

## ПОЗИТИВНІ ДІЇ (ПОЗИТИВНА ДИСКРИМІНАЦІЯ) В УМОВАХ ВІЙНИ: ТЕЛЕОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

### AFFIRMATIVE ACTION (POSITIVE DISCRIMINATION) IN TIMES OF WAR: TELEOLOGICAL ASPECT

Прокопик А.П., аспірант

*Навчально-науковий інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Стаття присвячена дослідженню стану і динаміці розвитку категорії позитивних дій (позитивної дискримінації) в Україні на фінальних стадіях євроінтеграційних процесів в умовах воєнного стану. В тексті дослідження, автором зазначається, що конституційно закріплений принцип рівності є таким, що діє на даний момент часу, що підкреслює його важливість для національної правової системи. Розгляд фокусується на обґрунтуванні використанні телеологічного способу тлумачення норм права при аналізі нормативно-правової бази, а саме на аспекті мети. Вказано на проблему відсутності релевантних для розгляду категорії позитивних дій даних, що ускладнює можливість проведення міждоктринальних досліджень в цій сфері. Автор наводить тезу на користь того, що, в зазначених умовах, аналіз через мету вбачається найбільш оптимальним задля встановлення динаміки та траєкторії розвитку окресленої сфери. Відповідно, в дослідженні, телеологічний спосіб обрано основним інструментом аналізу, задля встановлення відповідності вектору нормотворчої діяльності законодавця чітко визначеній і формально закріпленій в правовому ядрі держави меті.

Проаналізовано ініціативу законодавця у вигляді Міністерства розвитку громад, територій та інфраструктури стосовно запровадження ініціативи по безкоштовному навчанню жінок-водійок, порівнявши її із схожою в деяких елементах попередню ініціативу законодавця у державному акціонерному товаристві АТ «Укрзалізниця» та її дискусійний характер. З розгляду наданого обґрунтування, поставлено під сумнів необхідність використання саме механізму позитивних дій. Наголошується на необхідності ліквідації прогалів в праворозумінні в позиціях законодавця. Шляхами вирішення цієї проблеми, автор в висновках вказує на необхідність розширення доктринального покриття та моніторингу динаміки розвитку позитивних дій як категорії.

**Ключові слова:** принцип рівності, телеологічний спосіб, позитивні дії, позитивна дискримінація, євроінтеграція.

The article is devoted to the examination of the status and dynamics of the development of the category of affirmative action (positive discrimination) in Ukraine during the final stages of the eurointegration process under conditions of martial law. The author highlights that the constitutionally enshrined principle of equality is currently operative, underscoring its significance within the national legal system. The analysis is centered on the justification for employing a teleological method of legal interpretation, particularly focusing on the purpose-oriented approach when analyzing the normative legal framework. The study points to the challenge posed by the absence of relevant data concerning affirmative action, which complicates the potential for conducting interdisciplinary research in this domain. The author argues that, under the given circumstances, a purpose-driven analysis appears to be the most effective method for identifying the dynamics and trajectory of the category's development. Accordingly, the teleological method is selected as the primary analytical tool to assess whether the law-making efforts of the legislature are aligned with the clearly defined and formally embedded objectives in the state's legal core.

The article further examines the legislative initiative by the Ministry for Communities, Territories, and Infrastructure Development concerning the introduction of a program offering free driver training for women, drawing a comparison to a previous, somewhat analogous initiative by the state-owned joint-stock company JSC "Ukrzaliznytsia," noting its contentious nature. Based on the analysis provided, the necessity of employing affirmative action mechanisms in this context is questioned. The author stresses the need to address gaps in the legal understanding among legislators. In the conclusions, the author advocates for expanding doctrinal coverage and enhancing the monitoring of the development dynamics of affirmative action as a legal category in order to address this issue.

**Key words:** principle of equality, teleological method, affirmative action, positive discrimination, eurointegration.

**Постановка проблеми.** Актуальність ширшої категорії дискримінації, та, відповідно, вужчої категорії позитивних дій (позитивної дискримінації), в контексті даного конкретного історичного етапу розвитку національного законодавства, на перший погляд, може здатись такою, що не обумовлює нагальну потребу ані в пріоритетному фокусі законодавця в його намаганнях забезпечити функціонування національної правової системи та її існування як такої, ані в концентрованому доктринальному покритті даного явища. Однак, зважаючи на те, що обраний і конституційно-закріплений загальнодержавний євроінтеграційний курс вміщує в собі питання приведення національної правової системи та, відповідно, законодавства до стандартів як наднаціональних структур, таких як Євросоюз, так і західної правової доктрини у цілому, та на те, що невід'ємною частиною даного приведення є процес проведення цілісного і ціннісного перегляду норм та, відповідно, імплементації суттєвих змін до них на його основі в категорії попередження та протидії дискримінації, можна стверджувати, що у цьому контексті, категорія позитивних дій (позитивної дискримінації) та, відповідно, її аналіз, має надзвичайно важливе значення, адже, недостатнє опрацювання даної проблематики несе в собі пряму загрозу для функціонування таких фундаментальних для правової держави елементів принципової бази, як інститут рівності. На цьому наголошує те, що норми Кон-

ституції, які закріплюють в собі принцип рівності, а саме стаття 24, не зазначається в вичерпному переліку норм, які призупиняють свою дію згідно з пунктом 3 Указу Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24.02.2022 [1]. Зважаючи на ускладнений характер дослідження явища дискримінації та, відповідно, позитивних дій в сучасних умовах, коли великий об'єм необхідної для комплексного аналізу даної категорії інформації є критично важливим для існування держави та також таким, що не є відомим для широкого загалу, рівень необхідного і наразі можливого наукового покриття є таким, що залишає бажати кращого.

Оперуючи в такому контексті, особливого змісту набуває телеологічний спосіб тлумачення, як інструмент, що дозволив би нам, опираючись на певні об'єктивні маркери, наприклад, на декларовані цілі в уже прийнятих законодавцем правових нормах, так і у змінах в законодавстві, які зараз знаходяться на стадії активного розгляду та перебувають в статусі потенційних рішень, визначити його загальне бачення та позицію на шляху вирішення проблемних аспектів в межах окресленого питання, встановити траєкторією розвитку (або відсутності такої) окресленої категорії та загальний стан дискурсу стосовно проблематики у цілому.

**Стан дослідження.** Враховуючи вищевикладене, рівень розкриття питання позитивних дій у ширшому дискурсі

стосовно протидії дискримінації та забезпечення прав людини загалом у контексті даного конкретного етапу розвитку національної правової системи, станом на серпень 2024 року, є недостатнім. Про це свідчить відсутність ґрунтовних міждоктринальних досліджень, які були б сфокусовані на даній проблематиці і які є критично необхідними при роботі з категорією позитивної дискримінації через її характер. Також слід звернути увагу при обговоренні стану дослідження окресленої проблематики на об'єктивну складність проведення таких досліджень в умовах відсутності доступу до необхідної релевантної інформації, наприклад, стосовно актуальної кількості громадян, які б відносились до певних категорій розподілу населення за захищеними Конституцією ознаками (такими як стать). Однак, на мою думку, навіть враховуючи ці обставини, неможливо не констатувати, що це очевидна прогалина в національній правовій науці і вона, в зв'язку з тим, що дані питання зазнають активного розгляду зі сторони законодавця, є такою, яку необхідно ліквідувати. Питання позитивної дискримінації, як категорії національної правової науки, висвітлювали С. Погребняк, З. Равлінко, Г. Христова, Л. Каменкова та інші. Також, серед науковців в національній правовій науці, які опрацьовували телеологічний аспект, який використовується в даному аналізі, слід виділити Б. В. Малишева, зокрема, його працю «Телеологічний спосіб тлумачення норм права: загальнотеоретичні аспекти».

**Мета статті** полягає в обґрунтуванні використання телеологічного способу для формування цілісної картини в умовах обмеженого наукового покриття проблематики позитивних дій (позитивної дискримінації) на сучасному етапі розвитку національної правової системи в умовах воєнного стану, а також, беручи до уваги дане обґрунтування, показати приклад використання телеологічного аналізу задля встановлення динаміки, позитивних і негативних тенденцій та шляхів для корекції таких, якщо в ході дослідження окресленої категорії, виявиться така необхідність.

**Виклад основного матеріалу.** Для досягнення поставленої мети даного дослідження спершу необхідно охарактеризувати дефініційний апарат та визначити основні підходи до його застосування. Позитивні дії (позитивна дискримінація) через саму суть співвідношення принципів рівності, справедливості і недискримінації, які задіяні в даному явищі, є доволі турбулентною категорією як в правовій науці, так і в сфері правового регулювання. Як ознаки цього можна навести, окрім очевидного, як, наприклад, дискусії стосовно назви, і, відповідно, класифікації явища, постійні перегляди позицій стосовно окремо прийнятих рішень (скасування Верховним судом США позитивних дій під час вступу до навчальних закладів країни [2] та імплементації в окремі національні доктрини певних розширень категорії через як дотичні, так і прями нормативні зміни (ратифікація Україною Стамбульської конвенції [3]).

Спробою синтезу вбачаю порівняння як законодавчого так і доктринального дефініювання категорії та виокремлення спільних акцентів. Так, прикладом доктринальної дефініції слушно навести визначення С. П. Погребняка, який визначає позитивні дії як тимчасовий захід з метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і таким чином компенсує існуючу між ними фактичну нерівність [4]. Законодавець же, в пункті 5 статті 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», визначає 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» [5]. Як бачимо, спільним між

визначенням, яке наводить законодавець, та прикладом однієї з доктринальних дефініцій даної категорії, на мою думку, є наголос на двох ключових і взаємопов'язаних аспектах явища позитивних дій – на підвищеній необхідності в обґрунтуванні законодавцем застосування даного спірного механізму та, відповідно, на його тимчасовості задля попередження і мінімізації його можливого негативного впливу на ширшу категорію прав людини через фактичне призупинення дії принципу недискримінації задля досягнення рівності як мети. Вважаю за доцільне сфокусуватись в цій рамці, саме на аспекті мети, адже в умовах, окреслених в розділі актуальності, мета надає нам необхідний критерій, за допомогою якого ми можемо проаналізувати траєкторію і тенденцію розвитку окресленої проблематики та сформувати позицію стосовно того, чи дії законодавця в напрямку процесу реформації національного нормативно-правової бази фактично відповідають задекларованій цілі досягнення реальної рівності, та, якщо ні, дати відповідну оцінку і рекомендації стосовно усунення та попередження проблемних аспектів.

Розгляд такої категорії, як мета, за своєю суттю, відноситься до сфери телеології, вираженням якої в юридичній доктрині є телеологічний спосіб тлумачення правових норм. Телеологічний, або цільовий, аналіз в національній правовій науці є категорією, що ще не зазнала достатньої доктринальної кристалізації, але навіть в таких умовах, він вбачається, як один з найкращих інструментів для застосування в межах окресленої проблематики. Найбільш ґрунтовними і систематичними дослідженнями стосовно даного виду аналізу є праці Б. В. Малишева. Так він зазначає, що «телеологічний спосіб тлумачення передбачає з'ясування смислу норми права за допомогою її мети», і що «при цьому метою норми права виступають певні матеріальні або духовні цінності, які досягаються внаслідок реалізації норми права» [6]. Наголос на меті має критичне значення в рамках даного дослідження, адже, в сучасних умовах, коли доктринальне покриття окресленої проблематики залишає бажати кращого, а релевантна і необхідна для застосування інших підходів оцінки, систематизації і тлумачення інформація є відносно обмеженою через свій характер, саме беручи за основу конституційно закріплену законодавцем мету завершення євроінтеграційного процесу в поєднанні з метою окремих досліджуваних норм дозволяє нам простежити динаміку досліджуваного явища. Дане застосування входить в парадигму об'єктивного аспекту телеологічного способу, адже, хоча воно і оперує зверненням до умовного законодавця в процесі аналізу, що містить елементи суб'єктивного підходу, сам аналіз спрямований на уже прийняті законодавцем норми, які мають власний, відокремлений від волі зазначеного умовного колективного законодавця, який їх приймав, характер, що є втіленням об'єктивного підходу. Однак, вбачається неочайним повне відкидання суб'єктивної складової досліджуваного питання, та пропоную включити її в розгляд, проте, виключно в якості аспекту об'єктивного підходу задля забезпечення повного розкриття окреслених питань. Як зазначає А. Барак «авторський намір – це лише один із багатьох засобів – чиє значення змінюється залежно від типу тексту – щоб досягти мети тексту. Можливість розгляду інших засобів (які складають об'єктивну мету) – насамперед, фундаментальних цінностей системи та прав людини – надає тлумаченню необхідної глибини» [7].

Також аргументом на користь використання саме телеологічного способу на відміну від альтернативних способів аналізу, як, наприклад, системного, є те, що, в контексті оперування з принципом рівності в умовах фіналізації реформаційних процесів євроінтеграції, норми стосовно позитивних дій, які зазнають як активного перегляду, так і імплементації у національне законодавство, знаходяться у прямому взаємозв'язку «мета-засіб». Як зазначає Мали-

шев, «за системного способу тлумачення з'ясується субординаційний (ієрархічний) тип зв'язку між нормою з більшою юридичною силою та нормою з меншою юридичною силою, а при телеологічному способі тлумачення мова йде про те, наскільки норма права, яка тлумачиться, здатна виступати засобом для досягнення мети норми більш високої юридичної сили» [6]. Використовуючи призму телеологічного аналізу, а саме, фокус на категорії мети, ми можемо забезпечити найкраще, в даних конкретних умовах, розкриття проблематики позитивних дій.

Враховуючи вищенаведене, пропоную проаналізувати за допомогою телеологічного способу деякі нещодавні законодавчі ініціативи, які містять в собі характер позитивних дій. Задля забезпечення ясності і сфокусованості, вбачається за доречне провести даний аналіз за найбільш поширеною і, відповідно, найбільш значущою з категорій розподілу, а саме – за ознакою статі. В цій рамці можна виокремити спільну ініціативу ООН та Міністерства розвитку громад, територій та інфраструктури щодо безкоштовного навчання жінок-водійок у сфері транспорту та ініціативу законодавця у державному акціонерному товаристві «Укрзалізниця» стосовно запровадження жіночих вагонів.

Повертаючись до наскрізної теми мети в даній роботі, законодавець у вигляді Міністерства розвитку громад, територій та інфраструктури України (Мінінфраструктури), при розробці проекту «Розширення професійного потенціалу жінок у сфері пасажирських перевезень» формує мету як намір «забезпечити перепідготовку та перекваліфікацію жінок-водійок у сфері міського та муніципального транспорту, а саме автобусів» [8]. Виклик, на який покликає дати відповідь дана ініціатива, законодавцем подається як спроба подолання дефіциту кадрів, так і «задля подолання стереотипів та упереджень щодо професій» [8]. Очевидним є те, що дана норма містить характер позитивних дій, адже позитивні дії вчиняються на користь однієї із сторін дихотомії розподілу за статтю, і, відповідно, з окресленого вище, вбачається за необхідне проаналізувати її за ознакою тимчасовості та посиленого обґрунтування. Якщо аспектом тимчасовості, в даному випадку, коли проект ще перебуває на стадії розробки та випробування, можна, то стосовно посиленого обґрунтування та спрямування даної ініціативи законодавця на забезпечення ширшої мети встановлення рівності варто звернути детальнішу увагу. Основними аргументами обґрунтування вказується намір подолання дефіциту кадрів і подолання стереотипів та упереджень щодо професії, тобто популяризації її серед статі, яка є менш представленою на даний момент в цій сфері. Якщо друга частина декларованої мети, хоча і є такою, що може бути об'єктом

більш детальної дискусії, по своїй суті, не суперечить застосуванню позитивних дій, топерша частина, а саме намір боротьби із дефіцитом кадрів потребує детальнішого розгляду. Очевидним є те, що, якщо фокусом є саме перша частина мети, то, задля її досягненням, доречним було б розширення даного проекту, із включенням обох статей. Даний спірний момент, на мою думку, ставить під сумнів необхідність в використанні саме механізму позитивної дискримінації в межах цього конкретного випадку, але ця позиція є дискусійною і потребує розгляду в рамках окремого дослідження. При попередньому аналізі, не можна не провести аналогію із схожим спірним рішенням стосовно запровадження у державному акціонерному товаристві «Укрзалізниця» жіночих вагонів, де також викликає сумнів задіяння саме механізму позитивних дій та відповідність ініціативи принципу рівності [9]. З цього можемо зробити висновок, що якість використання законодавцем механізму позитивних дій поки є такою, що потребує вдосконалення. Шляхами покращення вбачається, на мою думку, збільшення обсягу доктринального покриття даної проблематики, із можливим задіянням саме міждоктринального формату (соціології, юриспруденції, та інших релевантних наук), з наголосом саме на юридичному аспекті, через характер явища. Це призвело б до формування цілісної національної наукової позиції стосовно механізму позитивних дій, що, відповідно, допомогло покращити рівень застосування законодавцем його.

Отже, підсумовуючи, на даному конкретному історичному етапі розвитку національної правової системи, яка перебуває в умовах підвищеної турбулентності у зв'язку як із реформаційними процесами, зумовленими фіналізацією євроінтеграції, так і через об'єктивні обставини пов'язаними із воєнним станом, саме аналіз на основі мети дає можливість встановити динаміку розвитку категорії позитивних дій (позитивної дискримінації). Телеологічний спосіб направлений на мету нормотворчої діяльності законодавця дозволяє нам простежити динаміку внесення змін у національну правову систему, та встановити відповідність таких із задекларованими конституційно закріпленими цілями, які є чітко визначеними як самим законодавцем, так і історичним моментом у цілому. Застосовуючи даний спосіб аналізу, попередньо, можна констатувати те, що, для покращення вектору розвитку категорії позитивних дій у ширшому контексті принципу рівності та прав людини загалом, вбачається за необхідне вирішення проблеми недостатнього обґрунтування законодавцем відповідних змін та їх імплементації. Шляхом вирішення вбачається покращення наукового покриття окресленої проблематики та, відповідно, посилений моніторинг, з можливим залученням міждоктринальних досліджень.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022 : станом на 17 серп. 2023 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення: 13.09.2024).
2. Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College : Supreme Court of the United States. No. 20–1199. 600 U.S. 181. від 29.06.2023.
3. 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: 13.09.2024).
4. Погребняк С. П. Роль позитивної дискримінації в загальній концепції рівності: *Університетські наукові записки*. 2008. № 1. С. 23–28. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzar\\_2008\\_1\\_6](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzar_2008_1_6) (дата звернення: 13.09.2024).
5. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2023 р. № 5207-VI : станом на 30 трав. 2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text> (дата звернення: 13.09.2024).
6. Малишев Б. В. Телеологічний спосіб тлумачення норм права: загальнотеоретичні аспекти: *Адвокат*. 2011. № 10. С. 7–14. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv\\_2011\\_10\\_1](http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv_2011_10_1) (дата звернення: 13.09.2024).
7. A. Barak. Chapter Eleven. Purposive Interpretation and Its Critique of Other Systems of Interpretation: *Purposive Interpretation in Law*. 2005. С. 260–304. URL: <https://doi.org/10.1515/9781400841264-012> (дата звернення: 13.09.2024).
8. Мінінфраструктури спільно з ООН Жінки запускає пілотний проєкт навчання жінок-водійок. URL: <https://mtu.gov.ua/news/35807.html> (дата звернення: 13.09.2024).
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/](https://uz.gov.ua/press_center/up_to_date_topic/608898/) (дата звернення: 13.09.2024).