

**ДИСКРИМІНАЦІЯ ЗА СТАТЕВОЮ ОЗНАКОЮ В УМОВАХ ВІЙНИ:
АСПЕКТ НЕПРЯМОЇ ТА ПОЗИТИВНОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ (ПОЗИТИВНИХ ДІЙ)****DISCRIMINATION BASED ON SEX IN TIMES OF WAR:
THE ASPECT OF INDIRECT AND POSITIVE DISCRIMINATION (AFFIRMATIVE ACTION)**

Прокопик А.П., аспірант

Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена дослідженню стану і динаміці розвитку категорії дискримінації за статевою ознакою в Україні на фінальних стадіях євроінтеграційних процесів за такими індикаторними динамічними аспектами, як позитивна та непряма дискримінація, в контексті повномасштабного вторгнення. Автор зазначає, що конституційно закріплений принцип рівності є таким, що діє на даний момент часу. Розгляд фокусується на аналізі нормативно-правової бази, виявленні прогалин та значних прогалин доктринального покриття даної проблематики та визначенні перспектив подальшого розвитку категорії дискримінації за ознакою статі в умовах повномасштабної війни в Україні. Автор акцентує увагу на проблемах і перспективах посилення принципового ядра національного законодавства.

Основним інструментом аналізу в умовах недостатнього доктринального покриття як окремих аспектів проблематики, так і стан наукового моніторингу в цілому автор визначає телеологічний метод, задля встановлення змісту нормотворчої діяльності законодавця через чітко визначену і формально зазначену мету. За аспектом непрямої дискримінації, тобто прогалин, автор аналізує ініціативи стосовно заборони виїзду військовозобов'язаним за кордон та більший регуляторний вплив даної заборони на одну із зазначених категорій населення у співвідношенні з іншою, тотожною у правовому сенсі та індикатори розуміння законодавцем прогалин в правовому регулюванні даного дискусійного питання. За аспектом позитивних дій (позитивної дискримінації), тобто проблематики, яка, з точки зору законодавця, вимагає негайного юридичного втручання із задіянням даного спірного механізму, проаналізовано ініціативу законодавця у державному акціонерному товаристві АТ «Укрзалізниця».

В висновках вказано на необхідність широкого доктринального аналізу та моніторингу динаміки розвитку означених категорій у форматі як окремого доктринального опрацювання, так і міжгалузевої співпраці задля забезпечення; наголошується на фактичному наборі критичної маси очевидних прогалин в праворозумінні та внутрішніх протиріч в позиції законодавця.

Ключові слова: принцип рівності, непряма дискримінація, позитивні дії, позитивна дискримінація, телеологічний метод.

This article is dedicated to researching the state and dynamics of discrimination based on gender in Ukraine during the final stages of the European integration process, focusing on such dynamic aspects as indirect discrimination and affirmative action in the context of full-scale invasion. The author notes that the constitutionally enshrined principle of equality is currently in effect. The examination centers on analyzing the normative legal framework, identifying problems and significant gaps in the doctrinal coverage of this issue, and determining the prospects for the further development of the category of discrimination based on gender in the conditions of full-scale war in Ukraine. The author emphasizes the issues and prospects for strengthening the core principles of national legislation.

In the absence of sufficient doctrinal coverage of both specific aspects of the issue and the overall state of scientific monitoring, the author identifies the teleological method as the primary tool for analyzing the content of legislative activity by identifying clearly defined and formally stated goals. Regarding the aspect of indirect discrimination, the author analyzes initiatives related to the prohibition of travel abroad for conscripts and the significant regulatory impact of this prohibition on one of the mentioned population categories in relation to the other, which is identical in the legal sense and indicators of the legislator's understanding of the gap in the legal regulation of this contentious issue. Concerning affirmative action, issues, from the legislator's perspective, require immediate legal intervention through the engagement of this contentious mechanism, the author analyzes the legislator's initiative within the state-owned joint-stock company JSC «Ukrzaliznytsia».

In the conclusions section, the necessity of broad doctrinal analysis and monitoring of the dynamics of the mentioned categories is emphasized, both in the format of separate doctrinal elaboration and intersectoral cooperation, to ensure clarity. The conclusion underscores the actual accumulation of a critical mass of evident gaps in legal understanding and internal contradictions in the legislator's position.

Key words: equality principle, indirect discrimination, positive actions, positive discrimination, teleological method.

Постановка проблеми. Актуальність питання дискримінації, як категорії національного законодавства, в умовах даного конкретного історичного моменту, може здатися такою, що не є ні пріоритетною для продовження функціонування національної правової системи, ні для забезпечення існування держави в умовах війни. Однак, зважаючи на обраний і конституційно-закріплений загальнодержавний курс на євроінтеграцію, та сегмент даного шляху, що містить в собі приведення національного законодавства та правової системи до стандартів Євросоюзу та західної доктрини як такої, в межах ширшого процесу євроінтеграції, можна стверджувати, що питання попередження та протидії дискримінації – є невід'ємною складовою даного процесу реформування. Проблематику даного дискурсу також окреслює те, що принципова база, яку зачіпає дана тематика, носить в собі характер фундаментальної, а саме, порушуються питання такого основоположного інституту, як рівність, який є одним із найважливіших елементів в контексті загальних прав людини та тим базисом, на якому ґрунтується держава, яка має претензійність до категорії правової. На посиленій інтерес самого законодавця до цієї проблематики та на безпосередню актуальність вказує, наприклад, ратифіка-

ція Стамбульської конвенції [1], в якій дані питання розглядаються. і, відповідно, введення в законодавство нових для національної правової системи категорій – похідних з неї. Зважаючи на це, саме в момент історичних правових і не тільки змін, вважаю цінним для юридичної наукової доктрини проведення дослідження та аналізу даної проблематики через аспект динаміки, тобто. розглянути, які ініціативи законодавець вніс за час повномасштабного вторгнення в національне законодавство і загальний правовий дискурс. Задля формування змістовної та актуальної результативної бази, дане дослідження зосередиться саме на аспекті дискримінації за статтю, адже, саме за цією характеристикою, на мою думку, зараз можна найкраще прослідкувати динаміку протидії дискримінації, якщо така існує, та підходи законодавця до визначення, оцінки і вирішення проблемних аспектів даного дискурсу. Також, знову ж, задля того, щоб дослідити діяльність законодавця в аспекті динаміки, пропоную розглянути категорії позитивної та непрямої дискримінації, адже, якщо перша з зазначених допоможе нам визначити, які саме проблемні аспекти законодавець визначає як пріоритетні настільки, що готовий задіяти механізм позитивної дискримінації, то друга, а саме – непряма дискримінація, вкаже на сліпі зони

в праворозумінні законодавця, який або не в повній мірі, або через вимушені обставини, застосовує компромісний підхід до прав людини.

З огляду на вищезазначене і підсумовуючи, вважаю доцільним розглянути проблематику прав людини в аспекті протидії дискримінації через призму непрямой дискримінації, окреслити особливості і динаміку діяльності законодавця в умовах війни та привернути увагу до стану дослідження даної проблематики.

Стан дослідження. Станом на вересень 2023 року, стан дослідженості питання прав людини в аспекті протидії дискримінації в умовах війни загалом, та позитивної та непрямой дискримінації частково є таким, що потребує детальнішого доктринального розгляду. Про неповне і недостатнє висвітлення даної проблематики свідчить відсутність ґрунтовних соціологічних, юридичних та інших досліджень, які б фокусувались на даній проблематиці в цілому, не кажучи вже про специфічні аспекти, такі як розподіл за статтю чи динаміка діяльності законодавця. На мою думку, це є очевидною прогалиною в національній правовій науці і доктрині, адже, дана проблематика зараз знаходиться в стані пильного законодавчого розгляду, про що свідчить прийняття Законом України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами» в національне законодавство категорій, суміжних з окресленою проблематикою даного дослідження [1].

Мета статті полягає у з'ясуванні стану та динаміки розвитку категорій дискримінації за статевою ознакою в Україні в умовах війни через аспекти непрямой та позитивної дискримінації, окреслити проблематику та прогалини в доктринальному покритті даних питань і, де доречно, запропонувати шляхи вирішення окресленого.

Виклад основного матеріалу. В умовах фіналізації євроінтеграційних процесів, питання дискримінації займає особливе місце через категоричну важливість принципового ядра, яке воно на пряму зачіпає. Український законодавець визначає значущість даної категорії через Розділ другий «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» Конституції України, а саме в статтях 21 та 24, де проголошується, що «Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними... Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» [2]. Однак, навіть тут, слід звернути увагу на формулювання частини другої статті 24, адже законодавець, при розгляді питання статевої рівності, акцентує свою увагу на одній з сторін дихотомії, будуючи норму і, відповідно, наголос на правовому регулюванні через виключне приведення правового статусу однієї групи осіб до іншої, без вираженого інтересу до рівності, як такої, за своєю суттю. Хоча текст і зміст норми не є таким, що викликає заперечення, саме будуючи норму в такому ключі, законодавець опирається на негативний аспект однієї сторони розгляданого питання і фіксує дані спірні висновки, де розгляд питання про рівність зводиться виключно в допомозі одній стороні, через позитивні дії (позитивну дискримінацію), ігноруючи іншу, в основному законі держави, що, на мою думку, не є підходящим місцем для цього в зв'язку з функцією Конституції як ядра правової системи держави та слугує загальним індикатором розвитку правової думки національного законодавця. Також, окремо слід наголосити, що норми Конституції, які стосуються протидії дискримінації, а саме стаття 24, не входить в вичерпний перелік норм, які призупиняють свою дію згідно з пунктом 3 Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні»

від 24.02.2022 [3], тобто, юридична необхідність у збереженні принципу рівності за ознакою статі все ще є такою, яка повинна діяти, якщо ми хочемо стверджувати при подальшому розгляді те, що наша держава претендує на статус правової і ігнорування її є актом дестабілізації правового концептуального ядра національного законодавства. В даному контексті і для того, щоб з'ясувати загальний стан досліджуваного питання, пропоную розглянути далі Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» [4], а саме пункти 3 та 5 статті 1, де наведені релевантні для нас дефініції.

В вищенаведеному законі, який має на меті, за своєю суттю, конкретизувати закладені в Конституції норми, законодавець визначає непрямую дискримінацію як «ситуацію, за якої внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм, критеріїв оцінки, правил, вимог чи практики для особи та/або групи осіб за їх певними ознаками виникають менш сприятливі умови або становище порівняно з іншими особами та/або групами осіб, крім випадків, коли їх реалізація чи застосування має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними»; а позитивні дії як «спеціальні тимчасові заходи, що мають правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, спрямовану на усунення юридичної чи фактичної нерівності у можливостях для особи та/або групи осіб реалізовувати на рівних підставах права і свободи, надані їм Конституцією і законами України». Використовуючи дані законодавчі дефініції, та, опираючись в рамках цієї статті на статевий аспект, ми можемо розглянути стан даної проблематики в умовах війни.

Станом на вересень 2023 року, рівень як доктринального покриття, так і розуміння законодавцем фундаментальних основ проблематики даного актуального питання є, на мою думку, таким, що залишає бажати кращого. Про таке висвітлення проблематики, яке можна характеризувати тільки як «неповне», свідчить відсутність ґрунтовних соціологічних, юридичних та інших досліджень, які б фокусувались на даному дискурсі в цілому, не кажучи вже про такі конкретні специфічні аспекти, як статевий розподіл. На мою думку, це вказує на очевидну прогалину в національній правовій доктрині та розумінні законодавця. І це також на етапі, коли дана проблематика зараз знаходиться в стані пильного законодавчого розгляду, про що свідчить прийняття Законом України «Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами» в національне законодавство категорій, суміжних з окресленою проблематикою даного дослідження. Також, в обговореннях стосовно спірних і актуальних законодавчих ініціатив стосовно скасування відстрочки від мобілізації осіб певної категорії [5], спірні ініціативи деяких державних акціонерних товариств стосовно обмеження доступу до певних послуг на статевої основі [6]. Тобто, резюмуючи, проблематика знаходиться в стані активного розгляду, однак, цілісне і ґрунтовне доктринальне покриття стосовно даного дискурсу поки є відсутнім, або малозначним і несистематичним. Відповідно, у зв'язку із вище описаною специфікою, та задля встановлення змістовного розуміння досліджуваного питання, вважаю за доцільне звернутися до телеологічного методу, адже, як зазначає Б. В. Малишев, «телеологічний спосіб тлумачення передбачає з'ясування смислу норми права за допомогою її мети» [7, с. 7–14]. Саме аналізуючи діяльність законодавця у сфері ініціатив, ратифікацій, загальної нормотворчості у сфері протидії дискримінації за статтю в аспектах непрямой та позитивної дискримінації та інших значущих індикаторів в даному дискурсі через призму мети, можна встановити динаміку та напрямок розвитку даної проблематики зі сторони законодавця і встановити його недоліки.

З оглядом на вищезазначене, розглянемо таке резонансне рішення, як заборона виїзду військовозобов'язаним за кордон. Законодавець висвітлює свою позицію частково у Законі України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію», Указі Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» та Постанові КМУ «Про затвердження Правил перетинання державного кордону громадянами України» та прямо у низці законопроектів, таких як 9075 від 03.03.2023 «Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» щодо особливостей виїзду за кордон в особливий період студентів та інших громадян, які не підлягають призову на військову службу під час мобілізації», які перебувають на різних стадіях розгляду. В нормах, зазначених вище, законодавець використовує, як може здатись при поверхневому розгляді, недиференційовану лексику, яка в своєму тексті не конкретизує розподіл населення за захищеними Конституцією категоріями, такими як стать, однак, дане рішення, при більш глибокому аналізі, несе в собі очевидні ознаки непрямої дискримінації, адже переважна більшість військовослужбовців, військовозобов'язаних та інших релевантних категорій в Україні є представниками однієї статті. Хоча законодавець, станом на вересень 2023 року, і мав можливість змінити дану ситуацію через урівняння правового статусу в аспект обов'язків двох статей, яка виражалась у законодавчій ініціативі [8], на даний момент, про урівняння регуляторного впливу говорити іще занадто рано.

Отже, підсумовуючи, хоча дана норма і носить в собі нейтральний характер, вона має значно більший регуляторний вплив на становище однієї групи осіб в порівнянні з іншими рівноцінними з точки зору права групами, про що законодавець, судячи з його законодавчих ініціатив, знає, але вирішення проблематики даного питання непрямої дискримінації ігнорує або, через низку політичних і соціальних причин, не готовий прийняти. Тобто, застосовуючи телеологічний спосіб, та звертаючи увагу на частині 3 статті 1 попередньо згаданого закону про протидію дискримінації, а саме її частину стосовно непрямої дискримінації «...крім випадків, коли їх реалізація чи застосування має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними» [4], можна ствердити, що законодавець, в даному випадку, керуючись ширшими державними інтересами, попередньо оцінив дану проблематику як таку, що входить в закладені межі вищенаведеного положення статті, хоча дане питання, на мою думку, є більш дискусійним, про що сам законодавець, якщо судити по його регуляторним та нормотворчим ініціативам, здогадується і сам.

Після аналізу даної вищезазначеної прогалини, вбачаю за необхідне розглянути наступними ті питання, які законодавець в своїй діяльності окреслює настільки значущими, задля вирішення яких він готовий задіяти механізм позитивної дискримінації (позитивних дій). Зробити це пропоную на прикладі спірної ініціативи законодавця у державному акціонерному товаристві «Укрзалізниця» на основі відповіді до розглянутої петиції №41/005007-23еп, де зазначається, що «АТ “Укрзалізниця” запроваджує в режимі тестування з метою визначення попиту продаж проїзних документів на окремі поїзди (вагони) з урахуванням вимог пасажирів щодо вибору купе, а саме “жіночих”» [6]. Розглядаючи дану ініціативу, яка, по своїй суті входить в категорію позитив-

ної дискримінації (позитивних дій), вважаю за необхідне проаналізувати її на відповідність до наведеної вище дефініції, зазначеної в пункті 5 статті 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Якщо до першої частини норми, а саме «спеціальні тимчасові заходи» ще можна віднести із розумінням, адже на офіційному веб сайті АТ «Укрзалізниця» в публікації даної ініціативи надано часові рамки у форматі «упродовж декількох місяців» [9], то відповідність даної ініціативи частині норми стосовно «об'єктивно обґрунтовану мету, спрямовану на усунення юридичної чи фактичної нерівності у можливостях для особи та/або групи осіб реалізовувати на рівних підставах права і свободи, надані їм Конституцією і законами України» – питання, що не менш, дискусійне. Парадоксальним є те, що в першоджерелі ініціативи, а саме в наведеній вище петиції, автор проявив більш повне розуміння конституційно закріпленого принципу рівності, ніж законодавець, адже, якщо в тексті петиції є чітка позиція стосовно рівної імплементації ініціативи для обох статей, то законодавець, в даному випадку при наданні відповіді, повністю нехтує цим принципом. Застосовуючи телеологічний спосіб тлумачення, а саме, аналізуючи мету ініціативи, яка, в наведеній вище конкретизації АТ «Укрзалізниця», в основному, входить до категорії «безпеки», можемо констатувати, що риторика є схожою і такою, що небезпечно близько підходить до суміжної категорії «сегрегації» як зазначено Б. Гончаром в «Політичній енциклопедії», а саме в аспекті «створенні відокремлених навч. закладів, розподілі місць для “білих” і “коліорових” на залізницях, трамваях і пароплавах» [10, с. 657]. Хоча характеристика, за якою здійснюється розподіл, відрізняється, суть явища, на мою думку, є такою, що носить в собі аналогічні тенденції, однак дане питання і є дискусійним і потребує детальнішого доктринального розгляду в межах інших досліджень.

Висновок. Підсумовуючи, можна зазначити, що проблематика динаміки розвитку категорії дискримінації за статевою ознакою в Україні в умовах війни через аспекти непрямої та позитивної дискримінації є такими, що вимагають детальнішого доктринального розгляду через об'єктивні зовнішні фактори, свою гостру актуальність та посилений інтерес законодавця до вирішення окремих питань в даній проблематиці. Окремо слід наголосити на наборі критичної маси очевидних прогалин в праворозумінні та внутрішніх протиріч в позиції законодавця, які потребують, щонайменше, дискусійного обговорення в форматі значно ширшого та ґрунтовнішого доктринального аналізу, однак, попередньо, тенденція, як окреслено в тексті статті, є такою, що вимагає пильного нагляду. Потенційними напрямками подальших досліджень даної проблематики, як в окремих аспектах, так і в цілому, пропоную дослідження у форматі моніторингу впливу наслідків описаної вище непрямої та позитивної дискримінації за статевою ознакою на сфери діяльності, які є юридично значущими, такі як трудове право, конституційне право, господарське право і тд. Також, слід зазначити, що даний описаний доктринальний моніторинг доцільно було б проводити у форматі як окремих досліджень, так і в форматі міжгалузевий та міждисциплінарної співпраці, щоб забезпечити повне та ґрунтовне покриття проблематики прав людини у ширшому контексті фіналізації євроінтеграційних процесів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про ратифікацію Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами : Закон України від 20.06.2022 р. № 2319-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2319-20#Text> (дата звернення: 21.09.2023).
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text> (дата звернення: 21.09.2023).
3. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення: 21.09.2023).

4. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2012 р. № 5207-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text> (дата звернення: 21.09.2023).
5. Проект Закону про внесення змін до статті 23 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» : Постанова Верховної Ради України від 04.09.2023 р. № 9672. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42664> (дата звернення: 21.09.2023).
6. АТ «Укрзалізниця» зробити окремий вагон для жінок та чоловіків у потягах. *Електронні петиції до Кабінету Міністрів України*. URL: <https://petition.kmu.gov.ua/petitions/5007> (дата звернення: 21.09.2023).
7. Малишев Б.В. Телеологічний спосіб тлумачення норм права: загальнотеоретичні аспекти. *Адвокат*. 2011. № 10. С. 7–14.
8. Про внесення зміни до статті 1 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» щодо взяття жінок на військовий облік військовозобов'язаних : Закон України від 07.10.2022 р. № 2664-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-20#Text> (дата звернення: 21.09.2023).
9. Укрзалізниця працює над комплексним підвищенням безпеки поїздок та планує тестування жіночих купе. URL: https://uz.gov.ua/press_center/up_to_date_topic/608898/ (дата звернення: 21.09.2023).
10. Гончар Б. Сегрегація. *Політична енциклопедія* / ред. Ю. Левенець, Ю. Шаповал. Київ : Парлам. вид-во, 2011. С. 657.