

# НОРМА ПРАВА 8 ТА МАЙБУТНЄ АМЕРИКАНСЬКОЇ ПОЛІТИЧНОЇ АКТИВНОСТІ У СФЕРІ ОДНОСТАТЕВИХ ШЛЮБІВ<sup>1</sup>



**ДЖ. А. РЕДДІНГ**  
доцент Школи права  
(Сент-Луїський університет, США)

Норма права 8, що також відома під назвою Закон Каліфорнії «Про захист шлюбу», була затверджена виборчою ініціативою мешканців штату Каліфорнія та набула чинності 4 листопада 2008 р.<sup>2</sup>

Перш за все, цією успішною законодавчою ініціативою було внесено поправку до конституції штату Каліфорнія, яка в цій частині стала звучати: «[ш]люб в Каліфорнії може вважатися та визнаватися таким лише між чоловіком і жінкою». Виборці штату Каліфорнія ввели в дію цю норму у відповідь на рішення Верховного суду штату, що анулював попередньо існуючий устрій, за яким різностатеві пари штату отримували свідоцтва про «шлюб», а одностатеві пари — свідоцтва про «домашнє партнерство», причому кожен із статусів охоплював, по суті, аналогічні права та обов'язки. Верховний суд Каліфорнії проголосив цей юридичний устрій неконституційним, посилаючись на невідповідність його аспектів принципу з Конституції Каліфорнії «різні, але рівні».

На сьогоднішній день питання конституційності самої норми права 8 оскаржується у 9-му Окружному апеляційному суді. Це суд апеляційної інстанції у федеральних справах, в юрисдикції якого знаходиться більша частина заходу Сполучених Штатів. Конституційність норми права 8 оскаржується у справі *Perry v. Schwarzenegger* адвокатами-представниками сексуальних меншин. Захисники

<sup>1</sup> Оригінальна стаття *Proposition 8 and the Future of American Same-Sex Marriage Activism* була опублікована в журналі *Nexus: Charman's Journal of Law & Policy*. — 2009. — Vol. 14. — P. 113–124.

<sup>2</sup> Повний текст норми права 8 можна переглянути за адресою [Електронний ресурс] // Сайт «Voterguide». — Режим доступу : <http://voterguide.sos.ca.gov/past/2008/general/text-proposed-laws/text-of-proposed-laws.pdf>

здебільшого посилаються на вимоги Конституції США (тобто не на конституцію штату Каліфорнія) та заявлені в ній положення про захист прав.

## ВСТУПНА ЧАСТИНА

Ні норма права 8, ні триваюча боротьба навколо неї не становлять яскравих подій в політичній історії США. Як прибічники, так і опоненти каліфорнійської законодавчої ініціативи переслідували сумнівні цілі із сумнівною тактикою. Ці заходи часто були принизливими, а іноді навіть лицемірними та беззаконними.

У цій короткій статті представлено спробу закликати всіх учасників до обговорення питання одностатевих шлюбів задля обрання нового мислення, утворення нових об'єднань та вибору нової тактики. Все вищезазначене необхідне через те, що на даному етапі дискусія з приводу одностатевих шлюбів зайшла у глухий кут, причому дуже великий капітал інвестовано у мислення та політику старого стилю. Вважаємо, що всі учасники цієї дискусії можуть досягнути кращих результатів. Більш того, вважаємо, що ми *повинні* досягти кращого результату. Без змін в у підході до мислення та тактики будь-який «переможець» цієї битви успадкує сильно пошкоджену соціальну та правову інфраструктуру.

Норма права 8 та боротьба навколо неї представляють та ведуть до занепаду американської політики. Захисники одностатевих шлюбів, їх опоненти та мовчазні спостерігачі — всі вони продовжуватимуть страждати від болісної та зростаючої шкоди, якщо битва продовжуватиметься у її сьогоdnішній формі. Існує нагальна потреба в альтернативних стратегіях, а також альтернативних цілях. У цій короткій статті я спробую дослідити і те, і інше.

## I. АМЕРИКАНСЬКІ РОЗДУМИ ПРО ГІДНІСТЬ, ПРАВОВИЙ ПЛЮРАЛІЗМ ТА ОДНОСТАТЕВІ ШЛЮБИ

Наші пошуки більш гідного дискурсу у дискусії про одностатеві шлюби починаються з дослідження ідеї гідності. Поняття гідності є ключовим у обговоренні, враховуючи те, що обидва Верховні суди штатів Каліфорнія та Коннектикут нещодавно застосували це поняття, коли розглядали, що для гомосексуалістів є важливим при протиставлянні «шлюбу» та «одностатєвого домашнього партнерства» або «одностатєвого цивільного союзу». У цій частині спершу коротко описуються ці дві позиції судів вищої інстанції з приводу гідності, а також їх відношення до феномену правового плюралізму загалом та одностатєвого шлюбу зокрема. Після цього пояснення, в наступних частинах, перейдемо до критичного огляду цих амбіційних рішень судів штатів, що безсумнівно не мають під собою достатньої практики та теоретичного обґрунтування.

У справі *In re Marriage Cases*<sup>1</sup> Верховний суд штату Каліфорнія мусив вирішити, чи відповідає система правового закріплення стосунків в штаті Каліфорнія конституційним гарантіям штату відносно права одружуватися та права на рівність<sup>2</sup>. За цією системою правове закріплення стосунків «шлюб» було можливо для пар протилежної статі, тоді як одностатєві пари мали доступ лише до

<sup>1</sup> *In re Marriage Cases*, 76 Cal. Rptr. 3d 683 (2008).

<sup>2</sup> Там само. — С. 783.

паралельного режиму під назвою «одностатеве домашнє партнерство». Подібно до Каліфорнії деякі інші штати також створили дві паралельні системи сімейного права, що діють на території цих штатів, але режим штату Каліфорнія щодо різних законів для пар з різною сексуальною орієнтацією був дещо незвичайним в тому, що він надав домашнім партнерам «практично всі правові переваги та привілеї і... правові зобов'язання та обов'язки ... які законодавство штату Каліфорнія надає та накладає на подружню пару»<sup>1</sup>. Отже, Верховний суд штату Каліфорнії мав вирішити у цій справі, чи було конституційним існування двох систем сімейного права на принципі «різні, але рівні» у відповідності до вимог Конституції штату Каліфорнія. Врешті-решт суд постановив, що ця система не була конституційною і що одностатеві пари мають отримувати свідчення про «одруження» так само, як і різностатеві пари.

Це рішення відрізняється наявністю численних новаторських та цікавих аспектів. Наприклад, це рішення — перший випадок застосування Верховним судом штату стандарту «суворої перевірки» до дискримінації проти гомосексуалістів<sup>2</sup>.

Це рішення також заслуговує на увагу через те, що воно аналізує можливість штату Каліфорнія створити режим правового закріплення стосунків, який є доступним кожному, хто використовує іншу категорію, ніж «шлюб»<sup>3</sup>. Оскільки ці аспекти рішення були важливими, зараз хочемо зосередитися на аспекті рішення суду, який залишився недостатньо проаналізованим, а саме на обговоренні судом концепції «гідності» та її відношення до плюралістичної системи сімейного права. Тут варто повністю процитувати слова суду з приводу гідності та плюралізму сімейного права: «Одним з основних елементів права утворювати офіційно визнану сім'ю, що втілений в конституційному праві на одруження штату Каліфорнія, є право пари

<sup>1</sup> *In re Marriage Cases*, 76 Cal. Rptr. 3d 683 (2008). — С. 779. Згідно з рішенням Верховного суду Каліфорнії в штаті залишається дев'ять відмінностей між шлюбами по типу домашнього партнерства та різностатевими шлюбами. Там само. — С. 805, вин. 24. Сумнівним є те, що деякі з цих відмінностей є корисними для людей, які вступають у домашнє партнерство. Сумнівним є також те, що інші з цих відмінностей накладають на людей у домашньому партнерстві обтяження, з яким звичайні шлюбні пари не стикаються.

Прикладом переваги можна було б назвати те, що у штаті Каліфорнія шлюби по типу домашнього партнерства легше розірвати, ніж різностатеві шлюби. Прикладом обтяження, що накладається виключно на людей, котрі бажають вступити до шлюбу по типу домашнього партнерства, є вимога, що такі люди повинні мати спільне місце проживання; для людей, які вступають у традиційний шлюб, такої вимоги стосовно наявності спільного місця проживання не існує. Див. там само.

<sup>2</sup> Там само. — С. 840–841. Див. також *Yoshino K. Magisterial Conviction: Why the California Supreme Court Did More than Legalize Gay Marriage* [Електронний ресурс] // Сайт «Slate.com». — Режим доступу: <http://www.slate.com/id/2191530/>. (обговорюється унікальність рішення Верховного суду штату Каліфорнія з приводу застосування стандарту суворой перевірки дискримінації сексуальної орієнтації).

<sup>3</sup> У рішенні суду зазначено: «Якщо закон створює різні правові режими для різних груп громадян, що порушує принципи рівного захисту, то суд зобов'язаний визначити, чи слід таке конституційне порушення усунути або виправити шляхом поширення пільг одній групі громадян на іншу групу, або, навпаки, позбавити першу групу переваг, яких немає у другій групі. Загалом суд здійснює таке виправлення нерівності шляхом розгляду або можливості розширення переваги для обох класів, або, навпаки, шляхом рівного її позбавлення, що буде найбільш відповідним до ймовірного наміру Законодавства, у разі, якщо такий орган визнав, що нерівність правових режимів була конституційно недопустимою...

[Н]емає жодних сумнівів, що розширення визначення шлюбу стосовно одностатевих пар, а не відмова його поширення для всіх пар, є відновленням принципу рівного захисту, що найбільш відповідає вимогам загальної законодавчої політики та поглядом нашого штату». (*In re Marriage Cases*, 76 Cal. Rptr. 3d 856).

Див. також *Murray M. Equal Rites and Equal Rights* // *California Law Review*. — 2008. — Vol. 96. — P. 1395, 1399 (обговорюється відкриття Верховним судом Каліфорнії дверей до можливості створення Каліфорнією нового типу офіційно визнаних відносин, що є рівнодоступним для всіх людей, і який не називається «шлюбом»).

мати свої сімейні стосунки з такою ж гідністю та повагою, що гарантується іншим офіційно визнаним сім'ям. Встановлення іншого правового закріплення для сімейних стосунків одностатевих пар із збереженням при цьому історичного визначення «шлюбу» виключно для різностатевих пар становить серйозний ризик відмови сімейним стосункам одностатевих пар в таких рівних гідності та повазі. ...

[3]алишення правового закріплення шлюбу виключно для різностатевих пар та запровадження окремого правового режиму для одностатевих пар може призвести до твердження, що гомосексуалісти та одностатеві пари є «громадянами другого класу», котрі мають користуватися іншими нормами, що є менш сприятливими за норми для гетеросексуалів або різностатевих пар»<sup>1</sup>.

Як і інші частини рішення суду, обговорення судом гідності було революційним та вражаючим, хоч цього разу це і було невдалим. Дійсно, обговорення судом необхідного зв'язку між гідністю, правовим плюралізмом та юридичним закріпленням стосунків (наприклад, шлюбу) було шокуючим через відсутність вивчення історичних передумов та через відсутність обґрунтування, також неправильно було застосовано тлумачення іноземного юридичного досвіду.

Як буде сказано у наступній частині, позиція суду в його рішенні є надзвичайно упередженою, суд уникає більш глибокого аналізу відповідних реалій сімейного права та дискусій у світі, включаючи ті, що безпосередньо стосуються плюралізму сімейного права, гідності та прав меншин<sup>2</sup>. Менш ніж через шість місяців після прийняття рішення Верховним судом штату Каліфорнія, Верховний суд штату Коннектикут виніс власне новаторське рішення з приводу одностатевих шлюбів. У справі *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*<sup>3</sup> Верховний суд штату Коннектикут мусив вирішити, чи порушувала практика штату Коннектикут стосовно «виокремлення гетеросексуальних та гомосексуальних пар в окремій інституції» (відповідно) «шлюбу» та «цивільного союзу» конституційні принципи штату Коннектикут стосовно належної правової процедури та рівності<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *In re Marriage Cases*, 76 Cal. Rptr. 3d 783.

<sup>2</sup> Реалії сімейного права у світі не могли не вплинути на позицію Суду. Дійсно, під час обговорення наведених Міністром юстиції Каліфорнії аргументів щодо історичного визначення шлюбу, Суд зауважує, що «донедавна в багатьох культурах по всьому світу було широко поширеною критика гомосексуальності як чогось принизливого», і що в результаті «визначення шлюбу у переважній більшості юрисдикцій в США та в усьому світі продовжує застосовуватися лише у відношенні до різностатевих пар». Там само. — С. 762.

Крім того, Суд уміло використовує рішення Верховного суду Канади, описуючи, як історія дискримінації проти гомосексуалістів застерігає проти роздумів, що будь-яка окрема та паралельна система сімейного права для них не може мати жодного іншого характеру, крім такого, що дискримінує. У рішенні Верховного суду штату Каліфорнія записано: [3]окрема у світлі історичної зневаги до та дискримінації проти гомосексуалістів, існує дуже значний ризик, що збереження різного правового регулювання спільного проживання, за умови, що термін «шлюб» не застосовується тільки щодо одностатевих пар, неминуче призведе до появи нового паралельного інституту, що утворений для розгляду статусу таких пар, як нижчого за шлюб і, по суті, як маркування їх, як другорядних громадян. Верховним судом Канади було зауважено в аналогічному контексті: «Одним з факторів, що підтверджує, що диференційоване законодавство принижує гідність позивача, є існування вже існуючого несприятливого становища, стереотипів, упередженості або незахищеності, що зазнають особа або група обговорюваних осіб... [ ] ... Логічним є висновок, що подальше розрізнення у правовому регулюванні сприятиме збереженню або посиленню їх несправедливої соціальної характеристики та матиме на них значно серйозніший вплив, так як вони вже вважаються незахищеними». (*M. v. H.* [1999] 2 S.C.R. 3, 54–55 [68]).

<sup>3</sup> *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health et al.*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (Conn. 2008).

<sup>4</sup> Там само. — С. 144. Верховний суд Коннектикуту поширює принцип належної правової процедури на основоположне право одружуватися з особою за своїм [власним] вибором».

Подібно визнанню Каліфорнією системи паралельних відносин, схема цивільного союзу на території Коннектикуту «надала [цивільним] союзам всі права та привілеї, що надані подружжю у традиційному шлюбі»<sup>1</sup>.

Подібно рішенню каліфорнійського суду, що було винесено трохи раніше, існує багато цікавих та важливих аспектів в рішенні суду Коннектикуту. Серед них висновок Суду Коннектикуту, що будь-які правові класифікації за критерієм сексуальної орієнтації є «квазі-підозрілими» та заслуговують на проведення «перевірки середньої ретельності»<sup>2</sup>. Проте нижче сконцентруємо увагу на висновку Верховного суду Коннектикуту про те, що відмова у одностатевим парам у «реальному» одруженні говорить про інтереси гідності цих пар, а також гомосексуалістів у більш широкому значенні.

Суд Коннектикуту зауважив в своєму рішенні, що, будучи зовнішньо рівними, ні традиційний шлюб, ні цивільні союзи не існували в історичному вакуумі. За словами суду, «[х]оча за нашим законодавством традиційний шлюб та цивільні союзи втілюють однакові юридичні права, вони в жодному разі не є «рівними»...

[П]ерший є інститутом виключного історичного, культурного та соціального значення, тоді як другий радше таким не є»<sup>3</sup>.

Крім того, утримання від «шлюбної» термінології щодо одностатевих пар є особливо проблематичним для суду, враховуючи те, що «історично [гомосексуалісти] були предметом презирства, нетерпимості та глузування»<sup>4</sup>. Враховуючи таку історію суд вирішив, що він не може «не брати до уваги твердження позивачів, що законодавство [Коннектикуту], при закріпленні правового регулювання, що відносить одностатеві пари до цивільних союзів, ... надав їм *нижчий статус*, зазначивши, що вони не гідні інституту шлюбу»<sup>5</sup>.

Використовуючи перевірку середньої ретельності та водночас великою мірою покладаючись на аргументацію Верховного суду Каліфорнії, суд Коннектикуту в остаточному підсумку постановив, що правове регулювання стосунків у Коннектикуті включало право гомосексуалістів на гідність, а також право на таке ж поводження, як і з традиційними шлюбними парами у відповідності до вимог законодавства<sup>6</sup>. У відношенні до рівності суд наголосив на «схожостях, що суперечать одна одній» між різностатевими та одностатевими парами<sup>7</sup>. З точки зору суду, гомосексуалісти «мають такий самий інтерес у відданих та ніжних стосунках, що й гетеросексуалісти, які бажають одружитися, і вони поділяють такий самий інтерес у тому, щоб мати сім'ю та виховувати дітей в атмосфері любові та підтримки»<sup>8</sup>. Враховуючи цю постульовану принципову рівність між одностате-

---

<sup>1</sup> Там само. — С. 143.

<sup>2</sup> Див. там само. — С. 142.

<sup>3</sup> Там само. — С. 152.

<sup>4</sup> Там само. — С. 153.

<sup>5</sup> Там само. — С. 150 (виділено курсивом).

<sup>6</sup> Див. там само. — С. 150. Див. також на с. 225, 246–247 стосовно дискусії, що вказує на сильний вплив попереднього рішення Верховного суду Каліфорнії.

<sup>7</sup> Там само. — С. 162.

<sup>8</sup> Там само.

вими та різностатевими парами, суд вирішив, що «закріплені принципи рівного захисту ведуть ... до висновку, що гомосексуалісти мають право за власним вибором одружуватися з партнером тієї ж статі. .... [О]дностатеві пари не можуть бути позбавлені свободи одружуватися»<sup>1</sup>.

І Верховний суд Каліфорнії, і Верховний суд Коннектикуту чітко розуміють, що гідність гомосексуалістів порушується, коли правове регулювання гетеросексуальних стосунків відрізняється від регулювання одностатевих стосунків. У наступній частині ми хотіли б піддати сумніву це положення. Дозвольте тут пояснити: на нашу думку, Верховні суди Каліфорнії та Коннектикуту *можуть* бути праві стосовно відношення між гідністю, правовим плюралізмом та одностатевим шлюбом, принаймні, у контексті сучасного законодавства США. Проте я також вважаю, що претензії щодо гідності, *будь-які* претензії щодо гідності для будь-якої особи або *будь-якої* групи є значно складнішими, ніж їх зазвичай представляють адвокати або судді.

Отже, у наступній частині, залучивши на допомогу досвід з порівняльного правознавства, спробуємо зірвати маску очевидності, що надіта на популярні сьогодні в США позови щодо гідності гомосексуалістів. Діючи таким чином, хочемо сказати, що ці позови щодо гідності не обов'язково призведуть до перемоги у боротьбі за одностатевий шлюб, а також не поліпшать правову ситуацію для гомосексуалістів з їх специфічними сімейно-правовими потребами, очікуванням та бажаннями. Отже мій проект є гомофільним, що зацікавлений у гідності гомосексуалістів, але визначає для неї інше місце, ніж у випадку з традиційним шлюбом.

## **II. МІРКУВАННЯ ЩОДО ГІДНОСТІ ТА ПЛЮРАЛІЗМУ СІМЕЙНОГО ПРАВА У СВІТІ**

Рішення Верховних судів Каліфорнії та Коннектикуту, як і велика кількість останніх ліберальних рішень Верховного Суду США<sup>2</sup>, в процесі пошуку правових висновків використовує правовий досвід інших країн (крім США). Використання неамериканського права є значною мірою неповним, коли мова заходить про центральне питання, представлене у кожній із справ, а саме, чи відповідає плюралістична система сімейного права інтересам гідності гомосексуалістів та інших меншин.

У цій частині я спробую компенсувати це упущення, показавши, як міжнародна спільнота розуміє гідність та плюралізм сімейного права. Існує багато неамериканських юрисдикцій, включаючи Канаду, Великобританію та Індію, досвід яких може знадобитися в даній ситуації. Усі три країни (та багато інших) мали дуже великий досвід стосовно «питання гідності» в контексті сімейно-правових дискусій. У цьому відношенні кожна країна пройшла нелегкий шлях до узгодження вимог різних прошарків населення, що не має жодного поняття про «добропорядне життя» або стандартну структуру сім'ї. Крім того, в усіх трьох країнах гідність

---

<sup>1</sup> Там само. — С. 262.

<sup>2</sup> Див., напр., *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 55 (2005).

та її концептуальні похідні (наприклад, повага, терпимість, права меншин) були спрямовані не на поєднання меншин в унітарну, загальну систему сімейного права, а на забезпечення меншин правовим простором, у якому реалізовуватимуться неможоритарні бачення сім'ї, громади та добropорядного життя. У порівнянні з цими трьома країнами США певною мірою запізналися в обговореннях гідності та плюралізму сімейного права<sup>1</sup>.

І хоча ситуації щодо сімейного права в Канаді та Великобританії є дуже цікавими, на даному етапі зосередимо увагу на поясненні та використанні досвіду Індії у сфері плюралізму сімейного права. Схоже, але певною мірою по-іншому, ніж у Канаді та Великобританії, Індія прийняла законодавство, яке чітко встановлює різні норми сімейного права для представників різних громад. В Індії цей плюралістичний тип сімейного права називається «система персонального права». Така система встановлює та по-іншому запроваджує різні (у разі часткового збігу) норми сімейного права для різних релігійних громад.

Наприклад, в плюралістичній системі сімейного права Індії можна знайти «Індійський закон про шлюб» (дія якого також розповсюджується на розлучення індуських пар), а також можна знайти «Індійський християнський закон про шлюб». Крім того, «Індійський закон про розлучення» поширюється на більшість розлучень між християнами, тоді як «Закон про розірвання мусульманських шлюбів» поширюється на розлучення серед мусульман. Також можна навести багато інших прикладів таких законодавчих актів в Індії, а також велику кількість релігійних та розроблених у судовому порядку законів, що стосуються регулювання сімейних відносин.

У той час як передумови системи персонального права в Індії є складними, спірними та динамічними в процесі історичного розвитку<sup>2</sup>, цікаво зауважити, що у сучасних системах персонального права в Індії та будь-де громадяни «другого класу», наприклад, християни та мусульмани у випадку з індуською більшістю в Індії, часто (проте не завжди) чинять опір спробам поширення на них унітарної, загальної системи сімейного права.

---

<sup>1</sup> Ми вживаємо тут словосполучення «певною мірою», пам'ятаючи про те, що саме американський федералізм створив можливість як для Каліфорнії, так і для Коннектикуту мати систему сімейного права, відмінну від інших штатах, а саме, систему, в якій «шлюб» та його гомосексуальні відгалуження (тобто «домашнє партнерство» та «цивільні союзи») мінімально відрізнялися за своїми економічними та правовими перевагами. Проте в американських обговореннях за приводу плюралізму сімейного права існує дивна неспроможність сприймати плюралізм інший, ніж існує в 50-ти штатах.

<sup>2</sup> Сьогоднішня система персонального права Індії бере свій початок з 1772 р., коли У. Гастінгс, тодішній британський генерал-губернатор Індії, видав рішення: «в усіх тяжбах стосовно шлюбу, спадщини, касти та інших релігійних традицій та інститутів, у відношенні до [мусульман] [застосовувати] закони Корану, а у відношенні до [індусів] застосовувати закони Шастри». Governor And Council Of Bengal, A Plan For The Administration Of Justice (1772). Для обговорення британської політики див. *Galanter M., Krishnan J. Personal Law and Human Rights in India and Israel // Israel Law Review. — 2000. — Vol. 34. — P. 101, 106.* Див. також *Hooker M. B. Legal Pluralism: An Introduction To Colonial And Neo-Colonial Laws. — Oxford: Clarendon Press, 1975.*

У той час, коли можна було очікувати на поширення цього амбіціозного оголошення на багато сфер життя, рішення Гастінгса було запроваджене у повному обсязі лише у сфері шлюбу, розлучення, спадщини та усиновлення, а також в управлінні релігійними наділами. Після оголошення незалежності та після проведення безлічі обговорень, постколоніальна Індія вирішила залишити це основне розділення між універсально орієнтованим кримінальним правом та персонально орієнтованим сімейним правом.

У цьому відношенні корисно проаналізувати два приклади чутливості індійських меншин щодо їх асиміляції до мажоритарних норм сімейного права. Перший приклад стосується індійських християн та їх реакції на схвалену більшістю «реформу» індійського християнського сімейного права. Прийняття у 2001 р. Закону (Поправки) Індії про розірвання шлюбу значною мірою урівняло права на розлучення для жінок та чоловіків-християн в Індії, а також запровадило можливість розлучення за взаємною згодою. Хоча цей новий закон і став вражаючим досягненням, важливо зауважити, що для цього знадобилося десять років спільних активних дій.

Причинами тому стали кілька невдалих починань та численні призупинення в законодавчому процесі через небажання уряду вносити зміни до християнського персонального права без чіткої згоди на проведення таких змін з боку всіх християнських конфесій<sup>1</sup>. Тоді як ці закони явно наблизили християн в Індії до сімейно-правового регулювання більшості (тобто індуського), асиміляція не відбулася у повному обсязі. Залишаються наполягання на збереженні принципу «різні, але рівні» для християн в Індії.

Другий приклад можна назвати дещо історичним, але водночас він набагато яскравіший та досі становить надзвичайно цікаве питання. У середині 1980-х рр. на індійській політичній арені розгорілася криза, пов'язана із справою Шах Бано. Цей спір призвів до рішення Верховного суду Індії у справі *Mohd. Ahmed Khan v. Shah Bano Begum*<sup>2</sup>. Представлене цією справою питання полягало в тому, чи може поширюватися вимога Кримінально-процесуального кодексу Індії, а саме, чи зобов'язаний чоловік довічно матеріально підтримувати свою колишню дружину після розлучення, у разі якщо вона «не в змозі утримувати себе сама»<sup>3</sup>, на чоловіків-мусульман, котрі у відповідності з класичним ісламським сімейним правом мають обмежену відповідальність<sup>4</sup>.

Врешті-решт Верховний суд постановив, що 1) вимоги Кримінально-процесуального кодексу заміняють будь-які суперечливі правила та вимоги ісламського сімейного права<sup>5</sup> та 2) ніщо у ісламському сімейному праві не перешкоджає довічній виплаті матеріальної допомоги колишній дружині, якщо «вона не в змозі утримувати себе»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Див. *Singh M.* India: Hindu Government Moves to Change Christian Divorce // *Christianity Today*. — 2001. — Mar. 5 [Електронний ресурс] // Сайт «Christianity Today». — Режим доступу : <http://www.christianitytoday.com/ct/2001/march5/21.33.html> (обговорення видів перешкод, з якими стикається уряд у своїй законотворчій діяльності у сфері персонального права). Див. також *Chatterjee J., Gracias O., Julian A. F.* Christians Hail the Indian Divorce Amendment Act 2001 (Sept. 2, 2001) [Електронний ресурс] // Сайт «Worldwide Faith News». — Режим доступу : <http://www.wfn.org/2001/09/msg00000.html>

<sup>2</sup> [1985] 3 S.C.R. 844.

<sup>3</sup> India Code Crim. Proc. § 125(1)(A) (India).

<sup>4</sup> За найбільш класичними варіантами тлумачення ісламського сімейного права, загальноприйнятим вважається правило, коли чоловік повинен матеріально підтримувати свою (колишню) дружину протягом трьох місяців після розлучення. Див. *Pearl D., Menski W.* Muslim Family Law. — 3<sup>rd</sup> ed. — London : Sweet & Maxwell, 1998. — P. 182–84, 280–82.

<sup>5</sup> [1985] 3 S.C.R. 844, 854–856.

<sup>6</sup> Там само. — С. 858–859.



Рішення викликало шквал протестів серед консервативних мусульман всієї Індії<sup>1</sup>.

Урешті-решт тодішній Прем'єр-міністр Індії Раджив Ганді та його уряд не охоче погодилися на вимоги консервативних мусульман ухвалили закон, який би позбавляв мусульманських (і лише мусульманських) жінок права претендувати та довічне отримання матеріальної допомоги від їх колишніх чоловіків після розлучення<sup>2</sup>.

Тоді як юридична сила цього нещодавнього доповнення до системи персонального права Індії за часом зійшла нанівець<sup>3</sup>, закон і досі залишається зареєстрованим, і його скасуванню чинитиметься сильний опір з боку мусульманських політичних організацій<sup>4</sup>.

Отже, в Індії багато людей не тільки розглядають плюралізм сімейного права у якості співіснуючого з поняттям гідності меншин, але також вбачають у ньому щось на кшталт передумови цієї гідності. Звичайно, існують значні розходження між різними членами будь-якої окремо взятої меншини щодо належного змісту сімейного права, що застосовується щодо цієї групи. Крім того, ці розходження часто вирішуються за рахунок жінок меншини. На даний момент це є прикритим випадком, проте правова та політична ситуація в Індії все ж таки демонструє як можливість, так і реальне існування дуже різного тлумачення відносин між гідністю та плюралізмом сімейного права на відміну від тих, що вказані в нещодавніх рішеннях Верховних судів Каліфорнії та Коннектикуту.

### III. ДОВІРЧІ ВІДНОСИНИ ТА ГІДНІСТЬ

Американська політика стосовно положення гомосексуалістів у суспільстві відрізняється від політики стосовно положення християн та мусульман в Індії. Враховуючи сказане вище, нинішнє непохитне зосередження руху за цивільні права гомосексуалістів на правах одностатевого шлюбу можна розглядати як історичну і глобальну аномалію<sup>5</sup>. Отже, виникає одне важливе питання: як і чому американські гомосексуалісти дійшли висновку, що їх гідність пов'язана

---

<sup>1</sup> Пролунали протилежні протести з боку низки ісламських жінок-дисидентів та їх союзників, що тільки підбурювало протистояння. Див. *Singh K. The Constitution and Muslim Personal Law // Forging Identities: Gender, Communities And The State / ed. by Z. Hasan. — 1994. — P. 96, 101–103.*

<sup>2</sup> Див. *The Muslim Women (Protection of Rights on Divorce) Act, № 25 of 1986 [Електронний ресурс] // Сайт «Commonwealth Legal Information Institute». — Режим доступу : [http://www.commonlii.org/in/legis/num\\_act/mworoda1986482/](http://www.commonlii.org/in/legis/num_act/mworoda1986482/)*

<sup>3</sup> Див. *Danial Latifi v. Union of India, A.I.R. 2001 S.C. 3958.*

<sup>4</sup> Це не означає, що йдуть хоч якісь процеси, що можуть призвести до єдності стосовно належного змісту ісламського сімейного права в межах індійської величезної і сильної 150-мільйонної мусульманської громади. Ніхто не відміняв класові та кастові розбіжності в межах громади, а також міжконфесійні суперечності між шіїтами та суннітами. Також існують серйозні розходження між мусульманськими феміністами та мусульманами, які не підтримують політичні та правові програми цих феміністів. Щодо мусульманських феміністів Індії слід зауважити, що в той час, як багато з них продовжують працювати над більш сприятливими для жінок версіями ісламського сімейного права, цілі такого проекту не передбачають залишити сімейне право на користь інших патріархальних версій, незалежно від того, чи такі «інші» будуть базуватися на релігійних чи світських законах.

<sup>5</sup> Див. *Polikoff N. D. Beyond (Straight And Gay) Marriage: Valuing All Families Under The Law. — Boston : Beacon Press, 2008 (обговорення історичного та глобального контексту нинішніх рішучих дій стосовно прав одностатевих шлюбів в США).*

з мажоритарним, гетеросексуальним розумінням та реалізацією сімейного права. З цього приводу також важливо поставити питання, чому б не інвестувати політичний капітал гомосексуалістів у підвищення гідності, замість того, щоб підглядати за мавзолеєм мажоритарного шлюбу.

На питання «як» та «чому» важко відповісти, а відповіді на них — складні та довгі<sup>1</sup>. Але тут хотілося б натомість зосередитися на питанні «політичного капіталу», відповідь на яке, на мою думку, полягає у тому, що гомосексуальна гідність може стосуватись інших питань, ніж шлюб. Це особливо вірно, якщо (гомосексуальна) гідність розуміється такою, що включає поняття (гомосексуальних) *довірчих відносин*.

Виходячи з рішень Верховних судів Каліфорнії та Коннектикуту, гомосексуальна гідність нерозривно пов'язана з формальною рівноправністю та доступом до гетеросексуального інституту шлюбу. Таке уявлення гідності не є повністю невірним, але воно також не є повністю правильним. Тобто таке уявлення гідності ігнорує потребу людей у довірчих відносинах з приводу власного життя, як передумови для відчуття ними своєї гідності.

У цьому відношенні нас турбує, що може стати з гомосексуальними довірчими відносинами та гомосексуальною гідністю, якщо гомосексуалістів буде включено до інституту шлюбу, котрий було створено (незважаючи на його недоліки) гетеросексуалістами для гетеросексуалістів. Ми відчули занепокоєння, коли, наприклад, Верховний суд Коннектикуту схвально наводив цитати з експертного висновку Католицької конференції Коннектикуту у справі стосовно одностатевого шлюбу у цьому штаті. У рішенні суду записано: «[Н]аступне зауваження Католицької конференції Коннектикуту, Інк... є доречним. “У нашій культурі ми дійшли згоди щодо .... [у]нікальних етичних засад [шлюбу]: те, що союз має бути на все життя (постійний), що союз має бути виключним (вірність) і те, що любов, на якій тримається цей союз має характеризуватися взаємною підтримкою та самопожертвою (самовідданістю)”».

Ці ідеали однаковою мірою стосуються одностатевих та різностатевих пар, що бажають одружитися»<sup>2</sup>.

Тут ми маємо справу із світським судом, що цитує релігійний текст. Суд відстоює застаріле бачення шлюбу, що обмежує навіть гетеросексуалів. Хочемо запитати: чи в найкращих інтересах гомосексуалістів бути втягнутими у цю плутанину?

Думаємо, що ні. Крім того, посилення політики консерваторів-республіканців, що визначають шлюбно-сімейну політику в США, попереджає гомосексуалістів, що навіть після визнання за ними права на шлюб вони потраплять під контроль консервативних сил. Це не є приводом турбуватися щодо таких «консервативних» штатів, як Луїзіана або Юта. Навіть у таких «ліберальних» центрах, як Нью-Йорк, можна знайти такі застарілі аргументи стосовно інституту шлюбу дуже *популярними*. Наприклад, Верховний суд Нью-Йорку нещодавно відстоював позицію тісного зв'язку між шлюбом та гетеросексуальними стосунками.

<sup>1</sup> З приводу змістовних зусиль див.: *Chauncey G. Why Marriage?* — New York : Basic Books, 2004.

<sup>2</sup> *Kerrigan v. Comm'r of Pub. Health*, 279 Conn. 447, 904 A.2d 137, № 76 (2006).

Пояснюючи своє рішення бажанням зберегти традиційне юридичне визначення шлюбу в своєму штаті, суд Нью-Йорку акцентував, що шлюб був створений для гетеросексуалів, і тільки для гетеросексуалів, оскільки «статеві стосунки між чоловіком і жінкою мають природній потяг, що веде до народження дітей; гомосексуальні стосунки позбавлені цього. . . [Одностатеві] пари можуть стати батьками шляхом усиновлення або шляхом штучного запліднення, або інших див наукових досягнень, але вони не можуть стати батьками в результаті випадку або імпульсу»<sup>1</sup>. Інакше кажучи, шлюб є важливим у якості соціальної профілактики у тому разі, якщо порветься презерватив.

Може одностатеві пари і несуть певні втрати через існуючу заборону доступу до інституту шлюбу, але у довгостроковій перспективі гідність гомосексуалістів не буде вшанована через поширення на них норм шлюбно-сімейного права, центральним завданням якого є розгляд ситуацій, що виникають через пошкодження презервативу. Вірогідно, що більшу користь для гідності можна буде отримати із розробкою сімейного законодавства, написаного гомосексуалістами для гомосексуалістів. Тоді версія закріплення відносин як цивільного союзу або домашнього партнерства може бути дуже вірогідним шляхом подальшого розвитку. Напевно, при такому варіанті гомосексуалісти матимуть значно більший вплив на законодавство та визначення режимів регулювання<sup>2</sup>.

Враховуючи сказане вище, існують поважні причини, з яких існуючі «альтернативні» системи цивільного союзу та домашнього партнерства можуть не подолатися. Одна з них та, що вони потребують більш привабливих, сучасних назв. Термінологія є дуже важливим питанням під час усієї дискусії з приводу шлюбу. Верховний суд Каліфорнії безпосередньо займався питанням термінології та вичерпно написав в своєму рішенні у справі *In re Marriage Cases*:

Протягом довгого часу термін «шлюб» поширювався на сімейні стосунки, що цілковито схвалені громадою. Закон продовжить дозвіл на доступ до цього поняття тільки різностатевим парам. Одностатевим парам запропоновано новий, альтернативний інститут, що розглядатиметься як офіційна назва. Сімейні стосунки одностатевих пар не можуть прирівнюватись до сімейних стосунків різностатевих пар<sup>3</sup>.

Безумовно, ця тема є досить масштабною, проте маємо сказати, що позов Верховного суду Каліфорнії (та подібні позови) щодо незмінного та постійного значення слів ганьбить історичні досягнення руху гомосексуалістів за цивільні права.

Це рух, який промовляє «про любов, що не може називатися такою». Це рух, що зробив слово «гей» тотожним і гомосексуальності, і частю (*gay* з англ. — «гомосексуаліст» (особливо чол. статі), а також прикм. «веселий, радісний»), це рух,

---

<sup>1</sup> *Hernandez v. Robles*, 7 N.Y.3d 338, 359 (2006).

<sup>2</sup> Звичайно, що цей контроль буде опосередкованим, за допомогою державного законодавства (контрольованого гетеросексуалами), але така ситуація схожа на устрій в Індії, де Парламент також нестиме відповідальність за сімейне законодавство меншин. Цим я хочу сказати, що за допомогою домашніх партнерств, які майже виключно відкриті для гомосексуалістів, гомосексуалісти матимуть політичний вплив на державне законодавство про домашнє партнерство.

<sup>3</sup> 76 Cal. Rptr. 3d 763–764.

що організовує кожного літа марші по всьому світі, під час яких гомосексуалісти засвідчують свою «гордість», незважаючи на те, що живуть у світі, що прагне їх присоромити. Це рух, який яскраво продемонстрував мінливу якість слів та ярликів, включаючи «сім'ю», «дивний» та навіть «секс», та алхімічний потенціал будь-якої амбіційної політики термінології. Це також рух, якому вдалося переконати багатьох гетеросексуалістів припинити вживати такі гендерні терміни, як «чоловік» та «дружина», або навіть «подружжя», та вживати замість них слово «партнер», щоб описати їх «істотну іншість».

Наполягання руху гомосексуалістів за цивільні права на тому, що визначення «шлюб» — це компетенція світських держав (замість церков та храмів), та на тому, що «шлюб» може об'єднувати здатних до розмноження одностатевих пар (так само просто, як він може об'єднувати безплідні, різностатеві пари) є подальшим свідченням непохитного бажання руху переглянути традиційні значення цих слів та понять. Якими б не були перемоги гомосексуалістів у сфері гідності, вони будуть переважені втратою довірчих відносин. А це не може бути абсолютно тим, чого вимагає гідність.

Проте якщо гомосексуалісти, немов за магічним дотиком Мідаса, зможуть запровадити інше розуміння *терміну* «шлюб», дуже маловірогідно, щоб *голоси* гомосексуалістів будь-коли змогли реформувати *інститут* шлюбу або інші області сімейного права, пов'язані із традиційним шлюбом.

## ВИСНОВОК

У дискусії про те, що існуючі аргументи з приводу гідності не обов'язково призведуть у правовій та політичній боротьбі за одностатевий шлюб і не обов'язково призведуть до найкращого правового регулювання для гомосексуалістів, мною не було запропоновано конкретної альтернативи. Ми це визнаємо. Враховуючи сказане вище, мою пасивність можна частково пояснити обмеженим місцем, але переконаний, що жодна окрема особа або представники вищої олігархії не повинні домінувати у цьому діалозі. Сподіваюся, що на цих сторінках мені вдасться ініціювати діалог стосовно гомосексуалістів.

Ми дійсно вважаємо, що новою метою для гомосексуалістів має стати уявлення та утворення окремого, більш орієнтованого на потреби гомосексуалістів сімейного права та системи визнання стосунків. Дійсно, метою повинна бути система не «різності, але рівності», а «різності *та* *кращості*». Проте «краща» якість цієї системи має стати результатом демократизації процесу. Отже, нашою пропозицією є залишення демократичної системи на саму себе і надання їй можливості виробити свої власні регулювання щодо геїв та лесбіянок у результаті їх самостійного обговорення. З нетерпінням чекатимемо на такі обговорення.

**Реддінг Дж. А. Норма права 8 та майбутнє американської політичної активності у сфері одностатевих шлюбів**

*Анотація.* У цій стислій статті представлена спроба заохотити всіх учасників дебатів про одностатеві шлюби у США приєднатися до нового міркування, нових альтернатив та нових стратегій. Критично розглянувши останні неемпіричні та теоретично недостатньо обґрунтовані позови до Каліфорнійського та Коннектикутського Вер-

ховних Судів стосовно гідності геїв та лесбіянок, нашою метою було зірвати маску очевидності, що надіта на популярні у наші дні позови стосовно гідності геїв та лесбіянок. Діючи таким чином, ми наводимо докази того, що позови стосовно гідності не виграють ані битви за одностатевий шлюб, ані не призведуть до покращення правової ситуації геїв та лесбіянок з їх сімейно-правовими потребами, очікуваннями та бажаннями. Таким чином, наш проект є гомофільним і зацікавленим у захисті гідності геїв та лесбіянок, проте така гідність відмінна від гідності у традиційному шлюбі.

**Ключові слова:** одностатевий шлюб, гідність, правовий плюралізм, установа, гей, лесбіянка, персональне право, Індія.

### **Реддінг Дж. А. Норма права 8 и будущее американской политической активности в области однополых браков**

**Аннотация.** В этой краткой статье представлена попытка привлечь всех участников дебатов об однополых браках в США к новому рассуждению, новым альянсам и новым стратегиям. Критически рассмотрев последние неэмпирические и теоретически недостаточно обоснованные иски в Калифорнийский и Коннектикутский Верховные Суды относительно геев и лесбиянок, нашей целью было сорвать маску очевидности, надетую на популярные в наши дни иски относительно достоинства геев и лесбиянок. Действуя таким образом, мы приводим доказательства того, что иски относительно достоинства не выиграют ни битвы за однополый брак, ни приведут к улучшению правовой ситуации геев и лесбиянок с их семейно-правовыми потребностями, ожиданиями и желаниями. Таким образом, наш проект является гомофильным и заинтересованным в защите достоинства геев и лесбиянок, однако такое достоинство отлично от достоинства в традиционном браке.

**Ключевые слова:** однополый брак, достоинство, правовой плюрализм, учреждение, гей, лесбиянка, персональное право, Индия.

### **Redding J. A. Proposition 8 and the Future of American Same-Sex Marriage Activism**

**Annotation.** This short Essay represents an attempt to encourage all participants in the U.S. same-sex marriage debate to engage in new thinking, new alliances, and new tactics. By critically examining the California and Connecticut Supreme Courts' recent un-empirical and under-theorized claims as to gay and lesbian dignity, I aim to strip away the veneer of obviousness that attaches to presently popular (if unexamined) gay and lesbian dignity claims. In doing so, I argue that these dignity claims neither necessarily win the battle for same-sex marriage, nor necessarily result in the best legal situation for gay and lesbian people, with their distinct needs, expectations, and desires with respect to family law. My project then is a homo-philic one that is interested in gay and lesbian dignity, but finds it in places other than majoritarian marriage.

**Key words:** same-sex marriage, dignity, legal pluralism, agency, gay, lesbian, personal law, India.