

Міністерство освіти і науки України
Національний університет «Києво-Могилянська академія»
Факультет правничих наук
Кафедра загальнотеоретичного правознавства та публічного права

Магістерська робота

освітній ступінь – магістр

на тему: **«ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ ЯК ЗАХИСТ
ЛЮДСЬКИХ ПРАВ В АСПЕКТІ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРИНЦИПІВ
ПРАВА»**

Виконав: студент 2-го року навчання,
Спеціальності
081 Право

Мельникович Сергій Ігорович

Керівник Зверєв Є.О.,
кандидат юридичних наук, старший
викладач

Рецензентка Крахмальова К.О.

Магістерська робота захищена
з оцінкою _____

Секретар ЕК _____
«_____» _____ 2020 р.

Київ – 2020



ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1 ПРАВОВА ПРИРОДА ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ.....	9
1.1. Еволюція розуміння інституту шлюбу в аспекті одностатевих відносин.....	9
1.2. Розуміння шлюбу в аспекті одностатевих відносин в Україні	17
Висновки до розділу 1	18
РОЗДІЛ 2 ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП РІВНОСТІ ЯК ВИМОГА	
ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ.....	21
2.1. Розуміння природи принципу рівності як основоположного принципу права	21
2.2. Принцип рівності як основна вимога встановлення шлюбної рівності	23
Висновки до розділу 2	34
РОЗДІЛ 3 ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ ЯК ВИМОГА ВСТАНОВЛЕННЯ	
ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ.....	36
3.1. Загальний аналіз ідеї людської гідності.....	36
3.2. Вплив ідеї людської гідності на встановлення шлюбної рівності	41
3.2.1. <i>Співвідношення вимог людської гідності, шлюбної рівності та</i>	
<i>принципу пропорційності як складової частини принципу верховенства</i>	
<i>права</i>	<i>49</i>
Висновки до розділу 3	56
РОЗДІЛ 4 СВОБОДА ЯК ВИМОГА ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ	
РІВНОСТІ.....	58
4.1. Загальне розуміння концепту свободи.....	58
4.2. Вплив основоположного принципу свободи на вимогу встановлення шлюбної рівності	60

Висновки до розділу 4	70
РОЗДІЛ 5 ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ.....	72
5.1. Закордонний досвід та шляхи встановлення шлюбної рівності	72
5.2. Шляхи встановлення шлюбної рівності, можливі до застосування в Україні	80
<i>5.2.1. Оцінка ймовірності наявності чи відсутності ризиків, пов'язаних із запровадженням шлюбної рівності в Україні.....</i>	<i>84</i>
Висновки до розділу 5	86
ВИСНОВКИ	88
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	93

ВСТУП

Актуальність. Впродовж всього історичного розвитку Українська держава завжди знаходилася на межі Західної та Східної цивілізацій, лібералізму та деспотизму, була демаркаційною лінією ідейної Європи. Саме таке історичне становище вплинуло на багатосторонність українського суспільства, де почасти поєднуються цілком протилежні за своєю суттю явища – демократизм та прагнення до авторитаризму, свободолюбство і повага до прав людини та водночас несприйняття та дискримінація людей, що певним чином відрізняються від загальної більшості. Саме до такої категорії людей належать особи, сексуальна орієнтація яких не є гетеросексуальною та яких часто умовно об'єднують в ЛГБ-спільноту (лесбійки, геї та бісексуали). Зважаючи на таке становище, вони не можуть реалізувати цілу низку людських прав та свобод, від фундаментального права на сім'ю через право на шлюб до всіх додаткових цивільно-правових можливостей, що, відповідно, надає цей інститут.

Наразі багато держав напружували вирішення вказаної проблеми, повністю захистивши негетеросексуальних людей від дискримінації на законодавчому рівні та дозволивши укладати шлюби незалежно від біологічної статі партнерів чи партнерок [1]. Але навіть попри декларування ціннісної спорідненості з такими державами, зокрема західноєвропейськими демократіями, Україна досі знаходиться осторонь цих процесів. І, окрім вже зазначеної багатовимірності українського суспільства, на це також має вплив чимало інших факторів, зокрема рівень загальної освіченості (в тому числі і сексуальної), індекс людського розвитку, рівень розвитку демократичних інститутів та індекс свободи індивіда.

З часу повалення злочинного режиму Віктора Януковича, який був уособленням антидемократичних цінностей, питання дотримання людських прав, в тому числі і щодо недискримінації негетеросексуальних людей, почало поставати дедалі гостріше, як на рівні громадського суспільства, так і на рівні

держави. Так, з 2012 року в Україні почалася історія ЛГБТ-прайдів (з англійської «pride» – гордість), тобто мітингів та демонстрацій, спрямованих на захист прав негетеросексуальних людей та привернення уваги до дискримінації таких осіб. І в той час, коли вказані демонстрації у багатьох державах переростають з правозахисних акцій на святкування інклюзивності та толерантності з мільйонами учасників, що важливо, будь-якої сексуальної орієнтації, в Україні цей рух часто сприймається вкрай агресивно окремими маргінальними групами, навіть попри суто правозахисний, за твердженням ЛГБТ-активістів, характер. З одного боку, ситуація з гей-прайдами свідчить про певне соціально-культурне відставання від решти західних демократій, з іншого – про значний прогрес і перейняття міжнародного досвіду, хоч і з півстолітнім запізненням.

Окремої уваги також вартують певні кроки України щодо захисту відповідних прав. Передусім це діяльність Уповноваженої Верховної Ради України з прав людини, яка в останні роки чимало стосується порушення прав саме негетеросексуальних людей, а також нещодавня реєстрація проєктів Законів України про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та щодо впорядкування відповідальності за злочини, скоєні з мотивів нетерпимості) [2;3;4]. З іншого боку, незважаючи на певний зазначений прогрес, гомо- та бісексуальні люди досі стають жертвами дискримінації та насильства, як фізичного так і психологічного, а так само не мають доступу до реалізації низки людських прав, включно з правом на укладення шлюбу.

Саме тому дослідження цієї проблематики наразі є дуже актуальним. По-перше, існує необхідність з'ясувати правову природу інституту шлюбу та необхідності залучення до нього негетеросексуальних людей, що дозволить правильно оцінити всі види сімейних союзів, їх зв'язки між собою, а також заперечити поширену антинаукову інформацію.

По-друге, є необхідним з'ясувати природу та вимоги основоположних принципів права, передусім рівності та свободи, а також поваги до людської

гідності та спроектувати їх на проблему реалізації та дотримання людських прав негетеросексуальних людей. Це, по суті, надає дослідженню як теоретичну, так і практичну цінність, яку можна спрямувати в загальну боротьбу за дотримання прав людини.

По-третє, інститут шлюбу наразі є предметом еволюційних змін, один з етапів яких розпочався на початку цього тисячоліття. Від 2001 року держави Західної цивілізації почали активно встановлювати шлюбну рівність, таким чином знищуючи необґрунтоване позбавлення доступу негетеросексуальних людей до фундаментального інституту шлюбу та похідних прав і можливостей. Наразі 28 держав (не враховуючи окремі території) уможливили реалізацію всіма людьми права на вступ до шлюбу, незалежно від їх сексуальної орієнтації, включаючи держави Західної Європи, Скандинавії, більшості держав Америки разом зі США, Канадою, Мексикою, Бразилією, а також Австралією та Новою Зеландією. 17 травня 2019 року Китайська Республіка (Тайвань) стала першою азійською державою, що легалізувала одностатеві шлюби, а 13 січня 2020 року Північна Ірландія стала останньою країною в цьому списку [1]. Все більше держав та територій є наразі в процесі уможливлення відповідних людських прав, до прикладу, Коста Рика, де шлюбна рівність буде утверджена від 26 травня 2020 року [5].

Мета дослідження полягає у визначенні правових вимог щодо запровадження шлюбної рівності через призму основоположних принципів права, зокрема, рівності, свободи, а також поваги до невідчужуваної людської гідності на основі комплексного аналізу міжнародного досвіду щодо поширення права на шлюб на всіх людей, незалежно від їх сексуальної орієнтації.

Для досягнення вказаної мети необхідно виконати такі *завдання*:

- 1) розкрити правову природу інституту шлюбу в його еволюційному розумінні;
- 2) дослідити підґрунтя поширення права на шлюб на одностатеві пари;
- 3) встановити сутність та значення основоположних принципів рівності, свободи та концепту невідчужуваної людської гідності;

- 4) визначити, яким чином основоположний принцип рівності впливає на вимогу запровадження шлюбної рівності;
- 5) розкрити співвідношення концепту людської гідності з питанням встановлення шлюбної рівності;
- 6) дослідити, як основоположний принцип свободи впливає на необхідність поширення права на шлюб на всіх людей;
- 7) розкрити практичні аспекти встановлення шлюбної рівності на основі міжнародного досвіду;
- 8) визначити який зі шляхів встановлення шлюбної рівності є оптимальним та можливим до застосування в Україні;
- 9) встановити ймовірність наявності чи відсутності ризиків, пов'язаних із запровадженням шлюбної рівності в Україні.

Об'єктом дослідження є сукупність суспільних відносин, що стосуються реалізації права негетеросексуальних людей на шлюб та відповідних похідних прав, свобод та переваг.

Предметом дослідження є правове регулювання суспільних відносин щодо реалізації негетеросексуальними людьми категорії людських прав, безпосередньо пов'язаних з реалізацією права на шлюб.

Методологічною основою дослідження є діалектичний метод наукового пізнання правових явищ, за допомогою якого досліджується правове регулювання встановлення шлюбної рівності. Серед загально-наукових методів дослідження використовуються антропологічний, задля визначення безпосереднього місця людських прав у встановленні шлюбної рівності, формально-логічний та герменевтичний, задля відповідного аналізу та тлумачення релевантної судової практики. У дослідженні присутні також формально-правовий метод, а так само порівняльно-історичний, формально-юридичний та порівняльно-правовий методи з метою аналізу міжнародного досвіду щодо захисту прав негетеросексуальних людей, впровадження шлюбної рівності, еволюції інституту шлюбу, відповідного законодавства та розуміння

такої можливості в українських реаліях. В межах емпіричних методів у роботі проведено аналіз судової практики США, Канади, Південної Африки, Мексики та інших держав з метою з'ясування логіки правової аргументації, що дозволила прийняття рішень на користь встановлення шлюбної рівності.

Теоретичну основу складають закордонні науково-правові дослідження, зокрема, таких науковців як Мішель Фінк (Оксфорд), Мері Бонауто (Гарвард), Нансі Ф. Котт (Гарвард, Єльський університет), Едвін Камерон (Оксфорд), Памела Кац (Нью-йоркський університет), Джон Стюарт Мілль (Університетський коледж Лондона), Хізер Ваятт-Ніколь та Лоренда Нейлор (Балтіморський університет), Магзарін Банаджі (Гарвард) та інших. В дослідженні також використовуються праці й українських науковців, зокрема Сергія Головатого, Миколи Козюбри та Юрія Ключковського. Дослідження так само значною мірою базується на судовій практиці верховних чи конституційних судів США, Південної Африки, Канади, Мексики, Німеччини, Європейського та Міжамериканського судів з прав людини, а також на релевантній іноземній та українській нормативно-правовій базі.

Наукове значення дослідження полягає ґрунтовному аналізі емпіричного досвіду встановлення шлюбної рівності закордоном, який через призму основоположних принципів права накладається на українські реалії з вивченням подальшої можливості такого впровадження.

Практичне значення дослідження полягає в обґрунтуванні поширення права на шлюб на одностатеві пари в аспекті основоположних принципів права з метою практичного втілення шлюбної рівності, зокрема, і в Україні та можливості долучення дослідження до відповідного правозахисного руху.

РОЗДІЛ 1

ПРАВОВА ПРИРОДА ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ

Немає більш змістовного інституту, ніж шлюб, оскільки він втілює вищі ідеали любові, вірності, відданості, жертвовності та сім'ї [6].¹

1.1. Еволюція розуміння інституту шлюбу в аспекті одностатевих відносин

З самого початку існування людства майже завжди існувала потреба в об'єднанні зусиль і певних союзах: заради виживання, здобутку їжі, захисту від ворогів і, звичайно ж, продовження роду. Відколи людина стала визначатися як *homo sapiens* і первинні базові потреби доповнилися ще й соціальними – такі союзи стали укладатися й між особами протилежної статі, що згодом стало іменуватися шлюбом.

Первинним, чи то історичним, розумінням поняття шлюбу був «договір між чоловіком та жінкою, побудований на їх вільній згоді» [7]. Проте, якщо спробувати знайти сучасне визначення цього інституту, воно дещо відрізняється від первинного його варіанту. Так, відповідно до загального визначення в Кембриджському словнику, шлюб – це «юридично закріплені відносини між двома людьми, в яких вони живуть разом» [8]. Юридичне ж визначення, запропоноване Юридичним інформаційним інститутом Корнелської юридичної школи, називає шлюбом «правовий союз пари як подружжя» (англійською – «spouses») називаючи при цьому дієздатність, взаємну згоду та шлюбний договір (якщо цього вимагає закон) основними елементами шлюбу [7]. Тож бачимо, що як загальне, так і юридичне визначення не містять вимоги різностатевості, натомість замість «чоловіка та жінки» використовується слово «люди» чи

¹ Тут і надалі переклад іноземних джерел здійснений мною, Мельниковичем С.І.

англійськомовна гендерно нейтральна лакуна «spouse» (один з подружжя), що може позначати як чоловіка, так і дружину.

Власне, такий підхід є наслідком еволюції в розумінні шлюбу, якому передувала соціальна революція за боротьбу прав негетеросексуальних людей, що широко розгорнулася в державах західного демократичного світу починаючи з 60-х років XX століття [9, с. 7]. Через деякий час, вже у 1989 році Данія стала першою державою, яка легалізувала реєстроване партнерство для одностатевих пар, а Нідерланди – першою державою, що узаконила одностатеві шлюби (2001 р.) [9, с. 25].

Попри існування різних типів регулювання таких стосунків (реєстроване партнерство, шлюб, визнання співжиття), саме шлюб є найбільш прийнятною та остаточною формою визнання та зрівняння прав у розумінні основоположних принципів права [9, с. 31]. Створення окремого правового режиму, навіть якщо такий режим був би максимально наближеним до інституту шлюбу, є за своєю суттю дискримінаційним та несправедливим щодо негетеросексуальних людей, адже кожна людина має право на укладення шлюбу, незалежно від наявності чи відсутності окремих ознак. Такої ж думки Міжамериканський суд з Прав Людини, що називає зазначену практику неприпустимою [10].

Верховний суд Штату Коннектикут у справі *Kerrigan v. Commissioner of Public Health* ствердив, що розділення людей на основі сексуальної орієнтації зі створенням окремих режимів шлюбу та цивільних партнерств є протиправною практикою сегрегації та становить «очевидну шкоду», посягаючи на гідність негетеросексуальних людей. Так само, неузгодженість між режимами шлюбу та цивільних партнерств «не є не шкідливою» чи випадковою, адже «це свідомий вибір мовних конструкцій, які відображають показове присвоєння одностатевим парам, переважно гомосексуальним, другосортності» [11, с. 142, 152]. Такої ж думки і канадський законодавець, який у Законі про шлюб (2005 р.) прямо зазначив, що будь-який інший інститут, що не є шлюбом, посягає на гідність негетеросексуальних людей та не здатен забезпечити «право одностатевих пар на рівне ставлення без дискримінації» [12].

Дослідниця з Гарвардського університету Мері Бонауто зазначає, що під час дебатів навколо справи *Goodridge vs. Department of Public Health* після відповідного Верховного суду Штату Массачусетс, яким було встановлено шлюбну рівність, були спроби, зокрема, і на законодавчому рівні, створити максимально наближений до інституту шлюбу режим цивільних партнерств для негетеросексуальних людей, який би, проте, шлюбом не був. Такі намагання, по-перше, не замінили б інститут шлюбу повністю і різниця у правах була б досі «відчутною», а по-друге, вони є безпосереднім посяганням на «моральне громадянство» негетеросексуальних людей [13, с. 6]. Зрештою, після зазначеного рішення суду була встановлена саме шлюбна рівність, а не будь-який інший режим [14].

До того ж, як показує закордонний досвід, більшість держав навіть при наявності інституту реєстрованих одностатевих партнерств, врешті запроваджували шлюбну рівність, обґрунтовуючи це рівним правом кожної людини на доступ до фундаментального інституту шлюбу [15].

Памела Кац наголошує, що право на шлюб, яке в собі містить багато інших прав та аспектів, є базовим в сучасному суспільстві і належить всім людям, незалежно від їх сексуальної орієнтації [16, С. 104]. Проте, категорія сексуальної орієнтації є досить широкою, тож варто окреслити окремі, важливі для цього дослідження аспекти.

По-перше, говорячи про залежність інституту шлюбу від цього феномену та позбавлення доступу до нього окремих людей, науковці мають на увазі передусім гомосексуальних та бісексуальних людей. Перша категорія людей має сексуальний, романтичний та емоційний потяг до людей своєї статі, друга – до обох статей, як своєї, так і протилежної [17, с. 6]. Таких людей почасти називають геями, лесбійками та бісексуалами, умовно об'єднуючи в ЛГБТ+ спільноту. Проте, такий термін не є однозначним, адже, з одного боку, таке поняття є радше умовним, адже передусім базується на соціальній самоідентифікації, яка є непостійною, а не на біологічній категорії сексуальної орієнтації, що, зазвичай, є сталою. З іншого боку, назва ЛГБТ+ є надто широким терміном, який включає в

себе і, до прикладу, трансгендерних чи небінарних людей, автоматично додаючи категорію гендерної ідентичності. До того ж, вказана умовна сполука постійно розширюється, залучаючи поліаморних, інтерсексуальних людей та навіть гетеросексуальних людей-союзників, що знову ж таки показує радше ідейний характер цього об'єднання, метою якого є зрівняння прав всіх людей незалежно від будь-якої сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Тож в контексті цього дослідження термін «ЛГБТ+» не є доречним, хоч і має значну дотичність.

Окрім вже згаданих гомо- та бісексуалів/ок, право на шлюб може бути також недоступним для гоморомантичних та біромантичних людей, тобто осіб що мають романтичний, але не обов'язково сексуальний, потяг до осіб своєї чи обох статей. Почасти їх відносять до категорії асексуальних людей, таким чином оминаючи сексуальність людини і вводячи при цьому романтичну орієнтацію [17, с. 36]. Тож в аспекті цього дослідження передусім варто враховувати категорії гомосексуальних, бісексуальних, гоморомантичних, біромантичних та асексуальних людей, які у випадку прагнення узаконити свої сімейні союзи з особами тієї ж біологічної статі, можуть бути дискримінаційно позбавлені доступу до фундаментального інституту шлюбу. Зважаючи на те, що терміну, який об'єднав би передусім конкретно таких людей за відповідною причиною, не існує, доречно буде називати їх негетеросексуальними чи негетероромантичними людьми. До того ж, останній термін може сприйматися як ширший та такий, що охоплює і негетеросексуальних людей, об'єднуючи при цьому і сексуальну, і романтичну орієнтації.

Також в цьому аспекті варто звернути увагу на наукові категорії та досягнення, що разом з соціальними та юридичними перетвореннями уможливили шлюбну рівність в багатьох демократичних державах. Так, сучасні дослідження стверджують, що гомо- та бісексуальна орієнтації є такими ж природніми як і гетеросексуальна, а так само є вродженими та не можуть бути зміненими під впливом будь-яких чинників, як позитивних, так і негативних [18; 19; 20]. Ба більше, за даними Американської Антропологічної Асоціації «результати більш ніж столітнього антропологічного дослідження... не дають

жодної підстави стверджувати, що або цивілізація, або життєздатні соціальні порядки залежали від шлюбу як винятково гетеросексуального інституту» [20].

На зазначені наукові висновки безальтернативно покликається і Верховний Суд США у справі *Obergefell v. Hodges*, що ввійшли до спеціально створений брифу (brief) Amicus curiae, який був підготований 15 найавторитетнішими психологічними, психіатричними та сімейно-медичними організаціями, серед яких, зокрема, Американська психологічна організація, що є найбільшою такою організацією у світі, Американська психіатрична асоціація, Американська асоціація зі шлюбу та сімейної медицини та інші [6, с. 8; 21]. У документі, зокрема, наведені такі науково-доведені висновки: «гомосексуальність – це нормальне вираження сексуальності людини; негетеросексуальні люди формують стабільні, віддані відносини, рівнозначні гетеросексуальним відносинам; одностатеві пари не менш придатні, ніж гетеросексуальні батьки для виховання дітей, а їхні діти не менш психологічно здорові та пристосовані до життя; заборона одностатевим парам вступати до шлюбу є прикладом інституційної стигми та сприяє негативному поводженню з негетеросексуальними людьми; твердження про те, що шлюбна рівність підриває інститут шлюбу та шкодить дітям, не відповідає науковим доказам» [21, с. 4-32].

Висновки про природність та нормальність всіх трьох основних видів сексуальної орієнтації майже завжди були в основі позитивних рішень щодо захисту та зрівняння людських прав негетеросексуальних людей [6, с. 8; 21; 22]. Так само, як і в русі за встановлення шлюбної рівності для всіх людей, що базується на біологічній та генетичній визначеності орієнтацій людини [22]. Проте є і менш популярна альтернативна думка, що називає загравання з визначенням біологічної природи людської сексуальності небезпечним та таким, що може мати катастрофічні наслідки для майбутнього всього суспільства [22]. Відомий дослідник еліт Шамус Кхан вважає, що хоча «природний потяг може бути визначений біологічно, він рухається слідами, прокладеними людською культурою» [22].

Йдеться зокрема і про теорії соціально-конструктивістської традиції, у яких дії людини не є ані визначеними біологічно чи фізіологічно детермінованими, ні результатом вільного та раціонального вибору людини, як, до прикладу, у теорії раціонального актора, відповідно до якої, індивід діє завжди раціонально, шукаючи найвищої вигоди, де кожна дія це результат розрахунку зиску і витрат (з англійської – «cost-and-benefit analysis»). Сексуальність ж, з точки зору теорій зазначеної традиції, можна порівняти з расою, яка також набула свого теперішнього соціального значення лише через багатовікове нашарування сприйняття певних біологічних особливостей в аспекті колишньої повсюдної дискримінації та рабства темношкірих. В такому разі можна припустити, що за відсутності історичного інституту рабства такого поняття як раса, ймовірно, і не існувало б, адже людям було б байдуже на відмінності в кольорі шкіри чи походженні. Тому раса, як і людська сексуальність, з точки зору цих теорій, є радше соціальним конструктом. Остання ж визнається «фізіологічним потягом, вираження якого побудовано соціально», при цьому такий потяг не є ні нормальним, ні ненормальним, ні позитивним чи негативним, адже сексуальність апріорі не має таких категорій, як гетеросексуальна, так і гомосексуальна [22].

І хоча і расу, і сексуальність можна визнати соціальними конструктами, це зовсім не означає, що їхнє існування можна ігнорувати, адже вони не мають жодного значення. Навпаки, ці категорії є реальними, оскільки індивіди беруть їх до уваги і мислять ними. Утім, їх конструйована природа уможлиблює вплив на їхнє значення та сприйняття, а також на їхню зміну [22].

На думку пана Кхана, сприйняття сексуальності у рамках самого біологічного детермінізму є небезпечним через ймовірність не зрозуміти належним чином інтимні зв'язки людей, що є «найважливішою частиною людського життя» [22]. Зазначається, що соціум самостійно «придумав кохання. І гомосексуальність. І майже всі інші види стосунків. Це не робить жодну з цих категорій менш важливою або менш реальною. Але людські винаходи не є частиною біологічного характеру: вони є частиною взаємодії між біологічним та

соціальним порядком життя» [22]. І наразі кожен повинен визнати, що «їхня сексуальність нічим не різниться від гомосексуальної – (так само) керованої природнім потягом і сформованої суспільством» [22].

Зазначена позиція, хоч і розходиться з висновками панівних наукових досліджень, безумовно вартує уваги і є так само цінною, адже, зрештою, і вона обстоює рівність та природність негетеросексуальних союзів, лиш не через біологічний детермінізм, а через концепцію соціального конструктивізму. З іншого боку, такий підхід не може претендувати на досконалість, адже, за такого сприйняття, частина світу, що не належить до умовного Заходу, може ніколи не дійти до встановлення шлюбної рівності, навіть попри факт, що там так само є негетеросексуальні люди, що не мають доступу до цього інституту та залишаються невидимими через відповідні несприятливі соціокультурні умови.

На думку Крістіни Вольф, дослідниці з Дартмутського інституту з питань охорони здоров'я, запровадження шлюбної рівності у США є надзвичайно важливим кроком у боротьбі за права людини, а також у боротьбі з широкоформатною дискримінацією у суспільстві, яка виявляється не тільки у гомофобії, але й в сексизмі, расизмі, релігійній нетерпимості, ксенофобії тощо. Вона також стверджує, що законодавчі зміни в сфері прав людини є необхідними для досягнення необхідного правового захисту для всіх громадян [23, с. 8].

Власне ці аргументи, які охоплюють аспекти рівності, недискримінації та інших основоположних цінностей, а також важливість таких цивільно-правових механізмів як можливість всиновлення, спадкування, можливість не свідчити проти чоловіка/дружини в суді тощо, є «двигуном» відповідних судових рішень на користь легалізації одностатевих шлюбів, чи, принаймні визнання за одностатевими парами права на шлюб, передусім Верховного Суду США, Європейського та Міжамериканського судів з прав людини [6; 24; 25].

В одному з таких рішень – рішенні Верховного Суду США у справі *Obergefell v. Hodges*, яке ми детальніше проаналізуємо в наступних розділах, розкривається, зокрема, й еволюція інституту шлюбу, який «не перебував в ізоляції від позитивних змін у праві та суспільстві» [6, с. 6]. У рішенні

зазначається, що інститут еволюціонував, а також спростовується поширена думка про те, що шлюб завжди був вільним союзом чоловіка та жінки. До прикладу, Суд описує зародження шлюбу як угоди між батьками пари чи старшинами родів, яка формувалася на основі політичних, релігійних чи фінансових потреб [6, с. 6]. Такий шлюб повністю не відповідав усталеним обов'язковим його елементам, адже там не йшлося ні про вільну згоду учасників, ні про шлюбний вік, ні, врешті, про прагнення створення сім'ї як основної мети таких угод. Згодом інститут стали розуміти як єдину юридичну патріархальну сутність, де в свою чергу жодним чином не бралася до уваги воля і права жінки, і аж лише після емансипованого визнання більшості прав жінок шлюбу надали розуміння вільного договору між чоловіком та жінкою [6, с. 6]. Хоча такі зміни на своєму шляху мали значний суспільний опір, як влучно зазначає Суд, вони є «визначальними» і не послабили інститут, а навпаки, зміцнили його [6, с. 7].

Рівність шлюбів є наслідком еволюції сприйняття гомосексуальних відносин та самого інституту шлюбу, який, відповідно, поширився й на одностатеві пари. Цей інститут є фундаментальним для суспільства та як невід'ємне право належить кожній людині, незалежно від наявності окремих ознак, зокрема і сексуальної орієнтації. В цьому аспекті важливо також розуміти, що використання сполуки «одностатеві шлюби» може породжувати певну плутанину. Найдоречнішим терміном для опису режиму інституту шлюбу, який не є обмеженим для негетеросексуальних людей, є шлюбна рівність (з англійської – «marriage equality»). Він означає, що «шлюб між двома людьми однієї статі вважається юридично таким же, як і шлюб між двома людьми протилежної статі, і є йому рівноцінним» [26].

Саме поняття «одностатеві шлюби» не є хибним, адже лише показує, що подружжям є особи однієї статі, аналогічно з терміном «різностатеві шлюби», де подружжям є особи різних статей. Проте, вживання зазначеного терміну на позначення окремого інституту є логічною та юридичною хибою, адже такого окремого інституту не існує, як і власне «права на одностатевий шлюб». Негетеросексуальні люди прагнули не будь-якого іншого режиму, який був би,

як вже було зазначено, дискримінаційним та стигмаційним, а саме реалізації їх права на доступ до фундаментального інституту шлюбу. До того ж, саме емпіричний досвід держав показує, що після скасування відповідних заборон негетеросексуальні люди були допущені до класичного інституту шлюбу автоматично, без створення окремих механізмів задля юридичного оформлення таких союзів. В розумінні більшості держав, які утвердили шлюбну рівність, юридично немає жодної різниці якої статі є укладачі шлюбу – різних чи однієї. Саме тому перевага надається використанню терміна «шлюбна рівність» задля уникнення плутанини з понятійним апаратом.

Однак, є також й інші позиції щодо запровадження шлюбної рівності. Так, Крістофер Акпан переконує, що поширення інституту шлюбу на одностатеві пари є спотворенням його суті та популярною наразі «культурною аномалією», а власне гомосексуальні стосунки можуть називатися «неприродними», «аморальними» та «гидотою» [27 с. 1]. Проте, ці твердження не є обґрунтованими, суперечать згаданим раніше науковим висновкам та ґрунтуються на поширених стереотипах та упередженнях про ЛГБТ-спільноту та природу сексуальної орієнтації загалом, що було спростовано відповідними дослідженнями, зокрема, згаданою вище Памелою Кац, бріфом Amicus curiae та Верховним судом США [16, с. 65-66; 21; 6, с. 8].

Такі аргументи почасти мають релігійне підґрунтя, проте, як свідчить, зокрема, досвід Ірландії, сильні релігійні настрої не завадили прийняти правові та наукові аргументи та легалізувати одностатеві шлюби в цій державі [1]. До того ж, як стверджує Міжамериканський суд з прав людини, такі переконання хоч і є важливими, проте не можуть переважати над людською гідністю та автономією, детальний аналіз чого присутній у відповідному розділі [10].

1.2. Розуміння шлюбу в аспекті одностатевих відносин в Україні

Конституція України в статті 51 чітко визначає ключовим елементом шлюбу вільну згоду жінки та чоловіка, що по суті надає це право лише для

гетеросексуальних громадян [28]. Однакова позиція міститься і в Сімейному кодексі України, який визначає шлюб як «сімейний союз чоловіка та жінки» [29]. Загалом, в Україні як на законодавчому, так і на науково-дослідницькому рівнях питання одностатевих шлюбів, як і прав негетеросексуальних людей загалом, практично не зачіпається.

Проте, після Революції Гідності та загальної демократизації суспільства рух за права негетеросексуальних людей посилювався, що деякою мірою підняло це питання до обговорення, зокрема і у владних колах. З цієї причини Кабінет Міністрів України у 2015 році затвердив план дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, в якому, зокрема, міститься згадка про необхідність розроблення законопроекту про легалізацію в Україні зареєстрованого цивільного партнерства для різностатевих і одностатевих пар з урахуванням майнових і немайнових прав, зокрема володіння та наслідування майна, утримання одного партнера іншим в разі непрацездатності, конституційного права несвідчення проти свого партнера [30, с. 218-219]. Проте, по-перше, вказаний формат є дискримінаційним та не є рівноцінним шлюбові за значенням, про що вже йшлося, а по-друге, зважаючи на те, що термін на його реалізації фактично закінчився, немає жодних підстав вказувати, що він буде коли-небудь реалізованим.

Висновки до розділу 1

Шлюб є одним із тих соціальних інститутів, які протягом свого історичного розвитку розвивалися та еволюціонували. Зародившись як міжплемінна угода, що не мала нині обов'язкових атрибутів, наразі він є зовсім іншою сутністю, яка в більшості держав Заходу наразі розуміється як юридичне закріплення союзу двох дорослих людей, без зведення до обов'язкової умови різностатевості. Зважаючи на такі еволюційні зміни, є некоректним говорити про новий інститут «одностатевих шлюбів», адже мова йде про той самий юридичний концепт, який з початком цього століття і донині став відкритим і

для одностатевих пар у 28 державах, явище чого доцільно іменувати шлюбною рівністю.

Попри те, що деякі держави замість шлюбної рівності встановили інші режими для негетеросексуальних людей, до прикладу, цивільні партнерства, такий підхід є дискримінаційним за своєю суттю. Зважаючи на те, що фундаментальне право на шлюб належить кожній людині, незалежно від будь-яких ознак, така політика є практикою сегрегації, стигматизації та посягання на гідність людей на основі їх сексуальної орієнтації, а тому не є прийнятною.

У випадку, коли йдеться про недоступність шлюбу окремій групі осіб, мова передусім йде про людей, сексуальна орієнтація яких не є гетеросексуальною – гомо- та бісексуалів, а також гомо- та біромантичних та асексуальних людей, які охоплюються категорією романтичної орієнтації, і разом можуть називатися негетеросексуальними людьми.

Природу сексуальності таких людей та її взаємозв'язки з іншими основоположними сферами людського буття на належному рівні вдалося зрозуміти лише з початком другої половини минулого століття, що дозволило відмовитися від попереднього стигмаційного сприйняття. Тож наразі наука розуміє негетеросексуальність як повністю нормальне та природне явище, а відповідну категорію людей як рівноцінних та здатних однаково організовувати фундаментальні для людського життя процеси, включно з побудовою стосунків та вихованням дітей. Відповідно, твердження, що йдуть у розріз із зазначеними висновками, вважаються хибними, зокрема і щодо негативного впливу на дітей.

Попри те, що саме біопсихологічний детермінізм дозволив започаткувати зміну ставлення до негетеросексуальних людей та їх прав та започаткувати встановлення шлюбної рівності у багатьох країнах, є й альтернативні погляди щодо сприйняття сексуальності, відповідно до якої вона є радше соціальним конструктом та однаково нейтрально сприймається в аспекті різних її видів через призму теорій соціального конструктивізму. Проте, і таке сприйняття показує рівноцінність сексуальних орієнтацій і, відповідно, всіх людей, що мають певну сексуальну ідентифікацію.

Існують й інші погляди на запровадження шлюбної рівності, які наполягають на неприпустимості такого явища, проте почасти вони базуються на релігійній доктрині та прямо суперечать найсучаснішим науковим висновкам. Попри це, саме таке розуміння побутує в українській правовій площині, де законодавець звузив інститут шлюбу лише до гетеросексуальних людей, а змін відповідного підходу найближчим часом не вбачається.

РОЗДІЛ 2

ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП РІВНОСТІ ЯК ВИМОГА ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ

2.1. Розуміння природи принципу рівності як основоположного принципу права

Для того щоб належним чином зрозуміти сутність принципу рівності варто спочатку з'ясувати поняття принципів права загалом. На думку професора М. Козюбри, принципи права – це «відправні ідеї, що визначають природу права, його соціальне призначення, найбільш важливі юридичні вимоги, творцями й адресатами яких є люди» [31, с. 69]. Він же й формулює ознаки принципів права, до яких, зокрема, належать такі:

- загальнолюдські суспільні цінності є коренем принципів права, які мають на меті захищати й утверджувати такі цінності як людська гідність, особиста автономія тощо;
- формують людиноцентричну природу правового регулювання;
- надають підґрунтя для виконання правом своєї основної мети – «створювати умови для нормальної життєдіяльності людей, бути антиподом свавілля і беззаконня, забезпечувати рух суспільства до свободи і соціального прогресу»;
- є виразом людської гідності та прав людини;
- впливають на формування норм права, які не можуть суперечити таким принципам [31, с. 67-70];
- є загальними регулятивними вимогами [32, с. 47].

На думку Ю. Ключковського, значення принципів як «керівних ідей» є визначальним та фундаментальним [32, с. 47-48].

Серед принципів права науковці вирізняють і основоположні принципи, які є визначальними, найважливішими, вони є джерелом формування права як

соціального регулятора [31, с. 70]. Вони є «вираженням найважливіших цінностей, що притаманні праву, і тому найбільш яскраво виражають його дух; вони забезпечують змістовну легітимацію права, визначають розуміння «правильного» і «неправильного», є дороговказами при встановленні межі між дозволеним і недозволеним у суспільних відносинах» [31, с. 70].

До таких основоположних принципів найчастіше відносяться принципи рівності та недискримінації, свободи, справедливості та гуманізму, джерелом якого є невідчужувана людська гідність². Дехто називає їх, зокрема, універсальними принципами, принципами-цінностями, правовими цінностями тощо [33, с. 153-154]. Проте, в аспекті цієї роботи є неважливою їх формальна назва, натомість необхідна їх сутність, зміст та вплив на суспільні відносини, в тому числі щодо захисту людських прав та встановлення шлюбної рівності.

Особливу роль в цьому аспекті займає принцип рівності, який є «обов'язковою вимогою до будь-якої правової системи» [31, с. 71]. Як зазначає Ю. Ключковський, принцип охоплює вимоги рівності прав та свобод, рівності перед законом та судом, рівності обов'язків, а також відсутності будь-якого прояву дискримінації [32, с. 310]. Зрештою, такі вимоги зводяться до рівного обсягу правосуб'єктності осіб, що володіють однаковим правовим статусом [32, с. 311]. Про однаковий статус в розумінні принципу рівності стверджує і Лін Вардл [34, с. 503-504]. Диференціація такого статусу здійснюється, до прикладу, на підставі наявності чи відсутності громадянства, повної чи обмеженої дієздатності, наявності спеціальних статусів, проте правовий статус аж ніяк не залежить від таких ознак як раса, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, релігійна приналежність тощо.

² В аспекті цього дослідження концепт справедливості розкривається через призму дотримання основоположних принципів рівності та свободи, а також вимог невідчужуваної людської гідності.

Принцип рівності передбачає вимогу поводитися в однакових випадках однаково, а у відмінних – неоднаково, що є також і виразом принципу справедливості, зокрема, його формального аспекту [31, с. 71-72].

Юридична рівність як база, на якій сформований відповідний принцип, може розумітися як «вимога рівності можливостей у досягненні соціальних благ, зокрема, реалізації суб'єктивних прав» [32, с. 311], на підставі якої «повинні бути створені реальні можливості конкурувати» членам суспільства з іншими його представниками, «причому з достатніми шансами на успіх» [31, с. 72]. Як зазначає Ман Йі Карен Лі, рівність залишається головним обґрунтуванням вимоги кожної людини на однакове, невідмінне від інших, ставлення [35, с. 4].

Порушення принципу рівності як «антидискримінаційної догми» щодо суб'єктів з однаковим правовим статусом є дискримінацією, заборона якої є невід'ємною складовою зазначеного принципу, і яка може бути як прямою, так і непрямою (прихованою). Європейський суд з прав людини визначає антидискримінаційний аспект принципу рівності як заборону необґрунтованого відмінного ставлення до осіб, які знаходяться в однаковій ситуації, чи, навпаки, однакового підходу до осіб, які знаходяться в різних ситуаціях [36]. Однакове визначення цього аспекту дає і Ю. Ключковський [32, с. 313].

Принцип недискримінації окремо закріплений в законодавстві України, що ґрунтується на дії цього принципу, який передбачає незалежно від певних ознак: 1) забезпечення рівності прав і свобод осіб та/або груп осіб; 2) забезпечення рівності перед законом осіб та/або груп осіб; 3) повагу до гідності кожної людини; 4) забезпечення рівних можливостей осіб та/або груп осіб (ст.2 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні») [37].

2.2. Принцип рівності як основна вимога встановлення шлюбної рівності

Лін Вардл стверджує, що принцип рівності, який включає в себе толерантність і плюралізм, може розглядатися в двох аспектах – як доктрина

конституційного права, і як загальний правовий та філософський принцип та частина теорії права [34, с. 499]. Важливим є те, що обидва ці аспекти підтримують вимогу встановити шлюбну рівність, про що детальніше буде проаналізовано нижче.

Хоча принцип рівності існує самостійно, незалежно від його текстуального закріплення, у більшості випадків він присутній і в писаних конституціях та окремих законах. Так, статтею 21 Конституції України декларовано, що усі люди є вільні та рівні у своїй гідності та правах, а статтею 24 – те, що 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. Захищається принцип рівності і кримінальним законом, зокрема статтею 161 Кримінального кодексу України – порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками [38]. Саме вказані формулювання щодо «інших ознак» дозволяють говорити про сексуальну орієнтацію як одну з таких дискримінаційних ознак попри те, що окремо вона в українському законодавстві не визначена.

Якщо звернутися до іноземних правових систем, наприклад, Сполучених Штатів Америки, то принцип рівності захищається Чотирнадцятою Поправкою до Конституції США, яка доповнила Американський Основний Закон положенням про те, що жоден штат не може відмовити будь-якій особі в рівному законному захисті [39]. На застосування цієї поправки було прийнято визначальні для розуміння природи принципу рівності рішення Верховного Суду США, зокрема й у вже історичній справі *Obergefell v. Hodges*. Сам суд зазначає у своєму рішенні, що принцип рівності є «серцем Чотирнадцятої Поправки» [6, с. 20]. Тож вважаємо за необхідне проаналізувати основні положення та аргументи цього та інших рішень, які доводять, що встановлення шлюбної рівності є наслідком вимоги реалізації зазначеного принципу [6, с. 2-3].

Суд зазначає, що історія та традиції «ведуть і дисциплінують» багато аспектів включно з принципом рівності, але не встановлюють його зовнішніх кордонів. Такий підхід поважає історію і вчиться на її основі, «не дозволяючи лише минулому керувати сьогоденням» [6, с. 11].

Як зазначає суддя Верховного суду США Ентоні Кеннеді, сутність несправедливості полягає в тому, «що ми не завжди можемо побачити її вчасно» [6, с. 11]. В цьому аспекті важливим є наскрізне порівняння сучасної справи *Obergefell v. Hodges* (2015) з революційними справами минулого століття, що показують як еволюцію розуміння принципу рівності та справедливості, так і самого інституту шлюбу. Серед таких справ – рішення *Brown v. Board of Education* (1954), яке закінчило епоху сегрегації темношкірих та білошкірих дітей в школах [40]; *Zablocki v. Redhail* (1978), де Судом визнано закон про заборону одружуватися батькам, що не піклувалися про своїх дітей, обмеженням права на шлюб [41]; *Turner v. Safley* (1987), яким було визнано обмеження ув'язненим на шлюблення порушенням конституційного права на шлюб [42]; і, врешті, *Loving v. Virginia* (1967), що ліквідувало заборону на укладення міжрасових шлюбів [43]. В цих рішеннях Верховний Суд вкотре підтвердив фундаментальність права на шлюб як загалом, так і для окремих категорій громадян, включно з ув'язненими чи представниками різних рас.

Немає нічого дивного в тому, що історичне рішення Верховного суду США у справі *Obergefell v. Hodges*, яке на державному рівні поставило крапку в дискусіях про шлюбну рівність, порівнюють зі згаданими знаковими рішеннями – особливо в справі *Loving v. Virginia*. По суті, ці рішення описують дві тривалі боротьби - спочатку за расову рівність та знищення расизму, згодом – за гендерну рівність та знищення гомофобії. Обидва процеси можна вважати виявом єдиної боротьби за рівність, справедливість, свободу та гідність, яка триває вже століття, маючи схожі аргументи та однакову необґрунтовану дискримінацію. Схожі ці два аспекти боротьби за рівність й абсурдністю чинних колись обмежень. Так, історія знає чимало аспектів утисків темношкірих людей, найтрагічнішим з яких було рабство, характер якого міг залежати і від

конкретного штату. Аналогічно, до 2015 року законний шлюб між особами однієї статі, укладений в одному з штатів, «то з'являвся, то зникав» щоразу, як таке подружжя перетинало кордон, до прикладу, штату Теннессі, де шлюбна рівність не була встановлена, разом з усіма іншими правами та свободами, гарантованими таким союзом, а діти в такому шлюбі ставали «позашлюбними» [6, с. 6].

Такої ж думки про схожість цих двох явищ нерівності і Європейський суд з прав людини. У справі *Ferguson and Others v. United Kingdom* констатовано, що одностатеві пари позбавлені права на шлюб, який є фундаментальною системою юридичного визнання стійких інтимних стосунків між двома дорослими людьми. Суд порівнює таке відокремлення з окремими пляжами та фонтанами для пиття води для білошкірих та темношкірих людей, як це було в Південно-Африканській Республіці під час режиму апартеїду. Так само Суд порівнює таку сегрегацію зі шлюбною системою, за якої християни могли б укласти шлюб, а нехристияни – лише вступати в цивільні партнерства [45].

Порівнюючи боротьбу за расову рівність з аналогічною боротьбою за гендерну рівність, можна зауважити наскільки перша є успішнішою у зв'язку з півстолітньою різницею у часі. Хоча расизм є досі невикоріненим явищем, уявити адекватне суспільство, яке б підтримувало й сповідувало це явище, неможливо. Це дає впевненість говорити, що з часом аналогічна доля спіткає і гомофобію, невизнання та неприйняття негетеросексуальних людей та їх прав і свобод. Ман Йі Карен Лі вказує, що расова рівність – «колись немислима мрія», частково стала реальністю, за гендерну ж рівність – боротьба досі триває по всьому світові [35, с. 4].

Як зазначає Суд у згаданій *Loving v. Virginia*, якщо б наразі права визначалися лише за тими, хто мав їх у минулому, то еволюція людських прав не відбулася б, а нові групи людей не могли б вимагати прав, що колись їм не належали. Такий підхід є неприйнятним, як загалом, так і стосовно права на шлюб і прав негетеросексуальних людей. З позицій історії та традицій право на шлюб є фундаментальним, проте «права формуються не лише зі стародавніх джерел. Вони так само зростають з кращого розуміння того, як конституційні

імперативи визначають свободу, яка залишається нагальною і наразі» [6, с. 18-19; 43].

Після того, як пан Обергеффл та інші заявники звернулися зі своїм позовом, перед Верховним Судом постало два питання: чи зобов'язує Чотирнадцята поправка, а саме аспект принципу рівності, легалізувати одностатеві шлюби, а так само чи зобов'язує вказане положення визнавати такі шлюби, законно укладені в інших штатах (державах). На обидва питання Суд відповів «так» з таких причин [6, с. 2-3].

По-перше, право на особисте та вільне рішення щодо укладення шлюбу має своїм джерелом концепцією особистої автономії. Природа та сутність шлюбу розкривається якраз у тому, що двоє людей разом у своєму тісному зв'язку можуть знайти інші свободи включно з самовираженням, близькістю та духовністю, незалежно від їх сексуальної орієнтації. І такі зв'язки обов'язково сповнені гідністю, незалежно чи це двоє жінок, чоловіків чи чоловік та жінка, як і автономія, що дозволяє зробити людям такий глибокий вибір, захищати й утверджувати яку є основною метою принципів права, особливо принципу рівності [6, с. 12-13; 31, с. 67-70].

По-друге, право на шлюб є фундаментальним, тому що воно підтримує союз двох людей як ніщо інше в його важливості для цих осіб [6, с. 13]. У згаданій справі *Turner v. Safley* (1987) Суд, визнаючи гарантовану правом на шлюб інтимну асоціацію, зазначив, що ув'язненим не може бути відмовлено в праві на шлюб, оскільки їхні постійні та глибокі стосунки визначають причину того, чому шлюб є фундаментальним правом [6, с. 13; 42]. У справі *Lawrence v. Texas* (2003), яка повністю скасувала криміналізацію одностатевих зносин, Верховний суд так само визнав, що одностатеві пари мають такі ж самі права на інтимні асоціації, як і різностатеві [6, с. 14; 46]. Таку ж думку мають Лоренс Трайб та Джошуа Мац, які стверджують, що легалізація одностатевих шлюбів постає прямо з визнання права на повагу до людської гідності та рівне ставлення до всіх пар, побудованих на стійких інтимних стосунках, незалежно від статі партнера, обраного індивідом [47, с. 480].

Інший же висновок намагається донести Лін Вардл, який наполягає: заперечувати, що інтимний союз двох чоловіків чи двох жінок створює зовсім інші внутрішні відносини з іншою природою та іншими ознаками ніж аналогічний союз між особами протилежної статі «є марним» [34, с. 507]. Проте, свою думку автор не обґрунтовує ні науковими висновками, ні судовою практикою, до того ж такий підхід суперечить названим раніше науковим висновкам про однаковість природи гетеросексуальних та гомосексуальних орієнтацій, які були згодом однозначно прийняті та підтверджені Верховним судом США, зокрема у справах *Lawrence v. Texas* та *Obergefell v. Hodges* [16, с. 65-66; 18; 19; 20; 6, с. 8; 46; 48, с. 296-297].

По-третє, встановлення шлюбної рівності є необхідною для захисту дітей та відповідних сімей, з чого черпаються та розширюються за допомогою споріднених прав такі процеси як виховання, дітонародження та надання потомству освіти. Також, визнаючи правову сутність стосунків, в яких знаходяться батьки, шлюб пояснює дітям «цілісність та близькість своєї сім'ї та її узгодженість з іншими сім'ями в суспільстві та в їх повсякденному житті» [6, с. 14].

Власне, багато одностатевих пар створюють затишні та люблячі сім'ї для своїх дітей, незалежно від того, чи вони народжені в природній біологічний спосіб, чи всиновлені. Саме тому, виключення одностатевих сімей з доступу до інституту шлюбу «суперечить самій природі права на шлюб» [6, с. 15]. Без визнання, передбачуваності та стабільності, які забезпечує інститут шлюбу, діти геїв та лесбійок відчуватимуть себе та свої сім'ї менш вартісними. Такі діти також є заручниками фінансових проблем пов'язаних з перебуванням у сім'ях, де батьки не можуть офіційно пошлюбитися, та морального тиску навколо більш складного та невизначеного сімейного життя. З огляду на це, закон, що забороняє, не дозволяє, чи не визнає одностатеві шлюби «завдає шкоди і принижує дітей одностатевих пар» [6, с. 15]. При цьому, для пар, які не можуть або не бажають мати дітей, шлюб не стає менш необхідним чи цінним [6, с. 16].

Цей аргумент та позиція є дуже важливими не лише для підтримки легалізації вказаних шлюбів, а й для спростування одного з найпоширеніших міфів щодо негетеросексуальних людей, відповідно до якого вони згубно впливають на дітей, їх психічне здоров'я, виховання, сексуальну орієнтацію тощо, що й, до того ж, почасти є основним аргументом проти встановлення шлюбної рівності. Хоча цей міф спростовано за допомогою соціальних та наукових досліджень, які стверджують, що діти лесбійок та геїв виявилися, принаймні, настільки ж розвинутими та пристосованими до життя, як і діти інших батьків, без різниці в таких ключових моментах як самоповага, успішність, здатність формувати дружні стосунки тощо, він і досі поширений і заважає таким батькам нормально виховувати своїх дітей без стигматизації та дискримінації значною частиною суспільства [16, с. 65-66; 19, с. 5; 48, с. 296-297].

По-четверте, шлюб є наріжним каменем суспільного порядку, «фундаментом сім'ї та суспільства, без якого не було б ні цивілізації, ні прогресу» і ця ідея залишається незмінною навіть крізь еволюцію інституту шлюбу, що змінила розуміння правил батьківської згоди, гендеру та раси, які колись видавались незмінними [6, с. 16].

З цієї причини, «як і пара присягається підтримувати одне одного, так само і суспільство зобов'язується підтримувати подружжя», пропонуючи символічне визнання і матеріальні вигоди «для захисту і живлення такого союзу», які є основою для розширення переліку прав, свобод, переваг та обов'язків [6, с. 16-17]. Конкретно йдеться про такі додаткові аспекти шлюбу, про які частково зазначалося раніше, серед яких: спадкування, режим оподаткування, право несвідчення проти іншого з подружжя, доступ до лікарні, де перебуває один з подружжя, чи до тіла померлого з подружжя, право на всиновлення, медичне страхування, відповідна професійна етика на роботі тощо. Найважливішим є те, що в цьому аспекті немає жодної різниці між одностатевими та різностатевими парами, тож відсутність в одностатевих пар доступу до права на шлюб автоматично означає позбавлення їх і всіх зазначених

привілеїв. І мова йде не лише про матеріальний аспект, а й про загальну нестабільність та невизначеність, на яку одностатеві пари приречені, і яку більшість з різностатевих пар «вважали б так само неприйнятними у власному житті» [6, с. 16-17].

Таку думку обстоює і Памела Кац, яка стверджує, що емоційні, соціальні, юридичні та фінансові вигоди шлюбу однаково важливі як для гетеросексуальних, так і для гомосексуальних пар. Фундаментальне право людини на емоційну підтримку, безпеку та інші нематеріальні аспекти перебування у власній сім'ї належить кожному, незалежно від сексуальної орієнтації [16, с. 103].

Як зазначає Верховний Суд США, оскільки сама держава надає шлюбу більш цінного значення та сприйняття, виключення негетеросексуальних людей з цього інституту робить їх нерівними в цьому важливому аспекті, що є проявом дискримінації та, відповідно, недотримання принципу рівності [6, с. 17].

Щодо порушення принципу рівності через заборону доступу одностатевих пар до реалізації права на шлюб, то, на нашу думку, це порушення може розглядатися з обох аспектів антидискримінаційного аспекту принципу рівності. По-перше, як необґрунтоване відмінне ставлення до осіб, які знаходяться в однаковій ситуації, де однаковою ситуацією є наявність фундаментального права на шлюб у всіх громадян незалежно від їх сексуальної орієнтації, а необґрунтованим відмінним ставленням є заборона на укладення шлюбів гомосексуальним людям. По-друге, як однаковий підхід до осіб, що перебувають в різних ситуаціях, де однаковим підходом є наявність лише різностатєвого варіанту шлюбу, а різними ситуаціями є наявність інших, відмінних від гетеросексуальної, сексуальних орієнтацій – бісексуальної та гомосексуальної. Таку думку підтримує і Памела Кац, яка стверджує, що позиціонування державою гомосексуальних людей, які як окрема група не можуть вступати до шлюбу, прямо дискримінує таких людей за ознакою належності до цієї групи, що суперечить принципу індивідуальної автономії та рівності, закріпленого Чотирнадцятою поправкою до Конституції США [16, с. 105].

Заявники у справі *Turner v. Safley* не вимагали від Суду права на шлюб з ув'язненими, у *Loving v. Virginia* – не вимагали права на міжрасові шлюби. Аналогічно пан Обергефелл та інші не вимагали надання їм права на одностатеві шлюби. Радше навпаки, кожен з цих випадків вимагав права вступати до шлюбу у повному його розумінні, при цьому запитуючи, чи існує достатнє обґрунтування, щоб виключити відповідні категорії людей з доступу до цього права [6, с. 18]. Це підтверджує твердження про те, що інститут шлюбу еволюціонував та розширився, а також про відсутність окремого інституту «одностатевих шлюбів».

Щодо обґрунтованості обмеження певним категоріям громадян доступу до певних прав, то принцип рівності, гарантований Чотирнадцятою Поправкою до Конституції США, чи, аналогічно, статтями 21 та 24 Конституції України, декларує всіх людей рівними у своїх правах та свободах і поширює на них відповідні правові гарантії. Ці гарантії вимагають від держави доказів того, що обмеження прав певних людей чи категорій людей мають зрозумілий, раціональний та легітимний інтерес, а також необхідність у демократичному суспільстві [49, с. 20-21]. Якщо ці вимоги не виконуються, то обмеження прав є дискримінаційним, з чим власне й боролися заявники в згаданих справах *Turner v. Safley*, *Loving v. Virginia*, *Obergefell v. Hodges* тощо.

За сучасних умов залишається незрозумілим, яка необхідність існувала ще 50 років тому для заборони міжрасових шлюбів, зважаючи на природні відмінності людей за кольором шкіри. Так само незрозумілим є інтерес, за яким стоїть заборона на укладення одностатевих шлюбів, враховуючи наявність трьох природніх видів сексуальної орієнтації – гетеро-, бі- та гомосексуальної.

Ймовірним поясненням може вважатися поширена думка про те, що одностатеві шлюби є загрозою для інституту шлюбу та сім'ї, які держава повинна охороняти. На думку Вільяма Ескріджа така позиція є «значною логічною хибою», адже одностатеві пари, які бажають одружитися, лише намагаються встановити відповідність між їх інтимним союзом та тими правовими відносинами, що в них склались внаслідок такого союзу, з

довготривалим правовим визнанням, і було б «неймовірним, якби такі шлюби могли б спричинити занепад шлюбу як інституту» [50, с. 106]. Думку про порушення логіки таких ідей підтримує і Верховний Суд США, який зазначає: «вважати, що визнання державою кохання і стійкості відносин між одностатевими парами змінить найбільш інтимні та особисті рішення різностатевих пар, є повністю нелогічним» [6, с. 26]. Думку про повну відсутність шкоди для інституту шлюбу у разі поширення його й на одностатеві пари, а також щодо відсутності легітимного інтересу й необхідності виключення одностатевих пар з права на шлюб в демократичному суспільстві підтримує й Еммануель Брібоса та Ізабелла Рорів [51, с. 34-35].

У своїх рішеннях Верховний Суд США показує, що принцип рівності може допомогти виявити і виправити нерівність в інституті шлюбу, підтверджуючи засади свободи та рівних прав й обов'язків відповідно до Конституції. Реагуючи на нове сприйняття суспільних відносин, Суд покликається на принцип рівності для визнання недійсними законів, що створюють нерівність шлюбу для певних груп людей, від людей різних рас та ув'язнених до геїв та лесбійок [6, с. 20-21].

Закони, що обмежують доступ до інституту шлюбу, не відповідають принципу рівності, адже одностатеві пари повністю позбавлені всіх переваг, наданих парам протилежної статі, що є заборонаю на реалізацію їх фундаментальних прав. Враховуючи тривалу дискримінаційну політику щодо негетеросексуальних людей в історичному аспекті, обмеження для них права на шлюб є «загрозливою та тривалою шкодою», що забороняється принципом рівності та позиціонується як невинуватене порушення права на укладення шлюбу. Право на шлюб є фундаментальним правом, закладеним у свободі і гідності людини, і відповідно до основоположного принципу рівності одностатеві пари не можуть бути позбавлені цього права [6, с. 21-22].

Описані прецеденти тяжко переоцінити як для розуміння еволюційності принципу рівності та інституту шлюбу, так і в аспекті впливу Сполучених Штатів на глобалізаційні процеси у світі, особливо для держав зі спорідненим ціннісним вектором. США є першою економікою світу, джерелом значної

кількості наукових відкриттів і технологічних проривів, що робить її державою, яка в багатьох аспектах задає світові тренди і традиційно визнається найвпливовішою «soft power» у світі [52, с. 45-47]. До того ж, висновки та аргументи, що дозволили Сполученим Штатам запровадити шлюбну рівність, є повністю прийнятними і для інших держав, що декларують подібні цінності, включно з Україною, про що детальніше йтиметься в наступних розділах.

Як зазначає Крістіна Вольф, історичне рішення суду про а у США є знаковим і дуже важливим етапом у загальній боротьбі за права людини, а також у боротьбі з системною дискримінацією у суспільстві, яка виявляється не тільки у гомофобії, але й в сексизмі, расизмі, релігійній нетерпимості, ксенофобії тощо [23, с. 8].

Якщо також звернутися до практики Європейського суду з прав людини, то ним не визнається обов'язок держав реєструвати одностатеві шлюби, покликаючись на категорію «розсуду держави». Така позиція була сформована у справі *Schalkand Kopf v. Austria* (2010), проте постійні зміни у прецедентній практиці ЄСПЛ дозволили Суду визнати, що саме право на шлюб не обмежується лише для осіб протилежної статі [53]. Вже кілька років по тому ЄСПЛ у справі *X and others v. Austria* (2013) визнав, що закон, який забороняє усиновлення дитини іншого з одностатевої пари, надаючи це право неодруженим парам, є проявом дискримінації з порушенням Конвенції, що показує постійну еволюцію підходів до розуміння самої конвенції як гнучкого механізму [54].

На нашу думку, Суд з плином часу звужить розсуд держав й зобов'яже надати одностатевим парам можливість реалізовувати фундаментальне право на шлюб. Такої ж думки і деякі дослідники, серед них Еммануель Брібоса та Ізабелла Рорів, які стверджують, що визнання Європейським судом з прав людини права одностатевих пар на шлюб є «неминучим кроком для досягнення правової послідовності» відповідно до доктрини Конвенції як «живого інструменту» та принципів динамічного та еволюційного тлумачення, зважаючи і на вимоги принципу рівності та гендерно нейтральну природу права на шлюб [51, с. 9-10].

Поки від Європейського суду такий крок лише очікується, Міжамериканський суд з прав людини в межах Американської конвенції про права людини вже прийняв таке рішення. Суд висловив одностайну консультативну думку, що держави-члени повинні визнати і гарантувати всі права, які випливають з сімейних зв'язків між людьми однієї статі. Суд стверджує, що одностатеві пари мають рівні сімейні та фінансові права з різностатевими парами, а також те, що релігійні чи філософські переконання, які є в опозиції до одностатевих шлюбів, хоча і є важливими, не можуть переважати над недоторканістю людської гідності й автономії. Так само суд наголосив, що створення окремого правового режиму лише для одностатевих шлюбів є дискримінаційним та неприпустимим. Уряди повинні гарантувати доступ до всіх чинних форм національних правових систем, разом з правом на укладення шлюбу заради забезпечення захисту прав всіх сімей, сформованих одностатевим парами, без дискримінації [10; 25].

Висновки до Розділу 2

Принцип рівності є основоположною, найбільш значною юридичною вимогою, яка виходить з людської гідності, він є невід'ємним для демократичних суспільств і покликаний забезпечувати рівне ставлення до усіх людей, що володіють однаковими правовими статусами, і які не залежать, зокрема, від раси, сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Принцип рівності не може мати винятків щодо таких ознак, інакше – він є лише декларацією та не має практичної цінності. Антидискримінаційний аспект вказаного принципу забороняє по-різному ставитися до осіб чи груп людей, що перебувають в однакових ситуаціях, а також однаково ставитися до осіб чи груп людей, що перебувають в різних ситуаціях.

Встановлення шлюбної рівності є прямою вимогою принципу рівності, який охороняє і людську гідність та автономію особи в аспекті найбільш інтимних рішень, включно з вступом у стійкі відносини та створенням сім'ї через

інститут шлюбу. Саме еволюція розуміння принципу рівності дозволила припинити расове розділення людей, обмеження на вступ до шлюбу як базового інституту різним категоріям людей, включно з гомосексуальними людьми.

Як показує прецедентна практика Верховного Суду США, Європейського та Міжамериканського судів з прав людини та відповідні правові дослідження саме вимога принципу рівності, який має конституційне закріплення і нове еволюційне сприйняття, є первнем встановлення шлюбної рівності. Протягом історичного розвитку він також був коренем знищення несправедливої нерівності, передусім расової, а наразі і гендерної, які протягом тривалого часу спричиняла шкоду значній кількості людей, обмежуючи їх у прав та свободах. Закони, які забороняють одностатевим парам реалізовувати фундаментальне право на шлюб, суперечать принципу рівності і є дискримінаційними.

Одностатеві пари мають однакове з різностатевими право на створення сім'ї та вступу до шлюбу, адже ці інститути є фундаментальними, надають додаткові правові можливості та не залежать від таких ознак як раса, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність тощо. Порушуючи основоположний принцип рівності держави не тільки позбавляють негетеросексуальних людей можливості реалізації ними права на вступ до шлюбу, а й цілої низки відповідних додаткових прав та переваг, які надаються шлюбом.

Встановлення шлюбної рівності є виправданим та необхідним, зважаючи на незаперечну людську автономію та гідність щодо вибору найінтимніших питань в житті людини, стійкий емоційний та інтимний зв'язок між особами однієї статі, необхідність захисту дітей та сімей, створених геями та лесбійками. До того ж, розумної необхідності в демократичному суспільстві та законного інтересу для обмеження здійснення цих прав не існує.

РОЗДІЛ 3

ЛЮДСЬКА ГІДНІСТЬ ЯК ВИМОГА ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ

3.1. Загальний аналіз ідеї людської гідності

Гідність як явище та цінність розкривається у багатьох дискурсах – філософському, релігійному, антропологічному, правовому тощо. Таке широке її використання зокрема зумовлює і необхідність її належного тлумачення, адже сам її зміст не є експліцитним. Звертаючись до загального визначення, що надає, до прикладу, словник Meriam Webster, гідність – це «якість чи стан, за якого людина є вартою честі та поваги» [55]. Інші словники також оперують дотичними категоріями «важливості», «цінності», які притаманні людині, «поваги» від інших та «самоповаги» [56]. Зазначені загальні поняття мають глибоке філософське коріння, розвинуте ще з античних часів відомими філософами, зокрема і Цицероном.

Сергій Головатий у своїй праці «Про людські права» наводить ґрунтовний аналіз філософських основ людської гідності, включно з античним зародженням концепції. Відповідно до ідей Цицерона, кожна людина має власні моральні рішення, які він називає чотирма «персонами» (ролями, моральними чеснотами), де однією з них є людський розум та свідомість. Саме ця особливість вирізняє людину від решти тварин і виступає основою гідності людини, яка в свою чергу міститься саме у людській природі [57, с. 436-438]. Людська природа, відповідно до філософії стоїків, не тільки була першоджерелом людського розуму, а й людської індивідуальності та власної волі. Хоча Цицерон і висвітлив поняття людської гідності чи не вперше, все ж її сприймав не як універсальну цінність, а радше як категорію, залежну від конкретного соціального статусу. До того ж, тогочасне розуміння гідності не набуло правового значення [57, с. 438].

Вже після утвердження християнства людська гідність за відповідною філософією почала сприйматися як така, що належить усім людям без винятку на основі подібності кожної людини до Бога [57, с. 439]. Пізніше, в епоху Відродження, виникає ідея рівності всіх людей, адже кожна людина є гідною, бо має наділену розумом «безсмертну душу» [57, с. 439]. Це можна вважати позначенням відходу від попереднього «статусного» розуміння гідності.

Зрештою, можна прослідкувати послідовний розвиток вказаної ідеї людської гідності та дотичних ідей рівності та недискримінації, зокрема і з ідей Вільгельма фон Гумбольдта. Відповідно до аналізу Сергія Головатого, Гумбольдт був противником сприйняття людини через ознаки раси чи релігійної приналежності, вважаючи такий спосіб «нелюдським, упередженим і таким, що суперечить правдивій людській гідності» [57, с. 443]. Він також наполягав на відмові держави від такого підходу, адже він є «радіше оцінюванням індивідуальних рис особи» [57, с. 443]. Це, відповідно, можна вважати започаткуванням сучасного розуміння принципу рівності та недискримінації, та його нерозривного зв'язку з людською гідністю.

Щодо юридичної науки, то тут немає ні одностайного визначення поняття людської гідності, ні його сприйняття. Хоча категорія людської гідності, так само як і, до прикладу, основоположний принцип рівності, існує незалежно і не потребує текстуального закріплення, вона, попри це, міститься в багатьох нормативних актах, як в національних, так і в міжнародних. До прикладу, Конституція України містить низку норм прямої дії, в яких йдеться про гідність людини. Це, зокрема, стаття 3, яка визнає людину і її гідність найвищою соціальною цінністю, стаття 68, що встановлює обов'язок кожного та кожної не посягати на гідність інших людей. Більше того, стаття 21 демонструє чіткий зв'язок між основоположним принципом рівності та людською гідністю, встановлюючи рівність всіх людей у їхній гідності, а стаття 28 закріплює навіть окреме право кожного та кожної на повагу до їх гідності у вигляді прямої заборони на поводження чи покарання, що принижує людську гідність. Іншим прикладом може слугувати також стаття 1 Конституції Німеччини, що закріплює

недоторканність людської гідності та обов'язок державної влади її поважати та захищати[58]. Гідність тут визначається як «основа, що легітимізує державу» та «нормативний наказ, що надає людській гідності статусу установчого принципу в системі засадничих прав» [57, с. 458, 471]. Зрештою, саме людська гідність створює необхідність наявності у людини її прав як спосіб охорони свого життя, тобто по суті є «правом на права» [57, с. 459].

Щодо міжнародно-правових документів, які апелюють до людської гідності, то це передусім Статут Організації Об'єднаних Націй та Загальна декларація прав людини. У преамбулі першого йдеться, зокрема, про намір Об'єднаних Націй знову утвердити віру в основні права людини, у гідність і цінність людської особистості [59]. Є очевидним, що таке глибоке формулювання було зумовлене передусім трагічним та антигідним досвідом Першої та, особливо, Другої світової війни. Остання була побудована на запереченні людських прав та ненависті до людини як такої, особливо до тих, що належали до меншин, відрізнялися походженням, кольором шкіри чи сексуальною орієнтацією, що було продукуювано багатьма злочинними режимами, які панували в тогочасній Європі, передусім націонал-соціалістичним, фашистським та російсько-радянським комуністичним режимами. Саме тому до зазначеного апелювання до людської гідності та прав творці Статуту були змушені внести конструкцію «знову».

Загальна декларація прав людини ще ширше звертається до людської гідності, як у преамбулі, так і в окремих статтях, визнаючи її невід'ємною і притаманною всім членам людської сім'ї та основою свободи, справедливості та миру у світі [60]. Стаття 1 Декларації ще раз наголошує на визначальній ролі зазначеної категорії, вказуючи на те, що всі люди народжуються вільними у своїй гідності та правах, а також вкотре наголошуючи на нерозривності ідей гідності, рівності та людських прав.

Говорячи про узагальнене розуміння гідності у праві, то передусім постає питання чи становить вона окреме суб'єктивне право особи. Як зазначає Сергій Головатий, правові системи, що мають своєю основою римське право,

позиціонують гідність людини як її окреме право, маючи навіть при цьому відповідні механізми захисту такого права [57, с. 447]. Не винятком в цьому контексті буде і Україна. До прикладу, ч. 3 ст. 387 Кримінального кодексу України передбачає кваліфіковану ознаку розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування, а саме, якщо розголошені дані ганьблять людину, принижують її честь і гідність. Цивільний кодекс України відносить гідність до особистих немайнових благ, які охороняються цивільним законодавством (ч.1 ст. 201), а приниження гідності особи – до моральної шкоди, право на відшкодування якої мають всі люди (ч.1, п.4. ч.2 ст. 23). Стаття 297 ЦК зазначає, що кожен має право на повагу до його (її) гідності, яка є недоторканною.

Зазначене формулювання по суті підтверджує наведену вище тезу про гідність людини як окреме право. Таку ж позицію займає і Суд справедливості ЄС, який зазначає, що «засадниче право на людську гідність і недоторканність є невіддільною частиною європейського правопорядку» [57, с. 453]. Німецькі науковці також визнають гідність як окреме особистісне право прямої дії та зазначають, що «кожен має право на непорушність своєї гідності» [57, с. 459]. Така позиція сформована, по-перше, практикою Конституційного суду держави, а по-друге, власне конституційними формулюваннями «недоторканність», та обов'язок поважати та охороняти». Захищатися таке право мало б шляхом подання конституційної скарги, до прикладу, у випадку прийняття законодавцем нормативно-правового акту, який може потенційно посягати на людську гідність [57, с. 460-461].

Проте, варто звернути увагу, що почасти йдеться не власне про право на гідність як таку, а натомість про право на повагу до людської гідності. Микола Козюбра, аналізуючи проблему відносності прав людини, зазначає, що більшість прав не є абсолютним і можуть бути предметом обмеження. Чи не єдиним винятком професор називає право на повагу до людської гідності, яке можна вважати абсолютним [31, с. 59]. Про абсолютний характер людської гідності зазначає і Сергій Головатий, також апелюючи до німецьких вчених, зокрема й

Екарта Кляйна, який стверджує, що людську гідність «можна порушити, але її не можна відчужити» [57, с. 461, 472]. Едвін Камерон, правозахисник та суддя Конституційного суду Південної Африки (2009-2019), в підтримку цієї ідеї стверджує, що не може існувати закону чи будь-якої суспільної практики, які здатні позбавити людину гідності. Як приклад пан суддя наводить політику та закони апартеїду, які посягали на гідність темношкірих людей, проте їхню вроджену людську цінність не могли нівелювати жодним чином [61, с. 12].

Пан Козюбра також називає гідність «однією із загальних конституційних засад», найголовнішим для реалізації якої є «інститут невід'ємних і невідчужуваних прав людини» [31, с. 72]. Так само, як зазначає дослідниця з Оксфордського університету Мішель Фінк, покликаючись на пана Вейнріба та пана Богнетті, людська гідність, разом з принципом рівного громадянства, є базовими складовими концепту особистості у сучасних конституційних державах, при чому безвідносно до будь-яких ознак, разом з гендерною, расовою чи сексуальною ідентичністю [62, с. 47]. Схожу позицію має і Вікі Джексон, яка стверджує, що людська гідність стала «важливою частиною транснаціонального доробку конституціоналізму та прав людини» [62, с. 29]. Більше того, повагу, захист та втілення вимог людської гідності, яка «є основою всіх інших прав і свобод людини», можна вважати найвдалішим елементом єднання ключових теорій верховенства права та правової держави, підтвердженням чого можна знайти у Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права [31, с. 390]. Так, преамбула документу визнає, що рівні і невід'ємні права, впливаючи з властивої людській особі гідності, є основою свободи, справедливості і загального миру [63].

Аналізуючи феномен людської гідності, Сергій Головатий схиляється до того, що повага до гідності людини може визнаватися й окремим правом і засадничою цінністю водночас, що разом становлять єдине нероздільне явище [57, с. 447]. Проте, в контексті розуміння і тлумачення зазначених раніше міжнародних документів, в преамбулах та наріжних статтях яких згадуються окремо права та свободи людини та людська гідність, що є їх основою, гідність

людини радше не становить окремого права людини. Натомість варто говорити про цінність, яка є засадничою щодо всіх прав та свобод людини, є їхньою основою [57, с. 448-450]. До того ж, людська гідність визнається «інтелектуальним ядром всієї культури людських прав» [57, с. 453]. Окремо варто наголосити на нероздільному зв'язку гідності людини з основоположним принципом рівності та недискримінації в контексті рівності усіх людей в їх правах, свободах та гідності, незалежно від наявності чи відсутності окремих ознак.

3.2. Вплив ідеї людської гідності на встановлення шлюбної рівності

Зазначений у попередньому підрозділі аналіз демонструє, що єдиного підходу до розуміння людської гідності не існує ні на теоретичному рівні, ні на практичному. Проте, як би людська гідність не визначалася, яким би правовим явищем не була – принципом, засадою, цінністю, іманентною властивістю людини чи навіть окремим правом, найважливішим власне є не те, «що людська гідність означає, а радше що вона робить», тобто яким чином вона впливає на становище людини у правовому полі, її права та свободи з практичної точки зору [62, с. 27]. Винятково важливими є вимоги людської гідності щодо прав людей, особливо тих, які належать до меншості і потерпають від дискримінації, в тому числі і негетеросексуальних людей. Тож варто розглянути це питання детальніше.

На думку Марти Нусбаум, досягнути соціальної справедливості вдалося б, якби кожен мав можливості для гідного життя. До таких можливостей, зокрема, належить життя нормальної тривалості, вільний вибір місця проживання, захищеність від насильства, а також можливість «кохати тих, хто кохає і дбає про нас», незалежно від їх гендеру [64, с. 54-56].

Як зазначалося раніше, і гетеросексуальні, і негетеросексуальні інтимні союзи двох вільних, дієздатних, наділених свободою вибору людей вважаються природними та рівноцінними між собою, неважливо чи у них перебувають люди

різних біологічних статей, чи однакових. На думку Верховного Суду США, значення шлюбу, власне, і виражене у можливості двох людей разом, в їх інтимності, віднайти самовираження, близькість та духовність. І такі зв'язки, як і їх автономія, що дозволяє зробити людям такий глибокий вибір, обов'язково сповнені гідністю, незалежно чи це різностатеві чи одностатеві пари [6, с. 13].

Проте, таке сучасне сприйняття негетеросексуальних зв'язків з їх рівноцінністю та гідністю в Західному світі побутувало не завжди. Протягом тривалого історичного розвитку, особливо з приходом XX століття, гомосексуальність вважалася негідною, протиприродною, що важливо – на офіційному та науковому рівні, та навіть піддавалася кримінальному переслідуванню. Вершиною такої ненависті можна вважати міжвоєнний час та Другу світову війну, коли негетеросексуальні люди навіть стали об'єктом планованого знищення на рівні з євреями та ромами. В той час, як масове огіднення людини, тобто визнання наявності рівної та невідчужуваної гідності у всіх людей, почалося лише після трагічного досвіду Другої світової війни, ставлення до негетеросексуальних людей дискримінаційно залишалося зовсім іншим. Початок зміни вказаного сприйняття можна відраховувати лише з другої половини XX століття із зародженням прайд-руху, який почав боротися за рівне ставлення, поважання гідності та дотримання людських прав негетеросексуальних людей. Сам рух зародився ще у 1969 році у Сполучених Штатах Америки після так званих Стоунволльських бунтів, коли вперше геї та лесбійки фактично повстали проти дискримінації їх державою, і що, за словами історика Девіда Картера, «було для геїв відправним моментом, як Бастилія (її падіння – своє) була для французів (в часи Великої французької революції – своє)» [65, с. 266]. Лише після проходження цього етапу можна почати говорити про зародження сучасного бачення проблеми.

Питання людської гідності широко підіймається в аспекті запровадження шлюбної рівності, як науковцями, так і самим державами через судові та урядові механізми. В цьому аспекті можна виділити кілька головних аргументів, які

пояснюють як вимога людської гідності вплинула на утвердження шлюбної рівності

По-перше, негетеросексуальні люди, їх сімейні союзи наділені рівноцінною невід’ємною гідністю, яка, як основа і першоджерело всіх людських прав, створює вимогу рівності таких прав та свобод, в тому числі щодо права на створення сім’ї через реалізацію права на шлюб. Мішель Фінк зазначає, що після пройдених соціокультурних змін немає нічого дивного у тому, що саме до концепту людської гідності звертаються, намагаючись утвердити шлюбну рівність, адже «гідність – це іноді єдине, що лишилося в тих, до кого ставляться як до нерівних» [62, с. 28]. Апелювання до концепції людської гідності в цьому аспекті не є точковим, а відбувається постійно в різних площинах та юрисдикціях. Міжнародне залучення концепції гідності має тісний зв’язок з транснаціональним характером руху за права негетеросексуальних людей та присутністю проблеми шлюбної рівності у багатьох державах. Такі нерозривні транскордонні зв’язки також позитивно впливають на людські права зазначеної категорії та їх дотримання закордоном [62, с. 28].

До того ж, до людської гідності почасти апелювали як до рушія процесу переходу від виключення людей за окремими ознаками до їх повної всеохопленості (з англійської – «inclusion»). До прикладу, лише за останнє століття через цей шлях пройшли жінки, люди з інвалідністю, темношкірі, а наразі і негетеросексуальні люди [62, с. 29].

В цьому аспекті варто проаналізувати релевантну судову практику, зокрема і Сполучених Штатів Америки. До 2013 року в цій державі існував Закон про захист шлюбу (DOMA), який передбачав, що, коли на федеральному рівні використовується термін «подружжя», це слід тлумачити лише як союз чоловіка та жінки як чоловіка та дружини, а слово «подружжя» (spouses) означає лише осіб протилежної статі, навіть якщо шлюбна рівність була запроваджена в окремих штатах [66]. Вказаний закон був визнаний неконституційним Верховним Судом США у справі *US v. Windsor*, в обґрунтуванні чого одну з вирішальних ролей відіграв концепт непорушної людської гідності [67]. Сам

закон було визнано таким, що посягає на людську гідність, адже «історія прийняття закону та, власне, його текст свідчать про те, що втручання у рівноцінну гідність одностатевих шлюбів, запровадженими Штатами у здійсненні їх суверенної влади, було більше, ніж побічна дія федерального закону – це була його сутність» [67, с. 21]. По суті, центральною метою закону було виключення негетеросексуальних людей з відповідних суспільних відносин, що було неприпустимим, оскільки така ціль «принижує гідність геїв та лесбійок» [62, с. 32]. Зрештою, Суд ствердив, що шлюби, у яких перебувають особи однієї статі є «вартими гідності у суспільстві, рівної всім іншим шлюбом», а вказаний закон завдає шкоди та заперечує людську гідність [67, с. 19-20].

Таку ж позицію займає і Верховний суд Штату Каліфорнія, який у рішенні *In re Marriage Cases* зазначив, що інститут шлюбу не може бути недоступним для одностатевих пар, адже це заперечує їх сім'ї, які мають рівноцінну гідність та повагу [68, с. 8-9]. У справі *De Leon v. Perry* Апеляційний суд Сполучених Штатів для П'ятого Округу висловив таку ж аргументацію: заперечення права негетеросексуальних людей понижує їхню гідність та позбавляє їх «переваг, гідності та цінності» перебування у шлюбі [69, с. 17]. До того ж, було визнано, що рішення вступити до шлюбу залучає найбільш інтимні та особисті рішення, які людина може прийняти протягом всього свого життя і які є «центральними для людської гідності та автономії» [70, с. 23]. Всі зазначені рішення були ще раз остаточно «затверджені» вже на федеральному рівні Верховним Судом США в 2015 році у справі *Obergefell v. Hodges*, де суд вкотре наголосив на тому, що зв'язки між людьми однієї статі, які прагнуть укласти шлюб, як і їх автономія, сповнені гідності [6, с. 13]. Саме ж право на шлюб здатне сповнити гідністю пари, які «прагнуть реалізувати себе через взаємне зобов'язання один одному» [6, с. 14]. Також суд зазначає, що держава, що закриває таким людям доступ до центрального інституту суспільства, «принижує їх», адже одностатеві пари так само можуть претендувати на реалізацію «цього блага в його найвищому значенні» [6, с. 17].

Мішель Фінк зазначає, що людська гідність все ж не є першоджерелом, на основі якого були прийняті згадані рішення, адже вони були зумовлені передусім принципом рівності та свободи, проте гідність людини так само є обґрунтовальним чинником, який перетворює соціокультурні зміни на вже видозмінене розуміння права [62, с. 37]. Іншу позицію мають Лоренс Трайб та Джошуа Мац, які стверджують, що вимога запровадження шлюбної рівності постає прямо з визнання права на повагу до людської гідності та рівного ставлення до всіх пар, побудованих на стійких інтимних стосунках, незалежно від статі партнера, обраного індивідом [47, с. 480]. До того ж, як вимога запровадження шлюбної рівності, невідчужувана гідність виступає в нерозривній сукупності з іншими цінностями та принципами, передусім свободою, рівністю та справедливістю, що може бути поясненим надзвичайно комплексною та складною природою людської гідності, її абсолютністю та центральним і спрямовувальним місцем серед інших прав та свобод.

Схожу до позиції судів США займають й інші американські судові установи, в тому числі Канади та Мексики. Верховний суд Канади у справі *Vriend v. Alberta* ствердив, що держава повинна захищати негетеросексуальних людей від можливої дискримінації, оскільки не роблячи цього та не включивши ознаку сексуальної орієнтації у відповідний антидискримінаційний закон, держава фактично б визнала, що «усі люди є рівними у своїй гідності та правах, окрім геїв та лесбійок» [71, с. 497]. До того ж, навіть потенційне посягання на гідність та усвідомлену цінність негетеросексуальних людей є «особливо жорстокою формою дискримінації» [71, с. 551]. Верховний суд Мексики так само дійшов до висновку, що право (свобода) індивіда вільно та самостійно визначати з ким вступати чи не вступати до шлюбу має своїм джерелом саме людську гідність. Тож в цьому аспекті саме наявність невідчужуваної людської гідності зобов'язує модифікувати відповідні закони та припинити дискримінацію негетеросексуальних людей [62, с. 38].

Запроваджуючи шлюбну рівність, Конституційний суд Південної Африки у справі *Minister of Home Affairs v. Fourie* (2006) ствердив, що всі люди мають

рівнозначну вроджену гідність та цінність, «якими б не були їх інші відмінності», а тогочасний дискримінаційний закон за своєю суттю позбавляв негетеросексуальних людей того, «що є фундаментальним для конституції та ідей рівності та гідності» [72, с. 30]. Відсутність шлюбної рівності в такому разі не лише позбавляла цілої категорії людей доступу до фундаментального інституту, а й, через зазначене заперечення гідності цих осіб, продукувало інші негативні наслідки. Таке негідне ставлення «надто швидко і підступно переросло у заперечення людяності і призвело до нелюдського ставлення з боку решти суспільства», що виявлялося у багатьох інших ситуаціях, ще більше принижуючи гідність, цінність, впевненість та самоповагу геїв та лесбійок [72, с. 30]. Таку ж позицію має і Мері Бонауто, яка зазначила, що заборона вступати в шлюб з особою, яку вільно обрала сама людина, є «нічим іншим ніж широкомасштабним посяганням на людську гідність та рівність ЛГБТ-людей» [13, с. 7].

З проаналізованих нами рішень можна побачити, що саме людська гідність протистоїть дискримінативному позбавленню негетеросексуалів можливості реалізувати їх фундаментальне право на шлюб. Це якраз демонструє ту її роль, про яку зазначалося на початку розділу, – центральну та спрямовувальну щодо всіх інших людських прав та свобод. І навіть якщо деякі суди могли більше апелювати до принципу рівності, а не до людської гідності, слід пам'ятати, що саме вона є джерелом та вимогою цього принципу, як і решти основоположних принципів права. Тож у випадку практичної реалізації, до прикладу, принципу рівності та недискримінації, варто говорити і про безперечне втілення концепту невідчужуваної людської гідності та її вимог.

По-друге, заперечуючи право негетеросексуальних людей на вступ до шлюбу, держава створює режим сегрегації для своїх же громадян за ознакою сексуальної орієнтації, які таким чином опиняються у становищі «другосортних» [62, с. 33-35]. Така ситуація категорично суперечить основоположним цінностям та принципам демократичного суспільства та посягає на людську гідність. Як зазначає Палата Лордів Сполученого Королівства у справі *Ghaidan v. Godin-*

Mendoza (п.132), демократія побудована на позиціях рівності, де кожна людина має рівні права, свободи та гідність, а ставлення до когось як до меншовартісних людей автоматично посягає на людську гідність таких осіб та завдає моральних страждань [73]. До того ж, основоположний принцип рівності, гарантований конституцією, має «принаймні означати, що бажання парламенту заподіяти шкоду політично непопулярній групі не може виправдати дискримінаційне ставлення» до такої категорії людей [67, с. 20].

У вже згаданому рішенні Верховного Суду США у справі *Lawrence v. Texas*, яке повністю скасувало криміналізацію одностатевих інтимних зв'язків, Суд встановив, що, оскільки негетеросексуальні люди так само вільні обирати собі партнера, закон повинен ставитися до них рівноцінно з іншими людьми. До того ж концепція рівної та невідчужуваної людської гідності не дозволяє державі втручатися в глибоко особисті сфери вільного вираження інтимності дорослих і вибору інтимного партнера, побудованих на їх згоді [46, с. 14, 44]. Це рішення відтоді називають «ударом по конституційній легітимності статусу гомосексуалів як другого класу» [62, с. 33].

Массачусетський верховний суд у справі *Goodridge vs. Department of Public Health* також наголосив на рівності та гідності усіх індивідів та неприпустимості створення двокласового суспільства [14, с. 313]. Суд сприйняв запровадження шлюбної рівності по суті «як включення гомосексуалів до повного громадянства», що знищує існування двокласового суспільства, «де права різняться залежно від сексуальної орієнтації» [62, с. 34]. Так само тут можна прослідкувати зв'язок з основоположним принципом рівності, який зумовлює несприйняття та заборону будь-яких законодавчих положень, які «ставляться до певних людей як до другосортних, принижують їх, ставляться до них як до менш здатних без поважних причин або інакше посягають на фундаментальну гідність людини» [74, с. 544]. З цього можна зробити висновок, що доки не запроваджена шлюбна рівність, негетеросексуальні люди фактично залишаються «неповноцінними громадянами» у двокласовому суспільстві,

оскільки шлюб лишається для них недоступним лише через їхню сексуальність [62, с. 45].

Таку ж позицію висловлює і Мері Бонауто, яка переконує, що інститут шлюбу – це не лише про класичне правове визнання інтимних стосунків чи символічне узаконення любові, а й про рівність громадянства з усіма відповідними наслідками. Тож у випадку відсутності шлюбної рівності чи нерівноцінної заміни інституту, до прикладу, цивільними партнерствами, це можна вважати прямим посяганням на громадянство таких осіб [13, с. 6]. Нансі Ф. Котт, американська дослідниця з Гарвардського та Єльського університетів, проводить чіткі паралелі між боротьбою за шлюбну рівність в аспекті сексуальності та боротьбою за знищення расової сегрегації в цьому самому аспекті. Вона переконує, що і негетеросексуальні, і темношкірі люди прагнули мати доступ до фундаментального інституту шлюбу саме заради визнання доступу до рівних громадянських прав. До того ж, заборона одружуватися особам однієї статі та особам різних рас має однакову дискримінаційну та стигмаційну природу – в першому випадку йдеться про встановлення класової зверхності гетеросексуальності над гомосексуальністю, в другому – про існування вищості білої раси [13, с. 6-7].

Так само, як зазначає Едвін Камерон, концепт людської гідності дозволив закріпити у судовій практиці Південної Африки ідею про рівне «всеохопне моральне громадянство» негетеросексуальних людей та мав на меті відновлення запереченої колись людської гідності та «зречення приниження і деградації» щодо зазначеної категорії людей [61, с. 9, 13]. До того ж, така роль концепту людської гідності не є точковою, а радше повсюдною, про що зазначалося раніше [61, с. 9, 13]. Аналогічну позицію має і Мішель Фінк: рішення судів, які встановлювали шлюбну рівність, за своєю суттю прокладали негетеросексуальним людям правовий шлях до «повного громадянства», після чого такі люди могли користуватися тими самими правами, що й інші, отримуючи всі відповідні вигоди та не будучи при цьому «дискримінованими через свою сексуальну орієнтацію» [62, с. 34].

Таке ставлення до негетеросексуальних людей як до другосортних має своїм джерелом їх тривале переслідування та дискримінацію. Як зазначає правозахисник та депутат Шотландського парламенту Патрік Гарві, невинуватна опозиція до будь-якого покращення в аспекті рівності та недискримінації, включно з правами негетеросексуальних людей, існувала протягом багатьох поколінь [75]. В цьому аспекті покликання на статус «другосортності» у вказаних судових рішеннях нагадує, що такі люди раніше багато в чому були виключені з благ та свобод, гарантованими людською гідністю та правами, в тому числі через заборону користуватися багатьма інститутами, включно зі шлюбом [62, с. 35-36].

Ентоні Кеннеді, суддя Верховного суду США (1988-2018), в одному з інтерв'ю зауважив, що уряд США намагається «дати свободу пригніченим народам» через певний спільний інтерес, ідею, прагнення та єдину концепцію людської гідності [76]. Мішель Фінк вважає, що в такому разі людська гідність може мати універсальне значення, що полягає у «звільненні пригноблених людей». Саме це могло б пояснити перехід негетеросексуальних людей від виключеності суспільством до всеохопності та свободи, так само як і відповідні рішення Верховного суду США щодо цієї категорії людей, які апелювали до концепту людської гідності та її міжнародного виміру [62, с. 35-36]. Такий вимір цього концепту щільно узгоджується з, по-перше, транснаціональною присутністю негетеросексуальних людей, незалежно від соціокультурних умов держав, в яких вони народилися чи перебувають, та, по-друге, надкордонним поширенням руху за права геїв та шлюбну рівність.

3.2.1. Співвідношення вимог людської гідності, шлюбної рівності та принципу пропорційності як складової частини принципу верховенства права

Іноді в правовій дійсності, зокрема і в українській, побутує думка, що права негетеросексуальних людей певною мірою можуть не бути сумісними з правами

більшості [77, с. 275]. В цьому контексті доцільно буде провести дотичний аналіз положень концепції людської гідності, шлюбної рівності та релевантних вимог принципу верховенства права. Передусім мова йде про принцип поваги до прав і свобод (кожної) людини, які становлять «обмежувальний бар'єр» та систему стримувань і противаг» державі [31, с. 362], а також принцип рівності та недискримінації, який був детально проаналізований нами у попередньому розділі. Проте, особливої уваги заслуговує принцип пропорційності, який, у сполученні з неналежним розумінням природи шлюбної рівності, людської сексуальності та і власне самої його суті, почасти обростає неправильними чи маніпулятивними висновками.

По-перше, принцип пропорційності регулює співмірність обмежень прав людини, причому вони можуть обмежуватися настільки, наскільки це є «абсолютно необхідним для захисту публічного інтересу» [31, с. 374]. В аспекті відсутності шлюбної рівності необхідно з'ясувати два ключові питання: чи існує такий публічний інтерес, який би вимагав відповідного обмеження взагалі, і, якщо такий існує, чи може він переважати над основоположним людським правом на створення сім'ї через укладення шлюбу та людською гідністю.

Щодо наявності згаданого публічного інтересу, який має бути зрозумілим, раціональним та легітимним, то це питання вже було описане нами у попередньому розділі. Такого інтересу, зважаючи на існування трьох сексуальних орієнтацій, що є природними та незмінними, не вбачається, як і, до прикладу, його не було у випадку заборони одружуватися людям різних рас, що ще існувала півстоліття тому. У рішенні *Kitchen v. Herbert*, яким шлюбну нерівність було визнано неконституційною у Штаті Юта, Федеральний апеляційний суд США Десятого Округу ствердив, що обмеження державою права негетеросексуальних людей на вступ до шлюбу є «посяганням на гідність одностатевих пар без будь-яких раціональних причин» [78, с. 1189].

У цьому рішенні та рішенні Верховного суду Штату Колорадо *Romer v. Evans* зазначено, що закон, який позбавляє негетеросексуальних людей права на захист від дискримінації, немає жодної законної мети з таких причин. По-перше,

закон, який встановлює, що для однієї категорії людей буде складніше отримати захист держави загалом, ніж всім іншим громадянам, є посяганням на принцип рівності «у найбільш прямому сенсі», адже цей принцип не може бути досягнутий, якщо існує «безладне встановлення нерівності». Такий закон так само не відповідає конституційній традиції, де панує принцип верховенства права. По-друге, такі закони «викликають неминучий висновок» про те, що намагання створити такі перешкоди «народжується саме з ворожості до цієї групи осіб» [78, с. 1209; 79; 622, 634-635]. Так само, у справі *Goodridge vs. Department of Public Health*, Верховний суд Штату Массачусетс ствердив, що держава мала «більш ніж широку можливість» обґрунтувати яким є законний інтерес у виключенні негетеросексуальних людей з інституту шлюбу, проте «не спромоглася зробити цього». Так само держава «не спромоглася встановити будь-які дотичні характеристики, які виправдали б недопуск особи, яка бажає укласти шлюб з особою однієї статі, до інституту шлюбу» [14, с. 342].

Поширеною ідеєю, якою часто намагаються обґрунтувати існування такої необхідності, є те, що шлюбна рівність, нібито, загрожує самому інституту сім'ї. Проте, така позиція була неодноразово спростована і визнана «значною логічною хибою» як науковцями, так і судами, в тому числі і Верховним судом США, адже мова йде лише про встановлення відповідності між сімейними зв'язками одностатевих пар та відповідними правовідносинами, і було б «неймовірним, якби такі шлюби могли б спричинити занепад шлюбу як інституту» чи вплинути на «найбільш інтимні та особисті рішення різностатевих пар» [21, с. 4-32; 50, с. 106; 6, с. 26; 51, с. 34-35]. Навпаки, одностатеві пари прагнуть, окрім зазначеного правового визнання, прийняти «урочисті шлюбні зобов'язання щодо винятковості, взаємодопомоги та відданості одне одному», що є свідченням про «невмируще місце шлюбу в наших законах та в людському дусі» [14, с. 338]. Окремо Верховний суд Штату Массачусетс наголосив, що запровадження шлюбної рівності «не зменшить вагомість чи гідність різностатєвого шлюбу, принаймні не більше ніж визнання права особи на шлюб з особою іншої раси знецінить шлюб, укладений між особами однієї раси» [14, с. 338].

Іншим аналогічним твердженням щодо законного інтересу є захист дітей, хоча, по-перше, негетеросексуальні люди і так можуть мати власний дітей, а по-друге, навпаки, захист гідності дітей негетеросексуальних людей став однією з головних причин рішення Верховного суду США та інших судів на користь запровадження шлюбної рівності. Як вже було зазначено у попередніх розділах, ідея про неповноцінність одностатевих сімей чи шкідливий вплив негетеросексуальних людей на дітей є міфом, який був неодноразово спростований і науковцями, і судовою практикою [16, с. 65-66; 21; 6, с. 8].

До того ж, між заборонаю шлюбної рівності та бажанням держави створити для дітей «ідеальне сімейне середовище» немає жодного раціонального зв'язку, адже, по-перше, така заборона жодним чином не впливає на рішення щодо дітей як в різностатевих, так і в одностатевих сім'ях, а по-друге, вона не тільки принижує гідність та завдає шкоди дітям негетеросексуальних людей, а й дітям в різностатевих сім'ях, які можуть бути геями чи лесбійками [78, с. 1214]. По-третє, намагання держави ствердити, що «прийнятним» варіантом сім'ї є лише ті союзи, де діти народилися від природного зачаття, окрім, власне, самої неприйнятності втручання в глибокі інтимні сфери життя людей, так само принижує дітей, які були всиновлені різностатевими, почасти безплідними, парами, які виховуються одним з батьків чи які були народжені з допомогою репродуктивної медицини чи сурогатного материнства [78, с. 1213-1214]. По-четверте, цінність чи важливість інституту шлюбу не залежить від нездатності чи небажання мати дітей, а саме право на укладення шлюбу не може бути обумовлене можливістю чи зобов'язанням народжувати потомство [14, с. 332-334].

Проте, навіть якщо б такий легітимний інтерес існував, це не означає, що він зміг би подолати бар'єр непорушності людських прав і, особливо, людської гідності. Як вже було зазначено, саме невідчужувана вроджена людська гідність є однією з вимог запровадження шлюбної рівності, зокрема і через втілення принципів рівності, справедливості та свободи, а відсутність такої автоматично означає стигматизацію, посягання на гідність негетеросексуальних людей та

сегрегацію суспільства з виокремленням «другосортних» громадян. Це означало б, по суті, продовження тривалого несправедливого приниження та дискримінації, які апріорі є одними із загальновизнаних посягань на людську гідність разом з дифамацією, тавруванням, опалою та жорстоким покаранням [57, с. 468]. Тож в такому разі згаданий інтерес, навіть якби він був продукований правами інших людей, вступав би у конфлікт безпосередньо з людською гідністю.

Варто зазначити, що лише право на рівність перед законом та судом та право на вільний розвиток особистості мають подібний до людської гідності широкий обсяг [57, с. 472]. До того ж, обидва ці права можуть виступати в підтримку запровадження шлюбної рівності, як це зазначив Конституційний суд Іспанії [62, с. 40]. Щодо співвідношення гідності людини та інших її прав, то на думку німецьких вчених, «всі засадничі права стоять на службі людської гідності», а вона в свою чергу є «вершиною» всієї системи людських прав [57, с. 470]. Сергій Головатий, звертаючись до досвіду німецьких конституціоналістів, стверджує, що припис про недоторканність людської гідності виступає непорушним, «священним», та таким, що неможливо обмежити, особливо в контрастному порівнянні з іншими людськими правами, покликаючись на суспільний інтерес [57, с. 461]. Тож жоден суспільний інтерес, якщо б такий існував, чи права інших людей, якщо б такі вступали в суперечність, не можуть посягати на людську гідність негетеросексуальних людей, а тому і не здатні спричиняти та виправдати відсутність шлюбної рівності.

Варто пам'ятати, що людська гідність знаходиться на вершині цінностей, «що як промені розходяться по всьому тілу права», при чому вказані цінності визначають як відносини між державою та людиною як такою, так і власне поміж людьми [57, с. 472]. Вона якраз виступає тим елементом, який здатен обмежити здійснення певних прав та свобод іншими людьми. Мова передусім повинна йти про баланс права на вільне вираження поглядів, в тому числі тих, що стосуються здійснення релігійної свободи, та недоторканність людської гідності в аспекті

дискримінації, дифамації та приниження. В зазначеному випадку недоторканність людської гідності повинна переважати і таким чином автоматично обмежувати права інших осіб, утверджуючи класичне правило – «права однієї особи закінчуються там, де починаються права іншої».

Саме такою є позиція Федерального Конституційного суду Німеччини, який, власне, і «вивів» принцип пропорційності з кодифікації прусського права [31, с. 373-374]. З його практики вбачається, що обмеження щодо непорушності гідності має абсолютний характер та унеможливорює пошук рівноваги та балансу інтересів між відповідними правами, зокрема, і права на вільне вираження поглядів [57, с.473-474]. Це ще раз підтверджує той факт, що гідність людини має «зобов'язальну силу першорядного значення» і є «основою основ усієї системи цінностей, а її ураження – це завдання шкоди самій ідеї людських прав як таких» [57, с. 474].

Верховний суд США також прямо зазначив, що шлюбна рівність не може завдавати шкоди будь-кому, зокрема, ні релігійним свободам людей, ні їм самим [6, с. 19]. До того ж, варто пам'ятати, що релігійні уявлення одних осіб не можуть створювати будь-яких умов чи перешкод для людей, які мають інше філософське сприйняття та світогляд. Тим більше якщо це може впливати на реалізацію ними людських прав та свобод, особливо щодо тих питань, що мають своїм джерелом найбільш інтимні рішення, прийняття яких має глибоке коріння у непорушній людській гідності. Передусім це питання сексуальності, інтимного життя, контрацепції, народження чи ненародження дітей, обрання партнера, вступ до шлюбу, способу життя тощо, які є повністю приватними і не можуть зазнавати втручання як з боку держави, так і з боку інших людей чи суспільства в цілому [6, с. 19].

Як зазначає шотландський парламентар Патрік Гарві, аргументи проти шлюбної рівності та і самих негетеросексуальних людей намагалися побудувати завжди, проте їх не просто потрібно не ігнорувати, а, навпаки, абсолютно «розгромити та протистояти їм», адже вони намагаються ствердити «меншу цінність, гідність, статус чи значення ЛГБТ-людей та їх стосунків». Він також

стверджує, що за понад 20 років правозахисної діяльності він не зустрів жодної належної, «морально цілісної» позиції, що змогла б обстоювати «моральну неправильність, меншу цінність чи статус» одностатевих стосунків. І неважливо, чи є такі аргументи релігійними, чи базуються на інших позиціях, вони «заслужують бути нівельованими», адже їх природою є гомофобність, а не «цілісна раціональна моральна позиція» [75]. Тут доцільно зауважити, що по-перше, між релігійністю та несприйняттям негетеросексуальних людей не можна ставити знак дорівнює, адже, досвід різних європейських суспільств та церков демонструє, зокрема, і толерантне ставлення до негетеросексуальних людей та підтримку шлюбної рівності, до того ж і серед них самих є, до прикладу, християни [80]. По-друге, почасти зазначене ставлення спричинене чинниками, які можна назвати політичною парадигмою цінностей особи, що відповідає відомому феміністському гаслу «особисте – це політичне», а не власне релігійними поглядами [13, с. 7].

До того ж, принцип пропорційності передусім вимагає від держави, у випадку необхідності обмежень прав людини, діяти відповідно до конституції та законів [31, с. 374]. Проте, у випадку обмеження негетеросексуальних людей у праві доступу до фундаментального інституту шлюбу в Україні, саме Конституція зі спотвореною своєю сутністю, яка б мала натомість бути уособленням захисту людських прав і свобод, так само як і законодавство, виступають тим самим бар'єром, який не дозволяє цілій категорії людей користуватися цим інститутом.

Окрім того, класично принцип пропорційності застосовується саме там, де межі утиснення прав людини виписані в конституціях та законах дуже невиразно, як і сам обмежувальний чинник, складність тлумачення чого покладається якраз на суди, як це може бути, до прикладу, з чинними обмеженням світових урядів, в тому числі й українського, щодо пандемії COVID-19 [31, с. 374]. В ситуації з відсутністю шлюбної рівності, все докорінно навпаки – обмеження є абсолютним, а суди не мають ніяких важелів для захисту відповідного права.

Тож в аспекті зазначеного аналізу щодо співвідношення шлюбної рівності, людської гідності та принципу пропорційності як складової частини верховенства права, мова повинна йти не про застосування принципу пропорційності щодо співвідношення людських прав негетеросексуалів з правами інших людей, а, навпаки, його дію щодо непропорційності такої заборони як вступ до шлюбу особам однієї статі.

Висновки до Розділу 3

Людська гідність є досить складним концептом, який сягає своїм корінням часів античності та наразі не має єдиного розуміння. Цицерон пов'язував існування гідності людини з її розумом та волею, що в свою чергу є тою ознакою, яка відрізняє людину з поміж інших тварин. Цей концепт пройшов значну та тривалу еволюцію сприйняття, проте говорити про масове його використання можна лише від часу закінчення антигідного досвіду Другої світової війни. Хоча почасти вона є закріпленою в законодавстві чи міжнародно-правових документах, вони так само не містять належних роз'яснень щодо її змісту.

Відповідно, людська гідність не має єдиного розуміння у правовій площині, де її можуть називати принципом права, конституційним принципом, засадничою цінністю, окремим суб'єктивним правом та іманентною властивістю людини. Хоча як надзвичайно широке явище вона може одночасно поєднувати всі зазначені ролі, найважливішим є не формальна назва концепту, а його вплив на правову дійсність, зокрема на дотримання та захист людських прав та свобод. Особливо щодо тих осіб, які належать до меншості та потерпають від дискримінації, зокрема і негетеросексуальних людей. Попри те, що гідність та цінність таких людей заперечувалася протягом тривало часу, починаючи з середини XX століття розпочалася кардинальна зміна їх сприйняття, тож наразі визнається рівноцінна та невід'ємна гідність всіх людей, незалежно від їх ознак.

Людська гідність є не лише джерелом знищення невинуватної дискримінації негетеросексуальних людей, а й прямою вимогою встановлення шлюбної рівності. Негетеросексуальні люди, їх відносини та сім'ї мають рівноцінну гідність, що в свою чергу створює вимогу рівності прав, зокрема і щодо реалізації права на шлюб. Гідність в цьому аспекті є тим явищем, яке створювало перехід від виключення суспільством окремих груп людей до їх повної інклюзивності, через процес чого пройшли не лише негетеросексуали, а й, зокрема, жінки, темношкірі та люди з інвалідністю.

Закон, що обмежує можливість реалізації негетеросексуальними людьми права на шлюб автоматично посягає на людську гідність, дискримінує, принижує їх та сегрегує людей на основі їх сексуальності, створюючи двокласове суспільство, у якому геї та лесбійки є «другосортними». Тож в цьому аспекті людська гідність не тільки дозволяє отримати доступ до найважливіших інститутів суспільства, а й встановити їх повне та рівноцінне «моральне громадянство». Тому концепт гідності відіграє роль звільнювача пригноблених людей, серед яких, передусім, люди з певними, відмінними від решти, ознаками.

При обмеженні людських прав принцип пропорційності як складова верховенства права безальтернативно вимагає наявності законного інтересу такого обмеження. В цьому контексті жодного зрозумілого раціонального законного інтересу не існує, що підтверджується і судовою практикою багатьох держав, включно зі США та Південною Африкою, а закони, що не допускають встановлення шлюбної рівності, є, відповідно, побудованими на упередженні до негетеросексуальних людей. Тому відсутність шлюбної рівності порушує принцип пропорційності як складової верховенства права, встановлюючи необґрунтовані та непропорційні обмеження щодо негетеросексуальних людей.

Проте, навіть якби такий законний інтерес існував, він би неодмінно посягав на людську гідність, яка жодним чином не може бути обмеженою. Вона є абсолютною, займає центральне та спрямовувальне значення серед усіх людських прав, які мають своїм джерелом саме зазначену невідчужувану людську властивість. Вона знаходиться на вершині людських цінностей і у

випадку конкуренції з іншими людськими правами, як впливає з практики Федерального конституційного суду Німеччини, виключає пошук рівноваги та балансу інтересів між відповідними правами, зокрема і правом на вираження поглядів.

РОЗДІЛ 4

СВОБОДА ЯК ВИМОГА ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ

4.1. Загальне розуміння концепту свободи

Свобода є одним з тих складних філософських концептів, які, як і, до прикладу, людська гідність, розглядаються багатьма науковцями та не мають єдино вираженого загального розуміння, в тому числі і в юриспруденції. Звертаючись до загального розуміння концепту свободи, Кембриджський словник визначає це поняття як «можливість вільно обирати спосіб життя та вільно пересуватися» [81]. Словник Meriam Webster надає дещо повніше визначення, називаючи свободу «якістю чи станом вільного буття» та перераховуючи відповідні її елементи: «сила вчиняти за своїми переконаннями, свобода від фізичних обмежень, свобода від свавільного або деспотичного управління, позитивне використання різних соціальних, політичних чи економічних прав та привілеїв та силу вибору» [82].

Витоки концепту ідеї свободи сягають часів стародавньої Греції та Риму, а також Англії, де свобода передусім розумілася «як захист проти тиранії політичних правителів», оскільки такі правителі здебільшого завжди сприймалися як антагоністи [83, с. 6]. Значний вплив на концепцію свободи справили такі визначні філософи як, зокрема, Іммануїл Кант, Жан-Жак Руссо, Джон Стюарт Мілль, Ісайя Берлін та інші. Останній, зокрема, упорядкував розуміння свободи у двох її вимірах – позитивному та негативному [84]. Відповідно, позитивна свобода, або «свобода для», має своїм джерелом прагнення особи «бути своїм власним господарем» та не бути «рабом нікого» і сприймає людину як активну та відповідальну за свої дії особу, яка здатна думати та обґрунтовувати свої вчинки самостійно відповідно до своїх власних ідей та цілей [84, с. 8]. Позитивний аспект свободи, відповідно до уявлень Ісайї Берліна,

відповідає на питання «що або хто є джерелом контролю чи втручання, що здатне вказувати комусь робити чи бути тим, а не цим?» будучи при цьому сукупністю можливостей людини, центром здійснення яких є вона сама [84, с. 3]. Негативний вимір свободи, або «свобода від» відповідає на питання «в якій сфері об'єкт, людина чи група людей має бути залишена робити чи бути тим, ким вона може, без втручання інших?», означаючи передусім сферу життя людини, вільну від будь-яких обмежень, перешкод чи втручання з боку інших осіб, суспільства чи держави [84, с. 3].

В правовому розумінні свобода є основоположним принципом, а так само одним з фундаментів, на яких базується право як соціальний регулятор. Професор М. Козюбра зазначає, що свобода як незаперечна «соціальна цінність» є базою, на якій існує право, яке «втілює її у своїх принципах та інститутах, закріплює та захищає легітимовану міру свободи» [31, с. 72]. Він наголошує на нерозривних взаємозв'язках права та свободи, де власне право уможливорює реалізацію індивідуальної свободи, яка, натомість, сповнює право натхненням. Хоча свобода є досить обширним концептом, вона знаходить своє пряме втілення саме в людських правах, які сповнюють особу «конкретним, реальним статусом вільної людини» та є основним стримувальним бар'єром сваволі держави [31, с. 72].

Свободу, яка є основоположним принципом права, також називають принципом конституційного ладу, «фундаментом конституційного ладу, який легітимізований правом» [86, с. 64].

Свобода має багато аспектів юридичного вираження, зокрема і через принципи толерантності, поваги до людських прав та свобод, а також індивідуальної автономії, які є особливо важливими в контексті цього дослідження [31, с. 72].

4.2. Вплив основоположного принципу свободи на вимогу встановлення шлюбної рівності

Попри те, що свобода є самим втіленням права, чи не найбільшою демократичною цінністю і так само може бути розглянута через більшість аспектів людських відносин, в контексті шлюбної рівності може здатися, що вона привертає дещо меншу увагу, як в судовій практиці, так і серед науковців. Пояснення цього криється в тому, що найочевиднішим і «найпростішим» обґрунтовувальним аргументом встановлення шлюбної рівності може вважатися апелювання до основоположного принципу рівності, адже він має більш чітке регламентування та широке закріплення, зокрема і свого антидискримінаційного аспекту, а тому і більш визначені, конкретні та зрозумілі вимоги. Проте, навіть попри, можливо, дещо меншу увагу до концепту свободи в аспекті встановлення шлюбної рівності, вона має таке ж важливе та незаперечне значення для цих відносин, як і решта основоположних принципів.

Верховний суд Сполучених Штатів у справі *Obergefell v. Hodges* ствердив, що закріплені Чотирнадцятою Поправкою до Конституції США основоположні свободи поширюються на «центральний для людської гідності та автономії» особистий вибір, який охоплює і такий вибір щодо ідентичності особи та її переконань [6, с. 10]. Саме такий нерозривний зв'язок між концептом свободи та шлюбом вже раніше дозволив скасувати заборону на укладення міжрасових шлюбів. Суд, порівнюючи шлюб з питаннями контрацепції, родинних стосунків, народження потомства тощо, називає його одним з найінтимніших рішень, які особа може коли-небудь прийняти [6, с. 12]. Тож суди у своїй діяльності, як і власне держава, мають раціонально знаходити ті людські інтереси, які через своє фундаментальне значення та важливість створюють обов'язок держави їх поважати [6, с. 10]. Зрештою Суд прямо зазначив, що «право на шлюб, створення дому та народження дітей є центральною частиною свободи» [6, с. 14]. І така свобода однаково гарантує це право, як різностатевим, так і одностатевим парам. Відповідно, закон, що створює обмеження на вступ до шлюбу за ознакою

сексуальності, автоматично посягає на фундаментальний вимір людської свободи [6, с. 19; 14, с. 343].

В цьому контексті важливо також пам'ятати, що значення основоположних цінностей та принципів, зокрема і концепту свободи, не є сталим і завжди проходить певний еволюційний процес. З цього приводу суддя Кеннеді зазначає, що покоління, що писали і ратифікували Білль про права та Чотирнадцяту поправку, не припускали, «що вони знають, якою мірою свобода є у всіх її вимірах, а тому вони довірили майбутнім поколінням закон, що захищає право всіх людей користуватися свободою в процесі пізнання її природи» [6, с. 11]. І якби ці покоління знали всі аспекти свободи, то «були б більш конкретними» [43, с. 579]. Суддя переконує, що у разі, коли нове розуміння виявляє невідповідність між охоронюваною свободою та наявним законодавчим регулюванням, відповідні зміни потрібно вимагати через призму, зокрема, концепту свободи [6, с. 11]. До того ж, в той час, як вузьке визначення свободи, базоване на історичному досвіді, є прийнятним для окремих відносин, такий підхід не може поширюватися на розуміння найбільш основоположних прав, «включаючи шлюб та інтимність» [6, с. 18].

Однією з найважливіших функцій свободи є стримування держави від необґрунтованого її втручання приватний простір життя людини, що охоплюється негативним аспектом свободи. Верховний суд США стверджує, що в демократичній традиції «держави не є всюди присутньою у приватному просторі», а так само є «інші сфери нашого життя та існування, поза домом, де держава не повинна мати домінуючу присутність» [43, с. 653]. З цього можна окреслити один з визначальних принципів, гарантованих свободою – особиста автономія, яка сполучена нерозривними зв'язками з індивідуальною свободою та охоплює право на особистий вибір щодо шлюбу. Відповідно, закон, який забороняє окремим категоріям людей реалізовувати їх фундаментальне право на шлюб, серед іншого, так само посягає на індивідуальну свободу та найглибшу автономію щодо найбільш важливих та інтимних рішень, які людина може прийняти протягом свого життя [6, с. 12]. Важливо пам'ятати, що в такому разі

йдеться не лише про обмеження цього аспекту щодо негетеросексуальних людей. Як вже було описано у попередніх розділах, історія мала й інші необґрунтовані втручання у свободу людей, які відрізнялися за певними ознаками чи належали до окремих груп, серед них – ув'язнені, позбавлені опіки батьки і, врешті, особи що бажали вступити до міжрасового шлюбу.

В контексті глибокої інтимності вступу до шлюбу та відповідних життєвих виборів людини, Верховний суд США у справі *Griswold v. Connecticut* стверджує, що шлюб – це спільність «у доброму чи поганому», він є «настільки інтимним», що може називатися «священним». Шлюб – це, передусім, «спільність, як пропагує спосіб життя, а не причини; гармонія співжиття, а не політичні переконання, взаємна вірність, а не комерційний чи соціальний проект» [87, с. 487]. Массачусетський верховний суд у справі *Goodridge vs. Department of Public Health* зауважив, що інститут шлюбу є «глибоко особистим зобов'язанням щодо іншої людини», а так само «відкритим уславленням ідеалів взаємності, товариства, близькості, вірності та сім'ї», яке є вираженням «спільної людяності» та має безперечну повагу суспільства. Саме у зв'язку з цим вибір особи з ким вступити до такого важливого інституту є також одним з «важливих способів самовизначення» людини як особистості [14, с. 323]. І таке самовизначення надзвичайно тісно пов'язане саме з людською сексуальністю та є, власне, зумовленим нею, якою б сама сексуальність не була. І, як зазначається у справі *Lawrence v. Texas*, «серцем свободи є право людини визначати власну концепцію існування, сенсу, всесвіту та таємниці людського життя». І якби такі сутності мали б своїм джерелом формування примус держави, вони «б не могли визначити ознаки особистості» [46, с. 575].

Проте, варто зазначити, що коли йдеться про втручання держави у відносини, що зачіпають аспекти сексуальності, шлюбу, шлюбної рівності та сексуальних зносин як таких сама присутність сексуальності є завжди другорядно. Як зазначив Конституційний суд Південної Африки у справі *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*, рішенням в якій закон про заборону одностатевих зносин було

визнано неконституційними, лиш «в найбільш технічному сенсі» мова йде про сексуальні зносини. Натомість у практичному та символічному значенні мова йде «про статус, моральне громадянство та почуття власної цінності значної частини національної спільноти» [88, с. 100]. Схожу думку має і Верховний суд США, який у справі *Lawrence v. Texas* зазначив, що вважати закон, який забороняє одностатеві зносини, лише таким, що посягає на право «вступати в певні сексуальні зносини» є таким ж «принизливим», як і вважати, що «шлюб – це лише про право вступати в сексуальний зв'язок» [46, с. 568]. Попри очевидну спрямованість згаданого обмежувального закону лише на заборону сексуальних зносин, його каральна сила та мета мають «більш далекосяжні наслідки», що стосуються двох фундаментальних для людини речей: її сексуальної поведінки як найбільш інтимного аспекту її життя, та її дому як найбільш приватної території [46, с. 568]. Такий закон передусім посягає на особисті стосунки людини, які мають своїм джерелом свободу людини «обирати, не будучи при цьому покараним» [46, с. 568]. До того ж, коли інтимні зносини мають своїм джерелом певний вид людської сексуальності, сама сексуальна поведінка є лише одним з елементів «більш широких особистих зв'язків», щодо яких негетеросексуальні люди так само можуть робити вибір, який впливає з гарантованої конституцією свободи [46, с. 568].

На думку Джона Стюарта Мілля, одного з найвпливовіших філософів XIX ст., до концепту свободи входять, зокрема, внутрішнє володіння свідомістю, свобода думки та переконань, свобода «смаків та пошуків», планування власного життя відповідно до своїх переконань, свобода діяти за своїми переконаннями з відповідними наслідками, свободу від втручання з боку інших, якщо такі діяння їм не шкодять, навіть якщо інші вважають таку поведінку «дурною, збоченою чи неправильною». І, що найбільш важливо, індивідуальна свобода надає людині, яка є повнолітньою, не є введеною в оману чи примушеною, право на єднання з іншими з будь-якою метою, яка не шкодить іншим особам [83, с. 15-16]. Саме така думка лежить в основі справи *Lawrence v. Texas*, де йдеться, що держава не повинна втручатися в індивідуальну свободу та намагатися визначити межі

людських взаємин, як і їх саме розуміння та значення, якщо при цьому «відсутня шкода іншій особі чи інституції, захищеної законом» [46, с. 568].

Враховуючи зазначене, шлюб, як вільне об'єднання двох людей є саме таким виразом індивідуальної свободи. І навіть якщо таке об'єднання на думку частини суспільства є «неправильним» чи «збоченим», воно все одно є захищеним від втручання з боку будь-кого. В цьому контексті доцільно виділити кілька важливих аспектів відповідного прояву індивідуальної свободи. По-перше, у випадку наявності інтимних стосунків між двома людьми, які прагнуть одружитися, важливою є наявність спільного усвідомленого вольового рішення вступити до такого союзу від обох учасників. По-друге, мають бути наявні класичні маркери ментальної спроможності – відповідний вік (статева зрілість), здатність свідомо приймати рішення, відсутності будь-чого чи будь-кого, хто б застосовував примус. По-третє, обов'язковою є відсутність реальної загрози для інших людей та суспільства загалом. Щодо останнього, то, як вже було проаналізовано в попередніх розділах, ні одностатеві стосунки, ні шлюбна рівність не є явищами, які можуть заподіяти шкоду іншим індивідам чи самому інституту шлюбу.

Дослідники називають закони, які обмежують право негетеросексуальних осіб на вступ до шлюбу такими, що посягають на індивідуальну свободу, автономність та інші аспекти свободи та можуть іноді бути охарактеризовані як патерналістські [89, с. 118]. Проте, щоби закон дійсно відповідав природі патерналізму, він повинен задовольняти такі критерії: поведінка, яку такий закон обмежує, вже є «невільною», тобто регульованою державою; втручання є мінімально обмежувальним; особи, щодо свободи яких здійснюється втручання, мають, принаймні, визнавати мету відповідних обмежень [89, с. 118]. Щодо першого критерію, то, хоча шлюбні відносини можуть здаватися «невільними», адже вони є обмеженими державою, зокрема, в аспектах шлюбного віку чи щодо інцестних відносин, в решті аспектів мають реалізуватися без будь-якого втручання держави, суспільства чи окремих осіб [89, с. 118]. Як вже було зазначено раніше, право на вступ до шлюбу є фундаментальним і належить

кожній людині незалежно від її сексуальної орієнтації, а обмеження щодо вступу до цього інституту негетеросексуальних людей є дискримінаційними, такими, що посягають на людську гідність та не мають законного інтересу. До того ж, держава не може втручатися в глибоко інтимне рішення особи щодо вибору партнера чи партнерки, якої б статі вони не були, так само якими б іншими ознаками, як то раса чи релігійна приналежність, вони не володіли, у що, як показує історія, держава намагалася втручатися неодноразово.

Щодо критерію мінімальності обмежень, то «навіть чи хтось ствердить», що позбавлення доступу негетеросексуальних людей до фундаментального інституту шлюбу є мінімально обмежувальним [89, с. 118]. Передусім ці обмеження сягають ідейного змісту: вони посягають на людську гідність, свободу, автономію та значення негетеросексуальних людей, відносять їх до класу «меншовартісних», узаконюючи нерівність у правах та свободах. Окрім цього, негетеросексуальні люди також позбавлені власне юридичного визнання та захисту, які надає цей інститут, а так само інших цивільно-правових можливостей та переваг, включно з режимом спадкування, всиновленням, доступом до реанімації чи тіла тощо. Третій критерій, а саме щодо прийняття самими людьми відповідних обмежень та їх мети, є автоматично спростований наявністю широкомасштабного міжнародного руху за людські права негетеросексуальних людей, головними вимогами якого є знищення дискримінації та встановлення шлюбної рівності.

Іноді обмеження індивідуальної свободи негетеросексуальних людей щодо шлюбних відносин можуть також називати моралістичними [89, с. 119]. Попри те, що мораль як соціальний регулятор, так само як і релігія, не входять до сфери цього дослідження, варто все ж побіжно провести аналіз на відповідність вказаних обмежень моралістичній природі. Відповідно, закон чи регулювання може визнаватися моралістичним у випадку відповідності таким критеріям: сама поведінка чи діяння є «неправильними» за своєю суттю, регулювання таких дій має відповідний законний інтерес, а сама шкода від такого обмеження є меншою від тої, якій це обмеження прагне запобігти [89, с. 119].

Щодо критерію «неправильності», то сприйняття одностатевих відносин як аморальних найчастіше має своєю природою саме релігійні уявлення [89, с. 119]. Проте, навіть попри засудження таких зв'язків більшістю релігій та християнських церков, церква та релігійні догми є відділеними від держави, а отже не можуть впливати на визначення загальносуспільного та загальнодержавного розуміння що є «правильним» та «неправильним», «злом» та «добром». Тим більше, якщо таке розуміння має своїм наслідком обмеження індивідуальної свободи, посягання на людську гідність та визнання якихось практик протиправними – конституційна норма щодо відділення церкви від держави прямо «заперечує законодавче розуміння моралі, базованої на релігії» [89, с. 119]. До того ж, навіть саме ставлення Христа та Біблії до феномену гомосексуальності викликає багато дискусій. В цьому аспекті американський філософ Річард Мор зазначає, що Ісус «ніколи не згадував гомосексуальність», до того ж історія про Содом «засуджує радше негостинність, ніж гомосексуальність» [90, с. 26].

Верховний суд США, аналізуючи аргумент, за яким втручання держави в інтимні стосунки гомосексуалів є виправданим історично, зокрема і через вплив християнсько-іудейської моралі, наполягає на непереконливості таких тверджень, передусім через наявність у цих відносин інтимного характеру, взаємної згоди та відповідної ментально-вікової спроможності. Навпаки, «свобода надає істотний захист дорослим особам щодо керування аспектами приватного життя, які стосуються сексуальних зносин» [46, с. 572-573].

Проте, ті аспекти людської життєдіяльності, які вважаються природними для людини як біосоціальної істоти, (а гомосексуальність визнана такою ж природньою, як і гетеросексуальність), не можуть вважатися аморальними *per se*, адже вони є лише виразом фізичної, психічної, емоційної та соціальної сутності людини. Це стосується навіть тих випадків, коли якісь з аспектів такої поведінки не схвалюють окремі особи чи частина суспільства. Як влучно зазначають Хізер Ваятт-Ніколь та Лоренда Нейлор, навіть якщо суспільство вважає окремі явища прийнятними, це «не робить їх морально правильними»,

прикладом чого може бути, зокрема, рабство [89, с. 119]. Таку ж позицію мають й інші науковці, зокрема професор Артур Добрін, який стверджує, що явища, які є морально правильними визначаються поза впливом суспільства чи окремих осіб [91]. Тому сутності, які є виявом людської природи, включно з сексуальністю, доцільно вважати такими, що не можуть вимірюватися категорією моральності незалежно від суспільного сприйняття, адже вони є глибоким проявом фізичної та психоемоційної природи людини як такої. Особливо, якщо це може впливати на контекст законодавчого захисту людських прав та свобод, включно з моралістичними регулюваннями.

До того ж, навіть якщо в окремих суспільствах одностатеві стосунки не сприймаються більшістю, суспільство «не має права дискримінувати індивідів, які ідентифікують себе як гомосексуальних» на основі такого несприйняття [89, с. 119]. Суддя Верховного суду США Ентоні Кеннеді в контексті можливості використання більшістю механізмів держави задля нав'язування свого бачення моралі зазначив: «нашим обов'язком є визначити, що є свободою для всіх людей, а не запровадити спільний моральний кодекс» [46, с. 572].

Показовим в зазначеному контексті є дослідження Pew Research Center, відповідно до якого серед 40 країн найбільш «морально неправильним» явищем вважається подружня зрада, попри що для людей, які її вчиняють, не передбачено жодних обмежень у правах та свободах, на відміну від негетеросексуальних людей, які організовують свої інтимні стосунки на основі природи своєї сексуальності, а не вільного вибору, та прагнуть лише реалізації своїх фундаментальних прав, включно з правом на шлюб [92]. Така вибірковість ставлення підтверджує, зокрема, твердження Верховного суду Штату Колорадо про упередженість законів щодо обмеження права негетеросексуальних людей на укладення шлюбу, які безсумнівно «народжуються саме з ворожості до цієї групи осіб» [79, с. 635].

Массачусетський верховний суд стверджує, що відсутність будь-якого раціонального зв'язку між повним виключенням негетеросексуальних людей з

інституту шлюбу та захистом публічних інститутів та «загального блага» має своїм джерелом саме «стійке упередження» до негетеросексуальних людей, причому конституція «не може контролювати такі упередження, але так само вона не може і толерувати їх» [14, с. 342-343]. До того ж, «особисті упередження можуть бути поза досяжністю закону, але закон не може прямо чи опосередковано вводити їх у дію» щодо будь-кого, яке б явище їх не породжувало [14, с. 342-343]. До того ж, розглянута у попередньому розділі справа *US v. Windsor*, у якій Верховний суд США визнав законодавчо закріплене розуміння шлюбу лише як різностатевий союз, була не про свободу обирати з ким укладати шлюб, адже тодішній закон про захист шлюбу не обмежував це право у тих штатах, де вже була встановлена шлюбна рівність. Ця справа є передусім про свободу та право «не бути ображеним, приниженим та стигматизованим законодавством, яке мотивоване моральним несхваленням сексуальної орієнтації людини» [93, с. 243].

Щодо другого критерію моралістичного регулювання, то, як вже було з'ясовано у попередніх розділах, не існує жодного законного інтересу та необхідності у демократичному суспільстві обмежувати негетеросексуальних людей у доступі до фундаментального інституту шлюбу. Аналогічно з третім критерієм – ні одностатеві зносини, ні встановлення шлюбна рівність не здатні заподіяти шкоду іншим особам, державі чи суспільству в цілому. Відповідно, закон, який унеможливорює шлюбну рівність не може вважатися таким, що має моралістичний характер.

В цьому аспекті також доцільно зауважити, що часто шлюбну рівність хибно відносять до категорії «морально-етичних» проблем штибу легалізації абортів, проституції, легких наркотиків, евтаназії тощо [31, с. 86]. Серед перелічених «вічних» правових проблем завжди присутня певна шкода, а завдання права в цьому аспекті полягає у встановленні балансу між людськими правами, реалізація яких здатна нанести таку шкоду, та власне допустимістю зазначеної шкоди. До прикладу, у випадку узаконення абортів встановлюється допустимий баланс між правами жінки та шкодою від абортів, передусім

ненародженому плоду; у випадку легалізації наркотиків йдеться про баланс між правами особи і загрозою громадському здоров'ю тощо. На противагу цьому, у випадку шлюбної рівності йдеться лише про права всіх охочих вступити до шлюбу, натомість жодної шкоди іншим особам, суспільству чи державі не вбачається. Тож причиною віднесення шлюбної рівності в категорію зазначених проблем є передусім відсутність належного розуміння взаємозв'язків природи сексуальності, одностатевих відносин, концепту людських прав, та самого інституту шлюбу.

До того ж, на думку Джона Стюарта Мілля, «єдиною метою, яка здатна законно встановити владу над будь-яким членом цивілізованого суспільства проти його волі, є запобігання шкоди для інших». Відповідно, у випадку відсутності такої загрози, втручання в індивідуальну свободу та обмеження окремих прав є свавільним, що і вбачається у обмеженні права негетеросексуальних людей на вступ до шлюбу [83, с. 13]. Верховний суд США в цьому аспекті займає категоричну позицію: у випадку встановлення шлюбної рівності мова йде лише про «права двох дорослих людей у їх взаємозгоді, чий шлюби не несуть жодного ризику чи шкоди для них самих чи третіх сторін» [6, с. 26-27]. Так само, на думку Макарені Саез, основне призначення шлюбу – показати та юридично визнати інтимні стосунки між людьми, тож причин не поширювати право на шлюб на одностатеві пари немає [94, с. 43].

Пан Стюарт Мілля також ствердив, що «єдиним аспектом поведінки будь-якої людини, за який вона є підсудною суспільству, є той, що зачіпає інших». В інших аспектах поведінкових аспектах, що стосується самої особи, її «незалежність є, безумовно, абсолютною – над собою, над своїм тілом та розумом, особа є сувереном». [83, с. 13]. Тож, зважаючи на те, що вибір людини щодо партнера, вступу до шлюбу, та інших інтимних питань має своєю природою глибоку людську автономію та персональну свободу, яка в своїй інтимності жодним чином не зачіпає інших осіб, людина, якою б її природна сексуальна орієнтація не була, не є «підсудною» ні суспільству, ні державі в цьому аспекті, а отже їх втручання в ці відносини є неприйнятним. Таку ж

позицію обстоює і Памела Кац, яка переконує, що фундаментальне й автономне право на обрання партнера у шлюбі не може бути предметом впливу держави, адже шлюб є правом приватності, що включає в себе відповідне прийняття рішень, вибір та автономію [16, с. 105].

В аспекті шлюбної рівності важливо пам'ятати також про нерозривний зв'язок свободи з іншими основоположними принципами. Верховний суд США стверджує, що концепти свободи та рівності доповнюють один одного в їх розумінні. Як приклад Суд наводить аналіз суспільних відносин в минулому на предмет дотримання принципу рівності, де нинішнє розуміння викриває, зокрема, приховану та ігноровану раніше «невиправдану нерівність в найбільш фундаментальних інституціях», що ставалося неодноразово і щодо інституту шлюбу на основі статевих та сексуальних упереджень минулого століття [6, с. 20-21]. І така позиція підтверджується багатьма судовими прецедентами, включно з *Lawrence v. Texas*, де захист негетеросексуальних людей був спричинений саме концептами індивідуальної свободи, рівності, а також людської гідності, які диктують, що держава «не може принижувати існування таких людей чи контролювати їхню долю» називаючи їх стосунки протиправними [6, с. 22].

Висновки до Розділу 4

Свобода як складна філософська концепція має своїм підґрунтям тривалий еволюційний розвиток, який розпочався в античну добу як можливість захисту від політичної тиранії. Пізніше була утвердження концепція позитивного та негативного вимірів свободи, де перший позначає можливості особи, або «свободу для», а другий – сферу, вільну від сторонніх втручань та перешкод, або «свободу від». В юридичному аспекті свободу вважають основоположним принципом права, конституційним принципом, джерелом людських прав та стримувальним елементом сваволі держави. Практичними елементами свободи

є, зокрема, принципи толерантності, поваги до людських прав та людської автономії.

Попри дещо меншу увагу до концепту свободи в аспекті встановлення шлюбної рівності, вона є не менш важливою вимогою в аспекті поширення права на укладення шлюбу і на негетеросексуальних людей. Важливим в цьому контексті є нерозривний зв'язок інституту шлюбу та особистого вибору людини, який є центром її автономії та свободи, безпосереднім виразом якого є право на створення сім'ї через укладення шлюбу. Держава в цих відносинах має бути мінімально присутньою та не втручатися у відповідну автономію та інтимність людей, при чому шлюб є саме таким аспектом людського життя. Свобода так само захищає вибір людини щодо її ідентичності, вираженням якої є, зокрема, її інтимні відносини та шлюб.

У випадку втручання держави у найбільш інтимні аспекти людського життя, мова йде не про власне сексуальні зносини, а передусім про статус, гідність та рівне моральне громадянство негетеросексуальних людей.

Свобода одних людей може бути обмежена лише за наявності дотичності та потенційної шкоди для інших осіб, інституцій, суспільства загалом чи держави. У випадку шлюбної рівності відсутня як можливість заподіяння шкоди, так і будь-які зв'язки з іншими, які б таку шкоду могли потенційно завдати.

Закон, який обмежує негетеросексуальних людей у здійсненні права на шлюб не може називатися ні патерналістським, ні моралістичним, адже не задовольняє відповідні критерії – «невільність» поведінки, мінімальність втручання та визнання мети втручання самими негетеросексуальними людьми, з одного боку, та «неправильність» поведінки, присутність законного інтересу та пропорційності завданою втручанням шкоди – з іншого. До того ж, суб'єктивне сприйняття моралі та релігії, що породжує упередженість до негетеросексуальних людей є неприпустимим в аспекті створення на їх основі відповідного законодавства. Саме свобода захищає людину від обмеження її прав на основі несхвалення її сексуальності, на чому б таке несхвалення не базувалося.

РОЗДІЛ 5

ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ВСТАНОВЛЕННЯ ШЛЮБНОЇ РІВНОСТІ

5.1. Закордонний досвід та шляхи встановлення шлюбної рівності

Оцінюючи досвід різних держав щодо запровадження шлюбної рівності, можна виокремити кілька його шляхів та форматів. Нідерланди у 2001 році стали першою державою в світі, яка прибрала з юридично закріпленого розуміння шлюбу формулювання «...між особами протилежної статі», таким чином вперше встановивши шлюбну рівність. Нідерландський законодавець вніс зміни до цивільного кодексу держави, гарантувавши фундаментальне право на шлюб всім громадянам, незалежно від їх сексуальної орієнтації чи гендерної ідентичності [94, с. 3-4]. Аналогічно відбулося і в Бельгії, яка у 2002 році стала другою державою у світі, що встановила шлюбну рівність [94, с. 4].

У 2005 році Іспанія внесла зміни до свого цивільного законодавства, визначивши шлюб як союз між двома людьми незалежно від їх біологічної статі. Внесення змін до закону було обґрунтовано законодавцем правом на вільний розвиток особистості та принципом рівності, закріпленого статтею 32 Конституції Іспанії, в якій зазначається, що чоловіки та жінки мають рівне право на шлюб відповідно до принципу правової рівності [94, с. 5].

Зазначені приклади описують самостійну ініціативу законодавця щодо легалізації одностатевих шлюбів, без окремих судових рішень чи референдумів. В таких випадках законодавець повинен мати стійку політичну волю, спрямовану на захист людських прав та свобод, включно з правами тих, хто належить до меншості, та глибоке розуміння сутності правових проблем щодо шлюбних, одностатевих відносин, а також основоположних принципів права.

Проте, як показує досвід зазначених держав, ініціатива прогресивного законодавця відповідала рівню соціального розвитку, відкритості та

толерантності цих суспільств, які повністю підтримали рішення законодавця, чи, принаймні, не виступали проти. До прикладу, станом на 2015 рік 91% нідерландців підтримували запровадження шлюбної рівності для всіх громадян, а 96% вважали, що гомосексуальні та бісексуальні люди повинні мати такий же обсяг прав як і гетеросексуальні люди [95, с. 50].

У випадку, коли ініціатива законодавця просувається повільно, або вона взагалі відсутня, можуть застосовуватися судові механізми впливу, якщо правова система держав дозволяє такий вплив. Найяскравішим в цьому аспекті прикладом є США та проаналізовані нами рішення Верховних судів штатів та всієї держави у справах *Obergefell v. Hodges*, *Goodridge vs. Department of Public Health*, *US v. Windsor*, *In re Marriage Cases* тощо, якими було визнано неконституційність обмеження права на шлюб для одностатевих пар через недотримання принципу рівності, закріпленого в Чотирнадцятій поправці до Конституції США, а також інших принципів та цінностей та, найголовніше, вимог людської гідності. До остаточного рішення, прийнятого у 2015 році на федеральному рівні, одностатеві шлюби були легальними лише у 36 штатах та у федеральному окрузі Колумбія [96]. Вказаним рішенням Верховний суд визнав неконституційними положення конституцій та законів відповідних штатів, які одразу втратили чинність. Це автоматично відкрило доступ одностатевим парам до реалізації права на шлюб, без прийняття спеціального закону [97].

Іншим прикладом може слугувати рішення Конституційного суду Китайської Республіки (Тайвань), який у 2017 році так само визнав виключення одностатевих пар з можливості реалізації права на шлюб неконституційним, оскільки конституційна гарантія рівності та свободи шлюбу гарантує одностатевим парам доступ до цього інституту. Суд дав законодавцю рівно два роки щоб внести відповідні зміни до законодавства [98]. Як наслідок, 17 травня 2019 року тайванський законодавець прийняв відповідний закон, що зробило Тайвань першою азійською державою, що легалізувала одностатеві шлюби [1].

Почасти, законодавець не бажає приймати такі рішення самотійно, тож виносить відповідне питання на референдум. Хоча рішення референдуму може

мати як позитивний, так і негативний характер, такий спосіб є досить неоднозначним. Цілком природно і правильно вирішувати на референдумах питання розпорядження суспільними благами та тими сутностями, які належать чи впливають на більшість населення. Проте, є неправильним, коли більшість вирішує питання надання чи ненадання можливості користуватися базовими людськими правами людям, які належать до меншості, та, відповідно, обмежує їх в користуванні фундаментальними правами.

Незаперечна воля більшості стосовно визнання чи невизнання прав людини, особливо тих, які стосуються меншин, є викривленим розумінням демократії і може радше мати назву електоральної демократії, тиранії більшості чи навіть популістського авторитаризму, що присутні в «хижацьких» суспільствах, але аж ніяк не в стабільних сучасних демократіях з активним розвитком громадянського суспільства, де громадяни довіряють один одному і взаємодіють як політично рівні [99, с. 43-44].

Таку ж думку займає й Верховний Суд США, який стверджує, що демократія є належним процесом та системою для змін, однак лише допоки вона не обмежує фундаментальних прав [6, с. 24]. Найчастіше демократія зберігає і захищає свободу людини, проте гарантована свобода є, в одному із її найважливіших сутностей, правом особи бути захищеною від протиправного здійснення державної влади. Саме тому фундаментальні права не можуть бути поставлені на голосування, адже вони «не залежать від результатів жодних виборів» [6, с. 24]. Як приклад Суд наводить справу *Bowers v. Hardwick* (1986) про відмову у скасуванні «содомських законів» штату Джорджія, що забороняли інтимну близькість між представниками однієї статі. Більшість тоді схвалювала такі закони, тож це могло мати вигляд відповідності демократичним процесам, де лише почали звертати права на геїв та лесбійок. Проте рішення Суду підтримало дії держави, що обмежували фундаментальні права таких людей, спричиняли біль, шкоду та висміювали їх, хоча «факти та принципи, необхідні для правильного рішення, були знайомі тодішньому Суду», що і, власне, стало причиною скасування цього рішення. Такі дії держави завдають шкоди для

людських прав та гідності навіть після скасування цих рішень, адже «тяжкі рани не можуть бути вилікувані лише натиском пера» [6, с. 25]. До того ж, як зазначає суддя Верховного Суду США Ентоні Кеннеді у справі *Lawrence v. Texas*, «час може засліпити нас безсумнівні істини і лише наступні покоління можуть побачити, що закони, які вважалися необхідними і належними, насправді лиш служили для пригноблення» [46, с. 579-580].

Попри це, винесення питання легалізації одностатевих шлюбів на референдум є досить типовим. До прикладу, попри згадане рішення Конституційного суду Тайваню, релігійними спільнотами був організований референдум, де його учасники не підтримали запровадження шлюбної рівності в державі [100]. Хоча це і не завадило такому впровадженню, оскільки рішення судового органу мало вищу юридичну силу ніж референдум, такі результати вплинули на рішення законодавця про прийняття окремого закону з певними обмеженнями, тобто, по суті, створення окремого режиму, а не внесення відповідних змін до чинного цивільного закону з встановленням шлюбної рівності [98; 103]. Як вже зазначалося, такий підхід є дискримінаційною та неприйнятною практикою сегрегації негетеросексуальних людей, їх подальшої дискримінації як «другосортних» та посягання на людську гідність [11, с. 142, 152]. Іншими ж прикладами можуть бути референдум в Ірландії 2015 року, який навпаки підтримав шлюбну рівність, чи референдум в Австралії 2017 року з аналогічним результатом, наслідком яких стали відповідні законодавчі зміни [101; 102].

В контексті практики запровадження шлюбної рівності і суди, і уряди часто покликаються на практику інших держав. В цьому аспекті варто проаналізувати необхідність та доцільність звернення до міжнародного юридичного та емпіричного досвіду.

Як було зазначено раніше, і гомосексуальність і рух за права негетеросексуальних людей має поширений транскордонний характер. Такий характер має і концепт людської гідності, фундаментальні принципи та цінності,

до яких часто апелювали багато юрисдикцій водночас в аспекті проходження шляху до запровадження повної шлюбної рівності.

На думку Мішель Фінк, захист прав негетеросексуальних людей, в тому числі і щодо права на шлюб, зумовлений передусім широкомасштабними соціокультурними змінами. Починаючи з кінця XX століття можна прослідкувати масштабну зміну уявлень щодо природи сексуальності, сімейних зв'язків, принципу рівності, як і самої людини, її місця у суспільстві та її прав. І такі зміни є не точковими, а навпаки, глобальними, тобто відбувалися в багатьох державах Заходу паралельно, доповнюючись різними здобутками подібних суспільств. Тож заперечувати, що захист прав негетеросексуальних людей є «відокремленим від цих факторів було б абсурдом» [62, с. 53]. Важливо також пам'ятати, що ці зміни були породжені передусім науковими відкриттями щодо природи людської сексуальності, адже раніше існувала позиція щодо неприродності, аморальності чи навіть патологічної природи гомосексуальної та бісексуальної орієнтацій. Остаточну крапку щодо цього питання було поставлено Американською психіатричною асоціацією, яка є найбільшою та найвпливовішою організацією такого роду і яка виключила гомосексуальність зі списку ментальних розладів у 1973 році [104].

Пані Фінк також стверджує, що вплив зазначених соціокультурних та наукових змін на право був продукований саме ідеєю людської гідності, яка має «концептуальну гнучкість», що так само підтверджує транскордонність боротьби за права негетеросексуальних людей [62, с. 44-45, 47]. Такі зміни добре розуміють судді, які почасти використовують їх як додатковий обґрунтовувальний фактор. Верховний суд США у справі *Lawrence v. Texas* покликається на спеціально створений бріф Amicus curiae колишньої Верховної комісарки ООН з прав людини Мері Робінсон та п'яти міжнародних організацій з прав людини: Amnesty International, Human Rights Watch, Interrights, The Lawyers Committee for Human Rights та Minnesota Advocates for Human Rights [46, с. 7; 105, с. 1]. У бріфі прямо зазначається, що «Суд не повинен вирішувати у вакуумі» щодо справи, адже «інші нації зі схожою історією, правовими системами та політичними

культурами вже відповіли на зазначені питання ствердно» [105, с. 2]. До того ж, іноземні суди визнавали кримінальне переслідування «содомії» (як одностатевої, так і різностатевої) протиправним саме покликаючись на однакові чи подібні конституційні позиції в «майже ідентичних моделях фактів» [105, с. 2].

Суд повинен ставитися з повагою та гідністю до таких позицій людства, а використання «паралельних прецедентів» іноземних та міжнародних судів здатне сприяти належному розумінню конституції, особливо щодо закріплених там основоположних принципів права [105, с. 2]. Сполучені Штати, як і багато інших держав, «не є єдиним цивілізованим суспільством», тому ігнорування передового досвіду інших держав «було б безглуздом», особливо у світі, який глобалізувався та, як зазначила гарвардська професорка Мері Глендон, все більше поринає у «процес перехресного запліднення серед правових систем» [105, с. 29]. У підсумку, у вказаному *Amicus curiae* стверджуються, що суд «не може знехтувати рештою цивілізованого світу у вирішенні питань щодо приватності та рівності», до чого в підсумку і дослухався Верховний суд США, визнавши заборону інтимних зносин між особами однієї статі неконституційною [46; 105, с. 29-30].

Аналогічно у справі *Goodridge vs. Department of Public Health*, Верховний суд Штату Массачусетс покликається на практику Канади, що мала «схожу проблему». Суд зазначає, що попри спільне успадкування англійського загального права з первинним розумінням шлюбу лише між чоловіком та жінкою, Канада у світлі еволюції конституційних принципів «уточнила загальноправове розуміння шлюбу», яке так само відповідає загальним принципам та прийнятне для інших держав [14, с. 344]. До того ж, суд покликався на вказаний досвід Канади, саме щоб наголосити, що судова влада не повинна чекати на законодавче запровадження шлюбної рівності, а «може самостійно виступити щодо цього аспекту», як це було зроблено в Канаді [62, с. 49].

Проте, попри широке звертання до міжнародного досвіду та правої еволюції закордоном, суди в такому разі радше залучають ті норми, що

відповідають їх власній правовій системі, а не іноземне право як таке [62, с. 51]. Так само суди у проаналізованих нами рішеннях не вирішують чи варто їх правовим системам перейняти еволюціонований інститут шлюбу, а, навпаки, чи повинен цей інститут бути недоступним для цілої категорії людей, які лише відрізняються за ознакою сексуальної орієнтації. Тож у цьому випадку, звертання до іноземного досвіду свідчить саме про наявність емпіричних доказів «відкриття» цього інституту і для негетеросексуальних людей іншими державами і відповідних правих та соціокультурних змін, що передували цьому [62, с. 51-52].

До того ж, широкомасштабне звертання до емпіричного досвіду багатьох держав щодо запровадження шлюбної рівності сприяє «ширшому визнанню вказаної спільноти, чиї цінності так само повинні мати значення» [62, с. 52; 106, с.502]. Як суди, так і законодавець, запроваджуючи шлюбну рівність з покликанням на міжнародний контекст, вносять свій вклад у «ще ширшу еволюцію» відповідних правовідносин, адже створюють більшу та потужнішу емпіричну базу, яку так само зможуть використати суспільства, що проходять чи будуть проходити шлях до шлюбної рівності [62, с. 52].

Такі правові зміни варто переймати, адже вони, по-перше, є тим емпіричним досвідом, який демонструє спільне та належне вирішення проблеми відсутності шлюбної рівності, до того ж не вони не є запозиченням власне іноземного права, а, натомість, лише використанням спільних норм та принципів, які так само присутні у більшості держав Заходу. Право як суспільний регулятор не формується у вакуумі, не обмежується категоріями кордонів чи держав і «завжди відстає від найсучаснішого мислення у кожній сфері та має чекати якоїсь спільної точки зору» [14, с. 374].

По-друге, такі зміни впливають на забезпечення людських прав та свобод цілої групи осіб, які дискримінаційно позбавлені доступу до фундаментальних інститутів суспільства. По-третє, вони роблять суспільство більш інклюзивним, а тому наближають його до ідеалу демократії. По-четверте, зазначені зміни так само наближають право як соціальний регулятор до більш ефективного та

всеохопного механізму, не лишаючи окрему групу людей поза правовим захистом.

До того ж, в той час, як певні держави проходили цей шлях самотійно, маючи менше обґрунтованих чинників, нині інші держави вже мають у розпорядженні широкомасштабний емпіричний досвід цих держав. Такий досвід, з одного боку, сприяє поширенню та утвердженню ідеї шлюбної рівності, а з іншого боку, – обтяжує держави в їх обов'язку не ігнорувати вказану проблему. Держави, що першими встановлювали шлюбну рівність, окрім спільних ціннісних орієнтирів, також випереджають інші країни за багатьма показниками, включно з індексом людського розвитку та потенціалу, економічної та культурної могутності тощо.

Враховуючи зазначене, в контексті аналізу розуміння основоположних принципів рівності та свободи, людської гідності, інституту шлюбу, людської сексуальності, одностатевих відносин та їх взаємовпливу можна зробити висновок про повну прийнятність описаних аргументів для українських реалій, адже мова йде про:

- 1) принцип рівності, природа, вимоги та декларування якого є однаковими, і який є обов'язковою вимогою до всіх західних правових систем;
- 2) вроджену та невідчужувану людську гідність, яка, як спрямовувальна та визначальна щодо інших прав абсолютна цінність, належить всім людям, незалежно від наявності чи відсутності будь-яких ознак;
- 3) інститут шлюбу, який хоч і мав певні відмінності в еволюційному розвитку та деякі різні правові режими додаткових гарантій та пільг, до недавнього часу в західних системах розумівся винятково як правовий союз чоловіка та жінки;
- 4) гомосексуальні відносини, які є суто біо-психологічною науковою категорією і однаково присутні у всьому світі, незалежно від держави, соціального ладу чи правової системи.

5.2. Шляхи встановлення шлюбної рівності, можливі до застосування в Україні

Звертаючись до українських реалій, лише два згаданих способи є потенційно можливими для запровадження шлюбної рівності в Україні. Так, відповідно до статті 147, 150 Конституції України, а також рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2002 року у справі №1-14/2002, Конституційний Суд вирішує, зокрема, питання конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, проте не самої Конституції [107].

Зважаючи на те, що формулювання про можливість вступу у шлюб лише особам протилежної статі міститься не тільки в Сімейному кодексі, а й в самому Основному Законі, судове скасування заборони одностатевим парам вступати в законні шлюби не є можливим. Проте, до повноважень Конституційного Суду входить і тлумачення Конституції, тож інтерпретація принципу рівності, закріпленого статтями 21 та 24, в аспекті надання рівного права на шлюб всім громадянам незалежно від їх сексуальної орієнтації та дослідження відповідної суперечності зі статтею про шлюб могла б дати стимул законодавцю та розпочати належну дискусію у суспільстві, проте лише за умови ґрунтованого дослідження проблеми, яка б базувалася на досягненнях біо-психологічної та юридичної наук, а також міжнародному досвіді.

Окрім того, важливо також пам'ятати про дух права, що присутній в конституціях. Основний закон має внутрішню єдність, де значення, важливість та вплив одних норм чітко пов'язані з іншими приписами. Конституція, в своїй єдності, «відображає певні всеохопні принципи та фундаментальні рішення», що мають субординаційну силу щодо інших конституційних положень [108]. Федеральний конституційний суд Німеччини у справі *Südweststaat* (п. D) також зазначає, що є конституційні принципи, «які настільки фундаментальні, є таким вираженням права, що вони є вищими навіть від самої конституції», та мають зобов'язальну силу і щодо «творця конституції» [108]. Інші конституційні положення, «які не належать до такого високого рівня, можуть бути нікчемними,

оскільки суперечать цим принципам», тож «будь-яка конституційна норма повинна бути протлумачена» на предмет відповідності таким основоположним принципам [108].

В цьому аспекті Конституція України, як і основний закон будь-якої іншої держави, повинна бути «уособленням загальнолюдських та національних цінностей», включно з основоположними принципами, фундаментальними людськими правами та свободами, які мають субординаційну, спрямовувальну та зв'язувальну дію щодо держави та її діяльності [31, с. 362]. Це, зокрема, впливає і з самих положень Конституції України, а саме зі статей 3, 8, 21, 22, 24, 28, 29, 32, 64, 68, 157. Тож згаданими всеохопними конституційними принципами варто вважати рівність, свободу, непорушну людську гідність, верховенство права та власне людські права як концепт, що має стримувальну та контрольну функцію щодо держави. В той же час, стаття 51 Конституції України, в частині, яка встановлює конституційну заборону на одруження особам однієї статі, не належить до таких фундаментальних положень і, як впливає з проведеного нами аналізу, суперечить основоположним принципам рівності та свободи, вимогам людської гідності, а отже порушує їх і як зазначені фундаментальні конституційні принципи. А отже, в розумінні Федерального конституційного суду Німеччини, положення статті 51 Основного Закону про можливість доступу до фундаментального інституту шлюбу лише особам протилежної статі є нікчемним через свою суперечність зі згаданими всеохопними принципами.

Тобто при наявності згаданих фундаментальних положень Конституції, які так само є нормами прямої дії, можна спостерігати чітку розбіжність з нинішньою правовою реальністю. Це мав би взяти до уваги Конституційний суд України, проте у цьому випадку на нього випадає не лише складна правова проблема, а й політичний вибір: діяти за «звичним» алгоритмом і зводити тлумачення відповідних статей до буквального, чи все ж зосередитися на глибшому аналізі правової дійсності, природі самого Основного Закону в його єдності, його фундаментальних принципах, людській гідності та правах і

свободах, як це, до прикладу, зробив Федеральний конституційний суд Німеччини. У такому разі, Конституційний суд повинен був би зазначити про невідповідність шлюбного положення основоположним та фундаментальним конституційним принципам. Проте питання чи прийме Суд таке рішення залишається відкритим, оскільки проблема шлюбної рівності є так само і гострим політичним питанням, що неоднозначно та почасти негативно сприймається у суспільстві, а сам Суд не завжди демонструє незалежність від політичної волі владного режиму.

Аналогічно підтримати проблему та її обговорення у суспільстві міг би і Верховний Суд України, принаймні щодо визнання наявності системної дискримінації проти негетеросексуальних людей та необхідності змінювати поточні державні підходи щодо захисту таких осіб.

Статті 38, 69 Конституції України передбачають можливість народного волевиявлення, зокрема шляхом участі громадян у референдумах, тож варіант підтримки чи не підтримки легалізації одностатевих шлюбів таким шляхом є формально можливим. Проте, по-перше, після рішення Конституційного Суду у справі №1-1/2018(2556/14) від 26 квітня 2018 року, яким Закон України «Про всеукраїнський референдум» було визнано неконституційним, утворилась законодавча прогалина [109]. По суті, діють загальні норми Основного Закону, проте не існує законодавчих можливостей, які б визначили порядок організації будь-якого референдуму в Україні [110].

По-друге, як вже було зазначено раніше, предметом народного волевиявлення не повинні бути фундаментальні права та свободи, особливо тих людей, які належать до меншості. Зважаючи на повне несприйняття та неналежне розуміння більшістю населення України сутності гомосексуальних відносин, інституту шлюбу, основоположних принципів права, інших правових проблем, низький рівень толерантності та успадковану радянську ментальність, проведення такого референдуму позбавило б негетеросексуальних людей можливості реалізовувати своє фундаментальне право на укладення шлюбу на довгі роки. Така позиція підтверджується соціологічними дослідженнями, до

прикладу, за даними GfK Ukraine близько 80% респондентів негативно ставляться та дискримінують негетеросексуальних людей, серед них 20% вважають, що одностатеві сексуальні зв'язки мають бути криміналізовані [111].

Тож єдиною можливим шляхом утвердження шлюбної рівності в Україні є відповідна воля законодавця. Так, є можливим виключення положення про протилежність статей у статті 51 Конституції, й аналогічно у статті 21 Сімейного кодексу України. В такому разі, одностатеві пари можуть бути автоматично допущеними до укладення шлюбу, навіть без створення спеціального закону, як це, до прикладу, було в Сполучених Штатах [6].

Проте, чинна соціокультурна та політична ситуація в українському парламенті та суспільстві загалом не дозволяє очікувати такого кроку в найближчий час, незважаючи на стійку адвокацію питання правозахисниками та самими негетеросексуальними людьми, постійну дискримінацію негетеросексуальних людей та підтримку питання європейськими та американськими партнерами України [112]. До того ж, українські парламентарі навряд чи захочуть конфліктувати зі своїм потенційним електоратом через вказане питання, навіть якби вони і справді бажали утвердження основоположних прав та свобод людини.

Рік тому Міністерство юстиції України заявило, що не виконуватиме захід Плану дій з реалізації Національної стратегії з прав людини про легалізацію цивільних партнерств як для одностатевих, так і для різностатевих пар, бо «в демократії перемагає той, хто краще організований», маючи на увазі стійку опозицію до негетеросексуальних людей [113]. Таке розуміння демократії суперечить описаному вище підходу, за яким фундаментальні права та свободи людини не можуть бути предметом народного волевиявлення, особливо там, де цього не повинно бути – у сфері фундаментальних людських прав. В цьому контексті доцільно зауважити, що держава повинна бути здатною приймати рішення, які можуть не знаходити підтримки більшості суспільства, але прийняття яких необхідне для забезпечення фундаментальних прав різних груп суспільства, реалізації основоположних принципів права та верховенства права.

5.2.1. Оцінка ймовірності наявності чи відсутності ризиків, пов'язаних із запровадженням шлюбної рівності в Україні

Навіть якщо припустити, що в українського парламенту з'явиться політична воля на встановлення шлюбної рівності і такий крок буде здійснено, варто все ж оцінити ймовірні ризики такого запровадження. Як вже було зазначено у попередніх розділах, твердження щодо загроз інституту сім'ї чи шлюбу, а також дітям, є нелогічними, побудованими на нерациональній ворожості та упередженості щодо негетеросексуальних людей, та були спростованими, як науковцями, так й іноземною судовою практикою. Проте, певна загроза все ж може мати місце щодо самих негетеросексуальних людей.

Зважаючи на те, що процес запровадження шлюбної рівності, очевидно, приверне значну увагу медіа та пересічних громадян, зберігається певна загроза посилення нетерпимості та проявів агресії, в тому числі, щодо таких осіб з боку маргінальних груп населення. Так само є загроза використання цього питання Російською Федерацією – державою-агресором, що розпочала збройну агресію та правовійну проти України. Одним з аспектів, на яких побудована її ідеологія «русского мира», є повне несприйняття інакшості, включно з сексуальністю, яка відрізняється від гетеросексуальної. Щодо останньої, то російська пропагандистська машина активно поширює відповідну дезінформацію заради вироблення негативної думки соціуму щодо держав Заходу, в яких масово запроваджена шлюбна рівність [114].

Хоча, як свідчить міжнародний досвід, після впровадження шлюбної рівності її підтримка серед населення лише зростала. The Washington Post зазначає, що ставлення до негетеросексуальних людей за останні десятиліття кардинально змінюється в позитивну сторону, особливо в порівнянні з іншими дискримінованими групами, до прикладу, темношкірими людьми [115]. Пояснення такому феномену може критися в таких причинах. По-перше, сексуальність, на відміну від решти дискримінованих ознак, присутня скрізь,

незалежно від держав, соціокультурних умов, соціальних груп, фінансового стану, релігії – «вона не є сегрегованою» [115].

По-друге, на думку Гарвардського науковця Магзаріна Банаджі, така зміна може бути продукована через психологічну асоціативність, тобто зміну ставлення через певні точки дотику, що у науковому середовищі відоме під назвою «контактна гіпотеза». Люди схильні ставитися більш вороже до незнайомих чи недотичних їм явищ, тож після посилення видимості негетеросексуальних людей у суспільстві, якому сприяло, зокрема, окрім широкого правозахисного руху та зміни наукового сприйняття аспектів сексуальності, збільшення кількості «відкритих» геїв та лезбійок, як в приватному, так і публічному просторі [115].

По-третє, ще одним аспектом, який, зокрема, відрізняє сексуальність від інших дискримінаційних ознак, є те, що сексуальна орієнтація не є видимою ознакою, на відміну від, до прикладу, кольору шкіри. Тож почасти, особи, які позитивно ставилися до людини, не знаючи її сексуальної орієнтації, у випадку такого дізнання схильні змінювати на краще і своє ставлення до феномену гомосексуальності, що пояснюється, знову ж таки, природою людської психології [115].

Так само зміні сприйняття сприяла і запроваджена шлюбна рівність, яка розвіювала міфи про свою загрозливість та відповідні побоювання окремих груп населення. Відповідне соціологічне дослідження показало, що у тих Штатах США, де вже була запроваджена шлюбна рівність до рішення Верховного суду у справі *Obergefell v. Hodges*, був значно менший рівень негативного ставлення до негетеросексуальних людей, ніж у тих штатах, де шлюби між особами однієї статі залишалися забороненими [116, с. 52].

Власне в контексті впливу запровадження шлюбної рівності на рівень відповідного ставлення суспільства, дослідники виділяють чотири теорії: спротиву, поляризації, легітимації та консенсусу, проте лише двоє останніх знаходять емпіричне підтвердження. В той час, як частина населення залишалася на попередніх чи нейтральних позиціях (консенсус), більшість серед тих, хто

змінив свою думку після запровадження шлюбної рівності, змінили її в позитивний бік (легітимація) [116 с. 51-52]. Емпіричні дані так само підтверджують, що запровадження державою шлюбної рівності як захисної політики щодо людей, які належать до меншості, сприяє покращенню відповідного ставлення до таких осіб. До того ж, зменшення негативного ставлення до негетеросексуальних людей демонструє встановлення « нової норми – бути гомофобним є соціально неприйнятним » [116 с. 52]. Така позиція підтверджується і досвідом тих держав, що запровадили кримінальну відповідальність за дискримінацію людей на основі їх сексуальної орієнтації, до прикладу, Швейцарії та Бразилії [117; 118].

Натомість в Україні лише близько 5% людей ствердили, що знайомі з негетеросексуальною людиною, що може бути, зокрема, додатковим пояснювальним чинником такого високого рівня несприйняття цієї категорії осіб [119]. Враховуючи вищенаведений аналіз, можна вважати, що у разі залучення держави до захисту прав негетеросексуальних людей, включно із запровадженням шлюбної рівності, суспільне сприйняття проблеми поступово зміниться. Тож у короткостроковій перспективі запровадження шлюбної рівності може, ймовірно, викликати спалах негативного сприйняття серед окремих маргінальних груп та посилення дискримінації, проте у довгостроковій перспективі такий крок здатен покращити ставлення більшості суспільства до самих негетеросексуальних людей, зробивши їх більш видимими та « легітимізувавши » в очах суспільства.

Висновки до Розділу 5

Встановлення шлюбної рівності може відбутися через використання законодавчих, судових та референдумних механізмів. Внесення законодавцем змін до конституції та законів, які ліквідують обмеження гомосексуальних людей у доступі до реалізації їхнього права на шлюб залежить від прогресивності самого законодавця, а також рівня толерантності та відкритості суспільства.

Якщо законодавець не бажає приймати таке рішення самостійно, можуть організовуватися референдуми. Такий механізм є, проте, неоднозначним, оскільки виносить питання фундаментальних прав людини, особливо тих людей, що належать до меншості, на волю більшості, хоча більшості людей ці права не стосуються. Такий підхід є викривленим розумінням сутності демократії, що може перетворювати її на диктат більшості.

За відсутності належної волі законодавця, в державах, де присутній конституційний судовий контроль, є можливим скасування обмеження на вступ до шлюбу відповідним рішенням суду. Як наслідок, законодавець змушений або приймати до чинного законодавства зміни та/чи створювати окремий нормативно правовий акт, або ж доступ одностатевих пар до цього права надається автоматично.

В аспекті впровадження шлюбної рівності важливим є запозичення міжнародного емпіричного досвіду, соціокультурних та правових досягнень, при чому такі запозичення насправді є лише використанням тих самих принципів та цінностей, що спільно декларуються державами Заходу, серед яких рівність, свобода та поважання людської гідності, а не запозиченням іноземного права як такого.

В українських умовах єдиним способом, що наразі здатний розпочати процес встановлення шлюбної рівності, є законодавче внесення змін до Конституції та Сімейного кодексу. Окрім того, Конституційний суд України здатний провести тлумачення Конституції на предмет суперечності закріпленого принципу рівності та відповідної шлюбного положення, використовуючи категорії основоположних конституційних принципів вищого порядку, які мають вищу юридичну силу, ніж сама Конституція.

У випадку встановлення шлюбної рівності будь-які ризики щодо завдання шкоди інститутів шлюбу, суспільству чи державі є відсутніми. Проте, це може спровокувати посилення дискримінації негетеросексуальних людей на початковому етапі, однак в довгостроковій перспективі це рішення спроможне покращити ставлення до таких людей.

ВИСНОВКИ

Інститут шлюбу є фундаментальним для людського суспільства, який протягом тривалого часу існування змінювався та включав до себе все ширше коло дорослих людей, які у своїй взаємозгоді та інтимності бажали отримати і юридичне визнання своїх стосунків. Згадана еволюція дозволила свого часу знищити дискримінаційне та необґрунтоване виключення з інституту ув'язнених, міжрасових пар, а наразі і негетеросексуальних людей, що можна іменувати шлюбною рівністю, яка нині встановлена у 28 державах світу. Еволюціоноване сучасне розуміння шлюбу зводиться до юридичного союзу двох людей, без вимоги обов'язкової різностатевості та з присутністю, зокрема, вікового та вольового цензу.

Попри такий прогрес, одностатеві пари в багатьох інших державах, в тому числі й Україні, позбавлені можливості реалізації цього права, що є дискримінаційним та невиправданим. Джерелом такого сприйняття є тривале негативне ставлення до таких людей на основі їхньої сексуальної орієнтації. Нині найбільш сучасні наукові дослідження доводять, що гомосексуальність, як і бісексуальність, є природними, нормальними та незмінними видами людської сексуальності на рівні з гетеросексуальністю. При цьому, геї, лесбійки та бісексуали не відрізняються від інших людей у своїй здатності організовувати найбільш фундаментальні аспекти свого життя, включно з побудовою стосунків, сім'ї та вихованням дітей, тому позбавлення їх доступу до інституту шлюбу має також і стигмаційний характер. Зазначені позиції є відповідною передумовою та підґрунтям встановлення шлюбної рівності.

Попри існування подібних режимів, лише шлюб здатен повністю надати можливість рівної реалізації відповідного права усіма людьми, незалежно від їх сексуальної орієнтації. Створення інших режимів спеціально для одностатевих пар є сегрегативним та дискримінаційним та посягає гідність таких пар.

Первнем встановлення шлюбної рівності є основоположні принципи права, які є визначальними ідеями та вимогами, та, власне, мають своїм джерелом гідність та права людини. Серед яких принцип рівності та недискримінації має чи не найбільший вплив, що є обов'язковою вимогою всіх правових систем. Він, передусім, передбачає однаковий правовий статус, який може відрізнятися за такими ознаками як громадянство чи вік, проте не за сексуальністю людини чи, до прикладу, її расою. Принцип рівності є однією з фундаментальних вимог людини на однакове, невідмінне від інших ставлення. Він також має своєю складовою антидискримінаційну вимогу, яка так само має законодавче закріплення в більшості держав та яка забороняє до однакового ставитися по різному, а до різного – однаково.

Реалізація принципу рівності в контексті встановлення шлюбної рівності тісно пов'язана з еволюцією розуміння самого принципу, концепту справедливості, а також власне прав людини, які не були ізольованими від позитивних суспільних досягнень. Проаналізована судова практика Верховного суду США та позиції науковців свідчать про те, що вимога встановлення шлюбної рівності має своїм джерелом, передусім та зокрема, принцип рівності, який вимагає однакового ставлення до негетеросексуальних людей, зокрема в аспекті їх доступу до фундаментального інституту шлюбу. Однаковими є і умови, що зумовлюють необхідність поширення права на шлюб і на зазначену категорію людей, серед яких зумовленість вибору щодо шлюбу сексуальністю людини, фундаментальність інституту та його важливість для всіх осіб, а так само для всього суспільного порядку. Не менш важливою є і вимога щодо захисту самих сімей одностатевих пар та їх дітей, які, через несправедливу дискримінацію законодавцем, так само потерпають від шкоди стигматизації та приниження. Так само гарантовані шлюбом додаткові цивільно-правові переваги є однаково важливі як для різностатевих, так і для одностатевих пар.

Обмеження доступу негетеросексуальних людей до інституту шлюбу посягає на вимоги принципу рівності в обох аспектах його антидискримінаційної частини. Необґрунтованим є різне ставлення до однакової наявності права на

вступ до шлюбу у всіх людей, де різним ставленням є неможливість укласти шлюб одностатевим парам, хоча така можливість є в різностатевих пар. З іншого боку, не виправданим є однакове ставлення до різних природних видів сексуальності, які зумовлюють вибір партнера відповідної статі, де однаковим ставленням є наявність лише одного варіанту – різностатєвого шлюбу.

Людська гідність як концепт не має єдиного розуміння, ні загалом, ні конкретно в юриспруденції. В правовому аспекті її можуть розуміти як окреме суб'єктивне право, невідчужувану людську властивість, конституційний принцип, засадничу цінність тощо, проте найважливішим є не її формальна назва, а її практичний вплив на правову реальність, особливо щодо захисту людських прав. Людська гідність є так само вимогою встановлення шлюбної рівності та коренем знищення дискримінаційного ставлення до негетеросексуальних людей, які мають рівноцінну гідність з іншими людьми, як і їх відносини та сім'ї, що створює вимогу рівності прав, зокрема і щодо права на вступ до шлюбу.

Держави, які зводять розуміння інституту шлюбу лише до різностатєвих пар, виключаючи з цього інституту негетеросексуалів, посягають на їх гідність та створюють двокласове суспільство, розділене за ознакою сексуальності людей, де геї та лесбійки опиняються в статусі другосортних. Відповідний обмежувальний закон має своїм джерелом упередження до цієї категорії осіб та прямо посягає на їх моральне громадянство без будь-якого раціонального законного інтересу, наявність якого для обмеження людських прав вимагається принципом пропорційності як складовою частиною принципу верховенства права. Оскільки зазначеного інтересу не існує, адже твердження щодо загрози негетеросексуальних людей, зокрема, для інституту шлюбу чи дітей, є науково спростованими та не відповідають дійсності, відсутність шлюбної рівності є непропорційною в розумінні принципу верховенства права. Навіть у випадку існування такої необхідності обмеження, неминучим є її конфлікт з людською гідністю, яка знаходиться на вершині всіх людських прав та цінностей, і, у випадку конкуренції з іншими людськими правами, виключає пошук рівноваги

та балансу інтересів між відповідними правами, будучи при цьому єдиною абсолютною правовою цінністю, яка не підлягає обмеженню.

Свобода як філософський та юридичний концепт має позитивний та негативний аспект, тобто сукупність можливостей («свобода для») та свободу від стороннього втручання («свобода від»). Вона є основоположним принципом права, безпосередньо виражається у людських правах та має своїми елементами, зокрема, принципи поваги до людських прав та свобод, толерантності та індивідуальної автономії.

Інститут шлюбу має тісний зв'язок з концептом свободи, адже рішення щодо шлюбу є поміж найінтимніших виборів людини, що складають її індивідуальну автономію, а також ідентичність. Саме через таку характеристику шлюбу присутність в ньому держави повинна зводитися до мінімуму, а заборона на укладення шлюбу між особами однієї статі є посяганням на відповідний вимір свободи.

Індивідуальна свобода має обмежуватися лише при можливості завдання шкоди іншим особам, суспільству чи державі, при чому емпіричний досвід, наукові висновки та судова практика категорично заперечують будь-яку ймовірну шкоду від встановлення шлюбної рівності. Як наслідок, відсутній і відповідний законний інтерес щодо втручання у свободу негетеросексуальних осіб щодо реалізації ними права на шлюб, що є однією з умов моралістичного регулювання. Так само обмеження права на шлюб для таких осіб не є патерналістським, оскільки відсутні необхідні умови, а саме «невільність» поведінки, мінімальність втручання та визнання мети втручання самими негетеросексуальними людьми.

Принцип свободи так само виключає створення будь-якого закону, який би обмежував шлюбну рівність на основі суб'єктивного сприйняття моралі чи релігії, які породжують упередженість до негетеросексуальних людей. Саме свобода захищає людину від обмеження її прав на основі несхвалення її окремих ознак, включно з сексуальністю, на чому б таке несхвалення не базувалося.

Серед шляхів встановлення шлюбної рівності можна виділити законодавчі, судові та референдумні механізми, останній серед яких є неоднозначним, адже ставлення на голосування фундаментальних прав людини суперечить сутності демократії. В Україні серед цих шляхів повністю можливим до застосування є лише законодавчий шлях, тобто внесення відповідних змін до Конституції та Сімейного кодексу. В аспекті встановлення шлюбної рівності важливим є запозичення міжнародного емпіричного досвіду та відповідних правих досягнень, при чому таке запозичення є радше імплементацією вже наявних основоположних принципів права, а не запозиченням норм іноземного права як такого. У випадку впровадження шлюбної рівності в Україні будь-які ризики для інших осіб, інституту шлюбу, суспільства чи держави відсутні, проте існує можливість посилення дискримінації негетеросексуальних людей на початкових етапах. В довгостроковій перспективі, як показує емпіричний досвід, шлюбна рівність спроможна покращити ставлення до відповідної категорії людей, таким чином «легітимізуючи» їх в очах суспільства.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Marriage Equality Around the World. URL: <https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world> (Last accessed: 11.05.2020).
2. Щорічну доповідь Уповноваженого з прав людини за 2019 рік направлено до Верховної Ради України. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/all-news/pr/shhor%D1%96chnu-dopov%D1%96d-upovnovazhenogo-z-prav-lyudini-za-2019-r%D1%96k-napravleno-do-verhovno%D1%97-radi-ukra%D1%97ni/?fbclid=IwAR1ymORKKVKbjW66JNy2Jrd6N-UfsXALLzkVc9Y7OLbVTJsZQmIFM5OoMF0> (дата звернення: 11.05.2020).
3. Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо протидії злочинам на ґрунті ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності): Проект Закону України від 09.04.2020 №3316-IX. Дата оновлення: 07.05.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68552.
4. Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо впорядкування відповідальності за злочини, скоєні з мотивів нетерпимості): Проект Закону України від 24.04.2020 №3316-2. Дата оновлення: 11.05.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68668
5. Costa Rica Supreme Court rules gay marriage ban unconstitutional. URL: <https://amp.dw.com/en/costa-rica-supreme-court-rules-gay-marriage-ban-unconstitutional/a-45030211> (Last accessed: 11.05.2020).
6. Supreme Court of the United States Obergefell Et Al. V. Hodges, Director, Ohio Department of Health, Et Al. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
7. Definition of Marriage // Cornell Law School. URL: <https://www.law.cornell.edu/wex/marriage> (Last accessed: 11.05.2020).

8. Definition of Marriage // Cambridge Dictionary. URL: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/marriage> (Last accessed: 11.05.2020).
9. Waaldijk C. More and more together: Legal family formats for same-sex and different-sex couples in European countries / C. Waaldijk // Comparative analysis of data in the LawsAndFamilies Database. Families And Societies Working Paper Series. – 2017. URL: <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2017/04/WorkingPaper75.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
10. DavidZwier. Inter-AmericanCourtofHumanRightsendorsessame-sexmarriage / DavidZwier // Jurist. LegalNews&Research. – 2018. URL: <https://www.jurist.org/news/2018/01/inter-american-court-of-human-rights-endorses-same-sex-marriage/>
11. Kerrigan v. Commissioner of Public Health. Supreme Court of Connecticut. Oct 28, 2008 289 Conn. 135 (Conn. 2008). URL: <https://casetext.com/case/kerrigan-v-commissioner-of-public-health> (Last accessed: 11.05.2020).
12. Civil Marriage Act. Canada. S.C. 2005, c. 33 (стаһом на 21.04.2020). URL: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-31.5/page-1.html> (Last accessed: 11.05.2020).
13. Bonauto M. L. *Goodridge in Context. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. 2005. Vol. 40. URL: <https://news.harvard.edu/wp-content/uploads/2013/11/bonauto.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
14. Goodridge v. Dept. of Public Health, 440 Supreme Judicial Court of Massachusetts. 309. 2003. URL: <http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html> (Last accessed: 11.05.2020).
15. State-sponsored homophobia: a world survey of sexual orientation laws / International Lesbian Gay Bisexual Trans and Intersex Association. URL: http://ilga.org/downloads/02_ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2016_ENG_WEB_150516.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
16. Katz P. The Case for Legal Recognition of Same-Sex Marriage / P.C. Katz // Journal of Law and Policy, 8(1), 2. – 1999. URL:

- <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1381&context=jlp> (Last accessed: 11.05.2020).
17. Asexuality: A Brief Introduction. *AsexualityArchive.com*. 2012. URL : <http://www.asexualityarchive.com/wp-content/uploads/2012/05/AsexualityABriefIntroduction.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
 18. American Psychological Association. Marriage Equality and LGBT Health / APA. URL: <https://www.apa.org/advocacy/civil-rights/sexualdiversity/marriage-equality.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
 19. American Psychological Association. For a Better Understanding of Sexual Orientation & Homosexuality / American Psychological Association. URL: <https://www.apa.org/topics/lgbt/orientation.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
 20. American Anthropological Association. Statement on Marriage and the Family / American Anthropological Association. URL: <https://www.americananthro.org/ConnectWithAAA/Content.aspx?ItemNumber=2602> (Last accessed: 11.05.2020).
 21. James Obergefell, et al., and Brittani Henry, et al. v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health / Valeria Tanco, et al. v. William “Bill” Haslam, Governor of Tennessee, et al. / April Deboer, et al. v. Rick Snyder, Governor of Michigan, et al. / Gregory Bourke, et al., and Timothy Love, et al. v. Steve Beshear, Governor of Kentucky, et al.. Supreme Court of the United States. Nos. 14-556, 14-562, 14-571, 14-574. URL: <https://www.apa.org/about/offices/ogc/amicus/obergefell-supreme-court.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
 22. Shamus Khan. Not born this way. *Aeon*. 23.07.2015. URL: <https://aeon.co/essays/why-should-gay-rights-depend-on-being-born-this-way> (Last accessed: 11.05.2020).
 23. Wolff K. “I Do, I Don’t”: The Benefits and Perils of Legalizing Same-Sex Marriage in the United States—One Year Later / K. Wolff // *Humanities*, 6(2), 12.. – 2017. URL: <https://www.mdpi.com/2076-0787/6/2/12/pdf> (Last accessed: 11.05.2020).

24. Scherpe J. The legal recognition of same-sex couples in Europe and the role of the European Court of human rights / J.M. Scherpe // *The Equal Rights Review*, 10 (1), 83-96. – 2013. URL: http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/ERR10_sp1.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
25. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de Noviembre de 2017 Solicitada por la República de Costa Rica. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
26. Marriage Equality. *Cambridge Dictionary*. URL: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/marriage-equality> (Last accessed: 11.05.2020).
27. Akpan C. The Morality of Same Sex Marriage: How Not to Globalize a Cultural Anomie / C. O. Akpan // *Online Journal of Health Ethics*, 13(1). – 2017. URL: <https://aquila.usm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1186&context=ojhe> (Last accessed: 11.05.2020).
28. Конституція України від 28 червня 1996 року (станом на 21.02.2019). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 11.05.2020).
29. Сімейний кодекс України № 2947-III від 10 січня 2002 року (станом на 28.08.2018). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> (дата звернення: 11.05.2020).
30. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року» від 23 листопада 2015 р. № 1393-р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npras/248740679> (дата звернення: 11.05.2020).
31. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. – К.: Ваіте, 2015. URL: <https://www.osce.org/uk/ukraine/283756?download=true> (дата звернення: 11.05.2020).
32. Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, сан та перспективи законодавчої реалізації в Україні / Ю. Б. Ключковський // *Organization for Security and Co-operation in Europe*. – 2018. URL:

<https://www.osce.org/uk/project-coordinator-in-ukraine/401765?download=true>
%20c%2047 (дата звернення: 11.05.2020).

33. Козюбра М. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій / М. Козюбра // Право України №11. – 2017. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/13162/Kozyubra_Pryntsyry_prava_metodolohichni.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 11.05.2020).
34. Lynn D. Wardle. Equality Principles as Asserted Justifications for Mandating the Legalization of Same-Sex Marriage in American and Inter-country-Comparative Constitutional Law / Lynn D. Wardle // BYU J. Pub. L. 489. – 2013. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byujpl27&div=20&id=&page=&t=1558357647> (Last accessed: 11.05.2020).
35. Man Yee Karen Lee. Equality, dignity, and same-sex marriage: a rights disagreement in democratic societies / Man Yee Karen Lee // Martinus Nijhoff Publishers. – 2010. URL: https://books.google.com.ua/books?hl=uk&lr=&id=dZ9-JTTQhewC&oi=fnd&pg=PR3&dq=same-sex+marriage+licensing+equality&ots=rgtkMXAshI&sig=4pwMLnjbXn6uxpEVB95wnVaOgAM&redir_esc=y#v=onepage&q=same-sex%20marriage%20licensing%20equality&f=false (Last accessed: 11.05.2020).
36. Gine Wilhelmina Elisabeth Hoogendijk v the Netherlands - 58641/00 [2005] ECHR 930 (6 January 2005) // European Court of Human Rights. – 2005. URL: <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/930.html> (Last accessed: 11.05.2020).
37. Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» № 5207-VI від 6 вересня 2012 року (станом на 30.05.2015). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17> (дата звернення: 11.05.2020).
38. Кримінальний кодекс України № 2341-III від 5 квітня 2001 року (станом на 19.05.2019). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 11.05.2020).

- 39.14th Amendment // Legal Information Institute& Cornell Law School. URL: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv> (Last accessed: 11.05.2020).
- 40.Brown v. Board Of Education, 347 U.S. 483 (1954) // U.S. Supreme Court. – 1954. URL: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/98_Brown%20v%20Board%20of%20Education%20e%20Plessy%20v%20Ferguson.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
- 41.Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978) // U.S. Supreme Court. – 1978. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/374/> (Last accessed: 11.05.2020).
- 42.Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987) // U.S. Supreme Court. – 1987. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/482/78/> (Last accessed: 11.05.2020).
- 43.Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967) // U.S. Supreme Court. – 1967. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/> (Last accessed: 11.05.2020).
- 44.Race, ethnicity, and Language data Standardization for Health Care Quality Improvement // Institute of Medicine of the National Academies. – 2001. URL: <https://www.ahrq.gov/sites/default/files/publications/files/iomracereport.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
- 45.Ferguson and others v. United Kingdom. Application under Article 34 of the European Convention on Human Rights and Rules 45 and 47 of the Rules of Court lodged with the Court on 2 February 2011 // European Court Of Human Rights. – 2011. URL: <http://equallove.org.uk/wp-content/uploads/2011/02/equalloveapplicationtoechr.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
- 46.Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) // U.S. Supreme Court. – 2003. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/> (Last accessed: 11.05.2020).
- 47.The Constitutional Inevitability of Same-Sex Marriage // HeinOnline 71 Md. L. Rev. 471 (2011-2012). – 2012. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/mlr71&div=20&id=&page=&t=1558358355> (Last accessed: 11.05.2020).
- 48.Timothy F. Murphy. Same-Sex Marriage: Not a Threat to Marriage or Children / Timothy F. Murphy // Journal of Social Philosophy. URL:

<http://gserna.pbworks.com/w/file/fetch/69823607/Same-Sex%20Marriage%20Not%20a%20Threat%20to%20Marriage%20or%20Children.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).

- 49.Право на повагу до приватного і сімейного життя. Посібник за статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Перше видання. Перекл. з доповн. адвокатів, к.ю.н. Олександра Дроздова та Олени Дроздової / січень 2018 – 83с. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/1259d4263dac852ef056_file.pdf (дата звернення: 11.05.2020);
- 50.William N. Jr. Eskridg. Six Myths That Confuse the Marriage Equality Debate / William N. Jr. Eskridg // HeinOnline 46 Val. U. L. Rev. 103 (2011-2012). – 2012. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/valur46&div=8&id=&page=&t=1557959492> (Last accessed: 11.05.2020).
- 51.Emmanuelle Bribosia. Same-Sex Marriage: Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the US Experience / Emmanuelle Bribosia, Isabelle Rorive, Laura Van den Eynde // HeinOnline 32 Berkeley J. Int'l L. 1 (2014). – 2014. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/berkjintl32&div=4&id=&page=&t=1558377172> (Last accessed: 11.05.2020).
- 52.A Global Ranking of Soft Power // USC Centre of Public Democracy. – 2017. URL: https://softpower30.com/wp-content/uploads/2018/07/The_Soft_Power_30_Report_2017-1.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
- 53.Case of Schalk and Kopf v. Austria (Application no. 30141/04) // European Court of Human Rights. – 2010. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-99605\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) (Last accessed: 11.05.2020).
- 54.Case of X and others v. Austria (Application no. 19010/07) // European Court Of Human Rights. – 2013. URL: https://fidh.org/IMG/pdf/xvaustria_ecthrjudgment_19feb2013_en_.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
- 55.Dignity. Merriam Webster Dictionary. URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/dignity> (Last accessed: 11.05.2020).

56. Dignity. Cambridge Dictionary. URL:
<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/dignity> (Last accessed:
 11.05.2020).
57. Про людські права. Лекції. Головатий С. – К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2016. – i-
 xxiv, 760 с.
58. Basic Law of the Federal Republic of Germany. URL: [https://www.btg-
 bestellservice.de/pdf/80201000.pdf](https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf) (Last accessed: 11.05.2020).
59. Статут Організації Об'єднаних Націй. URL:
http://www.un.org.ua/images/UN_Charter_Ukrainian.pdf (дата звернення:
 07.05.2020).
60. Universal Declaration of Human Rights. URL: [https://www.un.org/en/universal-
 declaration-human-rights/](https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/) (Last accessed: 11.05.2020).
61. Cameron E. Dignity and Disgrace – Moral Citizenship and Constitutional
 Protection [Draft]. *Understanding Human Dignity (Proceedings of a conference)*.
 28.06.2012. URL:
[https://www.concourt.org.za/images/phocadownload/justice_cameron/Oxford-
 Dignity-and-Disgrace-June%202012-revised%20final.pdf](https://www.concourt.org.za/images/phocadownload/justice_cameron/Oxford-Dignity-and-Disgrace-June%202012-revised%20final.pdf) (Last accessed:
 11.05.2020).
62. Michèle Finck. The role of human dignity in gay rights adjudication and legislation:
 A comparative perspective. *International Journal of Constitutional Law*. 2016. Vol.
 14, 1, Ст. 26–53, <https://doi.org/10.1093/icon/mow009>.
63. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 19.10.1973
 №2148-VIII (Президія Верховної Ради Української РСР). URL:
https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 07.05.2020).
64. Nussbaum M. Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice /
 Martha Nussbaum // *Feminist Economics*, 9:2-3, 33-59, DOI:
 10.1080/1354570022000077926. – 2003. URL: [https://doi.org/10.1080/135457
 0022000077926](https://doi.org/10.1080/1354570022000077926) (Last accessed: 11.05.2020).
65. David Carter. Stonewall: The riots that sparked the gay revolution. St. Martin's
 Publishing Group, 2010. 352 p. URL:

https://books.google.com.ua/books?id=j04jLSvGNSMC&pg=PA328&lpg=PA328&dq=stonewall+bastille&source=bl&ots=cV0q2ACtyC&sig=ACfU3U2Cs6H7HXCWamgp_spctL3n3EoWng&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKEwjJ0MGFrP_oAhWJfZoKHVASDekQ6AEwC3oECAUQAQ#v=snippet&q=Bastille&f=false (Last accessed: 11.05.2020).

66. Defense of Marriage Act. United States Congress Public Law No: 104-199 (09/21/1996). URL: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/3396/text> (Last accessed: 11.05.2020).
67. Supreme Court of the United States United States V. Windsor, Executor of the Estate of Spyer, Et Al. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
68. In re Marriage Cases. Opinion No. S147999. URL: <https://scocal.stanford.edu/sites/scocal.stanford.edu/files/opinion-pdf/43Cal4th757originalopinion-1257881161.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
69. De Leon v. Perry, 975 F. Supp. 2d 632, 639. W.D. Tex. 2014. URL: <https://casetext.com/case/de-leon-v-perry> (Last accessed: 11.05.2020).
70. Bostic v. Rainey, Civil No.2:13cv395. 2. E.D. Va. Feb. 14, 2014. URL : <https://casetext.com/case/bostic-v-rainey> (Last accessed: 11.05.2020).
71. Vriend v. Alberta. Supreme Court of Canada. 25285. [1998] 1 SCR 493. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1607/1/document.do> (Last accessed: 11.05.2020).
72. Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005). URL: <http://www.saflii.org.za/za/cases/ZACC/2005/19.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
73. Ghaidan v. Godin-Mendoza (FC). House of Lords of the United Kingdom. [2004] UKHL 30. URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040621/gha-5.htm> (Last accessed: 11.05.2020).

74. Egan v. Canada, 23636 Supreme Court of Canada [1995] 2 SCR 513. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1265/index.do> (Last accessed: 11.05.2020).
75. Meeting of the Parliament 20 November 2013. Official Report by the Scottish Parliament. URL: <http://www.parliament.scot/parliamentarybusiness/report.aspx?r=9521&i=85624> (Last accessed: 11.05.2020).
76. Toobin J. Swing Shift. *The New Yorker*. 12.09.2005. URL: <https://www.newyorker.com/magazine/2005/09/12/swing-shift> (Last accessed: 11.05.2020).
77. Same-Sex Equality and Religious Freedom. Ira C. Lupu, Robert W. Tuttle. *Northwestern Journal of Law & Social Policy*. Vol. 5 / Issue 2 / Art.4. Fall 2010. URL: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1055&context=njlsp> (Last accessed: 11.05.2020).
78. Kitchen v. Herbert, 961 F. Supp. 2d 1181, (D. Utah 2013). URL: <https://casetext.com/case/kitchen-v-herbert-1> (Last accessed: 11.05.2020).
79. Romer v. Evans, 517 United States Supreme Court. 620. (1996). URL: <https://casetext.com/case/romer-v-evans-2> (Last accessed: 11.05.2020).
80. Sweden church allows gay weddings. *BBC News*. 22.10.2009. URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/8321502.stm> (Last accessed: 11.05.2020).
81. Liberty. Cambridge Dictionary. URL: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/liberty?q=Liberty> (Last accessed: 11.05.2020).
82. Liberty. Merriam-Webster Dictionary. URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/liberty> (Last accessed: 11.05.2020).
83. Mill J. S. (2001). *On Liberty*. Kitchener: Batoche Books. URL: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/mill/liberty.pdf>. (Last accessed: 11.05.2020).

84. Positive and Negative Liberty. Stanford Encyclopedia of Philosophy – revision Aug 2, 2016. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/> (Last accessed: 11.05.2020).
85. Two Concepts of Liberty. Isaiah Berlin / Four Essays On Liberty. Oxford, England: Oxford University Press, 1969, p. 118-172. URL: https://cactus.dixie.edu/green/B_Readings/I_Berlin%20Two%20Concpets%20of%20Liberty.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
86. Члевик О. Особливості свободи як принципу конституційного ладу. *Вісник Конституційного Суду України*. 2015. № 2. С. 55-65. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu_2015_2_13 (дата звернення: 11.05.2020).
87. Supreme Court of the United States *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/> (Last accessed: 11.05.2020).
88. National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others, Constitutional Court of South Africa CCT 11/98. URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1998/15.pdf> (Last accessed: 11.05.2020).
89. Wyatt-Nichol, H. Naylor L. A. Liberty and Equality: In Defense of Same Sex Marriage. *Public Integrity*. 2015. 17, 2. P. 117-130. DOI: 10.1080/10999922.2015.1000108.
90. Mohr R. D. (2007). *The Long Arc of Justice: Lesbian and Gay Marriage, Equality, and Rights*. New York: Columbia University Press. 142 p. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=gcwzCgAAQBAJ&pg=PA26&lpg=PA26&dq=story+of+Lot+at+Sodom+is+probably+intended+to+condemn+inhospitality+rather+than+homosexuality&source=bl&ots=czqtNdjid2&sig=ACfU3U1GEw049DeI1Q6R7F3LN6lRmzlNGA&hl=uk&sa=X&ved=2ahUKEwjqt6fTsaXpAhVj7aYKHd1OCESQ6AEwAXoECAkQAQ#v=onepage&q=story%20of%20Lot%20at%20Sodom%20is%20probably%20intended%20to%20condemn%20inhospitality%20rather%20than%20homosexuality&f=false> (Last accessed: 11.05.2020).

91. Dobrin A. D. S. W. Society Doesn't Create Morality and Neither Do Individuals. *Psychology Today*. 04.04.2012. URL: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/am-i-right/201204/society-doesnt-create-morality-and-neither-do-individuals> (Last accessed: 11.05.2020).
92. Poushter J. What's morally acceptable? It depends on where in the world you live. *Pew Research Center*. 15.04.2014. URL: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/04/15/whats-morally-acceptable-it-depends-on-where-in-the-world-you-live/> (Last accessed: 11.05.2020).
93. Loveland I. Liberty, Equality and the Right to Marry under the Fourteenth Amendment. *British Journal of American Legal Studies*. 2016. 6, 2. URL: <https://doi.org/10.1515/bjals-2017-0012>.
94. Same-Sex Marriage, Same-Sex Cohabitation, and Same-Sex Families around the World: Why Same is So Different // *HeinOnline* 19 Eur. Rev. Private L. 631 (2011). – 2011. URL: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/erpl0019&div=38&id=&page=&t=1558358469> (Last accessed: 11.05.2020).
95. Special Eurobarometer 437 “Discrimination in the EU in 2015”. – 2015. URL: https://web.archive.org/web/20160122075042/http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/ebs_437_en.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
96. Same-Sex Marriage Around the World // *Pew Research Center*. – 2019. URL: <https://www.pewforum.org/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/> (Last accessed: 11.05.2020).
97. Attorney General Lynch Announces Federal Marriage Benefits Available to Same-Sex Couples Nationwide // *Department of Justice. Office of Public Affairs*. – 2015. URL: <https://www.justice.gov/opa/pr/attorney-general-lynch-announces-federal-marriage-benefits-available-same-sex-couples> (Last accessed: 11.05.2020).
98. Full text of Constitutional Court ruling in favor of same-sex marriage // *Focus Taiwan News Channel*. – 2017. URL: <http://focustaiwan.tw/news/aip1/201705240015.aspx> (Last accessed: 11.05.2020).

99. The Democratic Rollback: The resurgence of the predatory state // ResearchGate. – 2008. URL: https://www.researchgate.net/publication/298987882_The_Democratic_Rollback_The_resurgence_of_the_predatory_state (Last accessed: 11.05.2020).
100. Taiwan votes down same-sex marriage as China welcomes midterm results // The Guardian. – 2018. URL: <https://www.theguardian.com/world/2018/nov/24/anti-gay-marriage-groups-win-taiwan-referendum-battle> (Last accessed: 11.05.2020).
101. Same-Sex Marriage Referendum. National Summary Results // RTE News. URL: <https://www.rte.ie/news/results/2015/referendum/ssm/> (Last accessed: 11.05.2020).
102. Australian Marriage Law Postal Survey, 2017// Australian Bureau of Statistics. – 2017. URL: <https://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/mf/1800.0> (Last accessed: 11.05.2020).
103. Taiwan becomes first in Asia to legalise same-sex marriage // The Guardian. – 2019. URL: <https://www.theguardian.com/world/2019/may/17/taiwan-becomes-first-asian-county-to-legalise-same-sex-marriage> (Last accessed: 11.05.2020).
104. Kozuch E. #FlashbackFriday—Today in 1973, the APA Removed Homosexuality From List of Mental Illnesses. *Human Rights Campaign*. 15.12.2017. URL : <https://www.hrc.org/blog/flashbackfriday-today-in-1973-the-apa-removed-homosexuality-from-list-of-me> (Last accessed: 11.05.2020).
105. John Geddes Lawrence and Tyron Garner, v. State of Texas. Supreme Court of the United States. Brief. No. 02-102. URL: https://www.hrw.org/legacy/pub/amicusbriefs/lawrence_vs_texas.pdf (Last accessed: 11.05.2020).
106. Araiza, William D., Foreign and International Law in Constitutional Gay Rights Litigation: What Claims, What Use and Whose Law? *William Mitchell Law Review*. 2005. Vol. 32, Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2005-17. URL: <https://ssrn.com/abstract=794087> (Last accessed: 11.05.2020).

107. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Вищої ради юстиції щодо офіційного тлумачення положень абзаців другого, третього пункту 1 частини першої статті 150 Конституції України (справа щодо актів про обрання/призначення суддів на посади та про звільнення їх з посад). – 2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-02> (дата звернення: 11.05.2020).
108. BVerfGE 1, 14 – Südweststaat. Bearbeitung, zuletzt am 15.03.2020, durch: A. Tschentscher, Claudia Schramm. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html> (Last accessed: 11.05.2020).
109. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України "Про всеукраїнський референдум". – 2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-18> (дата звернення: 11.05.2020).
110. Воронов М. Чому владі не потрібен закон про всеукраїнський референдум / М. Воронов, Ю. Градова // LIGA.net. – 2018. URL: <https://www.liga.net/politics/articles/chomu-vladi-ne-potriben-zakon-pro-vseukrainskiy-referendum> (дата звернення: 11.05.2020).
111. Більшість українців проти одностатевих шлюбів - опитування // BBC. – 2013. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/news/2013/05/130517_ukraine_homophobia_it (дата звернення: 11.05.2020).
112. Matsuka O. No matter their allegiance, Ukraine's politicians are ignoring LGBT rights / Oleksiy Matsuka // openDemocracy. – 2019. URL: <https://www.opendemocracy.net/en/odr/no-matter-their-allegiance-ukraines-politicians-are-ignoring-lgbt-rights/> (Last accessed: 11.05.2020).
113. Міністерство юстиції України не виконуватиме захід Плану дій з реалізації Нацстратегії у сфері прав людини про легалізацію цивільних партнерств // Центр інформації про права людини. – 2018. URL:

https://humanrights.org.ua/material/minjiust_vidmovivsja_pisati_zakonoprojekt_pro_civilni_partnerstva_ta_radit_pravozahisnim_organizacijam_perekonuvati_su_spilstvo?fbclid=IwAR1DNk051eDL01IBRa-8hKJOVG-NZfw5dticWwOOSUQAsABdulEr0RJ-l8g (дата звернення: 11.05.2020).

114. Russia's anti-gay laws in line with public's views on homosexuality. Katie Reilly. Pew Research Center. 03.08.2013. URL: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2013/08/05/russias-anti-gay-laws-in-line-with-publics-views-on-homosexuality/> (Last accessed: 11.05.2020).
115. Schmidt S. Americans' views flipped on gay rights. How did minds change so quickly? *The Washington Post*. 07.07.2019. URL: https://www.washingtonpost.com/local/social-issues/americans-views-flipped-on-gay-rights-how-did-minds-change-so-quickly/2019/06/07/ae256016-8720-11e9-98c1-e945ae5db8fb_story.html?outputType=amp (Last accessed: 11.05.2020).
116. Flores, A. R., Barclay S. Backlash, Consensus, Legitimacy, or Polarization: The Effect of Same-Sex Marriage Policy on Mass Attitudes. *Political Research Quarterly*. 2015. Vol. 69, 1. 43–56. DOI: 10.1177/1065912915621175.
117. Switzerland Criminalizes Homophobia With Large Majority In National Referendum. *Forbes*. 09.02.2020. URL: <https://www.forbes.com/sites/jamiewareham/2020/02/09/switzerland-criminalizes-homophobia-with-large-majority-in-national-referendum/amp/> (Last accessed: 11.05.2020).
118. Brazil's Supreme Court Criminalizes Homophobic Acts. *The Wall Street Journal*. 13.06.2019. URL : <https://www.wsj.com/amp/articles/brazils-supreme-court-criminalizes-homophobic-acts-11560467658> (Last accessed: 11.05.2020).
119. Організатор КиївПрайду: 90% українців упевнені, що не мають геїв і лесбійок у своєму оточенні. Але це не так. *Главком*. 13.06.2017. URL: <https://glavcom.ua/news/organizator-kijivpraydu-90-ukrajinciv-upevneni-shcho-ne-mayut-gejiv-i-lesbiyok-u-svojemu-otochenni-ale-ce-ne-tak-420136.html> (дата звернення: 11.05.2020).

