні критерії, виявилися менш ефективними. Це обмежує соціальну мобільність меншин і їхній доступ до ключових позицій у юриспруденції, державному управлінні та бізнесі.

У той же час варто звернути особливу увагу на справу *Fearless Fund 2023* року, яка ілюструє оскарження позитивних дій у середовищі приватного бізнесу при наданні грантів. Венчурний фонд, який надавав гранти темношкірим жінкам-підприємцям, звинуватили у порушенні Розділу 1981 Закону про громадянські права 1866 року. Апеляційний суд 11-го округу призупинив програму, визнавши її дискримінаційною. Мiroва угода закрила конкурс, але залишила можливість для інших ініціатив. Справа підкреслює конфлікт між формальною рівністю та подоланням історичних нерівностей, створюючи ризики для програм різноманіття, рівності та інклюзії (DEI).

Рішення у справі *Fearless Fund* відображають тенденцію до звуження застосування позитивних дій, акцентуючи увагу на формальній рівності та

«расовій нейтральності». Це контрастує з міжнародними стандартами ООН, які визнають позитивні дії як тимчасові заходи для фактичної рівності. Сучасна доктрина позитивних дій зазнає обмежень через судові рішення, що ускладнюють використання расових критеріїв. Рішення SFFA та Fearless Fund підкреслюють пріоритет формальної рівності, створюючи виклики для подолання історичних нерівностей. У правничих школах це знижує інклюзивність, а в бізнесі загрожує DEI-ініціативам. Майбутнє позитивних дій залежить від адаптації расово нейтральних механізмів і суспільно-політичних змін, що впливатимуть на судову практику.

## ВИСНОВКИ

У дисертаційній роботі запропоновано розв'язання важливого наукового завдання, яке полягає у комплексній характеристиці позитивних дій у правовій системі США. За результатами проведеного дослідження сформульовано низку наукових положень і висновків, серед яких найбільш вагомими є такі:

1. Концепція позитивних дій є унікальним феноменом американського права, що сформувався як реакція держави на глибокі соціально-історичні нерівності, зумовлені рабством, сегрегацією та системною дискримінацією. Вона мала тимчасовий характер і розглядалася як винятковий засіб досягнення фактичної рівності. Судова практика відображає постійний пошук балансу між формальною рівністю та інституційним захистом недопредставлених груп, що виявляє суперечність між демократичними ідеалами та практикою їх реалізації.
2. Принцип легітимних очікувань є доктринальним підґрунтям позитивних дій, оскільки забезпечує баланс між правами особи та інтересом суспільства у досягненні фактичної рівності. Судова практика США, зокрема у справах *Bakke* та *Grutter v. Bollinger*, показала, що цей принцип гарантує передбачуваність дій держави й захищає як право на недискримінаційний доступ, так і на рівне ставлення. У міжнародному праві він поєднується з принципом фактичної рівності, легітимізуючи позитивні дії як пропорційні та тимчасові засоби подолання історичної дискримінації.
3. Відмова від політики позитивних дій у США стала наслідком поєднання правових доктрин і суспільних настроїв, спрямованих на утвердження формальної рівності. Доктрина суворого контролю обмежила використання расового критерію, дозволяючи лише пропорційні та тимчасові заходи, що не порушують права особи. Судова практика та політичні рішення штатів закріпили ідею расової нейтральності, що

затвердило перехід від моделі компенсаційної справедливості до парадигми універсальної рівності перед законом.

4. Міжнародні стандарти позитивних дій та американська модель відображають різні підходи до реалізації принципу рівності. У міжнародному праві позитивні дії розглядаються як тимчасові й пропорційні заходи для усунення структурної дискримінації, тоді як у США вони перетворилися на інструмент компенсації конкретних історичних нерівностей через расові чи етнічні преференції. Така різниця засвідчує, що американська модель є більш інституціоналізованою, тоді як міжнародне право тяжіє до універсального, обмеженого й збалансованого підходу до досягнення фактичної рівності.
5. Еволюція позитивних дій у практиці Верховного Суду США відобразила поступовий перехід від визнання їхньої легітимності до фактичної заборони. Починаючи зі справи *Bakke* (1978), у якій було дозволено гнучке врахування раси, суд поступово посилював вимоги суворого контролю, що зрештою призвело до рішення у справі *Students for Fair Admissions v. Harvard* (2023), яке фактично заборонило расові критерії у відборі.
6. Рішення Верховного Суду США у справах *Students for Fair Admissions v. Harvard* та *University of North Carolina* (2023) стали переломним етапом, остаточно визнавши позитивні дії неконституційними. Суд дійшов висновку, що врахування раси при вступі не відповідає вимогам суворого контролю, сприяє стереотипізації та створює непропорційні обмеження для представників інших груп. Ці рішення закріпили пріоритет формальної рівності та расової нейтральності як єдиного конституційного стандарту в освітній політиці США.
7. Досвід окремих штатів США показує, що заборона позитивних дій суттєво зменшила расове різноманіття у правничих школах і мала довготривалі наслідки. Після ухвалення таких рішень, як Пропозиція 209 у Каліфорнії чи справа *Hopwood v. Texas*, частка афроамериканських і

латиноамериканських студентів різко скоротилася та не відновилася навіть за умов впровадження расово нейтральних альтернатив. Це свідчить, що без спеціальних заходів формальна рівність не забезпечує фактичного доступу меншин до юридичної освіти й посилює структурну нерівність у правничій професії.

8. Сучасна динаміка правового та суспільного розвитку США свідчить, що дискусія щодо нелегітимності застосування позитивних дій вийшла за межі освіти й дедалі активніше охоплює бізнес-сферу. Справа *Fearless Fund* (2023) стала показовою, адже продемонструвала, що навіть програми підтримки меншин у бізнесі можуть бути визнані такими, що порушують принцип формальної рівності. Ця тенденція означає нову хвилю обмежень, у межах якої програми різноманіття, рівності та інклюзії (DEI) змушені переходити від цільової підтримки конкретних груп до універсальних, расово нейтральних підходів задля забезпечення законності існуючих програм.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Афанасьєва М. Позитивна та зворотна дискримінація у виборчій сфері. *Юридичний вісник*. 2019. № 1. С. 19–24. URL: [http://yurvisnyk.in.ua/v1\\_2019/5.pdf](http://yurvisnyk.in.ua/v1_2019/5.pdf) (дата звернення: 04.06.2025).
2. Барінов А. Еволюція політики позитивних дій у правовій системі США: історико-правовий аналіз. *Наше право*. 2025. № 3. С. 400–407.
3. Барінов А. Інтеграція гендерного підходу в політику Європейського Союзу: сучасні тенденції та практичні механізми реалізації. *Європейські перспективи*. 2025. № 3. С. 415–424.
4. Барінов А. Позитивні дії як міжнародно-правовий інструмент забезпечення фактичної рівності. *Наше право*. 2025. № 4. С. 173–180.
5. Барінов А., Меджбель В. Програми різноманіття, рівності та інклюзії у праві США: конституційно-правові рамки та прецедент Fearless Fund. *Право.UA*. 2025. № 3. С. 355–363.
6. Беліцер Н. Дискримінація в Україні – проблеми і перспективи їх подолання : аналітичний звіт Українського незалежного центру політичних досліджень. Київ, 2013. 28 с. URL: [http://diversipedia.org.ua/sites/default/files/discrimination\\_policy\\_paper\\_sep20123.pdf](http://diversipedia.org.ua/sites/default/files/discrimination_policy_paper_sep20123.pdf) (дата звернення: 05.05.2023).
7. Боярський Є. Д. Інститут надімперативних норм у міжнародному приватному праві України: характер дії та методологічна приналежність. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія «Юридичні науки»*. 2013. Т. 26 (65). № 2-1. Ч. 1. С. 232–239.
8. Бурдін В., Мочульська М., Чорненький В. Позитивна дискримінація в Україні. *Український часопис конституційного права*. 2021. № 2 (19). С. 3–14.

9. Капеліста І. Реалізація принципу гендерної рівності у політичному представництві в Європейському Союзі. *Європейські перспективи*. 2025. № 3. С. 400–408.
10. Нагнибіда В. І. Імплементация Директиви (ЄС) 2022/2381 про гендерну рівність у корпоративному управлінні: досвід Франції та Іспанії. *Право.UA*. 2025. № 3. С. 379–387.
11. Погребняк С. Генезис ідеї рівності як основоположного принципу права. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2010. № 3 (62). С. 50–58.
12. Погребняк С. Роль принципу недискримінації в загальній концепції рівності. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 3 (50). С. 23–34. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/5164> (дата звернення: 04.06.2025).
13. Пономарьов С. Ю., Федорович І. Ю. Запобігання та протидія дискримінації в Україні : посібник для працівників органів державної влади та місцевого самоврядування. Київ : Міжнародна організація з міграції, Представництво в Україні, 2014. 74 с.
14. Посібник із європейського антидискримінаційного права. Агенція Європейського Союзу з питань основоположних прав ; Рада Європи. Люксембург, 2010. 191 с. URL: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_non\\_discrim\\_law\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_UKR.pdf) (дата звернення: 04.06.2025).
15. Трудова дискримінація людей старшого віку: результати соціологічного дослідження. Колектив авторів. Харків : ХСІД, 2011. 64 с. URL: <https://khisr.kharkov.ua/wp-content/uploads/2012/04/Trudova-dyskryminatsiia-liudey-starshoho-viku-2011.pdf> (дата звернення: 04.05.2024).
16. Aboilard case (France on behalf of Aboilard v. Government of Haiti) : award of the Franco-Haitian Arbitral Commission of 26 July 1905. *Reports of International Arbitral Awards*. 1961. Vol. XI. P. 71 ; *Revue de droit international privé*. 1905. Vol. I. P. 893.

17. Adarand Constructors, Inc. v. Peña : Supreme Court of the United States, decision of June 12, 1995. United States Reports. 1995. Vol. 515. P. 200–237.
18. Allen S. Affirmative action ban passes in Oklahoma. The Oklahoman. 2012. 7 Nov.
19. Alvarado H. Fearless Fund attorneys challenge injunction blocking grants for Black women entrepreneurs. CNN. 2024. 31 Jan. URL: <https://edition.cnn.com/2024/01/31/us/fearless-fund-challenge-injunction-reaj/index.html> (accessed: 20.06.2024).
20. American Bar Association. J.D. enrollment and J.D. degrees awarded (total/women/minorities). American Bar Association. URL: <https://www.americanbar.org/> (accessed: 10.01.2025).
21. American Bar Association. Minority enrollment 1971–2002. American Bar Association. URL: <http://www.abanet.org/legaled/statistics/minstats.html> (accessed: 10.01.2025).
22. Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Spain : award of 25 May 2018 (dispatched 15 June 2018), ICSID Case No. ARB/13/31. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/5741> (accessed: 03.04.2024).
23. Antman F. M., Duncan B., Lovenheim M. F. The long-run impacts of banning affirmative action in US higher education : NBER Working Paper No. 32778. Cambridge, MA : National Bureau of Economic Research, 2024.
24. Antman F., Bleemer Z., Hinrichs P., Ransom T. Affirmative action and student outcomes: Evidence from higher education. Cambridge, MA : National Bureau of Economic Research, 2024.
25. Application for revision of the Judgment of 23 May 2008 in the case concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia v. Singapore) : application filed 2017. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/130> (accessed: 20.06.2025).

26. Arcidiacono P., Lovenheim M. Affirmative action and the quality–fit trade-off. *Journal of Economic Literature*. 2016. Vol. 54, No. 1. P. 3–51.
27. Arif v. Republic of Moldova : award of 8 April 2013, ICSID Case No. ARB/11/23. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/1628> (accessed: 20.07.2025).
28. Ayres I., Brooks R. Does affirmative action reduce the number of Black lawyers? *Stanford Law Review*. 2004. Vol. 57, No. 6. P. 1807–1854.
29. Backes B. Do affirmative action bans lower minority college enrollment and attainment? Evidence from statewide bans. *Journal of Human Resources*. 2012. Vol. 47, No. 2. P. 435–455.
30. Bagde S., Epple D., Taylor L. Does affirmative action work? Caste, gender, college quality, and academic success in India. *American Economic Review*. 2016. Vol. 106, No. 6. P. 1495–1521.
31. Baker Botts LLP. Fearless Fund litigation: Corporate challenges and mitigation strategies for organizations. Baker Botts. 2024. Feb. URL: <https://www.bakerbotts.com/thought-leadership/publications/2024/february/fearless-nd-litigation-corporate-challenges-and-mitigation-strategies-for-organizations> (accessed: 20.04.2024).
32. Bjorge E. Legitimate expectations. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2023. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e2236> (accessed: 20.05.2025).
33. Bleemer Z. Affirmative action, mismatch, and economic mobility after California’s Proposition 209. *The Quarterly Journal of Economics*. 2023. Vol. 138, No. 1. P. 1–50.
34. Blusun S.A. and others v. Italy : award of 27 December 2016, ICSID Case No. ARB/14/3. ICSID. URL: <https://www.itcisid.org/cases/arb-14-3> (accessed: 20.08.2025).
35. *Bolling v. Sharpe* : Supreme Court of the United States, decision of May 17, 1954. *United States Reports*. 1954. Vol. 347. P. 497–500.

36. Boyer B. F. et al. Report of the Committee on Racial Discrimination: Problem of Negro applicants. Association of American Law Schools Proceedings. 1964. Part One. P. 159–161.
37. Brief for Petitioner, Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College, No. 20-1199, at 23.
38. Brief for Respondent, Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College, No. 20-1199, at 38.
39. Brief for Respondent, Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College, No. 20-1199, at 52.
40. Brief for University Respondents, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, No. 21-707, at 7.
41. Brief for University Respondents, Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina, No. 21-707, at 57–59.
42. Brooks R. R. W., Rozema K., Sanga S. Racial diversity and affirmative action in American law schools : Northwestern Public Law Research Paper No. 23-50. SSRN, 2023. URL: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4494741> accessed: 28.06.2023).
43. Brown v. Board of Education : Supreme Court of the United States, decision of May 31, 1955. United States Reports. 1955. Vol. 349. P. 294–301
44. Califano v. Webster : Supreme Court of the United States, decision of March 7, 1977. United States Reports. 1977. Vol. 430. P. 313–321.
45. Carl E. L. The shortage of Negro lawyers: Pluralistic legal education and legal services for the poor. Journal of Legal Education. 1967–1968. Vol. 20, No. 1. P. 21–32.
46. Carter W. M., Jr. Affirmative action as government speech. UCLA Law Review. 2011. Vol. 59, No. 1. P. 2–49.
47. Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France) : judgment of 9 January 2008. I.C.J. Reports. 2008. P. 177–248. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/136> (accessed: 05.06.2024).

48. Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom) : award of 18 March 2015. Permanent Court of Arbitration. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/11/> (accessed: 20.02.2024).
49. City of Richmond v. J. A. Croson Co. : Supreme Court of the United States, decision of January 23, 1989. United States Reports. 1989. Vol. 488. P. 469–511.
50. Coates T.-N. The case for reparations. The Atlantic. 2014. Vol. 313, No. 5. P. 59–70. URL: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2014/06/the-case-for-reparations/361631/> (accessed: 10.07.2024).
51. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). General recommendation No. 25: Temporary special measures (article 4, paragraph 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women). United Nations. 2004. URL: <https://www.refworld.org/docid/453882a822.html> (accessed: 04.04.2025).
52. Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW). General recommendation No. 37 on gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change. United Nations, 2020. URL: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f37&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fGC%2f37&Lang=en) (accessed: 04.04.2025).
53. Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD). Guidelines for the CERD-specific document to be submitted by States parties under article 9, paragraph 1, of the Convention (CERD/C/2007/1). United Nations. 2007. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/602415> (accessed: 04.04.2025).
54. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. General recommendation No. 32: The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD/C/GC/32). United Nations. 2009. 24 September. URL: [https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD\\_Recommendation%20No32.pdf](https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/CERD_Recommendation%20No32.pdf) (accessed: 05.04.2025).

55. Cornell Law School. Incorporation doctrine. Legal Information Institute. URL: [https://www.law.cornell.edu/wex/incorporation\\_doctrine](https://www.law.cornell.edu/wex/incorporation_doctrine) (accessed: 06.04.2025).
56. *Cummings v. Missouri* : Supreme Court of the United States, decision of January 14, 1867. United States Reports. 1867. Vol. 71 (4 Wall.). P. 277–325.
57. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (*Canada v. United States of America*) : judgment of 12 October 1984. I.C.J. Reports. 1984. P. 246–353. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/67/judgments> (accessed: 04.06.2025).
58. Doleac J. L., Fang H., Fryer R. G. Affirmative action bans and racial diversity in higher education. *Review of Economics and Statistics*. 2021. Vol. 103, No. 3. P. 567–584.
59. Dolzer R., Kriebaum U., Schreuer C. *Principles of international investment law*. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2022.
60. *Edmonson v. Leesville Concrete Co.* : Supreme Court of the United States, decision of January 15, 1991. United States Reports. 1991. Vol. 500. P. 614–639.
61. Edwin Rios. What was affirmative action designed to do – and what has it achieved? *The Guardian*. 2023. 29 June. URL: <https://www.theguardian.com/law/2023/jun/22/what-is-affirmative-action-supreme-court-explainer> (accessed: 20.06.2025).
62. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* : award of 31 October 2011, ICSID Case No. ARB/03/15. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/382> (accessed: 04.04.2025).
63. *Eurotunnel Arbitration (Channel Tunnel Group Limited and France-Manche S.A. v. France and United Kingdom)*: partial award on jurisdiction and dissenting opinion of 30 January 2007, PCA Case No. 2003-06. *International Law Reports*. 2008. Vol. 132. P. 1–118. Permanent Court of Arbitration.
64. Expert Report of Peter S. Arcidiacono in *Students for Fair Admissions, Inc. v. Harvard*, No. 14-cv-14176-ADB (D. Mass.). 2018. 15 June. URL:

- [https://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn\\_Loury/louryhomepage/teaching/Affirmative\\_Action/Meeting\\_V/supporting\\_documents/Doc%20415-8%20-%20\(Arcidiacono%20Expert%20Report\).pdf](https://www.brown.edu/Departments/Economics/Faculty/Glenn_Loury/louryhomepage/teaching/Affirmative_Action/Meeting_V/supporting_documents/Doc%20415-8%20-%20(Arcidiacono%20Expert%20Report).pdf) (accessed: 04.04.2025).
65. Fallon R. H. Strict judicial scrutiny. *UCLA Law Review*. 2004. Vol. 54, No. 1. P. 1267–1333.
  66. *Fisher v. University of Texas at Austin (Fisher I)* : Supreme Court of the United States, decision of June 24, 2013. *United States Reports*. 2013. Vol. 570. P. 297–343.
  67. *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)* : judgment of 22 December 1986. *I.C.J. Reports*. 1986. P. 554–586. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/69> (accessed: 04.08.2025).
  68. *Gayle v. Browder* : Supreme Court of the United States, decision of December 5, 1956 (per curiam). *United States Reports*. 1956. Vol. 352. P. 903.
  69. *Gitlow v. New York* : Supreme Court of the United States, decision of June 8, 1925. *United States Reports*. 1925. Vol. 268. P. 652–673..
  70. *Gratz v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. *United States Reports*. 2003. Vol. 539. P. 244–275.
  71. Groves H. E. Report on the minority groups project. *Association of American Law Schools Proceedings*. 1965. Part One. P. 171–172.
  72. *Grutter v. Bollinger* : Supreme Court of the United States, decision of June 23, 2003. *United States Reports*. 2003. Vol. 539. P. 306–343.
  73. Harvard Rated Asian-American Applicants Lower on Personality Traits, Suit Says. *The New York Times*. 2018. 15 June. URL: <https://www.nytimes.com/2018/06/15/us/harvard-asian-enrollment-applicants.html> (accessed: 04.08.2025).
  74. *Hellenic Republic v. Commission of the European Communities* : judgment of 17 January 2007, Case T-231/04. Court of Justice of the European Union. URL: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-231/04> (accessed: 04.05.2024).

75. Hilton J. L., Gasman M., Conrad C. F. *Understanding affirmative action: Politics, discrimination, and the search for justice*. Albany : SUNY Press, 2013.
76. Hirschman D., Berrey E. The partial deinstitutionalization of affirmative action in U.S. higher education, 1988 to 2014. *Sociology of Education*. 2017. Vol. 90, No. 1. P. 3–24.
77. Ho D. E. Why affirmative action does not cause Black students to fail the bar. *Yale Law Journal*. 2005. Vol. 114, No. 8. P. 1997–2004.
78. *Hopwood v. Texas* : United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, decision of March 18, 1996. *Federal Reporter*. 1996. Vol. 78 F.3d. P. 932–962.
79. *Is Harvard Showing Bias Against Asian-Americans?* NPR. 2018. 20 May. URL: <https://www.npr.org/sections/ed/2015/05/20/408240998/is-harvard-showing-bias-against-asian-americans> (accessed: 01.03.2024).
80. Kahlenberg R., Potter H. *A better affirmative action: State universities that created alternatives to racial preferences*. New York : The Century Foundation, 2012. URL: <https://tcf.org/content/report/a-better-affirmative-action> (accessed: 07.03.2025).
81. Katz E., Rozema K., Sanga S. Women in law schools, 1948–2021. *Journal of Legal Analysis*. 2023. Advance online publication.
82. Kennedy, J. F. Executive Order 10925 of March 6, 1961: Establishing the President’s Committee on Equal Employment Opportunity. URL: <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-10925-establishing-the-presidents-committee-equal-employment-opportunity> (accessed: 09.01.2024).
83. Klarman M. J. How Brown changed race relations: The backlash thesis. *The Journal of American History*. 1994. Vol. 81, No. 1. P. 81–118.
84. Kluger R. *Simple justice: The history of Brown v. Board of Education and Black America’s struggle for equality*. New York : Vintage Books, 2004.
85. Kopicki A. Answers on affirmative action depend on how you pose the question. *The New York Times*. 2014. 22 April. URL:

- <https://www.nytimes.com/2014/04/23/upshot/answers-on-affirmative-action-depend-on-how-you-pose-the-question.html> (accessed: 04.02.2025)
86. *Lawrence v. Texas* : Supreme Court of the United States, decision of June 26, 2003. *United States Reports*. 2003. Vol. 539. P. 558–578.
  87. Leong N. Racial capitalism. *Harvard Law Review*. 2013. Vol. 126, No. 8. P. 2151–2226.
  88. Liu G. The causation fallacy: *Bakke* and the basic arithmetic of selective admissions. *Michigan Law Review*. 2002. Vol. 100, No. 4. P. 1045–1119.
  89. Lopez M. H., Krogstad J. M., Passel J. S. Who is Hispanic? Pew Research Center. 2022. 15 Sept. URL: <https://www.pewresearch.org/short-reads/2022/09/15/who-is-hispanic/> (accessed: 07.03.2025).
  90. *Loving v. Virginia* : Supreme Court of the United States, decision of June 12, 1967. *United States Reports*. 1967. Vol. 388. P. 1–12.
  91. Marin P., Lee E. *Appearance and reality in the sunshine state: The Talented 20 program in Florida*. Cambridge, MA : The Civil Rights Project at Harvard University, 2003.
  92. *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain* : award of 31 January 2019, ICSID Case No. ARB/15/23. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/6486> (accessed: 09.02.2025).
  93. *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson* : Supreme Court of the United States, decision of November 7, 1955 (per curiam). *United States Reports*. 1955. Vol. 350. P. 877.
  94. *McLaurin v. Oklahoma State Regents for Higher Education* : Supreme Court of the United States, decision of June 5, 1950. *United States Reports*. 1950. Vol. 339. P. 637–642.
  95. *Miller v. Johnson* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1995. *United States Reports*. 1995. Vol. 515. P. 900–928.
  96. *Missouri ex rel. Gaines v. Canada* : Supreme Court of the United States, decision of December 12, 1938. *United States Reports*. 1938. Vol. 305. P. 337–352.

97. Mokam A. Personal statements and race after affirmative action. *Harvard Law Review*. 2024. Vol. 137, No. 4. P. 1450–1485.
98. *National Grid plc v. Argentine Republic* : decision on the challenge to arbitrator Andrés Rigo Sureda of 15 December 2005, UNCITRAL Case No. UNC72/CCO. Jus Mundi. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-national-grid-plc-v-the-argentine-republic-award-monday-3rd-november-2008> (accessed: 05.12.2024).
99. *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands)* : judgment of 20 February 1969. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/52/judgments> (accessed: 04.04.2025).
100. *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain* : final arbitral award of 15 February 2018, SCC Case No. 2015/063. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. URL: <https://www.italaw.com/cases/7317> (accessed: 04.04.2025).
101. NPR. Appeals court blocks Fearless Fund’s grant program for Black female entrepreneurs. 2024. 3 June. URL: <https://www.npr.org/2024/06/03/g-s1-2649/fearless-fund-grant-program-appeal-ruling> (accessed: 04.06.2025).
102. NPR. Fearless Fund shuts down Atlanta grant program for Black women business owners after lawsuit. 2024. 11 Sept. URL: <https://www.npr.org/2024/09/11/nx-s1-5108729/fearless-fund-atlanta-grant-program-shut-down-lawsuit> (accessed: 02.03.2025).
103. *Nuclear Tests case (Australia v. France)* : judgment of 20 December 1974. I.C.J. Reports. 1974. P. 253–272. International Court of Justice. URL: <https://law.justia.com/cases/foreign/international/1974-icj-rep-253.html> (accessed: 02.03.2025).
104. *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)* : judgment on the merits of 1 October 2018. I.C.J. Reports. 2018. P. 507–585. International Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/case/153> (accessed: 02.03.2025).

105. Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. v. People's Democratic Republic of Algeria : award of 10 December 2020, ICSID Case No. ARB/17/1. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/5008> (accessed: 04.04.2025).
106. *Palmore v. Sidoti* : Supreme Court of the United States, decision of April 25, 1984. *United States Reports*. 1984. Vol. 466. P. 429–434.
107. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 2007. *United States Reports*. 2007. Vol. 551. P. 701–748.
108. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007).
109. *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1* : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 2007. *United States Reports*. 2007. Vol. 551. P. 701–748.
110. *Philip Morris Brands Sàrl and others v. Uruguay* : award of 28 June 2016 (dispatched 8 July 2016), ICSID Case No. ARB/10/7. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/460> (accessed: 11.12.2024).
111. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 1992. *United States Reports*. 1992. Vol. 505. P. 833–901.
112. *Plessy v. Ferguson* : Supreme Court of the United States, decision of May 18, 1896. *United States Reports*. 1896. Vol. 163. P. 537–564.
113. *Portendick case (United Kingdom v. France)* : award of 30 November 1843. *Reports of International Arbitral Awards*. 1905. Vol. I. P. 512.
114. Reardon S. F., Baker R., Klasik D. Race, income, and enrollment patterns in highly selective colleges, 1982–2004. *Educational Evaluation and Policy Analysis*. 2018. Vol. 40, No. 2. P. 197–235.
115. Reber S., Nagashima S. *Affirmative action and college student outcomes: Evidence from statewide bans*. Washington, DC : Brookings Institution, 2023. URL: <https://www.brookings.edu> (accessed: 02.03.2025).

116. Regents of the University of California v. Bakke : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1978. United States Reports. 1978. Vol. 438. P. 265–379.
117. Reuters. Conservative activist behind U.S. affirmative action cases sues venture capital fund. 2023. 2 Aug. URL: <https://www.reuters.com/legal/conservative-activist-behind-us-affirmative-action-cases-sues-venture-capital-2023-08-02/> (accessed: 04.05.2025).
118. Rice v. Cayetano : Supreme Court of the United States, decision of February 23, 2000. United States Reports. 2000. Vol. 528. P. 495–545.
119. Roberts J. Opinion of the Court in Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.
120. Roosevelt K., III. The ironies of affirmative action. Michigan Law Review. 2012. Vol. 102, No. 5. P. 965–1009. URL: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol102/iss5/1> (accessed: 04.04.2025).
121. Russell B. Idaho lawmakers pass affirmative action ban. Idaho Press. 2020. 5 March. URL: <https://www.idahopress.com/> (accessed: 04.08.2024).
122. Sander R. H. A systemic analysis of affirmative action in American law schools. Stanford Law Review. 2004. Vol. 57, No. 2. P. 367–483.
123. Schmidt P. New Hampshire bans affirmative action in public colleges. The Chronicle of Higher Education. 2012. 5 Jan. URL: <https://www.chronicle.com/> (accessed: 04.06.2025).
124. Schraub D. Sticky slopes. California Law Review. 2013. Vol. 101, No. 4. P. 1249–1307.
125. Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action : Supreme Court of the United States, decision of April 22, 2014. United States Reports. 2014. Vol. 572. P. 291–336.
126. Schwarzenberger G. The fundamental principles of international law. Recueil des Cours. 1955. Vol. 87. P. 191–385.
127. Shaw v. Reno : Supreme Court of the United States, decision of June 28, 1993. United States Reports. 1993. Vol. 509. P. 630–658.

128. *Shelley v. Kraemer* : Supreme Court of the United States, decision of May 3, 1948. *United States Reports*. 1948. Vol. 334. P. 1–23.
129. Sherman's Field Order No. 15. *New Georgia Encyclopedia*. URL: <https://www.georgiaencyclopedia.org/articles/history-archaeology/shermans-field-order-no-15/> (accessed: 06.08.2024).
130. Siegel R. Why equal protection no longer protects: The evolving forms of status-enforcing state action. *Stanford Law Review*. 1997. Vol. 49, No. 5. P. 1111–1148.
131. *Smith v. University of Washington Law School* : United States District Court for the Western District of Washington, decision of June 18, 1998. *Federal Supplement*. 1998. Vol. 2 F. Supp. 2d. P. 1324–1346.
132. *Students for Fair Admissions v. Harvard* : Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023 (slip opinion). *United States Reports*. 2023. Vol. 600. P. 181–230.
133. *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the District of Massachusetts, decision of October 1, 2019. *Federal Supplement*. 2019. Vol. 397 F. Supp. 3d. P. 126–215.
134. *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States Court of Appeals for the First Circuit, decision of November 12, 2020. *Federal Reporter*. 2020. Vol. 980 F.3d. P. 157–210.
135. *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the Middle District of North Carolina, decision of November 12, 2021. *Federal Supplement*. 2021. Vol. 567 F. Supp. 3d. P. 580–653.
136. *Students for Fair Admissions v. President & Fellows of Harvard College* : United States District Court for the District of Massachusetts, decision of October 1, 2019. *Federal Supplement*. 2019. Vol. 397 F. Supp. 3d. P. 126–215.
137. *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*: Supreme Court of the United States, decision of June 29, 2023. *United States Reports*. 2023. Vol. 600. P. 181–230.

138. Students for Fair Admissions. Each lawsuit is in a different stage of litigation. URL: <https://studentsforfairadmissions.org/our-cases/> (accessed: 17.06.2025).
139. Sullivan K. M. Sins of discretion: The theory of strict scrutiny. *Harvard Law Review*. 1986. Vol. 106, No. 2. P. 441–511.
140. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, No. 05-908. 2007. P. 33–34. URL: [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2006/05-908.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2006/05-908.pdf) (accessed: 04.04.2025).
141. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 96–97.
142. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 167.
143. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 78–79.
144. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, No. 21-707. 2022. P. 85–86.
145. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199. 2022. P. 84–85, 91.
146. Supreme Court of the United States. Transcript of oral argument, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, No. 20-1199. 2022. P. 91.
147. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States* : award of 29 May 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/1087> (accessed: 04.10.2024).

148. *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Libya* : award on the merits rendered by sole arbitrator of 19 January 1977. *International Legal Materials*. 1978. Vol. 17. P. 1–37 ; *International Law Reports*. 1979. Vol. 53. P. 389–422 ; *Yearbook Commercial Arbitration*. 1979. Vol. IV. P. 177.
149. *The South China Sea Arbitration (Republic of the Philippines v. People’s Republic of China)* : award of 12 July 2016. Permanent Court of Arbitration. URL: <https://pca-cpa.org/cn/cases/7/> (accessed: 04.06.2025).
150. U.S. Census Bureau. *Statistical abstract of the United States: 2003*. 123rd ed. Washington, DC : U.S. Government Printing Office, 2003.
151. U.S. Congress. *Civil Rights Act of 1866*, 42 U.S.C. § 1981 (R.S. § 1977; Pub. L. 102–166, title I, § 101, Nov. 21, 1991, 105 Stat. 1071).
152. United Nations. *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*. 1979. United Nations General Assembly. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (accessed: 04.06.2025).
153. United Nations. *Harmonized guidelines on reporting under the international human rights treaties, including guidelines on a common core document and treaty-specific documents (HRI/MC/2006/3)*. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. 2006. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/583450> (accessed: 04.06.2025).
154. United Nations. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. Adopted 21 December 1965. United Nations Treaty Series. Vol. 660. P. 195. URL: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial> (accessed: 04.06.2025).
155. *United States v. Carolene Products Co.* : Supreme Court of the United States, decision of April 25, 1938. *United States Reports*. 1938. Vol. 304. P. 144–152, n. 4.

156. *United States v. Hays* : Supreme Court of the United States, decision of June 24, 1996. *United States Reports*. 1996. Vol. 517. P. 899–917.
157. *United Utilities (Tallinn) B.V. and Aktsiaselts Tallinna Vesi v. Republic of Estonia* : award of 21 June 2019, ICSID Case No. ARB/14/24. ICSID. URL: <https://www.italaw.com/cases/12201> (accessed: 04.07.2025).
158. *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* : award of 30 April 2004, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3. *ICSID Reports*. 2007. Vol. 11. P. 361–432 ; *International Legal Materials*. 2004. Vol. 43. P. 967–1022. URL: <https://www.italaw.com/cases/351> (accessed: 04.06.2025).
159. *Weinberger v. Wiesenfeld* : Supreme Court of the United States, decision of March 19, 1975. *United States Reports*. 1975. Vol. 420. P. 636–648.
160. Weston M. A. Academic standards or discriminatory hoops? Learning-disabled student athletes and the NCAA initial academic eligibility requirements. *Tennessee Law Review*. 1999. Vol. 66, No. 4. P. 1049–1107.
161. Wilkins D. B. From “Separate Is Inherently Unequal” to “Diversity Is Good for Business”: The rise of market-based diversity arguments and the fate of the Black corporate bar. *Harvard Law Review*. 2004. Vol. 117. P. 1548–1551.
162. *Wygant v. Jackson Board of Education* : Supreme Court of the United States, decision of May 19, 1986. *United States Reports*. 1986. Vol. 476. P. 267–306.
163. *Yick Wo v. Hopkins* : Supreme Court of the United States, decision of May 10, 1886. *United States Reports*. 1886. Vol. 118. P. 356–374.

**ДОДАТОК А.**  
**СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ**

**Статті у наукових фахових виданнях:**

1. Барінов А. Еволюція політики позитивних дій у правовій системі США: історико-правовий аналіз. Наше право. 2025. № 3. С. 400–407. DOI: <https://doi.org/10.71404/NP.2025.3.56>
2. Барінов А. Інтеграція гендерного підходу в політику Європейського Союзу: сучасні тенденції та практичні механізми реалізації. Європейські перспективи. 2025. № 3. С. 415–424. DOI: <https://doi.org/10.71404/EP.2025.3.58>
3. Барінов А. Позитивні дії як міжнародно-правовий інструмент забезпечення фактичної рівності. Наше право. 2025. № 4. С. 173–180. DOI: <https://doi.org/10.71404/NP.2025.4.23>
4. Барінов А., Меджбель В. Програми різноманіття, рівності та інклюзії у праві США: конституційно-правові рамки та прецедент Fearless Fund. Право.UA. 2025. № 3. С. 355–363. DOI: <https://doi.org/10.71404/LAW.UA.2025.3.49>

**Статті в зарубіжних виданнях за напрямом дослідження:**

5. Maksymovych, R., Zamula, A., Nurullaiev, I., Bogdashevskyi, T., & Barinov, A. (2025). Reintegrating the Rights of Women and Children in Armed Conflict: The International Legal Role of the Welfare State. OIDA International Journal of Sustainable Development, 18(11), 311-320.

**Тези доповідей**

6. Барінов А. Позитивні дії як механізм реалізації принципу матеріальної рівності у праві США *Innovative Approaches in Modern Science and Technology* : збірник наукових праць 3-ї Міжнар. наук.-практ. конф. (Лісабон, Португалія, 12–14 листопада 2025 р.). — Lisbon : International Scientific Unity, 2025. — С. 320

7. Барінов А. Позитивні дії як чинник інклюзивного розвитку: досвід США та перспективи для освітньої політики . Збірник матеріалів X Міжнародної науково-практичної конференції “Розбудова інноваційних економіки, менеджменту та освіти в умовах нової соціальної реальності” (20–22 травня 2025 р.) *Наукові праці МАУП. Проблеми модернізації України*. — 2025. — Вип. 1 (48). — С. 483.
8. Барінов А. О. Межі допустимості позитивних дій у світлі принципу недискримінації: аналіз американського досвіду *Сучасні міжнародні відносини: актуальні проблеми теорії і практики* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. — Київ : Національний авіаційний університет, 2024. — С. 106–108.

**ДОДАТОК Б.**  
**АКТ ВПРОВАДЖЕННЯ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЙНОГО**  
**ДОСЛІДЖЕННЯ**

**Адвокат Горда Юрій Іванович**  
Свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю серії ХМ № 000160  
від 09 червня 2018 року.  
Адреса: 03150, Україна, м. Київ, вул. Предславинська, 55а, кв. 90  
Номер засобу зв'язку: +38 (093) 93-524-25  
Адреса електронної пошти: gorda\_iurii@ukr.net

вих. № 02-12-2025  
від 02 грудня 2025 року

### **ДОВІДКА**

**про впровадження результатів дисертаційного дослідження у практичну діяльність адвоката**

Я, адвокат Горда Юрій Іванович, PhD, LL.M, старший юрист Centralis (м. Амстердам, Нідерланди), який здійснює адвокатську діяльність індивідуально, на підставі свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю № 000160 від 09 червня 2018 року, виданого Радою адвокатів Хмельницької області, цим підтверджую факт впровадження результатів дисертаційного дослідження:

**Барінова Артема Олександровича на тему: «Позитивні дії у правовій системі США: історія, судова практика та сучасні виклики у світлі міжнародних стандартів»**, дисертація на здобуття ступеня доктора філософії за спеціальністю «Право».

Результати дисертації використані як науково-теоретична та прикладна база у моїй професійній діяльності для:

- правового аналізу заходів позитивних дій (special measures / affirmative action) та їх меж допустимості;
- підготовки правових висновків щодо співвідношення **принципу формальної рівності і фактичної (матеріальної) рівності**;
- оцінки ризиків дискримінації/«зворотної дискримінації» у політиках різноманіття, рівності та інклюзії приватному секторі та/або освітніх практиках;
- застосування міжнародно-правових стандартів недискримінації (у т.ч. як орієнтирів для комплаєнсу та політик).

У практичну діяльність впроваджено такі напрацювання дисертації:

- **Систематизований аналіз еволюції доктрини Верховного Суду США** щодо affirmative action та критеріїв конституційності (зокрема підхід strict scrutiny; вимоги визначеності мети, пропорційності та часової обмеженості програм).
- **Порівняльно-правовий блок** щодо розбіжностей між американською моделлю позитивних дій та міжнародними стандартами, де позитивні дії розглядаються як тимчасові та пропорційні спеціальні заходи.
- **Практико-орієнтовані висновки** щодо сучасних трансформацій підходів і типових юридичних ризиків для організацій (освіта/бізнес), включно з підходом до "race-neutral" альтернатив.

Результати дослідження застосовано у таких формах:

- підготовка правових позицій/висновків і рекомендацій клієнтам щодо допустимості/ризиків запровадження програм рівності та інклюзії;
- використання методології та висновків дисертації для структурування аргументації у юридичних документах (меморандумах, правових позиціях, аналітичних записках, зверненнях до ЄСПЛ).

Застосування результатів дисертації забезпечує:

- підвищення якості юридичної оцінки заходів позитивних дій та політик з урахуванням меж недискримінації;
- більш точне визначення правових ризиків і “red flags” при розробці внутрішніх політик та процедур;
- підсилення аргументації при аналізі пропорційності та правомірності спеціальних заходів у світлі міжнародних стандартів і порівняльних підходів.

Результати дисертаційного дослідження Барінова А.О. вважаю такими, що мають практичну цінність та впроваджені у мою професійну діяльність адвоката.

Адвокат \_\_\_\_\_



/ Горда Юрій Іванович /

