

Олександр Водянніков

ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ

ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

В ПОРІВНЯЛЬНОМУ

КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні



Federal Foreign Office

Олександр Водянніков, Гендерна рівність Теорія і практика в порівняльному конституційному праві

Рецензенти:

Бориславська О. М., професорка кафедри конституційного права Львівського національного університету імені Івана Франка, докторка юридичних наук, доцентка;

Харитонова О.В., доцентка Кафедра кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, кандидатка юридичних наук.

У роботі аналізуються підходи органів конституційної юрисдикції різних держав щодо визначення і забезпечення принципу гендерної рівності. Питання гендерної рівності подається у більш широкому контексті значення принципів рівності й недискримінації в демократичному суспільстві. Основна увага цієї роботи зосереджена на представленні практичних підходів, закладених у текстах основних рішень конституційних судів різних держав.

У роботі досліджується поняття рівності в його історичному і соціальному контекстах, сформульовані основні підходи до теорії рівності в сучасному конституціоналізмі, обґрунтовуються концепції рівності в конституційному праві як парадигми, принципу, окремого права і складової інших конституційних прав і свобод. Ці сенси рівності складають єдину конституційну структуру, в основі якої лежить ціннісний порядок, за яким людська гідність, рівність і свобода визнаються найвищою цінністю. Поряд з цим робиться спроба проаналізувати співвідношення рівності й недискримінації в їх теоретичній і практичній площині.

Окрема увага приділена практичному застосуванню принципу рівності і права на недискримінацію в гендерному вимірі. Гендерна рівність є невід'ємною складовою конституційної парадигми, тому багато конституційних питань, що на перший погляд є гендерно нейтральними мають суттєвий гендерний вимір. У роботі розкриваються поняття гендеру як аналітичної категорії, як конституційної категорії та аналізуються питання гендеру і демократії, зокрема в частині гендерних квот.



Організація з безпеки та співробітництва в Європі
Координатор проєктів в Україні



Federal Foreign Office

Видано в рамках проєкту «Підтримка захисту прав людини через покращення доступу до конституційної юстиції», що реалізується Координатором проєктів ОБСЄ в Україні за фінансової підтримки Уряду Федеративної Республіки Німеччина. В цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проєктів ОБСЄ в Україні.

Олександр Водяніков

ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ
ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА
В ПОРІВНЯЛЬНОМУ
КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ

ЗМІСТ

ВСТУП	5
Розділ I. РІВНІСТЬ: ГЕНЕАЛОГІЯ ПОНЯТТЯ	19
1.1. Великі революції і нова політична спільнота	28
1.2. Народження законодавчої держави	33
1.3. Становлення постмодерного конституціоналізму	40
Розділ II. ТЕОРІЯ РІВНОСТІ	49
Рішення Верховного суду США <i>Trimble v. Gordon</i>	50
2.1. Рівність як конституційна парадигма	58
2.2. Рівність як принцип	66
Рішення Конституційного суду Південноафриканської республіки <i>Mashvha v. President of the Republic of South Africa and Others</i>	66
2.3. Рівність як складова людських прав	71
Рішення ЄСПЛ <i>Ádám and Others v. Romania</i>	76
2.4. Рівність як окреме право	80
Рішення Конституційного суду України № 15-рп/2004	81
Рішення Верховного суду Канади <i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i>	85
2.5. Рівність і недискримінація: співвідношення понять	93
Рішення Верховного суду США <i>Village of Willowbrook et al. v. Olech</i>	96
Рішення Конституційної ради Франції № 83-165 DC від 20 січня 1984 року	98
Рішення Суду ЄС C-149/10 <i>Zoi Chatzi v. Ypourgos Oikonomikon</i>	101
Рішення Верховного суду США <i>Reynolds v. Sims</i>	105
Рішення Палати лордів Великої Британії <i>R (On The Application of RJM) (FC) v. Secretary of State For Work and Pensions</i>	109

Рішення Верховного суду Канади <i>Corbiere v. Canada</i>	111
Постанова Верховного суду у справі № 620/536/19.	115
Постанова Верховного суду у справі № 492/446/15-а	122
Рішення Верховного суду Великої Британії <i>Essop and others v. Home Office (UK Border Agency)</i>	129
Рішення Палати лордів Великої Британії <i>AL (Serbia) (FC) v. Secretary of State for the Home Department; R (on the application of Rudi) (FC) v Secretary of State for the Home Department</i>	136
Рішення Верховного суду Канади <i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i>	143

Розділ III. ҐЕНДЕРНА РІВНІСТЬ159

3.1. Ґендер як аналітична категорія166

3.2. Ґендер як конституційна категорія172

Рішення Конституційної ради Франції № 2016-745 DC від 26 січня 2017 року	172
Рішення Федерального конституційного суду ФРН 1 BvR 2019/16	175
3.2.1. Рівність можливостей	184
Рішення Федерального конституційного суду ФРН BVerfGE 85, 191	184
Рішення Суду ЄС C-409/95 <i>Marschall v Land Nordrhein-Westfalen</i>	190
3.2.2. Інтерсекційність	198
Рішення Конституційного суду Південноафриканської республіки <i>Sithole and Another v Sithole and Another</i>	199

3.3. Ґендер і демократія: гендерні квоти211

Рішення ЄСПЛ щодо прийнятності <i>Staatkundig Gereformeerde Partij v. The Netherlands</i>	212
Рішення ЄСПЛ щодо прийнятності <i>Zevnik and others v. Slovenia</i>	217
Рішення Конституційної ради Франції № 82-146 DC від 18 листопада 1982 року	221
Рішення Конституційної ради Франції № 2000-429 DC від 30 травня 2000 року	223
Рішення Конституційної ради Франції № 2006-533 DC від 16 березня 2006	226

ВИСНОВКИ241

ВСТУП

Рівність – поняття, яким просякнуте сучасне право. Це поняття має багато змістів і функцій: рівність як юридична категорія, рівність як ідея справедливості, рівність як принцип і рівність як суб'єктивне право. За цією багатоманітністю змістів стоїть мета-наратив – егалітарна парадигма сучасної демократії, що була сформована в часи Великих революцій XVIII ст.

В основу ліберальної демократії, що прийшла на зміну феодальному ладу в ході цих революцій, була закладена концепція *res publica*, переосмислена мислителями Просвітництва та діями Американської і Французької революцій¹. Сама ця концепція республіки, яку ми за історичною традицією називаємо демократією (хоча те, що стародавні греки і римляни називали демократією, і те, що отримало цю назву в ході Великих революцій, є дещо відмінними явищами²), вимагала наявності політичної громади формально рівних осіб.

Ідея рівності в першому своєму виразі стосувалася рівності всіх перед законом, тобто у вимозі, аби ніхто не був вищим за закон, включаючи Государя. Фрідріх Гаєк вважає, що рівність є найбільш критичним елементом ліберального суспільства: «Великою метою боротьби за свободу є рівність перед законом»³. Становлення рівності як парадигми сучасної держави відбувалося в силу двох фундаментальних тенденцій: (1) виникнення ідеї народного суверенітету, народовладдя, тобто ідеї держави як політії, що складається з рівних громадян та (2) становлення законодавчої монополії модерної держави,

¹ У період Наукової революції, що завдячує своїм розвитком не в останню чергу віднайденню античних джерел і, як наслідок, відродженню античної філософської думки та традиції республіканізму, що згодом, у XVIII ст., надихатиме діячів Просвітництва і дасть ідеологічне підґрунтя Американській та Французькій революціям, «демократія» і «республіка» стають досить наближеними і подекуди синонімічними. Хоча це ідеологічне підґрунтя і філософська традиція зовсім не були ані «демократичними», ані егалітарним і у сучасному розумінні, адже заперечували загальне виборче право, права жінок і толерували як колоніалізм, обстоюючи ідею «цивілізаторської місії», так і рабство. Див.: Crick B. DEMOCRACY: A VERY SHORT INTRODUCTION. Oxford : Oxford University Press, 2002. С. 5.

На відміну від наших сучасних уявлень, давньоримське поняття *res publica* не передбачало певної політичної форми правління (напр. демократії). *Res publica* – це була персоніфікація міста Рима, спільноти громадян, що розглядалася як суб'єкт юридичних відносин та яка вимагала певного політичного устрою, що ґрунтувався б на вимогах права. Див. Рулан Н. ИСТОРИЧЕСКОЕ ВВЕДЕНИЕ В ПРАВО. Москва: Nota Bene, 2005. С. 116.

² Докл. див. Водянніков О. ДЕМОКРАТИЯ І КОНСТИТУЦІЯ: ПРИХОВАНІ ПАРАДОКСИ. *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.* 2020. Вип. 87. С. 25-29.

³ Hayek F. THE CONSTITUTION OF LIBERTY. Chicago: University of Chicago Press, 2011. P. 148.

що вимагала усунення інших систем соціального регулювання, окрім права, тобто реалізації ідеї мононоративності, що вело до продукування законодавчих класифікацій, розрізень, нерівностей тощо⁴.

Зараз принцип рівності проголошений майже в кожному конституційному тексті, а сама концепція рівності вважається засадничою для справедливої правової системи. Разом з тим поняття рівності, її зміст, співвідношення її різних форми, включаючи недискримінацію, залишається предметом як доктринальних дискусій, так і подекуди відмінних підходів в юриспруденції різних країн. Ця невизначеність досить показово проявляється під час дослідженні питання доктринальних і судових підходів до гендерної рівності, де право стикається з подекуди незламними суспільними стереотипами і упередженістю.

Конституційні тексти встановлюють гарантії рівності у різних формулюваннях, починаючи від загальних гарантій рівності перед законом і закінчуючи детальними положеннями про недискримінацію. Рівність між чоловіками і жінками є, без сумніву, загальноновизнаним аспектом принципу рівності. У деяких конституційних текстах цей аспект прямо викладений, як, наприклад, в частині третій статті 24 Конституції України («Рівність прав жінки і чоловіка забезпечується ...») або в частині другій статті 3 Основного Закону ФРН («Чоловіки і жінки мають рівні права. ...»), або опосередковано через заборону дискримінації за ознакою статі. Але навіть там, де конституційний текст не містить подібної прямої згадки, практика судів та органів конституційної юрисдикції виводить право на гендерну рівність із загальних положень про рівність⁵

Рівність може розумітися та захищатися по-різному, залежно від того, чи розуміється це право широко або вузько, чи застосовується воно для захисту особи чи групи осіб, чи розуміється воно як таке, що забороняє певні види дискримінації, або на додаток вимагає рівного розподілу у суспільстві благ та тягарів та встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення

⁴ У цьому відношенні ідея рівності перед законом може вважатися, послуговуючись висловом судді Ренквіста з Верховного суду США, «класичним парадоксом» (*Trimble v. Gordon*, 430 US 762 (1977), Rehnquist diss.), оскільки вона встановлює вимогу стосовно законодавства, «чиє саме призначення – проводити розрізнення у такий спосіб, щоб ставлення до різних осіб було різним» (*ibid.*).

⁵ Так Верховний суд Ірландії визнав, що стаття є забороненою ознакою дискримінації за частиною першою статті 40 Конституції Ірландії 1937 р., згідно з якою «всі громадяни як людські істоти є рівними перед законом. Це не означає, що Держава не може, приймаючи закони, зважати на відмінності у здатностях, фізичних і моральних, та соціальній функції». Див. Supreme Court of Ireland. *Article 26 and the Employment Equality Bill 1996* [1997] 2 Irish Reports 321, 347. URL: [http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/\(WebFiles\)/EB802820AD644CFC802575F3003323B1\\$FILE/Employment%20Equality_%5B1997%5D%202%20IR%20321.htm](http://www.supremecourt.ie/supremecourt/sclibrary3.nsf/(WebFiles)/EB802820AD644CFC802575F3003323B1$FILE/Employment%20Equality_%5B1997%5D%202%20IR%20321.htm)

такого рівного розподілу⁶. Більше того, принцип рівності має визначальний характер для інших конституційних прав, закладаючи в їх конструкцію складовий елемент рівності. Не викликає сумніву, що цей принцип є, так би мовити, втіленням загальної концепції справедливості.

Ця робота має на меті розглянути підходи органів конституційної юрисдикції різних демократичних держав щодо визначення і забезпечення принципу гендерної рівності. Питання конституційних підходів до гендерної рівності подається у більш широкому контексті значення принципів рівності й недискримінації в демократичному суспільстві. Концепція цієї роботи полягає у представленні, власне, практичних підходів, закладених у текстах основних рішень конституційних судів різних держав, в яких розкриваються конституційні концепції, що становлять основу ідеї гендерної рівності в демократичній державі.

Такий підхід є не випадковим. Сучасне право побудоване навколо тексту: текст є альфою і омегою сучасного права незалежно від підходів, категорій та концепцій конкретної правової системи. Традиція західного наукового знання побудована навколо екзегези тексту⁷, на визнанні авторитету оригінального тексту чи джерела⁸. Екзегеза визначила виникнення парадигматичної дихотомії «джерело – тлумачення», «текст – коментар» що ще з часів Патристики, заклала основу того, що французький письменник Іполіт Ріго метафорично

⁶ Див. Rosenfeld M. TOWARDS A RECONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL EQUALITY. *Western Rights? Post-Communist Application* (A. Sajo ed.). The Hague, London, Boston: Kluwer Law Int., 1996. P. 161ff.

⁷ Екзегеза [грец. *exêgêsis*] – тлумачення. Словник іноземних слів під редакцією І.В. Ляхіна та проф. Ф.Н. Петрова визначає екзегезу як (1) філологічне тлумачення літературних текстів, головним чином античних, інтерпретацію; (2) роз'яснення та тлумачення біблійних текстів. *Словарь иностранных слов* (под ред. И.В. Лехина и проф. Ф.Н. Петрова). Москва: Гос. изд-во иностр. и национ. словарей, 1949. С. 745. Однак екзегеза не є суто філологічною технікою робіт з текстом: текст, дійсно, є основою екзегези, яка розкриває його значення, але й також вона сфокусована на одиницях тексту – словах, інтерпретуючи їх зміст, а також, потенційно, символи поза текстом, що вимагає не просто філологічного підходу, але й дослідження контексту, мови і її використання, посилань, текстового жанру, літературної структури, авторських намірів, читацького сприйняття тощо. Див.: Young F. BIBLICAL EXEGESIS AND THE FORMATION OF CHRISTIAN CULTURE. Cambridge: Cambridge University Press, 1997. p. 2.

⁸ Як зазначають П. Форшоу та К. Килін:

«Можна стверджувати, що екзегеза була одним з найважливіших видів культурної діяльності ранньомодерної доби, а її вплив відчутний крізь все розмаїття поглядів – від права до політики, від поетики до філософії – тим не менш, такий біблійний буквализм був, загалом, скритий історіографією Наукової революції».

Forshaw P., Killeen K. INTRODUCTION. *The Word and the World. Biblical Exegesis and Early Modern Science* / Ed. by Kevin Killeen, Peter J. Forshaw. New York: Palgrave Macmillan, 2007. p. 5.

охрестив «спором між древніми та сучасниками» («*querelle des anciens et des modernes*»)⁹, а Роберт Гатчинс – «Великим діалогом» («*Great Conversation*»)¹⁰.

Розвиток гуманітарної науки, тому, відбувався і відбувається за чітким розмежуванням первинних та вторинних джерел, що є продуктом та формою Великого діалогу. Текст, оригінальне джерело стає основою наукового дискурсу, а теорія інтерпретації, *explication de texte*, екзегетика, як слідує з визначальних досліджень Г. Гадамера¹¹, П. Ріквора¹², Ж. Дерріди¹³, М. Фуко¹⁴, слугують його організаційним принципом.

⁹ I. Rigo вкладав у цей образний вираз глибинний зміст: «Те, що лежить в основі спору між древніми та сучасниками, не є суто легковажним питанням старшинства. В основі спору покладена філософська ідея, одна з найвеличніших, що могла постати перед людським духом, адже вона стосується гідності його природи, ідеї інтелектуального прогресу людства. Але й була інша співвідносна гуманітарна ідея – ідея незалежності відчуття прекрасного, емансипації духу сучасності, вільного від імітування древніх». Rigault H. HISTOIRE DE LA QUERELLE DES ANCIENS ET DES MODERNES. Paris: Librairie de L. Hachette et C-іe, 1856. P. ii.

¹⁰ Див.: Hutchins R. THE GREAT CONVERSATION. *Great Books of the Western World*: in 60 vols. [2nd edn.] London: Encyclopedia Britannica, 1994. Vol. I-II: The Syntopicon. P. 48-49:

«Традиція Заходу втілена у Великому діалозі, що розпочався на світанку історії і продовжується і до тепер. Незважаючи на будь-які інші переваги інших цивілізацій, у цьому аспекті цивілізації Заходу немає подібних. Жодна інша цивілізація не може похвалитися, що її подібною визначальною характеристикою є такого роду діалог. Жоден діалог у будь-якій іншій цивілізації не може бути порівняний з діалогом цивілізації Заходу за кількістю великих творів, що сприяли такому діалогові. Та ціль, до якої прямує західне суспільство, є Цивілізацією Діалогу. Дух дослідження є духом західної цивілізації, а її домінантним елементом є Логос. ... Тією мірою, якою книги можуть представляти ідею цивілізації, ідея цивілізації Заходу викладена [у великих книгах]. Ці книги є засобом розуміння нашого суспільства та нас самих».

¹¹ Див., зокрема: GADAMER H. TRUTH AND METHOD. London and New York: Continuum, 2004. Гадамер у цій праці розвиває систему філософської герменевтики як загальної теорії інтерпретації. Особливо цікавим є дослідження Гадамером питання правової герменевтики: *ibid.* P. 320-335.

¹² Див.: Ricoeur P. FREUD AND PHILOSOPHY. AN ESSAY ON INTERPRETATION. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

¹³ Derrida J. OF GRAMMATOLOGY. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1997. Дерріда, мабуть найбільш послідовний прихильник екзегетичного підходу. Квінтесенцією герменевтики Дерріди є його висновок, який важко перекласти: «il n'y a pas de hors-texte» – його можна перекласти як «Немає нічого поза текстом» (у перекладі Снівака – «There is nothing outside of the text»: *ibid.* P. 158), або «Немає екзотексту» (у варіанті А. Бреджі – «There is no outside-text»: Bradley A. DERRIDA'S OF GRAMMATOLOGY. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2008. P. 143), або «Позатекстової реальності взагалі не існує» (переклад Наталії Автономової – «Внетекстовой реальности вообще не существует»: Дерріда Ж. О ГРАММАТОЛОГИИ (пер. с фр. и вступ. статья Наталии Автономовой). Москва: Изд-во «Ad Marginem», 2000. С. 314), або, що більш відповідає ідеї Дерріди, «немає нічого без тексту» (у варіанті М. Макквіллана – «there is nothing text-free»: McQuillan M. INTRODUCTION. *Deconstruction: A Reader* (Martin McQuillan ed.). Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000. P. 35), тобто що немає нічого, що також не може бути текстом.

¹⁴ Фуко М. АРХЕОЛОГИЯ ЗНАНИЯ. Санкт-Петербург: ИЦ «Гуманитарная Академия»; Университетская книга, 2004.

Сучасне право в силу свого походження і коріння в іудео-християнській традиції Європи є безпосереднім продуктом Великого діалогу. Екзегетика права виступає у трьох вимірах: у першому оригінальним джерелом виступає законодавчий акт та судові рішення (джерело/текст), на якому ґрунтується, який коментує правова доктрина (тлумачення/коментар)¹⁵; у другому – джерелом є конституція чи конституційні акти, а роль тлумачення/коментаря відіграє весь інший правовий масив (закони, судові рішення, доктрина). Третій вимір ще більш глибинним. Це інституційний діалог – діалог між органом конституційної юрисдикції, законодавцем, політичними акторами, судами і громадськістю. Рішення з конституційних питань в широкому сенсі, включаючи рішення конституційних судів, мають розглядатися крізь призму такого діалогу як процесу легітимації змісту¹⁶. У рамках такого процесу всі сторони такого діалогу є рівними, але сприйняття і визнання валідності й легітимності змісту комунікації відбувається в рамках референцій на джерело – конституційний текст.

У такому сенсі інституційний діалог як процес легітимації політичного процесу становить не просто спілкування чи комунікацію, він підтримує стале

¹⁵ Див.: Collier C. PRECEDENT AND LEGAL AUTHORITY: A CRITICAL HISTORY. *Wisconsin Law Review*. 1988. Issue 5. P. 810; WAMBAUGH E. THE STUDY OF CASES: A COURSE OF INSTRUCTION IN READING AND STATING REPORTED CASES, COMPOSING HEAD-NOTES AND BRIEFS, CRITICISING AND COMPARING AUTHORITIES, AND COMPILING DIGESTS. Boston: Little, Brown, and Co., 1892. P. 32, 36-37. Тут слід також навести промовисту думку А. Гудхарта: «Твердження, не підтримане цитаюю, має сумнівну цінність, незалежно від того, наскільки заслу- женим є його автор». Goodhart A. CASE LAW IN ENGLAND AND AMERICA. *Cornell Law Quarterly*. 1930. Vol. 15, Issue 2. P. 176. Ч. Колієр також прямо зазначає: «У правовій доктрині вже стало чимось на кшталт правила, що стверджувати щось авторитетно можливо лише якщо це вже було кимось стверджене». Collier C. PRECEDENT AND LEGAL AUTHORITY: A CRITICAL HISTORY. *Wisconsin Law Review*. 1988. Issue 5.P. 811.

¹⁶ Див., Habermas J. MORAL CONSCIOUSNESS AND COMMUNICATIVE ACTION. Chicago: MIT Press, 1991; Habermas J. BETWEEN FACTS AND NORMS. Chicago: MIT Press, 1996; Ackerman B. WHY DIALOGUE? *Journal of Philosophy*. 1989. Vol. 86. P. 5; Tremblay L. THE LEGITIMACY OF JUDICIAL REVIEW: THE LIMITS OF DIALOGUE BETWEEN COURTS AND LEGISLATURES. *International Journal of Constitutional Law*. 2005. Vol. 3, No. 4. P. 618. Як зазначив канадський вчений Пітер Хог, торкаючись питання судового контролю в конституційній демократії:

«Якщо [позиція, викладена в судовому рішенні] може бути переглянута, змінена чи залишена поза увагою законодавцем, то має сенс розглядати відносини між [Верховним судом Канади] і законодавчим органом як діалог. В такому випадку судові рішення спричиняє публічне обговорення, в якому цінності [Канадської хартії про права людини], про які йшлося в рішенні, набувають більш вагомій ролі, аніж це було б за відсутності судового рішення. Законодавчий орган може розробити заходи у відповідь, що належним чином поважатимуть цінності Хар- тії, визначені Судом, але досягатимуть тих соціальних чи економічних цілей, яким судові рішення перешкодило».

Hogg P., Bushell A. THE CHARTER DIALOGUE BETWEEN COURTS AND LEGISLATURES (OR PERHAPS THE CHARTER OF RIGHTS ISN'T SUCH A BAD THING AFTER ALL). *Osgoode Hall Law Journal*. 1997. Vol. 35, No. 1. P. 79-80.

функціонування інституцій і охорону конституційних цінностей чи, послуговуючись формулюванням Чарльза Гудвіна, «історично встановлені архітектури сприйняття»¹⁷. Судові рішення як форма інституційного діалогу є втіленням когнітивного процесу, в якому продукуються, формуються, змінюються і адаптуються об'єкти професійного знання, утворюючи контекстуальні рамки, в яких ці об'єкти знання розуміються і отримують референційне значення¹⁸. Інституційний діалог як дискурсивний процес генерує «професійне бачення» в гудвінівському сенсі – «соціально організовані засоби бачення і розуміння»¹⁹. Конституційні принципи і цінності є, власне, продуктами і організуючими ідеями такого бачення і розуміння.

Простір конституції ніколи не буває чітко визначеним: окрім назви, преамбули, розділів, положень статей і прикінцевих формулювань, окрім внутрішньої системи і форми, що надає їй заврешеність і автономність, конституція включена у систему посилань, референцій, відсилок на інші тексти, дискурси, поняття, концепції, ідеї, наративи, *schemata*. Тому звернення до судових рішень органів конституційної юрисдикції дозволяє поглянути на проблематику гендерної рівності в ширшому соціальному контексті.

* * *

Ця робота складається з трьох розділів. У першому робиться спроба дослідити поняття рівності в його історичному контексті, розкрити його генеалогію у фукодівському сенсі. Цей підхід спрямований на деконструкцію соціальної думки, явищ, практик шляхом розкриття їх реального походження, змісту та оцінки, які коріняться в самосвідомості суспільства²⁰. В цьому полягає сенс генеалогії як «історії сучасного»²¹, яка отримує два фундаментальні виміри. По-перше, предметом такого історичного підходу є дослідження виникнення або походження сучасних соціальних норм, практик або інститутів, які мають владу чи авторитет у суспільстві, тобто визначають, унормовують та структурують нашу поведінку, наші уявлення та світогляд. По-друге, головною метою

¹⁷ Goodwin C. PROFESSIONAL VISION. *American Anthropologist*. 1994. Vol. 93, No. 3. P. 606.

¹⁸ Див. Vodiannikov O. (IN)VOLUNTARY JUDICIAL DIALOGUE AND LEGITIMACY BORROWING. *El dialogo judicial internacional en la proteccion de los derechos fundamentales*. (J. Martin y Perez de Nanclares ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. P. 127-130.

¹⁹ Goodwin C. PROFESSIONAL VISION. *American Anthropologist*. 1994. Vol. 93, No. 3. P. 606.

²⁰ Див.: Gutting G. FOUCAULT. A VERY SHORT INTRODUCTION. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 49.

²¹ Див.: Foucault M. DISCIPLINE AND PUNISH. THE BIRTH OF THE PRISON. New York: Vintage Books, 1995. P. 31.

такої наукової справи є розуміння та оцінка сучасного, зокрема висвітлення претензій на авторитет чи владу в соціальному сенсі.

У другому розділі сформульовані основні підходи до теорії рівності в сучасному конституціоналізмі. Через звернення до текстів, практики і доктрини, що становлять частину «Великого діалогу» про рівність, гідність і свободу, обґрунтовуються концепції рівності в конституційному праві як парадигми, принципу, окремого права і складової інших конституційних прав і свобод. Ці сенси рівності складають єдину конституційну структуру, в основі якої лежить ціннісний порядок, за яким людська гідність, рівність і свобода визнаються найвищою цінністю.

Поряд з цим робиться спроба проаналізувати співвідношення рівності й недискримінації в їх теоретичній і практичній площині. Право на рівність пов'язане, але не є тотожним, із правом на недискримінацію. З аксіологічної точки зору, право на рівність ґрунтується на принципі рівного ставлення, що спрямований на досягнення індивідуальної рівності, право на недискримінацію – на принципі рівної поваги, що має на меті забезпечення рівності можливостей. Але головна відмінність полягає в тому, що право на рівність має індивідуальний характер, в той час як право на недискримінацію – груповий. Саме тому право на рівність формулюється без прив'язки до групи, як право кожного на рівність перед законом, на рівний захист законів та рівність згідно із законом. Воно націлене проти свавілля щодо індивіда. Право на недискримінацію оперує категорією «ознаки», забороняючи свавілля проти окремих груп і категорій індивідів, що поділяють такі ознаки: раса, колір шкіри, політичні, релігійні та інші переконання, стать, вік, інвалідність, етнічне та соціальне походження, громадянство, сімейний та майновий стан, місце проживання, мова, інші ознаки, – або вважаються такими, що їх поділяють. Всі ці ознаки – як перелічені в конституційних та законодавчих текстах, так і аналогічні їм – мають спільним те, що вони стосуються особистісних характеристик, що не можуть бути змінені або зміна яких може відбутися за неприйнятної ціни для особистої ідентичності. Тому право на недискримінацію має груповий чи колективний характер. У його основі – заборона свавілля щодо уразливих груп, які через свої окремість та розпорошеність не здатні забезпечити свої інтереси в рамках звичайного демократичного процесу.

У третьому розділі розкривається застосування принципу рівності і права на недискримінацію в гендерному вимірі. Гендерна рівність є невід'ємною складовою конституційної парадигми, тому багато конституційних питань, що

ВСТУП

на перший погляд є гендерно нейтральними (наприклад, форма правління, принцип поділу влади, судоустрій, місцеве самоврядування і децентралізація тощо) мають суттєвий гендерний вимір, як, власне, і всі конституційні права і свободи. Однак не всі ці питання є предметом розгляду. У третьому розділі розкриваються поняття гендеру як аналітичної категорії, як конституційної категорії та аналізуються питання гендеру і демократії, зокрема в частині гендерних квот.

Аналітична категорія гендеру виводить нас до більш фундаментального питання про соціальну владу. Гендер категоризує і деконструє соціальну владу на всіх рівнях – від мікрорівня (сім'я, партнерство, міжособистісні відносини тощо) до макрорівня (соціальні й політичні інститути, держава, політичні спільноти тощо). Гендер – це про владу в суспільстві.

Гендер як конституційна категорія нерозривно пов'язаний з конституційним правом на гідність та вільний розвиток особистості. Але, що є найважливішим, конституційна категорія гендеру у філософському вимірі є ознакою перетворення права з інструмента соціальної інженерії, яким воно вважалося з часів Просвітництва, на інструмент побудови справедливого і демократичного суспільства.

І останнє, про що треба сказати, стосується термінології, адже слідуючи порадам Люс'єна Февра та Фернана Броделя, ключові слова наукового словника слід вживати лише після того, як з'ясуєш, звідки походить відповідне слово, який був його шлях до нас, чи не вводить воно нас в оману²².

У цій роботі, де це можливо, вживається термін «людські права» замість «права людини»²³. Цей вибір є свідомим. В українській правничій термінології склалася традиція використання терміну «права людини» для означення поняття, яке в європейських мовах має назву «*human rights*» (англ.), «*Menschenrechte*» (нім.), «*derechos humanos*» (ісп.), «*diritti umani*» (італ.). Цей термін міститься в Конституції України, законодавстві, включаючи офіційні переклади міжнародних документів, в науковій літературі та повідомленнях ЗМІ. Неодмінно, коли ця робота звертається до конституційного тексту, законодавства чи офіційного перекладу міжнародного документу, використовуватиметься вжитий в такому тексті термін «права людини». Однак коли йтиметься про відпо-

²² Бродель Ф. МАТЕРИАЛЬНАЯ ЦИВИЛИЗАЦИЯ И КАПИТАЛИЗМ. Т. 2. Игры обмела (2-е изд.; пер. с фр. Л. Куббеля). Москва: Изд-во «Весь Мир», 2006. С. 230.

²³ Див. докл. Головатий С. ПРО ЛЮДСЬКІ ПРАВА. Лекції. К.: Дух і літера, 2016. С. 5-11.

відне поняття в теорії, доктрині чи перекладі іноземного судового рішення, перевага надаватиметься терміну «людські права» як найбільш етимологічно і телеологічно адекватному для означення цього поняття. Цей вибір ґрунтується на наступних міркуваннях.

Термін «права людини» є дослівним еквівалентом французького «*droits de l'homme*». Ця французька традиція тягнє часів Великої французької революції 1789 року, коли була проголошена Декларація прав людини і громадянина. В її основі було покладено імпліцитне розрізнення між правами, що належать людині (у той історичний момент – вільному чоловіку), та правами, що належать чоловіку як члену політичної спільноти.

Цей термін набув поширення завдяки Жан-Жаку Русо. В своєму трактаті «Про суспільний договір» Русо говорить про «права громадян», «природні права, яким [громадяни] повинні користуватися як люди»²⁴, «права людини»²⁵. Але квінтесенція розуміння прав у викладі Русо полягає в тому, що «суспільний стан – це священне право, що є засадою всієї решти прав. Це право, однак, не є природним; тому воно базується на угодах»²⁶. По суті Русо закладає основи пізнішого революційного розуміння «*droits de l'homme*» як засади політичного проекту. З 1760-х років саме такі конотації забарвлюють цей термін в працях барона Гольбаха, Рейналя, Мерс'є, маркіза де Кондорсе. Абат Рейналь в 1770 році писав:

«Свобода є властивістю кожного. Слід розрізняти три її типи: природна свобода, громадянська свобода та політична свобода; тобто свобода індивіда, свобода громадянина і свобода нації. Природна свобода є правом, наданим природою кожній людині розпоряджатися собою на власний розсуд. Громадянська свобода є правом, що забезпечується суспільством кожному громадянину робити все, що не суперечить законам. Політична свобода є стан народу, що не відмовився від свого суверенітету, і який сам встановлює собі закони або бере участь в системі свого законотворення»²⁷

²⁴ Руссо Ж.-Ж. Об Общественном договоре или принципы политического права. Жан-Жак Руссо. Трактаты. Москва: Наука, 1969 С. 172.

²⁵ Там же, С. 251, С. 322.

²⁶ Там же, С. 152.

²⁷ Abbé Raynal. FROM THE PHILOSOPHICAL AND POLITICAL HISTORY OF THE SETTLEMENTS AND TRADE OF THE EUROPEANS IN THE EAST AND WEST INDIES. *The French Revolution and Human Rights. A Brief Documentary History* (Lynn Hunt ed.). Boston, New York: Bedford/St. Martin's, 1996. P. 52.

В цьому викладі абата Рейналя відображена, власне, концепція «*droits de l'homme*», що згодом була закладена в Декларації 1789 року: права людини становили поєднання «політичної» і «громадянської» свободи задля утворення нової політичної спільноти - політичної нації. Дебати в Національній Асамблеї в червні 1789 року чітко окреслюють цю концепцію і розуміння прав, викладених в Декларації: закріпити в цьому документі «перші принципи» конституції, «перші елементи всього законодавства» (маркіз де Лафайет)²⁸. Герцог де Монморансі не менш чітко сформулював ідею Декларації: «Дуже важливо проголосити права людини до прийняття конституції, оскільки конституція – це лише продовження, завершення такого проголошення»²⁹.

Декларація 1789 року і права, декларовані нею, стосувалася громадянства як приналежності до нової політії. Як підсумував Самуель Мойн, «права революційної епохи були революційними: вони становили засади утворення чи відновлення простору громадянства, а не захист “людяності”»³⁰. Тому історично обґрунтованим було б аналізувати становлення і еволюцію людських прав саме в наслідок невдачі французької революційної моделі, переривання революційної традиції «*droits de l'homme*», що сталося після Другої світової війни.

Саме ця революційна традиція витіснила і в англійському і у французькому політичному дискурсах інші концепції – «*human rights*» (людські права), «*rights of mankind*» (права людського товариства) та «*rights of humanity*» (права людства) – які на тлі революційної традиції виглядали надто загальними, щоб мати значення в новій парадигмі народного суверенітету. Ці концепції розглядалися відносними категоріями, що відрізняють людське від божественного, з одного боку, і тваринного, з іншого³¹.

Іншими словами, термін «*droits de l'homme*» з самого початку був політично, гендерно і соціально забарвленим³². В силу своєї генеалогії і семантичного

²⁸ DEBATES ABOUT THE DECLARATION OF RIGHTS, JULY AND AUGUST 1789. *The French Revolution and Human Rights. A Brief Documentary History* (Lynn Hunt ed.). Boston, New York: Bedford/St. Martin's, 1996. P. 72.

²⁹ Ibid., P. 73.

³⁰ Moyn S. THE LAST UTOPIA: HUMAN RIGHTS IN HISTORY. Cambridge and London: Harvard University Press, 2010. P. 26

³¹ Див. Hunt L. INVENTING HUMAN RIGHTS. New York, London: W.W. Norton and Co., 2007. P. 23

³² Мері Волстонкрафт, англійська публіцистка кінця XVIII ст., в своєму трактаті есе «На захист прав жінок» 1792 року прямо вказує, що французька Конституція є недосконалою і потребує ревізії, оскільки не поширює на жінок «права людини» (*rights of man*). Wollstonecraft M. A VINDICATION OF THE RIGHTS OF WOMAN: WITH STRICTURES ON POLITICAL AND MORAL SUBJECTS. London: J. Johnson, 1796. P. xiii-xiv.

наголосу на адресаті прав³³ він не охоплює всіх якостей, якими в постмодерному конституціоналізмі мають володіти «*human rights*», а саме невід'ємність (притаманність людині в силу самої людської природи), рівність (тотожність для всіх без винятку) та загальність (повсюдна дія)³⁴. Цей революційний проєкт виходив з іншого постулату – утворення політичної нації, про що ми поговоримо далі. Однак такі конотації визначили живучість революційного проєкту в період становлення і розвитку національної держави до Другої світової війни. Як зазначає Роберто Буонамано,

«Абстракція „людини“ як суб'єкта прав людини завжди містила певну політичну ідентичність. Лібералізм був спроможний створити ідентичність, оскільки він таким же чином використовував індивіда як онтологічного суб'єкта політичної системи. Лібералізм в якості головної мети проголошував захист свобод окремого політичного суб'єкта, хоча ці свободи зводилися до тих прав, що були необхідними індивіду, щоб діяти в певному громадському чи політичному середовищі»³⁵.

Термін «*human rights*» в сенсі людських прав виникає в контексті дискусії в англійській публіцистиці щодо французької Декларації. Томас Пейн в своєму трактаті «Права людини» («*Rights of man*») 1791 року, написаному у відповідь на критику Едмунда Берка французької Декларації, побіжно використовує цей термін³⁶. Але в загальний вжиток «*human rights*» у значенні, подібному до сучасного розуміння людських прав, входить в першій чверті XIX ст. в контексті боротьби за заборону рабства і работоргівлі³⁷.

Нове розуміння людських прав постає і індоктринується після Другої світової війни з прийняттям Загальної декларації прав людини 1948 року. Навіть в політичному і дипломатичному лексиконі використання терміну «*human rights*» замість «*rights of*

³³ Див. Головатий С. ПРО ЛЮДСЬКІ ПРАВА. ЛЕКЦІЇ. К.: Дух і літера, 2016. С. 8-10.

³⁴ Див. Hunt L. INVENTING HUMAN RIGHTS. New York, London: W.W. Norton and Co., 2007. P. 20

³⁵ Buonamano R. RIGHTS AND SUBJECTIVITY: A PRE-HISTORY OF HUMAN RIGHTS. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2008. P. 8

³⁶ Paine T. RIGHTS OF MAN: BEING AN ANSWER TO MR. BURKE'S ATTACK ON THE FRENCH REVOLUTION (1791). *Selected Writings of Thomas Paine* (Ian Shapiro and Jane E. Calvert eds.). New Haven and London: Yale University Press, 2014. P. 179; Paine T. RIGHTS OF MAN. PART THE SECOND. COMBINING PRINCIPLE AND PRACTICE (1792). *Selected Writings of Thomas Paine* (Ian Shapiro and Jane E. Calvert eds.). New Haven and London: Yale University Press, 2014. P. 282

³⁷ Див. Hunt L. INVENTING HUMAN RIGHTS. New York, London: W.W. Norton and Co., 2007. P. 160-167. Саме в такому контексті Томас Джефферсон в 1806 році використав цей термін в промові стосовно работоргівлі. Ibid. P. 22.

man» стає новацією. До того часу публічний дискурс послуговувався лексиконом, що склався в часи Великих революцій – «природні права», «громадянські права», «політичні права», «соціальні права», «конституційні права», віддзеркалюючи когнітивні *schemata* революційного проекту³⁸.

Загальна декларація прав людини 1948 року стала певною відповіддю на явні і імпліцитні упередженості французької Декларації. Цей документ є прикладом «Великого діалогу»: стаття 1 Загальної декларації відтворює статтю 1 Декларації 1789 року з важливою відмінністю – замість «**Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits**» Загальна декларація постулює невід’ємність, рівність і загальність: «**Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits**» («всі людські істоти»).

Декларація 1948 року спричинила як ефект розриву, так і символічне упорядкування нової парадигми. Як зазначає Річард Праймес, «Багато повоєнних теоретиків прав звернули увагу на поширення нового терміну, не усвідомлюючи, що цей процес означав становлення нової концепції, нового комплексу субстантивних зобов’язань. Часто «*human rights*» помилково вважалися новою назвою для старої категорії»³⁹.

Становлення нової концепції, таким чином, стало відповіддю на недоліки, упередженості і колективізм революційного проекту, який не в останню чергу вважався таким, що заклав основи для становлення тоталітарних держав в Європі міжвоєнного періоду. Нова концепція «людських прав», що постала в ході переосмислення жахливого минулого Європи, стала новим кредо, складовою нової ідентичності Європи у протистоянні з країнами соціалістичного табору⁴⁰.

³⁸ Як зазначає Річард Праймес, за сто років до Другої світової війни тільки в шести рішеннях Верховного Суду США був вжитий термін «*human rights*», але вже за період з 1941 по 1949 цей термін з’являється в тринадцяти рішеннях, а протягом двадцяти років з моменту схвалення Загальної декларації про права людини «*human rights*» згадують тридцять два рішення Верховного суду США. Primus R. THE AMERICAN LANGUAGE OF RIGHTS. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 191

³⁹ Ibid. P. 191.

⁴⁰ Як зазначає Самуель Мойн,

«Від свого непевного запровадження як певного виду соціальної демократії, ідея людських прав набуває сили тільки як конкретна позиція в Холодній війні. Хоча ці місцеві політичні фактори сприяли розробці Європейської конвенції та створеному нею Європейському суду з прав людини, було б грубою помилкою вважати, що мова людських прав, не кажучи вже про право про права людини, мала велике значення на початку. Європейська конвенція стосувалася в набагато більшій мірі ідеологічного проголошення цінностей, що закладали основу Західноєвропейської ідентичності, аніж юридичних гарантій»

Moyn S. THE LAST UTOPIA: HUMAN RIGHTS IN HISTORY. Cambridge and London: Harvard University Press, 2010. P. 79.

Саме тому, говорячи про концепцію «*human rights*», в цій роботі використовується термін «людські права» для означення нової парадигми сучасного конституціоналізму. Загальне використання терміну «права людини», що є спадщиною революційного проєкту XVIII ст. і лібералізму XIX ст., звичайно, не означає, що цьому терміну надається той же зміст і значення, що були характерними для XIX ст. – першої половини XX ст. Однак для цілей цієї роботи дуже важливо мати на увазі цю фундаментальну відмінність між революційною традицією прав людини як «*droits de l'homme*» та новою парадигмою людських прав як «*human rights*» сучасного конституціоналізму.

Розділ I

**РІВНІСТЬ:
ГЕНЕАЛОГІЯ
ПОНЯТТЯ**

«Жодна цінність не є настільки глибоко вкоріненою в західній культурі як поняття рівності»⁴¹. Дійсно, питання рівності не є суто правовим – воно уособлює також й ідею справедливості, фундаментальний принцип права, суб'єктивне право, політичну вимогу⁴². В сучасному конституціоналізмі ідея рівності розглядається як засаднича концепція справедливості, що визначає характер і природу правового регулювання, адже сама ідея права чи правової норми вимагає її рівного застосування до всіх суб'єктів. Після Другої світової війни концепція рівності увійшла до серцевини концепції верховенства права (правовладдя)⁴³ і постмодерного конституціоналізму, адже в їх парадигму закладене поняття і розуміння однакової гідності й моральної цінності всіх людей і кожної окремої людини.

Зараз ці істини сприймаються як самоочевидні. Однак ще вісімдесят років тому це було далеко не так. До Другої світової війни поняття людської гідності було відсутнє в конституційному дискурсі⁴⁴, а рівність чоловіків і жінок розумілася як «рівність у основоположних правах і обов'язках громадянина»⁴⁵. Коли і за яких обставин поняття рівності набуло сучасного змісту в конституційному праві? Які фактори, міркування та обґрунтування призвели до появи цього терміна в конституційних текстах? Яким чином гендерна рівність набула конституційного значення?

Розвиток людства від первісних суспільств до сьогодення ґрунтувався на взаємодії і протистоянні ієрархій та мереж⁴⁶. Останні антропологічні дослідження вказують на те, що становлення соціальних ієрархій зовсім не залежить від

⁴¹ Chemerinsky E. *EQUALITY. The Philosophy of Law. An Encyclopedia.* (ed. by Christopher Berry Gray). London and New York: Routledge, 1999. Vol. I. P.262.

⁴² Див. напр. Baer S. *EQUALITY. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (ed. by M. Rosenfeld and A. Sajó). Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 982.

⁴³ Див. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія). Мірило правовладдя. Коментар. Глосарій. Київ: ВАІТЕ, 2017. С. 26-28.

⁴⁴ Див. Водянніков О. ГЕНЕАЛОГІЯ ПОНЯТТЯ ЛЮДСЬКОЇ ГІДНОСТІ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ. *Право України*. 2018. № 9. С. 41-56.

⁴⁵ Ст. 109 Веймарської Конституції. Показово, що під час підготовки і обговорення проекту Основного Закону повоєнної Німеччини пропонувалося залишити це формулювання. Лише активна позиція Фріди Надіґ за підтримки Елізабет Зельберт змусила Парламентську раду, що приймала Основний Закон ФРН, погодитися на ширше формулювання, що стало статтею 3: «чоловіки і жінки мають рівні права». Wrase M. *GENDER EQUALITY IN GERMAN CONSTITUTIONAL LAW. Discussion Paper.* P. 2019-005. WZB Berlin Social Science Center, 2019. P. 1.

⁴⁶ Див. Ferguson N. *THE SQUARE AND THE TOWER. NETWORKS, HIERARCHIES AND THE STRUGGLE FOR GLOBAL POWER.* London: ALLEN LANE, 2017. P. 59-64.

наявності високоризикованого середовища чи недостатності ресурсів, як це вважалося раніше⁴⁷. Як вказують Д. Касіл та А. Уоткінс:

«Ми вважаємо, що кооперативні ієрархії є всюдисущими в природі, адже вони формуються досить легко без необхідності існування «надзвичайних умов»... З моменту виникнення кооперативні ієрархії продовжують існувати, оскільки вони надають суттєві переваги для виживання не тільки найздібнішим, але й великій кількості «невдах». Іншими словами, кооперативні ієрархії підтримують розмаїття – необхідну умову еволюції через природний відбір. Кінець кінцем, хоча природний відбір не є моральним процесом, він здатен призвести до моральної поведінки»⁴⁸.

Людські суспільства ніколи не були егалітарними. Соціальні ієрархії становили найприродніший спосіб організації соціальної групи для розподілу обмежених ресурсів⁴⁹, сприяння культурному навчанню і «культурній передачі/набуттю»⁵⁰. Як зазначають Джесіка Коскі, Хонлінь Ці та Інґрід Олсон, «... соціальні ієрархії дуже поширені в людських культурах, вони виникають, схоже, природним чином у соціальних групах. Більше того, така організація групи не є, власне кажучи, продуктом людського розуму, адже кожен вид групових тварин демонструє природну тенденцію самоорганізації у соціальну ієрархію...»⁵¹. У суспільствах на світанку людської цивілізації нерівність вважалася частиною космологічного порядку, явищем природним і об'єктивним.

⁴⁷ Див. Landa J. THE POLITICAL ECONOMY OF SWARMING IN HONEYBEES: VOTING-WITH-THE-WINGS, DECISION-MAKING COSTS, AND THE UNANIMITY. *Public Choice*. 1986. Vol.51. P. 25-38; Corning P. THE COOPERATIVE GENE: ON THE ROLE OF SYNERGY IN EVOLUTION. *Evolutionary Theory*. 1996. Vol. 11, No. 3. P. 183-207; Gifford A. THE BIOECONOMICS OF COOPERATION. *Journal of Bioeconomics*. 2000. Vol. 2, No. 2. P. 153-168; Boyd R. THE PUZZLE OF HUMAN SOCIALITY. *Science*. Vol. 314, Issue 5805. P. 1555-1556.

⁴⁸ Cassill D.,Watkins A. THE EVOLUTION OF COOPERATIVE HIERARCHIES THROUGH NATURAL SELECTION PROCESSES. *Journal of Bioeconomics*. 2010. Vol. 12, No. 1. P. 41.

⁴⁹ Див. Sapolsky R. THE INFLUENCE OF SOCIAL HIERARCHY ON PRIMATE HEALTH. *Science*. 2005. Vol 308, Issue 5722. P.648-652.

⁵⁰ Див. Henrich J, Mcelreath R. THE EVOLUTION OF CULTURAL EVOLUTION. *Evolutionary Anthropology*. 2003. Vol. 12. P. 123-135. «Культурне навчання» і «культурна передача/набуття» в цьому сенсі означають сукупність спроможностей соціального навчання, що дозволяють колективній культурній еволюції. Водночас «культурний» стосується інформації, що набувається індивідами за допомогою соціального навчання. *Ibid.*, P. 124.

⁵¹ Koski J, Xie H. and Olson I. UNDERSTANDING SOCIAL HIERARCHIES: THE NEURAL AND PSYCHOLOGICAL FOUNDATIONS OF STATUS PERCEPTION. *Soc Neurosci*. 2015. Vol. 10, No. 5. P. 528. Див. також Sidanius, J., Pratto, F. SOCIAL DOMINANCE: AN INTERGROUP THEORY OF SOCIAL HIERARCHY AND OPPRESSION SYSTEM. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; Anderson C., John O., Keltner D., Kring A. WHO ATTAINS SOCIAL STATUS? EFFECTS OF PERSONALITY AND PHYSICAL ATTRACTIVENESS IN SOCIAL GROUPS. *Journal of Personality*. 2001. Vol. 81, No. 1. P. 116-132; Berger J., Rosenholtz S., Zelditch M. STATUS ORGANIZING PROCESSES. *Annual Review of Sociology*. 1980. Vol. 6. P. 479-508; Gould R. THE ORIGINS OF STATUS HIERARCHIES: A FORMAL THEORY AND EMPIRICAL TEST. *American Journal of Sociology*. 2002. Vol. 107, No. 5. P. 1143-1178.

Виникнення філософських засад рівності пов'язують з філософами Античності. Це є, власне, загальноприйнятим консенсусом у науковій літературі, що склався в часи Просвітництва, коли нові ідеї і концепції валідувалися й легітимізувалися через звернення до античних філософських і політичних текстів задля надання їм більшого авторитету⁵². Адже і тоді, і зараз, «говорити щось «авторитетно» означає говорити, буквально, «разом з авторитетами»⁵³. В цьому «Великому діалозі», через звернення до часів античності, через полеміку з грецькими і римськими мислителями, формувалися засади сучасної наукової парадигми, сучасного розуміння ключових понять, таких як демократія, людські права, поділ влади тощо.

Ідея формальної рівності виводилася з Аристотелівської тези: «... Справедливість полягає у певній рівності, і насправді так і буває, але це стосується не всіх, а тільки рівних. І нерівність уявляється як справедливість і є такою насправді, але вона теж не стосується всіх, а тільки нерівних»⁵⁴. Поняття рівності

⁵² Мислителі Просвітництва діяли в межах загальної екзегетичної традиції західного християнства, що склалася за півтора тисячоліття до того. Ця традиція виникає, власне, на межі талмудичної традиції з її піїтетом до тексту, закарбованого в літерах божественного одкровення, і традиції античної логіки. Антична доба була епохою логіки, яка, будучи привнесеною у талмудичну традицію, дала нову методологію у дискурс тексту. Це поєднання відбулося в часи пізньої античності та, згодом, було сприйняте християнством і поширювалося разом з ним. Дискурс тексту і сакральне значення Святого Писання, що сформувалися ще у часи укладення Старого Заповіту, необхідність його перекладу іншими мовами та й взагалі розвиток мови, коли розмовна мова стала суттєво відрізнятися від літературної мови, закарбованої у священному тексті, визначили особливу методологію роботи з таким текстом. Стилі глоси над незнайомими словами чи фразами стали органічною частиною самого священного тексту, і тому сам такий текст, подекуди свідомо, подекуди несвідомо, став використовуватися як тлумачення самого себе. Докл. див.: Fishbane M. *BIBLICAL INTERPRETATION IN ANCIENT ISRAEL*. Oxford: Clarendon Press, 1988. P. 51, 83-84, 112-113, 383, 410, 433-434. Як зазначає А. Графтон:

«Навіть пізніші коментарі, як наприклад, так звана *Glossa ordinaria* або детальна дослівна глоса, що сфокусована навколо латинського тексту Вульгати, поширеного на середньовічному Заході, або глоси Аккурзія, середньовічного коментатора римського *Corpus juris* – поступово стали розглядатися як невід'ємна частина тексту, який вони тлумачили».

Grifton A. The FOOTNOTE. A CURIOUS HISTORY. Cambridge: Harvard University Press, 1997. P. 27.

Вже безпосередньо в часи Просвітництва референція на мислителів «філософської епохи» античності була не просто інструментом легітимації думок, концепцій та ідей. Сама концепція історії і місця сучасного тоді суспільства в історичному процесі виходили з ідеї лінійного і необмеженого прогресу в людській історії, в якій парадоксальним чином була закладена циклічність: дещо суперечлива система історії д'Аламбера, Віко, Дідро та інших складається з темних століть і яскравих моментів, великих століть цивілізації. Як підсумовує П'єр Шарп'є, «...XVIII століття постає плинною кульмінацією розвитку знань, гідною "філософських" століть античності, а також моментом тріумфу над невідомістю перших століть нашої ери. Нічого такого, що не було сказано сто разів: поняття епохи Просвітництва є зброєю, як Енциклопедія, у самій битві за Просвітництво. Д'Аламбер разом з іншими винайшов 18 століття». Chartier P. *LE DIX-HUITIÈME SIÈCLE EXISTE-T-IL? Dix-huitième Siècle*. 1973. No 5. P. 44.

⁵³ Collier C. PRECEDENT AND LEGAL AUTHORITY: A CRITICAL HISTORY. *Wisconsin Law Review*. 1988. Issue 5. P. 811.

⁵⁴ Аристотель. Політика. (пер. з давньогр. та передм. О. Кислюка). К.: Основи, 2000. С. 78.

в сучасному праві також виводиться з цієї тези: у порівнянних ситуаціях не повинно бути відмінного ставлення, а у відмінних ситуаціях не повинно бути однакового ставлення, за винятком випадків, коли таке ставлення об'єктивно виправдане⁵⁵. Це поняття стало парадигмою сучасного європейського лібералізму, що парадоксально поєднує ідею рівності й свободи⁵⁶.

Як слідує з обговорення цього питання Арістотелем (особливо в його творі «Нікомахова етика»), ця концепція формальної рівності впливає з раціональних міркувань⁵⁷ і може розглядатися в рамках арістотелівського раціонального осмислення полісного суспільства. Власне, полісу як соціально-політичному явищу в людській історії⁵⁸ ми завдячуємо багатьма сучасними концепціями, ідеями і принципами, включаючи виникнення поняття права і писаного законодавства⁵⁹.

⁵⁵ Див.: McCrudden C., Prechal S. THE CONCEPTS OF EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION IN EUROPE: A PRACTICAL APPROACH. European Commission, 2009. P. 4.

⁵⁶ Wollheim R, Berlin I. XIV.—EQUALITY. *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1956. Vol. 56, Issue 1. P. 281.

⁵⁷ Див. Арістотель. НІКОМАХОВА ЕТИКА. (пер. з давньогр. та ком. В.Ставнюка). К.: Акваілон-Плюс, 2002. 199-203.

⁵⁸ Питанню становлення полісної системи в Стародавній Греції присвячена значна наукова література. Див. напр.: Фролов Э.Д. РОЖДЕНИЕ ГРЕЧЕСКОГО ПОЛИСА. 2-е изд. Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2004; Блаватская Т.В. ЧЕРТЫ ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ ЭЛЛАДЫ. Санкт-Петербург: Алетейя, 2003; Андреев Ю.В. ДРЕВНЕГРЕЧЕСКИЙ ПОЛИС (ГОМЕРОВСКИЙ ПЕРИОД). Ленинград: Изд-во Ленинградского университета, 1976; Маринович Л.П. ГРЕКИ И АЛЕКСАНДР МАКЕДОНСКИЙ (К ПРОБЛЕМЕ КРИЗИСА ПОЛИСА). Москва: Наука. Изд. фирма «Восточная литература», 1993; Яйленко В.П. АРХАИЧЕСКАЯ ГРЕЦИЯ И БЛИЖНИЙ ВОСТОК. Москва: Наука. Главная редакция восточной дитературы, 1990; Шаму Ф. ЦИВИЛИЗАЦИЯ ДРЕВНЕЙ ГРЕЦИИ (пер. с фр. Т. Баженовой). Екатеринбург: У-Фактория; Москва: АСТ МОСКВА, 2009; Зайцев А. И. КУЛЬТУРНЫЙ ПЕРЕВОРОТ В ДРЕВНЕЙ ГРЕЦИИ VIII—V вв. до н. э. (под ред. Л. Я. Жмудя. 2-е изд.). Санкт-Петербург: Филологический факультет СПбГУ, 2000; Кошеленко Г.А. ПОЛИС И ГОРОД: К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ. *Древние цивилизации. Греция. Эллинизм. Причерноморье. Избранные статьи из журнала «Вестник древней истории»* 1937-1997. Москва: Научно-издательский центр «Ладомир», 1997. с. 288-312; Строгоцкий В.М. ГРАЖДАНСКИЙ КОЛЛЕКТИВ ПОЛИСА (ПРОБЛЕМЫ СТАНОВЛЕНИЯ И ОСОБЕННОСТИ РАЗВИТИЯ В АРХАИЧЕСКИЙ И РАННЕКЛАССИЧЕСКИЙ ПЕРИОДЫ). *Античный полис. Проблемы социально-политической организации и идеологии античного общества: межвузовский сборник*. Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 1995. с. 5-12; AN INVENTORY OF ARCHAIC AND CLASSICAL POLEIS (Mogens Herman Hansen and Thomas Heine Nielsen eds.). Oxford: Oxford University Press, 2004; Hansen M. POLIS. AN INTRODUCTION TO THE ANCIENT GREEK CITY-STATE. Oxford: Oxford University Press, 2006; Vlassopoulos K. UNTHINKING THE GREEK POLIS. ANCIENT GREEK HISTORY BEYOND EUROCENTRISM. Cambridge: Cambridge University Press, 2007; van der Vliet E. THE EARLY STATE, THE POLIS AND STATE FORMATION IN EARLY GREECE. *Social Evolution & History*. 2008. Vol. 7, No. 1. p. 197-221; van der Vliet E. POLIS. THE PROBLEM OF STATEHOOD. *Social Evolution & History*. 2005. Vol. 4, No. 2. p. 120-150; Davies J. THE 'ORIGINS OF THE GREEK POLIS': WHERE SHOULD WE BE LOOKING? *The Development of the Polis in Archaic Greece* (Lynette G.Mitchell and P.J.Rhodes eds.). London and New York: Routledge, 1997. p. 13-20; Donlan W. THE RELATIONS OF POWER IN THE PRE-STATE AND EARLY STATE POLITIES. *The Development of the Polis in Archaic Greece* (Lynette G.Mitchell and P.J.Rhodes eds.). London and New York: Routledge, 1997. p. 21-25; Raaflaub K. SOLDIERS, CITIZENS, AND THE EVOLUTION OF THE EARLY GREEK POLIS. *The Development of the Polis in Archaic Greece* (Lynette G.Mitchell and P.J.Rhodes eds.). London and New York: Routledge, 1997. p. 25-31.

⁵⁹ Письмо уможивило виникнення законодавства, але як вбачається, не було визначальним у

Власне, для того, щоб зрозуміти, звідки бере початок модерне розуміння рівності як справедливості, слід звернутися до історії концепції *res publica* – яка відкриває нам витoki не тільки цих концепцій, але й ті чинники, що визначили траєкторію розвитку нашої цивілізації, включаючи важливий взаємозв'язок між становленням полісних форм урядування і виникненням ідеї законодавства⁶⁰. Становлення полісу відбувається протягом всього геометричного періоду історії Греції (IX – VIII ст. до н.е.)⁶¹. Цей процес призвів до виникнення нової парадигми громадського життя, основу якої становив поліс⁶², а не, власне, місто⁶³.

Близько VIII ст. до н.е. в грецькому суспільстві відбуваються докорінні зміни не тільки в матеріальній культурі, але й у суспільному житті. Цим періодом дату-

цьому процесі: формування полісної системи у VIII ст. до н.е. заклало важливі передумови для виникнення правових протосистем.

⁶⁰ Для ілюстрації такого зв'язку досить згадати, що найдавніші закони Стародавньої Греції, що збереглися до нашого часу, а саме закони міста Дрерос на острові Крит (650-600 рр. до н.е.), стосуються, власне, врегулювання питань, пов'язаних з перебуванням осіб на виборних посадах. Текст закону в перекладі англійською див. LAW ON THE CONSTITUTION: DREROS, 650-600 D.C. *A Selection of Greek Historical Inscriptions to the End of the Fifth Century B.C.* (Russell Meiggs and David Lewis eds.). Oxford : Oxford University Press, 1969. P. 2-3.

⁶¹ AN INVENTORY OF ARCHAIC AND CLASSICAL POLEIS. (Mogens Herman Hansen and Thomas Heine Nielsen eds.). Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 17.

⁶² Етимологія самого терміна «поліс» вказує на його походження у часи темних віків. Хоча в латинському письмі Б зустрічається цей термін *po-to-ri-jo* як (частини?) особистого імені й значення якого досі не розшифроване, дослідження індоєвропейського коріння цього терміна вказує, що початково він означав «укріплення», «укріплене поселення на узвишші», про що свідчить синонімічне використання «полісу» та «акрополісу» в архаїчний період. Іншими словами, цей термін з самого початку означав не «місто» і тим більше не «державу», а поселення на узвишші з оборонними укріпленнями. *Ibid.*, p. 16-17.

⁶³ Докл. див.: Davies J. THE 'ORIGINS OF THE GREEK POLIS': WHERE SHOULD WE BE LOOKING? *The Development of the Polis in Archaic Greece*. (Lynette G. Mitchell and P.J. Rhodes ed.). London and New York: Routledge, 1997. P. 14.

Як показали останні дослідження, за класичною науковою конвенцією, до цієї категорії віднесені поселення та політії різнопланові як у хронологічному сенсі, так і в соціальному. Однак у той же час цей термін не охоплює весь спектр політій, що постали в Стародавній Греції у період темних віків (XII-X ст. до н.е.). Див.: MORGAN C. EARLY GREEK STATES BEYOND THE POLIS. London and New York: Routledge, 2003. Тому слід зважати на те, що процеси формування міста, держави та полісу не завжди збігаються: не всі давньогрецькі держави мали в своїй основі поліс, не всі міста стали полісами і не всі поліси були містами. Davies J. THE 'ORIGINS OF THE GREEK POLIS': WHERE SHOULD WE BE LOOKING? *The Development of the Polis in Archaic Greece*. (Lynette G. Mitchell and P.J. Rhodes eds.). London and New York: Routledge, 1997. P. 14; Кошеленко Г.А. Полис и город: к постановке проблемы. *Древние цивилизации. Греция. Эллинизм. Причерноморье. Избранные статьи из журнала «Вестник древней истории» 1937-1997*. Москва: Научно-издательский центр «Ладомир». 1997. С. 288-312.

ється винайдення алфавітного письма, перші свідчення законодавчої діяльності, початок політичної історії грецького полісу, не говорячи вже про інтелектуальну революцію – розвиток поезії, літератури, матеріальної культури, наукової думки. А. Снодграс назвав цей період «структурною революцією»⁶⁴, а А. Зайцев – «культурним переворотом», який за своїм значенням для історії людства дорівнює європейському Відродженню⁶⁵. В ході цієї революції відбувається формування полісної організації у більшості общин стародавньої Греції (хоча і далеко не в усіх)⁶⁶. В ідеологічному плані поліс означає новий політичний світогляд: концепція влади в полісі набуває «громадського» характеру як «спільна річ» (що латиною безпосередньо так і називатиметься – *res publica*), що урядовується громадою рівних⁶⁷. Ця парадигма егалітарності, звичайно ж, не означала рівність всіх: грецьке суспільство було сексистським і глибоко расистським.

Розвиток полісного суспільства певною мірою може розглядатися як аномалія на тлі деспотичних держав Близького Сходу і епохи еллінізму. Однак ідея егалітарної громади, в якій кожен громадянин опікується справами

⁶⁴ Snodgrass A. *ARCHAIC GREECE: THE AGE OF EXPERIMENT*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1980. P. 13.

⁶⁵ Зайцев А. И. *КУЛЬТУРНЫЙ ПЕРЕВОРОТ В ДРЕВНЕЙ ГРЕЦИИ VIII—V вв. до н. э.* (под ред. Л. Я. Жмудя, 2-е изд.). Санкт-Петербург: Филологический факультет СПбГУ, 2000. С. 31.

⁶⁶ Згідно з визначенням, яке запропоноване в Реєстрі полісів архаїчного та класичного періодів, укладеному Копенгагенським центром дослідження полісу, у класичний період Стародавньої Греції під полісом розумілася

«невелика, високоінституціоналізована і самоврядована громада дорослих громадян-чоловіків (*politai* або *astoi*), що проживала разом з дружинами та дітьми в міському центрі (що також називався *polis* або, подекуди, *asty*) та приміській оточуючій території (*chora* або *ge*), де також мешкали два інші типи населення: іноземці (*xenoi*) та раби. Як політична спільнота *polis* розглядався як вітчизна (*patris*) й ідентифікувалася власне з громадянами, аніж з територією. Так місто-етнічне позначення, тобто прикметник, утворюваний з топоніму, яким означався урбаністичний центр, використовувалось як назва полісу та індивідуально як прізвище, коли громадянин з відповідного полісу згадувався поряд з громадянами інших полісів. Дорослі громадяни-чоловіки володіли виключним правом на прийняття політичних рішень, але вони часто були об'єднані у ворогуючі фракції, і така ворожнеча могла перерости у громадянську війну (*stasis*). Більше того, полісам були притаманні часті війни; оборона полісу була головним аспектом життя громади, і міський центр полісу зазвичай мав оборонні укріплення».

AN INVENTORY OF ARCHAIC AND CLASSICAL POLEIS (Mogens Herman Hansen and Thomas Heine Nielsen eds.). Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 31.

⁶⁷ Davies J. *THE 'ORIGINS OF THE GREEK POLIS': WHERE SHOULD WE BE LOOKING? The Development of the Polis in Archaic Greece* (Lynette G. Mitchell and P.J. Rhodes eds.). London and New York: Routledge, 1997. P. 16.

всієї спільноти, посіла чільне місце у світогляді європейських суспільств наступних епох. У часи раннього християнства концепція *res publica* була докорінним чином переосмислена⁶⁸. На заміну невеликого, але монолітного грецького полісу та римського *civitas*, якому протиставлялись всі інші, була розроблена ідея початкової єдності людства у творенні⁶⁹.

Однак політична рівність, про яку говорили античні філософи, зовсім не означала соціальну рівність. Нерівність завжди була догматом у всі минулі періоди, за єдиним нетривалим винятком – ранньохристиянських громад I-III ст. н.е., що сповідували радикальний егалітаризм, закладений в традиції Нового Заповіту⁷⁰. Люди вважались природно і природжено нерівними, як з огляду на різні моральні якості й здібності, так і з огляду на соціальний статус. Так, вже за часів Просвітництва, коли французький міністр Тюрго спробував зламати корпоративізм французького старого режиму, ліквідувавши гільдії і трудові повинності, Парламент Парижа у 1776 році виступив проти реформи, стверджуючи, що станові привілеї ґрунтуються на божественному праві: «стани за своїм джерелом походять від божественних установлень; безкінечна і незмінна мудрість, закладена у світобудові, полягає у нерівному розподілі сили та розумності, і її результат відображений у суспільному порядку та нерівності людських умов»⁷¹.

Тому прагнення до рівності в історичній перспективі є оманливим. Концепції рівності, про які говорили Т. Гобс, Дж. Лок, Ж.-Ж. Русо та інші, не є тими концепціями рівності, що обстоюються сучасним конституціоналізмом. Філософи Просвітництва, говорячи про рівність, мали на увазі концепції справедливого і упорядкованого суспільства, де панує розум і злагода. Рівність тому розглядалася не самоціллю, не

⁶⁸ Так, у листі до Марцеліна, торкаючись ідеї прощення в працях великих римлян і посилаючись на праці Саллюста та Цицерона, св. Августин зазначає, якщо б божественна воля, яка наставляє до такого ж прощення, була почута, то це б «... стабілізувало, освятило, посилало та покращило державу (*res publicam*). Адже чи не є держава (*res publica*) власне справою народу (*res populi*), тобто спільною справою, так би мовити, справою громадян або міста (*civitatis*)? Однак чи не є місто (*civitas*) лише спільністю людей, об'єднаних разом певними узами згоди ... [*Quid est autem civitas nisi hominum multitudo in quoddam vinculum redacta concordiae*?]». Цит. за: LADNER G. THE IDEA OF REFORM: ITS IMPACT ON CHRISTIAN THOUGHT AND ACTION IN THE AGE OF THE FATHERS. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1959. P. 249.

⁶⁹ Барг М. А. Эпохи и идеи: Становление историзма. Москва: Мысль, 1987. с. 81.

⁷⁰ Це ранньохристиянське егалітарне кредо було викладено апостолом Павлом в третьому посланні до галатів: «Нема юдея, ні грека, нема раба, ані вільного, нема чоловічої статі, ані жіночої, бо всі ви один у Христі Ісусі!» (Галат. 3:28).

⁷¹ REMONTRANCES DES 2-4 MARS 1776. *Remontrances du Parlement de Paris au XVIIIe siècle. Documents inédits de l'histoire de France* (Flammermont J. ed.). Paris, Imprimerie nationale, 1888-1898. T. 3.P 278-279 et 288.

притаманною якістю будь-якого індивіда, що належить йому в наслідок визнання однакової цінності його гідності й людської природи. Людина виступає в творах Просвітництва як невід’ємна частина суспільства, більше того, як складова політичної спільноти. Саме в такому сенсі розглядаються питання рівності в людському суспільстві⁷². Людина є рівною лише як член політичної спільноти. Рівність не є самоціллю або незалежною цінністю – вона розглядається як наслідок свободи, справжньої «свободи людини в суспільстві»⁷³. Справжня рівність можлива лише в природному стані, але не в політичному суспільстві. Дж. Локк так пояснює цей парадокс⁷⁴:

«Хоча я говорив вище ... «всі люди за своєю природою є рівними», я не мав на увазі всі види рівності: вік або чеснота можуть надавати людям справедливу першість, виняткові достоїнства і заслуги можуть поставити кого-небудь над загальним рівнем; походження може спонукати одних, а союз або вигоди інших надавати повагу тим, кому природи, вдячність або інші приводи зобов’язують її надавати; і, тим не менш, все це не суперечить тій рівності, в якій знаходяться всі люди відносно юрисдикції або панування одного над іншим. Саме про таку рівність казав я, що стосується предмета нашої справи, маючи на увазі рівне право, що кожна людина має на свою природну свободу, не будучи пов’язаною волею чи владою будь-якої іншої людини»⁷⁵.

Це є розвитком аристотелівської ідеї формальної рівності. Рівність у праві на життя, свободу, щастя і власність стала, власне, тим ідеологічним підґрунтям, на якому постав американський конституціоналізм XVIII ст.⁷⁶

⁷² Див. напр. Руссо Ж.-Ж. РАССУЖДЕНИЕ О ПРОИСХОЖДЕНИИ И ОСНОВАНИЯХ НЕРАВЕНСТВА МЕЖДУ ЛЮДЬМИ. Жан-Жак Руссо. Трактаты. Москва: Наука, 1969.

⁷³ Див. Locke J. TWO TREATISES OF GOVERNMENT AND A LETTER CONCERNING TOLERATION. (ed and Intro. by Ian Shapiro). New Haven and London: Yale University Press, 2003. P. 109-110.

⁷⁴ Ibid., P.101.

⁷⁵ Ibid., P. 122-123.

⁷⁶ Richardson T. JOHN LOCKE AND THE MYTH OF RACE IN AMERICA: DEMYTHOLOGIZING THE PARADOXES OF THE ENLIGHTENMENT AS VISITED IN THE PRESENT. *Philosophical Studies in Education*. 2011. Vol. 42. P. 103.

1.1. ВЕЛИКІ РЕВОЛЮЦІЇ І НОВА ПОЛІТИЧНА СПІЛЬНОТА

Історія вказує на два шляхи до сучасного конституціоналізму: континентальний або республіканський, в основі якого лежить ідея політичної нації як основи держави, і колоніальний або федералістський, за яким ідея конституції витікає з колоніальних хартій і їх гарантій особистої свободи як автономії індивіда. Ці два шляхи визначили відмінні дискурси конституційної демократії: егалітарний, що базується на спадщині Французької революції і руссіанівської концепції *volonté générale*, та антимажоритарний, який виник з наробку епохи англійської колонізації Північної Америки з її приматом особистої свободи і був розвинутий в працях батьків-засновників американської республіки.

Велика французька революція становить найбільш вражаючий контраст з Американською революцією не тільки за розмахом терору та тривалістю. Найзначніша відмінність полягає в ідеології обох революцій. Адже Американська революція, керована ідеями Дж. Локка, спиралася на примат свободи, який ґрунтувався на ідеї приватної власності, в той час як Французька, радикально заперечуючи, відкидаючи і демонтуючи становий порядок Старого режиму, проголосила примат рівності над свободою. Становлення політичної нації відбувалося з екзальтацією ідеї «загальної волі» політичної громади, що складалася з рівних громадян. Декларація прав людини і громадянина 1789 року, власне, і була декларацією прав чоловіка, що був громадянином⁷⁷, а в її основі були закладені класові, расові і гендерні нерівності⁷⁸. Разом з тим вона проголосила нову еру громадянських прав – прав, що належали членам нової політичної спільноти, які в силу цього членства (тобто громадянства, приналежності до політичної громади) мали визнаватися рівними.

Національна асамблея Франції в 1789 році в першій статті Декларації прав людини і громадянина проголосила: «Люди народжуються і залишаються

⁷⁷ Vodiannikov O. THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (UDHR) AND POST-WAR CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: COMMON ORIGINS. *The Global Politics of Human Rights. Bringing the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) into the 21st Century* (Miguelángel Verde Garrido, Philani Mthembu, Adams S. Wilkins eds.). Berlin: Berlin Forum on Global Politics, 2020. P. 24.

⁷⁸ Winslow B. FEMINIST MOVEMENTS: GENDER AND SEXUAL EQUALITY. *A Companion to Gender History* (T. Meade and M. Wiesner-Hanks eds.). Oxford: Blackwell, 2004. P. 190; Rosenfeld M. INTRODUCTION: GENDER, SEXUAL ORIENTATION, AND EQUAL CITIZENSHIP. *International Journal of Constitutional Law*. 2012. Vol.10, No. 2. p. 340.

вільними і рівними у правах. Суспільні відмінності можуть ґрунтуватися лише на основі загальної користі»⁷⁹. Це засадниче положення стало відповіддю на ієрархічну парадигму суспільства, що існувала за часів Старого режиму і заклало основи, так би мовити, республіканської ідеології «по-французьки»⁸⁰. Егалітарний республіканізм, що тривалий час залишався основною ідеологією французького конституціоналізму і навіть зараз його вплив досить відчутний⁸¹, виходить з абсолютизації формальної рівності. Однак навіть в революційні часи така рівність не стосувалася рабів, жінок і навіть звільнених рабів⁸².

Батьки-засновники США не вбачали за належне проголошувати подібний принцип. Як зазначає Оскар Гандлін:

«Концепція рівності тільки побіжно згадується у Конституції, ратифікованій в 1789 році. Вона не була предметом великої уваги ані для розробників цього документа, ані для тих, хто його ратифікував... У міркуваннях і використанні батьків-засновників з XVIII століття слово «рівність» мало відношення до рівних умов ставлення держави до осіб без прямого чи опосередкованого застосування європейських відмінностей у статусі, які були добре відомі засновникам. Тобто вони мали на увазі лише рівність перед законом»⁸³.

Уіллі Адамс також зазначає стосовно перших конституцій штатів, що «... більшість штатів формально не визнали принцип рівності у своїх перших конституційних документах, що були прийняті в перші роки незалежності»⁸⁴. Для батьків-засновників США рівність вбачалася «самоочевидною істиною»⁸⁵, однак ця істина мала моральний та релігійний вимір, слугуючи моральним підґрунтям для вимоги «невідчужуваних прав», якими наділив людей Творець, а саме на життя, свободу і пошук щастя. Тобто рівність мала сенс суто в рамках

⁷⁹ DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>

⁸⁰ Див. Carcassone G., Guillaume M. LA CONSTITUTION. (14ieme edn). Paris: Edition du Seuil, 2017. P. 46.

⁸¹ Див. Ibid., P. 47.

⁸² Див. Halperin J.-L. HISTOIRE DE DROITS EN EUROPE DE 1750 A NOS JOUR. Paris : Editions Flammarion, 2006. P. 43.

⁸³ Handlin O. THE QUEST FOR EQUALITY. *Washington University Law Quarterly*. 1979. Issue 1. P. 35.

⁸⁴ Adams W. THE FIRST AMERICAN CONSTITUTIONS: REPUBLICAN IDEOLOGY AND THE MAKING OF THE STATE CONSTITUTIONS IN THE REVOLUTIONARY ERA. Chapel Hill, N.C.: University of North Carolina Press, 1980. P. 176.

⁸⁵ Див. DECLARATION OF INDEPENDENCE: A Transcription. URL: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>

такої моральної вимоги. Це найбільш наочно постає у Декларації прав Вірджинії 1776 року, перше положення якої проголошує⁸⁶:

«Усі люди є за своєю природою рівно вільними і незалежними і мають певні природжені права, яких вони, доєднавшись до суспільства, не можуть за будь-якою угодою позбавити або відмовити у них своїм нащадкам; зокрема користування правом на життя та свободу зі всіма засобами набуття і володіння власністю і пошуку та отримання щастя і безпеки».

У той час як останнє положення Декларації знову згадує ідею рівності в контексті рівного права на вільне сповідання релігії⁸⁷. Лише в часи Реконструкції після Громадянської війни 1861-1865 років питання забезпечення рівності стало на порядку денному. Долаючи опір південних штатів, була прийнята Чотирнадцята поправка до Конституції США, що забороняла штатам відмовляти у «рівному захисті законів» громадянам, багато з яких були звільнені з рабства.

Так постала ліберальна демократія XIX ст., за якої користування правами було обумовлено і цілковито залежало від громадянства як членства у політичній спільноті⁸⁸. В цій парадигмі сформувалося республіканське розуміння людських прав. Республіканізм виходив з концепції громадянства, культурної, політичної, і навіть релігійної, мовної та етнічної єдності. Саме з такої парадигми, з таких фундаментальних ідей і концепції національної держави виводилися розуміння і значення людських прав: в основі визнання, проголошення і гарантування цих прав була покладена не концепція рівної людської гідності й цінності, а, власне, ідея уможливлення для кожного члена політичної нації сприяти в силу своїх здібностей і можливостей інтересам національної держави⁸⁹. У цій же ідеї було закладено концепцію формальної рівності, а відтак і визнання й інституціоналізацію соціальних нерівностей: оскільки всі люди

⁸⁶ THE VIRGINIA DECLARATION OF RIGHTS. Section 1. URL: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>

⁸⁷ Ibid, Section 16.

⁸⁸ Vodiannikov O. THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (UDHR) AND POST-WAR CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: COMMON ORIGINS. *The Global Politics of Human Rights. Bringing the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) into the 21st Century* (Miguelángel Verde Garrido, Philani Mthembu, Adams S. Wilkins eds.). Berlin: Berlin Forum on Global Politics, 2020. P. 24; Pulzer P. NATIONALISM AND INTERNATIONALISM IN EUROPEAN CHRISTIAN DEMOCRACY. *Christian Democracy in Europe since 1945*. (M. Gehler and W. Kaiser eds.). London and New York: Routledge, 2004. Vol. 2. P. 8-20.

⁸⁹ Див. Nishihara H. THE SIGNIFICANCE OF CONSTITUTIONAL VALUES. PER / PELJ. 2001. Vol. 4, No 1. P. 13.

різні, мають різні здібності та можливості, визнання прав і свобод визначало різні шляхи і способи такого сприяння. Людські права в такому розумінні містили суттєві обмеження: користування правами і свободами гарантувалося лише тією мірою, якою вони сприяли національній державі.

Тому класична ліберальна думка цього періоду, власне, і розглядала людські права крізь призму приналежності до політичної нації⁹⁰. Нерівності між людьми вважалися природними, а принцип рівності мав сенс лише у питаннях політичного життя. В цьому, власне, і полягала фундаментальна вада ліберальної демократії XIX ст.: права і свободи вважалися атрибутом громадянства; особа, позбавлена своєї політичної громади, опинялася у ситуації цілковитого безправ'я. Цей парадокс – парадокс права на права⁹¹ – найбільш наочно проявився в XX ст. у період між світовими війнами, коли після більшовицького перевороту і Громадянської війни в Росії в європейських державах опинилася велика кількість людей без громадянства, а встановлення нових кордонів у Європі та на Близькому Сході супроводжувалося виникненням анклавів з національними меншинами, обмінами населення за етнічною ознакою.

Цей парадокс став наслідком ґрунтового протиріччя між концепцією людських прав і модерною державою. Як писала Ганна Арентд⁹²:

«Людина, яка щойно з'явилася як повністю емансипована, повністю ізольована істота, що наділена сама по собі гідністю безвідносно якогось ширшого всеохоплюючого порядку, негайно розчинилася у масі народу. З самого початку парадокс, що виник з проголошення невідчуваних людських прав, полягав у тому, що таке проголошення стосувалося «абстрактної» людини, яка ніби ніде не існує, адже навіть дикуни живуть у певного роду соціальному порядку. Якщо племінна чи інша «відсталася» громада не користується людськими правами, це, вочевидь, вважалося наслідком того, що вона не досягла стадії цивілізації, стадії народного і національного суверенітету і продовжує існувати під ярмом іноземних чи власних деспотів. Тому питання людських прав цілком і швидко було неподільно змішане з питанням національного визволення; тільки звільнений суверенітет народу, свого власного на-

⁹⁰ Див. нап., Pulzer P. NATIONALISM AND INTERNATIONALISM IN EUROPEAN CHRISTIAN DEMOCRACY. *Christian Democracy in Europe since 1945* (M. Gehler and W. Kaiser eds.). London and New York: Routledge, 2004. Vol. 2. P. 8-20.

⁹¹ Див. Arendt H. THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM. Cleveland and New York: The World Publishing Co., 1962. P. 296-297.

⁹² Ibid., P. 291.

роду, здався здатним забезпечити ці права. Оскільки людство з часів Французької революції сприймалося в образі родини народів, поступово стало самоочевидним, що народ, а не особа, є образом людини».

У такому сенсі втрата членства у політичній громаді, як-то: через зникнення такої громади чи в силу вигнання, – означало виключення з людства, втрату „права на права”. Рівність в такому сенсі була привілеєм членства в політичній громаді, привілеєм громадянства. Однак навіть громадянство не забезпечувало рівності в сучасному розумінні: стать, виборчий ценз, майновий стан – ці та інші ознаки створювали юридично визнані нерівності та ієрархії в суспільстві. А з розвитком законодавчої держави таких нерівностей ставало все більше.

Така концепція людських прав залишила суттєвий відбиток і на концепції рівності в конституційній юриспруденції. В самій методології застосування права на рівність і пов'язаних з ним прав, а особливо недискримінації, і доктрина, і суди виходять з імпліцитного розуміння рівності як групової категорії. Водночас аналіз відмінностей відбувається між групами, але не в середині групи. Наприклад, право на рівну платню між жінками і чоловіками вимагає аналізу середньої зарплати жінок порівняно з середньою зарплатою чоловіків. Однак групова рівність не гарантує особисту рівність, адже між групами може бути забезпечена відносна рівність, як, наприклад, рівність середніх зарплат, але в рамках групи можуть залишатися суттєві нерівності.

У відповідь на таку обмеженість групової рівності практика конституційних судів все більше схиляється до визнання і застосування тесту інтерсекційності, що має виправити недоліки групової рівності, визнаючи і аналізуючи різні вісі несправедливостей і нерівностей.

1.2. НАРОДЖЕННЯ ЗАКОНОДАВЧОЇ ДЕРЖАВИ

Становлення законоцентричної концепції права нерозривно пов'язане з ідеями Просвітництва, інтелектуальні витoki якого були закладені науковою революцією. Наукова революція і, згодом, Просвітництво, вибудовувалися навколо простого догмату, що світ є єдиною системою, що може бути описана і пояснена за допомогою раціональних методів: «Від Декарта і Бекона та послідовників Галілея і Ньютона, від Вольтера і енциклопедистів до Сен-Симона, Конта і Бакля і, вже в нашому столітті – Г. Уелса і Бернала, Скіннера і віденської школи позитивізму, з їх ідеалом єдиної системи всіх наук, природних і соціальних, це була програма модерного Просвітництва; і вона відіграла вирішальну роль в соціальній, правовій і технологічній організації нашого світу»⁹³.

Просвітництво запропонувало нові концепції політичної легітимності, публічного порядку і законодавчої держави. Воно сприяло маргіналізації і витісненню багатонормативності попередніх епох. Просвітництво винайшло і легітимізувало постулат мононормативності, єдиного нормативного порядку, у якому право ставало еманациєю і втіленням суверенної волі⁹⁴. Це також визначило наше викривлене історичне розуміння права – будучи одним з багатьох, і подекуди не найбільш важливим і ефективним соціальним регулятором, право в сучасному історико-правовому наративі виступає як головний об'єкт дослідження. Як зазначає Томас Дюв:

«Фокус на секулярне вчене право і, кінець кінців, на юридичну думку спричинив маргіналізацію і остаточне нехтування іншими формами нормативностей у нашій історіографії. Тільки уявіть надзвичайне значення моральної теології як нормативного порядку, що міг бути набагато сильнішим за певних історичних обставин, аніж будь-яке „державне право“; або інші модальності нормативності, що скерову-

⁹³ Berlin I. THE DIVORCE BETWEEN THE SCIENCES AND THE HUMANITIES. *Isaiah Berlin, Against the Current: Essays in the History of Ideas*. New York: The Viking Press, 1980. P. 82.

⁹⁴ Duve T. EUROPEAN LEGAL HISTORY – CONCEPTS, METHODS, CHALLENGES. *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (Thomas Duve ed.). Frankfurt-am-Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2014, P.51.

Розділ І. РІВНІСТЬ: ГЕНЕАЛОГІЯ ПОНЯТТЯ

вали сприйняття людьми доброго і поганого. Ми надовго вирізали ці неюридичні сфери зі світогляду історика права»⁹⁵.

Домодерний світ керувався багатьма нормативними порядками – мораллю, етикою, теологією, політикою, правом, традицією. Закони як волевиявлення суверена не користувалися значним п'їтетом до другої половини XVIII ст.⁹⁶

Модерна держава, що постала наприкінці епохи Просвітництва, секуляризувала і раціоналізувала всі нормативні порядки у єдиний однонормативний, в основі якого постала парадигма норми. Разом з тим, ті пригнічені, поглинуті і перетравлені домодерні нормативні порядки все ще спричиняють свій опосередкований вплив через існування в праві позапозитивістських явищ якими, наприклад, є загальні принципи права, конституційні цінності чи моральні міркування в судових рішеннях. Цей момент є важливим для подальшого аналізу становлення рівності і, зокрема, гендерної рівності в постмодерному конституціоналізмі, оскільки саме через такі рудименти маргіналізованих нормативних порядків до права імпортується моральні та етичні засади, що вибудовують концепцію рівності як інструмент справедливості.

Соціальні революції XVIII століття призвели до виникнення «суспільства самообмеження» (*society of confinement*)⁹⁷ та бюрократичної держави. Існування такої держави та її ефективність нап'яму залежали від перетворення суспільства на зрозумілу структуру з метою «упорядкування населення у спосіб, що спрощує реалізацію класичних функцій держав: оподаткування, військову

⁹⁵ Ibid., P.51.

⁹⁶ Яскравою ілюстрацією такого ставлення може бути позиція Ж.-Ж. Русо, який у «Дискусії про походження нерівності» писав:

«Я бажав би ... закрити дорогу своєкорисливим і малоозрозумілим законопроектам і небезпечним нововведенням, які, кінець кінцем, занепали афінян, і щоб тому не будь-хто мав можливість пропонувати нові закони, коли і як йому заманеться; щоб право це належало одним тільки магістратам; щоб самі магістрати користувалися ним вельми обережно; щоб народ, зі свого боку, був би такий же обачний, коли він дає свою згоду на ці закони; щоб оприлюднення їх могло відбуватися лише з дотриманням такої процедури, що ще до того, як державний лад міг похитнутися, люди мали б час переконатися, що саме велика древність законів і робить їх священними і шанованими. Адже народ досить швидко починає зневажати такі закони, що на його очах щоденно змінюються, і тому, що призвичаївшись зневажати старі звичаї, люди часто вносять більше зло, щоб виправити менше».

Руссо Ж.-Ж. Рассуждение о происхождении и основаниях неравенства между людьми. *Жан-Жак Руссо. Трактаты*. Москва: Наука, 1969 С. 34.

⁹⁷ Див. Foucault M. DISCIPLINE AND PUNISH. THE BIRTH OF THE PRISON. New York: Random House, 1991. P. 297.

повинність і придушення повстань»⁹⁸. Ця парадигма зрозумілості, закладена в часи наукової революції і в подальшому сформована в епоху Просвітництва, мала на меті покращення людського буття⁹⁹. Ця ідеологічна надбудова вимагала раціоналізації, нормалізації та уніфікації суспільства, соціальних практик і влади. Не випадково великі кодифікації і конституції виникають майже одночасно у невеликий проміжок часу на зламі XVIII і XIX століть. У цей тріумфальний момент Великих революцій відбувається трансформація і уніфікація багатонормативності попередніх епох, безкомпромисний розрив з минулим «незрозумілим» і «нераціональним» суспільством.

У дореволюційні часи, коли розуміння права розвивалося в рамках парадигми наукової революції, основними постулатами цієї парадигми в англосаксонському праві були переконання щодо існування певної незмінної основи, що об'єднувала багато нормативних порядків, – природного права (the Law of Nature), раціонального права (the Law of Reason) і отриманих через одкровення законів Божих (the revealed Law of God), що не можуть бути змінені ані за згодою народу, ані волею суверена¹⁰⁰. В континентальному праві ця парадигма спричинила інший напрямок дискурсу – законоцентризм, що виник з «номофільї» XVIII ст.¹⁰¹ Марі-Лор Дюкло-Грекур називає декілька причин такої

⁹⁸ Scott J. SEEING LIKE A STATE: HOW CERTAIN SCHEMES TO IMPROVE THE HUMAN CONDITION HAVE FAILED. New Haven: Yale University Press, 1998. P. 2.

⁹⁹ See Yoffee N. MYTHS OF THE ARCHAIC STATE. EVOLUTION OF THE EARLIEST CITIES, STATES, AND CIVILIZATIONS. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 92.

¹⁰⁰ Досить ілюстративною для пояснення цієї тези є думка, висловлена у памфлеті 1728 року Да-нієля Дюлані:

«...Право Англії складається із загального права і статутного права. Загальне право вбирає природне право, раціональне право і отримані як одкровення закони Божі – всі вони є однаково обов'язкові за всіх часів, у всіх місцях і стосовно всіх осіб – та практики і звичаї, що на підставі отриманого досвіду відповідають порядку і справам суспільства і не містять нічого, що було б несумісним з честю, добропристойністю і добрими нравами, і які, в силу згоди і тривалого застосування, отримали силу законів.

Статутне право складається з таких Актів Парламенту, що час від часу приймаються всіма законодавцями; деякі з них є декларативними або вносять зміни до загального права – я маю на увазі ту частину загального права, що складається з практики і звичаїв, що отримали свою силу і санкцію в наслідок згоди людей, – коли такі практики і звичаї є помилковими, неправильно застосовуються або визнані такими, що не відповідають порядку і справам суспільства, з тим, аби зробити всю сукупність права такою, що найкращим чином відповідає дійсним цілям законів, добру і безпеці людей».

Dulany D. THE RIGHT OF THE INHABITANTS OF MARYLAND TO THE BENEFIT OF THE ENGLISH LAWS (1728). *Sioussat St. The English Statutes in Maryland*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1903. P. 82-83.

¹⁰¹ Carbonnier J. LA PASSION DES LOIS AU SIÈCLE DES LUMIÈRES. *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences*

«пристрасті до закону» в публічній думці XVIII ст.: перші пов'язані з соціальними перетвореннями, зокрема зростанням влади буржуазії та її ліберальними сподіваннями, що раціоналізація права призведе до покращення нравів, інші, психологічні, – за аналогією між вихователем і законодавцем – поклали на законодавство функцію виховання суспільства; законодавець має навчити та виховати людей за допомогою нечисленних і лапідарних законів, на кшталт тих, що відомі з міфології та історії античності¹⁰².

Кульмінацією цього легіцентризму, обстоюваного і пропагованого філософами Просвітництва як інструмент покращення нравів чи «цивілізації» суспільства, стала модерна концепція кодифікації, метою якої було встановлення систематичного і вичерпного правового регулювання. Кодифікація одночасно поклала край «пристрасті до закону». Як зазначає П'єр Серан:

«Головним чином, саме ідея поміркованості й обмеження простежується в розумінні закону укладачами [цивільного кодексу]. Ця ідея поміркованості проявляється, так би мовити, вище, в царині здійснення законодавчої влади; вона підводить рису під діяльністю законодавця. Ідея обмеження проявляється нижче, оскільки закон, що є невідворотно неповним, не є єдиним джерелом права; вона, зокрема, розчищує місце для судової практики»¹⁰³.

Герменевтика кодифікації часів Великих революцій суттєво відрізняються від кодифікацій попередніх епох. До того часу (власне, до виникнення законодавчої держави), юридична практика надавала перевагу *corpus* та *collectio*¹⁰⁴, слабо систематизованим компіляціям, що мали слугувати практичними посібниками, а не законодавчими текстами. Як зазначає Жан Годеме:

«До XVIII ст. було багато плутанини [між кодексами, зводами та компіляціями – авт.]. „Кодекси революційної епохи“, „канон“ кодифікації, встановлений Кодексом Наполеона, відданість цій моделі протягом останніх півтора століття, надали терміну „кодекс“ визнану цінність, хоча в той же час подекуди структура та дух нових „кодексів“

morales et politiques. 1976. Tome 62. P. 540-554.

¹⁰² Duclos-Grécourt M.-L. L'IDÉE DE LOI AU XVIII^e SIÈCLE DANS LA PENSÉE DES JURISTES FRANÇAIS (1715-1789). Poitiers: Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, 2014. P. 21.

¹⁰³ Serrand P. LA LOI DANS LA PENSÉE DES RÉDACTEURS DU CODE CIVIL. DROITS. *Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*. 2005, Tome 42, No. 2, P. 34.

¹⁰⁴ Gaudemet J. LES NAISSANCES DU DROIT. LE TEMPS, LE POUVOIR ET LA SCIENCE AU SERVICE DU DROIT. 4e edn. Paris: Montchrestien, 2006. P. 200.

досить сильно різниться. Структура, продиктована доктринальним аналізом галузі права, що кодифікується, поділ на книги, титули, статті, нова редакція нормативних положень, їх обов'язковий характер, що є наслідком їх промудрої законодавцем – це є або було відмінними рисами „кодексу”¹⁰⁵.

Поширення цього канону кодифікації стало наслідком чотирьох ефектів кодексу чи наслідків кодифікації: (1) ефекту розриву; (2) ефекту кристалізації; (3) ефекту оцінки та (4) ефекту повноти¹⁰⁶.

Ефект розриву полягає в тому, що будь-яка кодифікація означає розрив з минулим правопорядком і народження нового¹⁰⁷. Метою кодифікації було і залишається реформування чи врегулювання визначеної сфери суспільних відносин на досить тривалий період часу – саме в цьому полягає ефект кристалізації. Як метафорично висловився Ж. Карбоньє, кодекс виглядає як «символ зупиненого часу»¹⁰⁸. Ефект оцінки є наслідком сучасного розуміння кодексу, адже включення будь-якого комплексу норм до кодифікаційного акту надає їм набагато більшої ваги¹⁰⁹. Як зазначає Н. Рулан:

«Кодифікація – операція символічного упорядкування, що припадає найчастіше на долю вищої державної бюрократії. Повністю правильним є те, що значна доля авторитету кодексу тримається не тільки на змісті його положень, але й на тому простому факті, що він іменується кодексом. З ідеєю кодексу асоціюється і таке уявлення: кодифіковане право є ясним, комунікабельним, впорядкованим, раціональним»¹¹⁰.

¹⁰⁵ Ibid., P. 231.

¹⁰⁶ Кабріяк Р. Кодификации. Москва: Статут, 2007. С. 145.

¹⁰⁷ Як зазначає Р. Кабріяк:

«Скасування раніш чинних правових норм, що супроводжує будь-яку кодифікацію і подекуди має майже тотальний характер, є технічним втіленням ефекту розриву, що нас цікавить, що, тим не менш, зовсім не передбачає відсутності чималої кількості положень старого права, що переходять в право нове. Пряме скасування попередніх правових норм таким чином одночасно відіграє як політичну роль, підкреслюючи розрив з минулим і утверджуючи авторитет нової влади, так і роль технічну, допомагаючи уникнути складнощів, що невідворотно викликані накладанням одне на одного двох зводів правових норм – старого і нового».

Ibid., С. 146-147.

¹⁰⁸ Jean J.-P., Royer J.-P. LE DROIT CIVIL, DE LA VOLONTÉ POLITIQUE À LA DEMANDE SOCIALE. ESSAI D'ÉVALUATION SUR DEUX SIÈCLES. *Pouvoirs*. 2003/4. No. 107. P. 140.

¹⁰⁹ Кабріяк Р. Кодификации. Москва: Статут, 2007. С.159.

¹¹⁰ Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. Москва: Издательство НОРМА, 1999. с. 202.

Таким чином, етос кодексу полягає в тому, що форма кодифікаційного акта в першу чергу визначає авторитетність цього законодавчого інструмента, а не, власне, сукупність норм, в ньому встановлених. Як підкреслив Р. Кабріяк: «Звичайний інститут, пересічний правовий механізм, що потрапляє в орбіту кодифікації, автоматично підвищує свій авторитет в правовій системі»¹¹¹.

Ефект повноти виходить з презумпції, як правило, суб'єктивної, самодостатності та автономності кодифікаційного акта. Як зазначає Р. Кабріяк: «Під таким кутом зору, кодекс складає повну і, відповідно, закриту сукупність норм, що виключає будь-яке звернення до норм поза кодексом»¹¹². Цей ефект є не тільки наслідком самої концепції кодифікації: його розвиток позначений підозрілістю і недовірою до ідеї судової правотворчості, якими був позначений юридичний дискурс епохи Просвітництва¹¹³, з одного боку, та необхідністю забезпечення верховенства єдиного нормативного порядку – права – над іншими порядками, що не були підконтрольні новій модерній державі.

Саме у цей період з'являється нова юридична термінологія, що витісняє стару. Такі гнучкі й невизначені поняття як *regula* (*rule, règle, regel, regola, regla*) уступають місце нормі. Сам термін «норма» стає інструментом забезпечення одноманітності в юридичному дискурсі, виокремлення, визначення і реконфігурації суспільних відносин, перетворення їх з серії різноманітних патернів на раціоналізовану і стандартизовану систему. Найкраще цей процес описаний Мішелем Фуко:

*«Крізь дисципліни проявляється влада Норми. Чи є це новим законом модерного суспільства? Скоріш, починаючи з вісімнадцятого століття, вона приєднується до інших видів вдали – Закону, Слова і Тексту, Традиції – встановлюючи для них нові обмеження. Нормальне стає принципом примусу в навчанні із запровадженням стандартизованої освіти і заснуванням *Ecoles normales*; воно закріплюється у спробі організувати національну медичну професію і систему лікарень, здатних керуватися загальними нормами здоров'я; воно проявляється у стандартизації виробничих процесів і товарів... Як і нагляд, нормалізація*

¹¹¹ Кабріяк Р. Кодификации. Москва: Статут, 2007. С. 161.

¹¹² Ibid., С. 167.

¹¹³ Така підозрілість та недовіра були викликані зловживаннями провінційних парламентів Старого режиму, що примусило Монтеск'є навіть безапеляційно проголосити: «...судді нації є ... лише тими вустами, які проголошують слова закону, лише знеособленими істотами, які не власні ані пом'якшити його силу, ані посилити його суворість». DE SECONDAT BARON DE MONTESQUIEU CH. ESPRIT DES LOIS; avec les notes de l'auteur. Paris: Librairie de Firmin Didot Fr., 1851. P. 134-135.

разом з ним стає одним з найпотужніших інструментів влади наприкінці епохи класицизму ... Влада нормалізації нав'язує одноманітність; але вона й індивідуалізує, уможливорюючи вимірювання відмінностей, визначення рівнів, встановлення спеціалізації та отримання зиску з відмінностей, порівнюючи їх між собою. Досить легко зрозуміти як влада Норми функціонує в системі формальної рівності, адже вже в саму однорідність, яка стає правилом, Норма впроваджує як корисний імператив і результат зіставлення, всі відтинки індивідуальних відмінностей»¹¹⁴.

Законодавча держава швидко опановує інструментарій законодавства. Так у Франції за часів Реставрації (1816-1829) кількість законів, прийнятих Парламентом становить в середньому 23 на рік, в часи Липневої монархії (1831-1847) така кількість сягає в середньому 130 законів на рік, під час Другої імперії – 193, а вже в часи Третьої республіки – 305-334 законів на рік¹¹⁵.

Законодавча держава стала логічним розвитком концепції нації як політичної громади, що постала на уламках Старого режиму в Європі наприкінці XVIII – першої половини XIX ст. Великі революції знищили *lex animata* – государя як живе втілення права, – поставивши, замість тіла короля, політичне тіло нації, суверенна воля якої є джерелом права у формі законів. Зі стратою Людовика XVI, яка сама по собі символічно завершила домодерний період і стала символом народження модерної держави, тіло короля не зникло. Вслід за Міше-лем Фуко можна досить цинічно підсумувати, що «ідея певного суспільного тіла, що нібито утворюється сукупністю воль» є «найбільшим фантазмом» модерної та сучасної постмодерної демократії¹¹⁶.

Законоцентризм ліберальної демократії XIX – початку XX ст. визначив примат закону в правових системах унаслідок визнання і дії доктрини законодавчого суверенітету. За такого ідеологічного підґрунтя ідея судового захисту конституційних прав і свобод, тобто визнання конкретного юридичного змісту за такими правами і свободами, як *intra legem*, так і *contra legem* та *praeter legem*, була несумісною з панівними уявленнями про представницьку демократію¹¹⁷.

¹¹⁴ Foucault M. DISCIPLINE AND PUNISH. THE BIRTH OF THE PRISON. New York: Random House, 1991. P. 184.

¹¹⁵ Halperin J.-L. HISTOIRE DE DROITS EN EUROPE DE 1750 A NOS JOUR. Paris: Editions Flammarion, 2006. P. 92.

¹¹⁶ Фуко М. Власть и тело. *Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью* Москва: Праксис, 2002. с. 161.

¹¹⁷ Водяніков О. ГЕНЕАЛОГІЯ ПОНЯТТЯ ЛЮДСЬКОЇ ПДНОСТІ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ. *Право України*. 2018. № 9. С. 45.

1.3. СТАНОВЛЕННЯ ПОСТМОДЕРНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

У міжвоєнний період (1919-1939) права людини, проголошені в часи Великих революцій, розглядалися і сприймалися переважно як декларативні настанови, що зобов'язують законодавця та уряд. Юридична природа конституційних гарантій не дозволяла безпосереднього застосування судами. Іншими словами, без волі законодавця, висловленої у законодавчому акті, конституційні гарантії не становили підстав для безпосереднього звернення по судовий захист порушених прав.

У цей період в міжнародному правопорядку права людини розглядалися як колективні права, права груп. Такий колективізм був закладений в основу системи договорів про національні меншими, започаткованої Версальською мирною конференцією¹¹⁸, і міжнародні інституції, зокрема Ліга Націй і Постійна палата міжнародного правосуддя, сповідували таку концепцію людських прав. Загалом і міжнародна система і національні уряди опинилися в тенетах двох протилежно спрямованих сил: необхідності вирішити проблему великої кількості біженців і осіб без громадянства та національних меншин, з одного боку, та ідеалу гомогенної національної держави¹¹⁹. Колективізм у всіх його формах – комунізм, фашизм, нацизм – став відповіддю на реальні й уявні недоліки і несправедливості ліберального індивідуалізму XIX ст.

Постверсальські ліберальні демократії Європи опинилися під тиском як ліворадикальних так і праворадикальних груп. Перша світова війна, що завершилася, залишила глибокі психологічні й соціальні рани в суспільствах. Радикальні колективістські ідеології пропонували прості альтернативи демократії¹²⁰. Популярність цих альтернатив у міжвоєнних суспільствах Європи, власне, пояснюється не ворожістю громадян до установ представницької де-

¹¹⁸ Див. Fink C. DEFENDING THE RIGHTS OF OTHERS: THE GREAT POWERS, THE JEWS, AND INTERNATIONAL MINORITY PROTECTION. New York: Cambridge University Press, 2004; Mazower M. MINORITIES AND THE LEAGUE OF NATIONS IN INTERWAR EUROPE. *Daedalus*. 1997. Vol. 126, No. 2. P. 47-64; Mazower M. DARK CONTINENT: EUROPE'S TWENTIETH CENTURY. London: Penguin Books, 1998, P. 40-76.

¹¹⁹ Weitz E. FROM THE VIENNA TO THE PARIS SYSTEM: INTERNATIONAL POLITICS AND THE ENTANGLED HISTORIES OF HUMAN RIGHTS, FORCED DEPORTATIONS, AND CIVILIZING MISSIONS. *The American Historical Review*. 2008. Vol. 115, No.5. P. 1313.

¹²⁰ Ertman T. DEMOCRACY AND DICTATORSHIP IN INTERWAR WESTERN EUROPE REVISITED (REVIEW). *World Politics*. Vol. 50, No. 3. P. 476.

мократії, а тим простим фактом, що авторитарні й тоталітарні ідеології пропонували просте й вірогідне пояснення тому нездоленню і тим лихам, які були наслідком світової війни. Така інтелектуальна атмосфера не сприяла концепції прав людини, які вважалися наріжним каменем ліберальної демократії і антитезою національній державі¹²¹.

Відмова від загальної концептуалізації рівності як колективної характеристики пов'язана зі становленням у 30-40-х роках ХХ ст. концепції людської гідності як засадничої конституційної цінності¹²². Сама концепція людської гідності зародилася в клерикальних колах у відповідь на комуністичну загрозу та екстремізм й антиклерикалізм нацистського і фашистського режимів¹²³.

¹²¹ Див. Moyn S. PERSONALISM, COMMUNITY, AND THE ORIGINS OF HUMAN RIGHTS. *Human Rights in the Twentieth Century* (S. Hoffmann ed.). Cambridge: Cambridge University Press., 2010. P. 91.

¹²² Див. Водянніков О. ГЕНЕАЛОГІЯ ПОНЯТТЯ ЛЮДСЬКОЇ ГІДНОСТІ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ ПРАВІ. *Право України*. 2018. № 9. С. 41-56.

¹²³ Тому може виглядати досить парадоксальним той факт, що процес поступової трансформації прав людини з атрибуту громадянства у невід'ємний атрибут індивіда, його чи її людської природи (тобто у людські права) розпочався в тому ж інтелектуальному середовищі, що й поширення та доктриналізація тоталітаризму й комунітарного авторитаризму. Інтелектуальний контекст католицької політичної думки 20-30-х років ХХ ст. позначився палкими дебатами між прихильниками парламентської демократії та адептами авторитарних версій соціального корпоративізму. Див. Patch W. THE CATHOLIC CHURCH, THE THIRD REICH, AND THE ORIGINS OF THE COLD WAR: ON THE UTILITY AND LIMITATIONS OF HISTORICAL EVIDENCE. *The Journal of Modern History*. 2010. Vol. 82, No. 2. P. 402. Власне, поворотним моментом стали останні місяці понтифікату Пія XI, що були позначені посиленням тиску та репресій проти католицького духовенства й організації в нацистській Німеччині і фашистській Італії. Див. Conway M. CATHOLIC POLITICS OR CHRISTIAN DEMOCRACY? THE EVOLUTION OF INTER-WAR *Political Catholicism. Political Catholicism in Europe 1918–45* (W. Kaiser and H. Wahnout eds.). London and New York: Routledge, 2005. Vol. 1. P. 202. Якщо раніше Святий Престол акцентував увагу на колективах, групах, громадах (напр. робітників; сім'ї, громади: QUADRAGESIMO ANNO (1931). Encyclical of Pope Pius XI on Reconstruction of the Social Order. URL: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html), то вже в 1937 році в Енцикліці *Mit Brennender Sorge* Папа проголосив, що «... людина як особа володіє правами, наданими Господом, які будь-яка громада повинна захищати від заперечення, порушення чи зневаги» (MIT BRENNENDER SORGE (1937). Encyclical of Pope Pius XI on the Church and the German Reich. Para. 30 URL: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html). Видана кількома днями пізніше Енцикліка *Divini Redemptoris* містила докорінний перегляд доктрини соціальної справедливості й базувалася на персоналістичній концепції людських прав, що протиставлялися тоталітарному колективізму: «Суспільство існує для людини, а не навпаки»; «тільки людина, людська особа, а не суспільство у будь-якій своїй формі, наділена розумом і морально вільною волею» (DIVINI REDEMPTORIS (1937). Encyclical of Pope Pius XI on Atheistic Communism. Para. 29. URL: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19370319_divini-redemptoris.html). Ці та інші доктринальні послання 30-40-х років надали моральну вагу дискурсу про людські права, а їх персоналістична концепція визначила напрями розвитку християнсько-демократичної думки і, як наслідок, повоєнного конституцієтворення.

Після Другої світової війни цей наголос на людській гідності, що був закладений в основу повоєнної ідеології християнських демократів, дав поштовх становленню «дигнитарного конституціоналізму»¹²⁴, парадигма якого стала основою для відродження публічного права постмодерної держави. І в більш глобальному аспекті дигнитарна парадигма в конституційному праві повоєнного періоду стала наслідком спроби переосмислення і перезаснування демократії, віднайдення для неї нових форми та змісту. Людські права постають у повоєнний період, власне, як ефективний запобіжник проти дисфункції демократії та повернення до тоталітаризму.

Таким чином, соціальна катастрофа середини ХХ століття призвела до переосмислення ідеї конституції і конституціоналізму в повоєнний період. На місце суїцидальної конституції, тобто конституції як тексту, приходять ідеї конституційних цінностей і принципів, а замість концепції прав людини постає концепція людських прав. З цього логічним чином розвивається ідея спеціального органу захисту таких цінностей і принципів конституції, який має стояти на заваді мажоритарному фатуму демократії. Так виникає ідея органу конституційної юрисдикції, що має виконувати функцію захисту конституції і конституційного ладу, а відтак і функцію запобіжника проти феномену суїцидальної демократії¹²⁵.

Відповідно, новими запобіжниками стали: (1) перетворення основних прав, декларованих конституцією, на юридичні права, що підлягають реальному судовому захисту й запровадження такого захисту на рівні органу конституційної юрисдикції шляхом встановлення інституту конституційної скарги; (2) обмеження вторинної установчої влади, що належить парламенту щодо внесення змін до конституції; (3) доктрина «озброєної демократії» (*streitbare Demokratie* – нім.). Ця остання доктрина виходить з того, що демократія базується на певній незмінній основі (*unamendable core*) з цінностей та принципів, які є настільки фундаментальними, що навіть інші конституційні положення можуть бути неконституційними у випадку невідповідності такій основі¹²⁶.

¹²⁴ Див.: Kateb G. HUMAN DIGNITY. Cambridge: Harvard University Press, 2011; Rosen M. DIGNITY: ITS HISTORY AND MEANING. Cambridge: Harvard University Press, 2012; Darwall S. *Equal Dignity and Rights*. DIGNITY: A HISTORY (Remy Debes ed.). Oxford: Oxford University Press, 2017. 181-202; Lewis M. A BRIEF HISTORY OF HUMAN DIGNITY: IDEA AND APPLICATION. *Perspectives on Human Dignity: A Conversation* (Jeff Malpas and Norelle Lickiss eds.). Dordrecht: Springer, 2007. P. 93-108.

¹²⁵ Див.: Водяніков О.Ю. ТРИБУНАЛ ДЛЯ ДЕМОКРАТІЇ. Виникнення і розвиток концепції органу конституційної юрисдикції в демократичній державі. *Публічне право*. 2018. Спеціальний випуск. с. 45-58.

¹²⁶ Wise J. DISSENT AND THE MILITANT DEMOCRACY: THE GERMAN CONSTITUTION AND THE BANNING OF THE FREE GERMAN WORKERS PARTY. *The University of Chicago Law School Roundtable*. 1998. Vol. 5, Issue 1. p. 302.

Демократичні вибори, процедури прийняття рішень не можуть розглядатися як річ у собі – в основі будови демократичної держави лежить ідея суспільства, в якому особам гарантується перелік основних прав, одним з яких є право обирати своїх лідерів. Однак користування такими правами не може бути підставою для скасування будь-якого з таких основних прав.

Засадничий принцип верховенства конституції, якщо його викласти іншими словами, означає підпорядкування закону положенням, принципам і цінностям конституції і, як наслідок, підпорядкування волі законодавця таким положенням, принципам і цінностям¹²⁷. Функціонально місія захисту Конституції виводить орган конституційної юрисдикції за межі класичної тріади влади (законодавча, виконавча, судова).

Ідея, закладена в ліберальному конституціоналізмі й втілена в юриспруденції органів конституційної юрисдикції демократичних держав, виходить з того, що конституція ґрунтується не тільки на тексті, але й на принципах і цінностях поза текстом. Такі цінності й принципи, легітимізовані волею конституцієдавця, є визначальними для розуміння й тлумачення конституційного тексту. Таким чином, в основу конституційного права закладається конституційний метанаратив, що виходить за межі суто текстуальної основи. Конституція-текст поступається конституції-дискурсу.

Сучасний конституціоналізм набагато далі відійшов у своїй парадигмі від ліберального конституціоналізму, що сформувався після Великих революцій і розвинувся наприкінці XIX – першій половині XX століть. Той конституціоналізм модерної національної держави ґрунтувався на сакралізації *volonté general* (руссіанівському загальному волевиявленні), приматі мажоритарного дискурсу демократії, що відкрив шлях диктатурі більшості, та пріоритеті політичної спільноти над індивідом і, разом з тим, індивідуалістичної концепції свободи. Модерний конституціоналізм виходив з метаконцепції «абсолютної конституції», якщо послуговуватися термінологією Карла Шмітта, вічно присутньої і готової вивільнити свої руйнівні сили для докорінної зміни або встановлення нового конституційного порядку. Теоретичні рамки модерного конституціоналізму, закладені у працях Р. Карре де Мальберга у Франції, Р. Шмєнда, Г. Геллера, П. Лабанда, К. Шмітта в Німеччині, визначалися концептуалізацією «абсолютної конституції» як екзистенціальної волі народу. Конституційний текст за такої індоктринованої ідеології не мав великого значення, адже «абсолютна конституція» визначалася «конкретним способом

¹²⁷ Limbach J. THE CONCEPT OF THE SUPREMACY OF THE CONSTITUTION. *The Modern Law Review*. 2001. Vol. 64, No. 1. p. 1.

існування, наданим кожній політичній спільноті», «конкретною колективною умовою політичної єдності й соціального порядку конкретної держави»¹²⁸. Тому конституційний текст був лише позитивним виразом колективної волі політичної спільноти, «релятивною» чи «відносною» конституцією. З точки зору такого підходу, воля більшості, навіть ситуативна, завжди стоїть над позитивною конституцією.

Постмодерний конституціоналізм, що постав після Другої світової війни, став результатом переосмислення цієї парадигми модерного конституціоналізму. Він побудований навколо двох парадигматичних концепцій. Перша полягає в металіберальній цінності нормативного персоналізму¹²⁹, що визнає цінність

¹²⁸ Schmitt C. CONSTITUTIONAL THEORY. Durham and London: Duke University Press, 2008. P. 59. Як писав Карл Шмітт:

«Немає жодної закритої конституційної системи норм і буде свавільним вважати серію окремих положень, які розуміються як конституційні закони, як систематичну єдність і порядок, якщо така єдність не ґрунтується на первинній, спільній волі. Так же свавільним було б говорити про правопорядок без додаткового пояснення. Концепція правового порядку містить два повністю окремі елементи: нормативний елемент справедливості й фактично існуючий елемент конкретного порядку. Єдність і порядок лежить в основі політичного існування держави, а не в законах, нормах чи будь-яких документах, де містяться норми. Ідеї і визначення, що говорять про конституцію як про «основний закон» чи «основну норму» у своїй більшості нечіткі й неточні. Вони надають системної, нормативної і логічної єдності низці досить різноманітних категорій норм, як, наприклад, 181 стаття Веймарської конституції. В силу інтелектуальної і сутнісної відмінності між окремими положеннями, що містяться в більшості конституційних законів, це є ніщо інше як чиста фікція. Єдність німецького Райху базується не на цих ста восьмидесяти одній статті та їх валідності, а на політичному існуванні німецького народу. Воля німецького народу, яка, тому, є чимось екзистенціальним, встановлює єдність в політичному і публічно-правовому плані попри всі системні неузгодженості, відсутність взаємозв'язків чи чіткості в окремих конституційних законах. Веймарська конституція є чинною, тому що німецький народ «дав собі цю конституцію».

Ibid., p. 65.

¹²⁹ Концептуально хибним є уявлення про індивідуалізм як парадигму постмодерного конституціоналізму. Індивідуалізм був притаманний саме ліберальній демократії і конституціоналізму довоєнної доби. Індивідуалізм, що постав у ході повстання проти феодальної системи в часи Великих революцій як антитеза соціальної субординації та ієрархії, еволюціонував, по суті, у соціальний дарвінізм. Після Другої світової війни постмодерний конституціоналізм виводився на основі персоналізму, що виник в міжвоєнний період в католицькій соціальній думці й був закладений як в Загальній декларації про права людини, завдяки праці й наробку представників школи католицької ліберальної думки Еммануеля Муніє та Жака Марітена (див. докл. Vodiannikov O. THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (UDHR) AND POST-WAR CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: COMMON ORIGINS. *The Global Politics of Human Rights. Bringing the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) into the 21st Century* (Miguelángel Verde Garrido, Philani Mthembu, Adams S. Wilkins eds.). Berlin: Berlin Forum on Global Politics, 2020. P.25-26), так і в повоєнних конституціях, в розробці яких провідну роль відігравали християнсько-демократичні партії (див.: Moyn S. PERSONALISM, COMMUNITY, AND THE ORIGINS OF HUMAN RIGHTS. *Human Rights in the Twentieth Century* (S.

й автономію індивіда, які гарантуються конституційними правами й свободами¹³⁰. Така автономія, у свою чергу, визначає «нейтральність» держави стосовно самовизначення індивіда, його особистості. Становлення такої парадигми стало відповіддю на досвід авторитарних і тоталітарних держав, що надавали перевагу абстрактним колективним інтересам і нав'язували певне бачення громадського і особистого життя. Тому рівна людська гідність і цінність становлять вбудовані безпосередньо в систему конституційної демократії обмеження влади, включаючи владу більшості¹³¹.

Друга парадигма, що логічно, впливає з персоналізму, полягає в республіканській егалітарності – усуненні соціальних ієрархій з тим, аби всі особи мали змогу реалізувати своє невід'ємне право на самовизначення, рівну з іншими гідність, на моральний вибір.

Ця парадигма не є новою: вона виникає у момент відмови від феодальної та ієрархічної концепції підданства на користь егалітарного громадянства як членства у політичній спільноті¹³². Новим є те, що постмодерний конституціоналізм не толерує будь-який відступ від парадигми рівності. Це, власне, стало рушійною силою нового розуміння рівності, що закладено в концепцію громадянства в постмодерному конституціоналізмі. Громадянство в такому сенсі (демократичне громадянство), є відмінним від інших форм політичної приналежності (підданства чи громадянства недемократичних держав)¹³³, воно нерозривно пов'язане з демократією і демократичним урядуванням. Річард Белламі з цього виводить три ключові компоненти громадянства: (1) членство в демократичній політичній спільноті; (2) колективні блага і права, пов'язані з таким членством та (3) участь у політичних, економічних і соціальних процесах такої спільноти: «всі з них поєднуються у різний спосіб задля встановлення умов громадянської рівності»¹³⁴.

Hoffmann ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2010. P 85-106.

¹³⁰ Див. напр. Rosenfeld M. MODERN CONSTITUTIONALISM AS INTERPLAY BETWEEN IDENTITY AND DIVERSITY: AN INTRODUCTION. *Cardozo Law Review*. 1993. Vol. 14. P. 497.

¹³¹ Thio L.-A. CONSTITUTIONALISM IN ILLIBERAL POLITIES. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (M. Rosenfeld and A. Sajo eds.). Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 136.

¹³² Як зазначає Роджер Сміт, «... найдавніше, найпростіше і найпоширеніше розуміння [концепції громадянства] полягає у певного роду членстві в політичній спільноті». Smith R. CITIZENSHIP: POLITICAL. *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Studies* (Neil J. Smelser and Paul B. Baltes eds). Amsterdam, New York: Elsevier, 2001. P. 1857.

¹³³ Bellamy R. CITIZENSHIP. A VERY SHORT INTRODUCTION. Oxford, New York: Oxford University Press, 2008. P. 2.

¹³⁴ Ibid. P. 12.

Інститут громадянства завжди був «глибоко ґендерованою» концепцією¹³⁵. Навіть сьогодні, коли конституції, сучасне законодавство і міжнародне право про права людини містять гарантії рівності між чоловіками і жінками, а саме поняття громадянства швидше розуміється крізь призму ґендерно нейтральних понять і концепцій, історична спадщина ґендерних забобон, традиційних уявлень, упередженостей і стереотипів все ще залишає свій потужний вплив на законодавство й практику в цій сфері¹³⁶. І як зазначають Стівен Леонард і Джоан Тронто: «Вибудова основи для більш ефективно інклюзивної і змістовно егалітарної форми громадянства для чоловіків і жінок вимагає розуміння того, як саме виникли деякі з проблематичних ґендерних конструктів сучасного демократичного дискурсу»¹³⁷.

Однак навіть якщо ми зануримося у вир дискурсів «довгого вісімнадцятого століття»¹³⁸, коли постає модерна концепція громадянства, то побачимо, що ці дискурси також є зґенерованими ще давнішими спорами, дебатами, візіями про те, якими громадянами можуть стати чоловіки та жінки, та про те, якими громадянами вони мають бути. Саме в цьому вирі думок губляться витоки політичної концепції ґендеру, що залишається визначальною і сьогодні для розуміння рівного громадянства. Однак ця концепція, що визначала давніше ґендерно упереджене законодавство і практику, залишається валідною і для формальної ґендерної рівності¹³⁹, що підтримує і утримує ідею, як висловилися Барбара Гобсон і Рут Лістер, «фальшивого універсалізму, створеного за чоловічою подобою»¹⁴⁰.

¹³⁵ Grossman J. and McClain L. INTRODUCTION. *Gender Equality. Dimensions of Women's Equal Citizenship* (J. Grossman and L. McClain eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. P. 4; Lister R. CITIZENSHIP: FEMINIST PERSPECTIVES. (2nd ed.). New York: New York University Press, 2009. P. 1; Leonard S. and Tronto J. THE GENDERS OF CITIZENSHIP. *American Political Science Review*. 2007. Vol. 101, No. 1. P. 33.

¹³⁶ Hobson B. and Lister R. CITIZENSHIP. *Contested Concepts in Gender and Social Politics*. (Barbara Hobson et al., eds.). Northampton: Edward Elgar, 2002. P. 24.

¹³⁷ Leonard S. and Tronto J. THE GENDERS OF CITIZENSHIP. *American Political Science Review*. 2007. Vol. 101, No. 1. P. 33.

¹³⁸ Концепція «довгих століть» має важливе змістове навантаження. Вона нерозривно пов'язана з підходами і методологією *la longue durée*, сформульованими Фернаном Броделем (Braudel F. HISTOIRE ET SCIENCES SOCIALES: LA LONGUE DURÉE. *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*. 1958. 13e année. No. 4. P. 725-753; Braudel F., Colin A. HISTOIRE ET SCIENCES SOCIALES: LA LONGUE DURÉE. *Réseaux*. 1987. Vol. 5. No. 27. P. 7-37). В її основі лежить розуміння історичного процесу не як «подієвої історії», а як історії соціальних структур, соціальних тенденцій і патернів. Див.: Phillips D. COMPARATIVE HISTORICAL STUDIES IN EDUCATION: PROBLEMS OF PERIODISATION RECONSIDERED. *British Journal of Educational studies*. 2002. Vol. 50, No. 3. P. 365.

¹³⁹ Grossman J. and McClain L. *Introduction*. GENDER EQUALITY. DIMENSIONS OF WOMEN'S EQUAL CITIZENSHIP (J. Grossman and L. McClain eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. P. 4.

¹⁴⁰ Hobson B. and Lister R. CITIZENSHIP. *Contested Concepts in Gender and Social Politics*. (Barbara Hobson

Багатовікові дебати щодо того, чи вимагають, чи обумовлюють біологічні відмінності між чоловіками і жінками відмінні ролі в публічному і приватному житті та чи виправдовують вони економічну, соціальну та політичну нерівність між статями, все ще тривають. Навіть коли ґендерна рівність визнається конституційною цінністю і легітимною метою державної політики, постають нові виклики і парадокси, викликані певним протистоянням чи протиставленням цієї та інших конституційних цінностей, зокрема свободи, права на свободу світогляду й віросповідання, не кажучи про традиційно патерналістські політики та уявлення. Проголошення ґендерної рівності не означає забезпечення субстантивної рівності, адже ґендерна нерівність глибоко укорінена в соціальних інститутах – родині, працевлаштуванні, освіті, державних інститутах, включаючи виборні. Це ставить питання про необхідність докорінних структурних трансформацій у сучасному суспільстві для реалізації повної участі жінок в громадянському суспільстві.

Розділ II

ТЕОРІЯ РІВНОСТІ

Рівність у сучасному конституціоналізмі виступає принаймні в чотирьох взаємопов'язаних якостях: рівність як конституційна парадигма, рівність як принцип, рівність як право і рівність як складова інших конституційних прав і свобод. Однак навіть така градація сенсів не дає чіткої відповіді на базові питання суб'єктів (рівність між ким?), сфери (рівність відносно чого?) об'єктів (що має бути рівним чи рівно розподіленим?), мети (рівність для чого: можливостей, наслідків, статусу?). Так, коли говоримо про рівність, ми маємо на увазі особу чи групу осіб? Коли ми говоримо про сферу застосування рівності, ми маємо на увазі лише публічно-правові відносини, чи її дія має бути поширена і на приватну сферу? Ця невизначеність, складність визначення стандартів застосування і значення рівності породила навіть концепцію того, що рівність є «беззмістовною ідеєю»¹⁴¹: для того, щоб принцип мав зміст, він повинен інкорпорувати певні зовнішні цінності, що визначають, які особи і яке ставлення є подібним, але коли такі зовнішні цінності віднайдені, принцип рівності стає зайвим.

Верховний Суд США

Trimble v. Gordon

430 U.S. 762 (1977)

Розбіжна думка судді Ренквіста

Заборона, що міститься в Чотирнадцятій поправці, «жодному Штату ... відмовити будь-якій особі ... в рівному захисті законів», є, безсумнівно, одним з величких узагальнень Конституції.

[...]

На жаль, судові рішення за більше ніж сто років застосування цього положення Чотирнадцятої поправки ... спричинили синдром, за яким цей Суд сприймається таким, що вважає Положення про рівний захист законів таким собі батогом, що зберігається у суддівській шафі, для остраху законодавців, які можуть, на думку суддів, пуститися берега і наприймати «свавільних», «нелогічних» чи «нерозумних» законів. За винятком сфери законодавства, до якої за явним задумом Батьків-Засновників це положення мало б застосовуватись – класифікації за ознаками раси чи національного походження, що є співмірною з ра-

¹⁴¹ Див. Westen P. THE EMPTY IDEA OF EQUALITY. *Harvard Law Review*. 1982. Vol.95, No.3. P. 537-596.

сою – рішення Суду можна справедливо охарактеризувати як безкінечне жонглювання законодавчими рішеннями, як серію висновків, що не базуються на якомусь основоположному керівному принципі.

[...]

Положення про рівний захист законів саме по собі становить класичний парадокс і має сенс тільки в контексті нещодавньої Громадянської війни. Воно встановлює вимогу рівного ставлення, що має бути дотримана в процесі прийняття законів – законодавства, самою метою якого є проводити розмежування у спосіб, що має наслідком різне ставлення до людей. Тому [конституційним] питанням є визначення тих законодавчих розрізень, що є [конституційно] прийнятними від тих, що мають наслідком неприйнятне нерівне ставлення [invidiously unequal treatment].

Всі конституційні положення щодо захисту осіб вимагають відповіді на складні питання встановлених розрізень. Однак більшість інших імпліцитно містять елемент зрозумілого оціночного судження, що певні типи поведінки мають особливе значення і повинні отримувати захист більшою чи меншою мірою. Наочними прикладами є свобода слова, свобода від безпідставного обшуку і конфіскації, право на справедливий суд. ...

У випадку з рівністю і рівним захистом конституційна цінність – тобто річ, що підлягає захисту більшою чи меншою мірою – навіть не є явною у жодному з положень Конституції. Адже рівний захист не означає, що всі особи повинні отримувати однакоє ставлення. Натомість його загальний принцип полягає в тому, що особи, які знаходяться в однаковому становищі, повинні отримувати однакоє ставлення. Однак це викладення норми не пояснює питання того, чи існують підстави для її застосування у конкретній справі. Адже фундаментальна проблема полягає в тому, чи знаходяться особи в подібному становищі для цілей розглядуваних дій штату. Жодне формулювання в тексті Чотирнадцятої поправки не містить відповіді на це питання.

Тому суттєвим питанням за Положенням про рівний захист законів є визначення того, на що слід судам зважати як на керівну вказівку, визначаючи «рівного» як цей термін використаний в Чотирнадцятій поправці. Оскільки ця Поправка стала наслідком Громадянської війни і звільнення рабів,

її ключова заборона, як було давно визнано, була спрямована на захист афроамериканців. Див. *Strauder v. West Virginia*, 100 U. S. 303 (1880); *Bickel, The Original Understanding and the Segregation Decision*, 69 *Harv.L.Rev.* 1 (1955). Якщо раса як ознака для розрізнення у випадку афроамериканців є недійсною, з цього логічно випливало, що і у стосовно інших рас ця ознака також не є прийнятною. Див. *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356 (1886). Логічним, хоча і не невідворотним, наступним кроком стало поширення захисту від заборонених класифікацій на ознаку національного походження. Див. *Oyama v. California*, 332 U. S. 633 (1948).

Презумована недійсність всіх цих класифікацій робила рішення, у яких вони оспорювалися, досить зрозумілими. Однак коли Суд був покликаний вирішити вимоги на підставі Положення про рівний захист, які не стосувалися раси чи національного походження, перед ним постало набагато складніше завдання. Наприклад, у справах про статус негромадян штатів Суд зробив висновок, що такі класифікації є «підозрілими», оскільки хоча і не стосуються безпосередньо раси чи національного походження, вони є достатньо подібними до них, аби розглядатися за подібними стандартами. Див. *Graham v. Richardson*, 403 U. S. 365 (1971); *Sugarman v. Dougall*, 413 U. S. 634 (1973); *In re Griffiths*, 413 U. S. 717 (1973). Хоча деякі можуть не погоджуватися щодо того, чому такі класи мають бути виділені і яким чином окремі класи є достатньо близькими до ключових ознак раси і національного походження, аби дозволяти такий розгляд, однак не можна не погодитися, що такий аналіз є доречним у світлі змісту Положення.

Незаконнонародженість, про яку йдеться у цій справі, ніколи не розглядалася Судом як «підозріла класифікація». Тим не менш у декількох рішеннях Суду можна знайти твердження, що вказують на те, що, хоча незаконнонароджені не складають «підозрілий клас», закони, що встановлюють ставлення до них, яке відрізняється від ставлення до осіб, народжених у шлюбі, підлягатимуть більш прискіпливому аналізу за Положенням про рівний захист, аніж закони, що регулюють економічні чи соціальні умови. *Levy v. Louisiana*, 391 U. S. 68 (1968); *Glonn v. American Guarantee & Liability Ins. Co.*, 391 U. S. 73 (1968); *Labine v. Vincent*, 401 U. S. 532 (1971); *Weber v. Aetna Casualty & Surety Co.*, 406 U. S. 164 (1972); *Gomez v. Perez*, 409 U. S. 535 (1973); *New Jersey Welfare Rights Org. v. Cahill*, 411 U. S. 619 (1973); *Jimenez v. Weinberger*, 417 U. S. 628 (1974). Але див. *Mathews v. Lucas*, 427 U. S. 495 (1976). Формулювання сьогоднішнього рішення Суду стосуються саме цього. ... З одного боку, ці формулювання є джерелом

розради, адже вони вказують, що частини аналізу Суду, застосованого у цій справі, не будуть застосовуватись до справ, де традиційно застосовуються стандарти «раціональної підстави» та «мінімальної перевірки». У той же час вони є джерелом збентеження, адже без відповіді залишається питання, який саме тип перевірки буде застосовуватись у справах, що стосуються класифікацій за ознакою незаконнонародженості.

[...]

Кожен прийнятий закон, за винятком тих, що застосовуються до всіх осіб у всі часи і у всіх місцях, невідворотно встановлює санкції для одних і не поширює їх на інших. Однак ці невідворотні супутні наслідки законодавства не мають відношення або мають незначне відношення до Положення про рівний захист законів у Чотирнадцятій поправці, доки вони не використовують ознаки для розрізнення між людьми, які прагнули заборонити розробники цієї Поправки. ...

[...]

Хоча існує досить велике розмаїття різних конституційних положень навіть в рамках одного конституційного тексту, не кажучи вже про розмаїття підходів, сповідуваних в практиці органів конституційної юрисдикції різних держав, все ж не викликає сумнівів, що всім їм – і положенням в конституційному тексті, і в конституційній практиці – притаманні певні стабільні фундаментальні риси, що виводять рівність на певний метарівень, на рівень конституційної парадигми. Так, рівність в контексті сучасного постмодерного конституціоналізму означає, що всім членам «конституційної спільноти», що прийшла на заміну політичної нації часів класичного лібералізму, гарантуються (1) однакові конституційні права і свободи; (2) рівність перед законом, згідно із законом і рівний захист законів; (3) рівна повага їх гідності й визнання їх рівної цінності.

Таким же чином в основі принципу конституційної рівності лежать три фундаментальні засади (принципи): (1) принцип рівного ставлення; (2) принцип рівної поваги та (3) принцип рівного результату. Всі ці три засади кореспондують з трьома категоріями рівності: рівне ставлення спрямоване на досягнення маргінальної рівності, рівна повага – на забезпечення рівності можливостей, а рівний результат – на досягнення загальної чи навіть глобальної рівності¹⁴².

¹⁴² Маргінальна рівність в цьому сенсі означає ті зміни, часто незначні, у становищі особи, які, однак, за своєю сферою впливу стосуються однаковою чином усіх. Глобальна рівність означає зрівняння фактичне, юридичне, соціальне, тощо. Див. Rae D., Yates D., Hochschild J., Morone J.,

Однак яка з цих засад за конкретних обставин набуває переважного значення, залежить від тих змінних, що визначають фрейми рівності.

Не викликає сумніву, що цей принцип є, так би мовити, втіленням загальної концепції справедливості, яка, у свою чергу, певною мірою залежить від існуючої в суспільстві системи моральних цінностей. З огляду на такий взаємозв'язок між мораллю та правом, принцип рівності залежить не тільки від соціальних та культурних змін, але й також від змін у правосвідомості¹⁴³. Якщо поглянути на принцип недискримінації, а саме на заборонені ознаки дискримінаційного розрізнення, то в очі впадає те, що більшість з цих ознак обумовлені історичними несправедливостями, що підживлюють соціальні забобони, упередженості й стереотипи. Як зазначає Лоренс Трайб у контексті американської юриспруденції, «зміст гарантії рівного захисту» в Конституції США полягає у «дебатах не стільки про те, що говорить текст Конституції, скільки про невидимі, невисловлені засновки щодо вимоги різних форм рівності згідно із законом»¹⁴⁴. Ці «невидимі, невисловлені засновки» конституційної гарантії, власне, є пересторогою проти імпортування соціальних забобон, упередженостей і стереотипів, що історично склалися і якими могли керуватися свідомо чи несвідомо розробники конституційного тексту у свій історичний час. Тому, як висловився Верховний суд США у справі *Harper v. Virginia Board of Elections*, «... Положення про рівний захист ніколи не було прив'язане до політичної теорії конкретної епохи. Визначаючи те, які розрізнення є неконституційно дискримінаційними, ми ніколи не обмежувалися історичними поняттями рівності»¹⁴⁵.

З точки зору конституційного права, слід розрізняти відмінності й ідентичності. Відмінності можуть бути конструктом власне законодавства, в той час як ідентичності є соціальними конструктами. Наприклад, у випадку статі, звичайно, важко заперечити існування біологічних відмінностей між статями, але все ж будь-які законодавчо встановлені відмінності між статями в царині права є штучними. Так, наприклад, у справі 1872 року *Bradwell v. State* Верховний суд США визнав конституційною відмову штату заміжній жінці в отриманні свідоцтва адвоката і, відтак, займатися юридичною практикою, на тій

Fessler C. EQUALITIES. Cambridge: Harvard University Press, 1981. P. 51.

¹⁴³ Див.: Wurtenberger T. EQUALITY. *The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law*. (Ulrich Karpen, ed.). Baden-Baden : Nomos, 1988. P. 72-73.

¹⁴⁴ Tribe L. THE INVISIBLE CONSTITUTION. New York: Oxford University Press, 2008. P. 118.

¹⁴⁵ *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966). P. 669.

підставі, що належною роллю для жінки має бути роль дружини і матері¹⁴⁶. Не менш показовою є й інша справа вже 1981 року – *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*¹⁴⁷ – в якій Верховний суд США визнав конституційними положення кримінального законодавства, яке визнавало злочином статевий акт з особою жіночої статі, що не досягла 18 років. У цій справі засуджена особа (17-річний хлопець) оскаржив це положення законодавства як таке, що дискримінує за ознакою статі, адже не визначає злочином статевий акт з особою чоловічої статі, що не досягла 18 років. Постановляючи, що оскаржуване законодавче положення не суперечить Конституції США, більшість суддів вказали: «Не потрібно бути лікарем, щоб зробити висновок, що молоді чоловіки і молоді жінки не є в однаковому становищі стосовно проблем і ризиків статевого життя. Тільки жінки можуть завагітніти, і саме вони непропорційно страждають від глибоких фізичних, емоційних і психологічних наслідків статевого акту. Закон, що розглядається, захищає жінок від статевого акту в тому віці, коли ці наслідки є особливо жорсткими»¹⁴⁸. Далі Суд зробив висновок, що

«Оскільки практично всі суттєво шкідливі й невідворотно визначені наслідки підліткової вагітності несуть молоді жінки, законодавець діє повністю в рамках своєї компетенції, коли обирає покарати тільки тих з учасників, які в силу природи зазнають лише незначні наслідки своїх дій. Навряд чи є нерозумним для законодавця, що діє задля захисту неповнолітніх жінок, звільнити їх від покарання. Більше того, ризик вагітності сам по собі становить суттєвий стримуючий фактор для молодих жінок. Жодні такі природні санкції не стримують чоловіків. Кримінальне покарання, встановлене виключно у відношенні чоловічої статі таким чином слугує приблизному «зрівнянню» стримувань для обох статей»¹⁴⁹.

У цьому рішенні, як бачимо, природна відмінність між статями, невідворотно призвела до валідації соціального конструкту. Однак за відсутності такої валідації ця відмінність сама по собі була б недостатньою для юридичного обґрунтування встановленої відмінності. Адже дійсно, той факт, що добровільний гетеросексуальний статевий акт може мати наслідком вагітність, сам по собі не становить достатнього обґрунтування для кримінального покарання чоловіка, але не жінки.

¹⁴⁶ *Bradwell v. State* 83 U.S. 130 (1873) (Bradley, J. concurring). P. 141.

¹⁴⁷ *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County* 450 U.S. 464 (1981).

¹⁴⁸ *Ibid.*, P. 471-472.

¹⁴⁹ *Ibid.*, P. 473.

Ідентичності, навпаки, мають визначальне значення в конституційній юриспруденції. Ідентичність – категорія не суто правова – охоплює ті атрибути, якості чи характеристики, що становлять ті *differencia specifica* (лат. – особливі відмінності), які відрізняють індивіда у його самосприйнятті від інших. Ці *differencia specifica* ніколи не є сталими, незмінними, вони завжди є продуктом взаємодії історії, культури, влади¹⁵⁰. Як підсумовує Юсеф аль-Таміні,

«... право знаходиться в тенетах того ж парадоксу, що притаманний ідентичності; ідентичність є особистою, хоча одночасно утворюється й формується загальними механізмами влади. Завжди існує напруження між політичним й аполітичним, між тим, що сконструйоване як колективне й публічне, й індивідуальним і приватним»¹⁵¹.

Ідентичність в такому сенсі означає як індивід ідентифікує, сприймає себе й комунікує про себе стосовно інших. Це поняття нерозривно пов'язане з моральною, особистою автономією і самовизначенням¹⁵². Тому складно не погодитися з висновком Джилла Маршала, що метою захисту людських прав є «забезпечення захисту, закріплення, забезпечення і реалізації сутнісної якості чи якостей нашої ідентичності – «стародавнього» питання про те, що робить вас тим, ким ви є – за допомогою юридичної і політичної систем»¹⁵³

Ідентичність, тому, є одночасно предметом як негативного захисту (заборони втручатися у формування ідентичності, самовизначення й автономію індивіда), так і позитивного (у формі вимоги поважати вибір індивіда щодо формування своєї ідентичності, визнавати і захищати такий вибір). Ці два аспекти – негативний і позитивний захист ідентичності – закладені в сучасному розумінні рівності. Водночас такий захист є як індивідуальним (згідно з принципом рівності, права на рівність і складової інших людських прав), так і груповим (згідно з правом на недискримінацію, що оперує через поняття «ознак», які становлять соціальні конструкти групової чи колективної ідентичності).

¹⁵⁰ Див. Hall S. CULTURAL IDENTITY AND DIASPORA. *Identity: Community, Culture, Difference* (Rutherford J ed.). London: Lawrence & Wishart, 1990. P. 225.

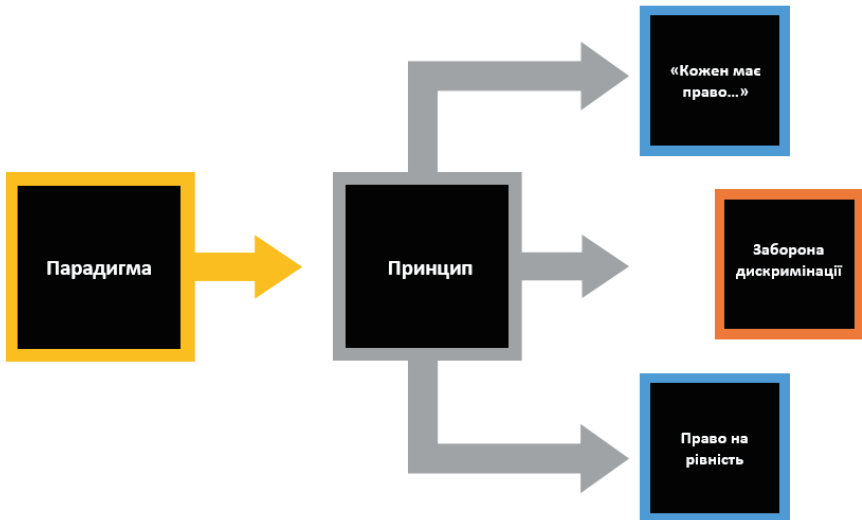
¹⁵¹ Al Tamimi Y. HUMAN RIGHTS AND THE EXCESS OF IDENTITY: A LEGAL AND THEORETICAL INQUIRY INTO THE NOTION OF IDENTITY IN STRASBOURG CASE LAW. *Social & Legal Studies*. 2018. Vol. 27, No.3. P. 287.

¹⁵² Див. Marshall J. PERSONAL FREEDOM THROUGH HUMAN RIGHTS LAW?: AUTONOMY, IDENTITY AND INTEGRITY UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009. P. 90.

¹⁵³ Marshall J. HUMAN RIGHTS LAW AND PERSONAL IDENTITY. Oxon, New York: Routledge, 2014. P. 28.

Повертаючись до конституційних категорій рівності, слід виокремити рівність як конституційну парадигму, рівність як конституційний принцип, рівність як складову людських прав, рівність як окреме право, включаючи заборону дискримінації як його різновид. Ці категорії взаємоперетинаються, підсилюють одна одну і становлять складну конституційну структуру рівності.

КОНСТИТУЦІЙНА СТРУКТУРА РІВНОСТІ



2.1. РІВНІСТЬ ЯК КОНСТИТУЦІЙНА ПАРАДИГМА

Коли говоримо про парадигму рівності в сучасному конституціоналізмі, то перш за все маємо на увазі наукову парадигму в сенсі теорії Томаса Куна, тобто загальноприйняті «... приклади фактичної наукової практики – приклади, що включають одночасно закони, теорію, застосування та інструментарій – які стають моделями, з яких виникають конкретні узгоджені традиції наукового дослідження»¹⁵⁴.

Розгляд юриспруденції органів конституційної юрисдикції не випадково був розпочатий з огляду становлення модерної законодавчої держави й політичної нації. Принцип рівності й концепція недискримінації нерозривно пов'язані з питаннями демократичного урядування, зокрема із захистом уразливих меншостей проти свавілля більшості. Концепція сучасної демократичної держави виходить з ідеї абстрактних громадян як елементарної складової демократичного суспільства, які наділяються однаковою сукупністю прав і свобод або за якими вона визнається. Однак практика урядування спростовує дієвість такої абстракції. Тому парадигма рівності має на меті забезпечити демократичне урядування від мажоритарного фатуму демократії: конституція не є суто процесуальним документом для реалізації волі більшості чи розподілу повноважень – вона містить юридично і політично визначальні цінності, принципи і людські права, якими ситуаційна парламентська більшість не може нехтувати¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Kuhn T. THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS. 2nd edn. Chicago: University of Chicago Press, 1970. P. 10.

¹⁵⁵ Як вказав в одному зі своїх перших рішень Конституційний суд Чехії:

«З огляду на концепцію конституційної держави, на якій заснована чеська Конституція, право і справедливість не є предметом необмеженої дискреції законодавця, не є предметом навіть закону, адже законодавець обмежений певними основними цінностями, які Конституція проголошує непорушними. Наприклад, чеська Конституція передбачає у Частині 2 Статті 9, що “зміни до суттєвих вимог демократичної правової держави неприпустимі”. Таким чином, установчі принципи демократичного суспільства в рамках Конституції стоять вище за законодавчу владу і Парламент не має повноважень стосовно їх. Конституційна держава витримає або впаде разом з цими принципами. Позбутися будь-якого з цих принципів у будь-який спосіб – будь-то рішенням більшості чи навіть одним рішенням Парламенту – означає ніщо інше як скасування конституційної держави як такої».

Czech Republic Constitutional Court. 1993/12/21 – Pl. ÚS 19/93: *Lawlessness* URL: <https://www.>

У 1938 році суддя Стоун у справі Верховного Суду США *Carolene Products*, зробив виноску в тексті рішення, в якій побіжно зазначив, що упередженість проти «розпорошених і відокремлених меншин» (англ. – *discrete and insular minorities*) може вимагати спеціальної і найретельнішої судової перевірки:

«... упередженість проти розпорошених і відокремлених меншин може бути спеціальною умовою, що серйозно підриває дію того політичного процесу, що зазвичай використовується для захисту меншин, і яка вимагає, відповідно, більш прискіпливого судового розгляду»¹⁵⁶

З цієї виноски, власне, розвинулася вся сучасна юриспруденція Верховного суду США щодо рівності й захисту від дискримінації. Джон Елі у своєму дослідженні «Демократія і недовіра» розкриває цю глибоку ідею, що мимохідь була закладена суддею Стоуном у цій виносці, вказуючи, що такі розпорошені й відокремлені меншини потребують захисту від свавілля більшості навіть в демократичному політичному процесі, адже така більшість не представляє інтереси таких меншин. Саме необхідність такого захисту обумовлює виникнення на підставі принципу рівності обов'язку судів надавати такий захист в демократичному суспільстві¹⁵⁷.

Зараз парадигма рівності закладена в саме поняття конституційної демократії. За останні сімдесят років склався певний загальноєвропейський консенсус щодо розуміння демократії, в основу якого покладена ідея повної участі всіх громадян у політичному процесі з одним важливим застереженням: «над формальним розумінням правління більшості, яке стосується способу прийняття рішень, стоїть вимога, аби більшість поважала рівну цінність усіх громадян»¹⁵⁸.

У такому розумінні парадигма рівності заперечує ліберальне розуміння демократії, за яким з часів Французької революції вона розглядалася як система визначення загальної волі народу, тобто як система процедур, які дозволяють формувати представницькі органи, наділені правом приймати рішення. Такий погляд на демократію – наслідок сакралізації *volonté general* (спільна

usoud.cz/en/decisions/19931221-pl-us-1993-lawlessness-1/

¹⁵⁶ United States v. Carolene Prods. Co., 304 U.S. 144, 152, n.4 (1938).

¹⁵⁷ Див. Ely J. DEMOCRACY AND DISTRUST. A THEORY OF JUDICIAL REVIEW. Cambridge: Harvard University Press, 1980. P. 152-153.

¹⁵⁸ Lautenbach G. THE CONCEPT OF THE RULE OF LAW AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 65.

воля) руссіанівського загального волевиявлення, примату мажоритарного дискурсу демократії, що відкрив шлях диктатурі більшості та, як наслідок, дав зброю противникам демократії знищити її за допомогою демократичних процедур¹⁵⁹. Руссіанівська *volonté general*, переосмислена і розвинута у XIX – першій половині XX століть, стала, таким чином, засобом легітимного знищення демократичних режимів у міжвоєнний період у багатьох європейських державах і призвела до ефекту «суїцидальної демократії», коли демократичні процедури були використані противниками демократії для набуття влади у конституційний спосіб з подальшою ліквідацією демократичного режиму, пригноблення опозиції і меншин. Феномен «суїцидальної демократії» сягає своїм корінням в аксіоматичний постулат про «людину розумну», сформульований у часи Просвітництва. Він ґрунтувався на презумпції верховенства розуму, переконанні, що кожна особа у публічній сфері буде діяти розумно та зважено¹⁶⁰. Однак й історія, і сучасні дослідження у сфері психології спростовують цю презумпцію. Покладатися на *ratio* в політиці, де вирують емоції, – все одно, що керуватися порадами астрологів, приймаючи рішення.

Конституційна парадигма рівності, тому, вимагає не тільки рівних громадянських прав. Вона спрямована на захист від мажоритарного фатуму демократії. Як вказував Джеймс Медісон: «За республіканського ладу дуже важливо не лише захищати все суспільство від пригноблення з боку правителів, а й захищати одну його частину від несправедливості іншої... Якщо більшість буде об'єднана якимось спільним інтересом, то це може створити загрозу правам меншості»¹⁶¹. Тому парадигма рівності визначає не тільки те, що рівність перед законом означає, що людські права, гарантовані конституцією, є правами юридичної вимоги, які підлягають судовому захисту, але й те, що повинен існувати судовий механізм захисту таких прав, цінностей і принципів конституції, який має стояти на заваді мажоритарному фатуму демократії.

¹⁵⁹ Саме за такою логікою, встановлення націонал-соціалістичного режиму Гітлера відбулося відповідно до процедур, передбачених Веймарською Конституцією, а власне конституційним підґрунтям, на підставі якого 24 березня 1933 року були запущені парламентські механізми встановлення цього режиму, став народний плебісцит 5 березня 1933 року. Див.: van der Walt J. THE HORIZONTAL EFFECT REVOLUTION AND THE QUESTION OF SOVEREIGNTY. Berlin, Boston: Walter de Gruyter, 2014. P. 307.

¹⁶⁰ Fox G., Nolte G. INTOLERANT DEMOCRACIES. *Harvard International Law Journal*. 1995. Vol. 36, No. 1. P. 14.

¹⁶¹ ФЕДЕРАЛІСТ № 51. *Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права* (упоряд. С. Головатий, М. Козюбра, О. Сироїд, О. Волкова, А. Черевко). К.: Книги для бізнесу, 2008. С. 462.

Конституційна демократія базується на певній незмінній основі (англ. – *unamendable core*) з цінностей та принципів, які є настільки фундаментальними, що навіть інші конституційні положення можуть бути неконституційними у випадку невідповідності такій основі¹⁶². Демократичні вибори, процедури прийняття рішень не можуть розглядатися як річ у собі – в основі будови демократичної держави лежить ідея суспільства, в якому всім особам рівним чином гарантуються людські права, їхня гідність отримує рівну повагу, а їхня цінність як індивідів визнається рівною.

Рівність як конституційна парадигма виступає частиною «великого трикутника» сучасного конституціоналізму, що включає також гідність і свободу. Всі три парадигматичні концепції – гідність, рівність, свобода – повинні розглядатися не крізь призму ієрархії між ними, а скоріш як співвідношення у рівносторонньому трикутнику, тобто без ієрархічного підпорядкування між ними. Іншими словами, ці концепції не є ізольованими; вони мають тлумачитися у взаємозв'язку¹⁶³.

Так, гідність забезпечує повагу до всіх індивідів, рівність спрямовується на подолання системних несправедливостей, а свобода захищає вільне право вибору за рівних умов¹⁶⁴. Таке розуміння усуватиме можливі суперечності між цими трьома концепціями. Для цілей розгляду рівності, такий підхід вимагає належної уваги аспектам взаємодії рівності з гідністю і свободою¹⁶⁵. Адже

¹⁶² Wise J. *DISSENT AND THE MILITANT DEMOCRACY: THE GERMAN CONSTITUTION AND THE BANNING OF THE FREE GERMAN WORKERS PARTY*. *The University of Chicago Law School Roundtable*. 1998. Vol. 5, Issue 1. P. 302.

¹⁶³ Як зазначає Сюзан Баер:

«За відсутності когерентної концепції співвідношення між нашими фундаментальними правами, гідність, свобода та рівність розглядаються ізольовано і розуміються невідповідним чином. Так рівність розглядається або як субстантивна рівність, яка тлумачиться надто широко і несе ризик встановлення вимоги конкретних „егалітарних“ результатів, або як формальна та симетрична рівність, що не тільки не здатна виправити системні несправедливості, але й підтримує їх як „відмінності“ чи „розбіжності“. Гідність, у свою чергу, розуміється або як абстрактний принцип, що часто отримує означення „цінності“, який прочиняє двері партикулярному патерналізму, або визначається вузько, як право тільки проти ексцесів... Свобода може розглядатися у досить атомарний спосіб, подібний до власності, що втручається у дію інших прав – це, власне, і було проблемою з доктриною справи *Lochner* в практиці Верховного суду США...».

Baer S. *DIGNITY, LIBERTY, EQUALITY: A FUNDAMENTAL RIGHTS TRIANGLE OF CONSTITUTIONALISM*. *The University of Toronto Law Journal*. 2009. Vol. 59, No.4. P. 418-419.

¹⁶⁴ *Ibid.* P. 420.

¹⁶⁵ Див. напр. Nagl-Docekal H. *FEMINIST PHILOSOPHY* (trans. by Katharina Vester). Boulder: Westview Press, 2004; Baines B. *EQUALITY, COMPARISON, DISCRIMINATION, STATUS. Making Equality Rights Real: Securing*

Розділ II. ТЕОРІЯ РІВНОСТІ

підхід, згідно з яким ці концепції розглядаються окремо, ізольовано одна від одної, веде до абсурдних наслідків: таке прочитання гідності імпортує метафізичні та моралістичні міркування до сфери права; свобода перетворюється на соціальний дарвінізм, а рівність – на зрівняння.

Дійсно, як зазначає Сюзан Баер, «... те, що ми називаємо історією „ліберального” конституціоналізму є по суті історією зміни конфігурацій свободи, рівності та гідності»¹⁶⁶. Такі історичні наративи, власне, визначили особливості конфігурації гідності в німецькій конституційній юриспруденції у відповідь на жахи Голокосту, рівності – в конституційній практиці Верховного суду Канади у відповідь на історичні несправедливості різних груп населення, свободи – в практиці Верховного суду США.

Концепція «великого трикутника» дає можливість вирішити «парадокс гідності», про який говорить Олена Харитоновна¹⁶⁷: людину не можливо позбавити гідності, але правового захисту потребують ті аспекти, що виникають у взаємодії між кутами «великого трикутника».

Власне, ця філософія «великого трикутника» закладена в перших трьох статтях Основного Закону ФРН, а вже в наш час стала наріжним каменем Хартії основоположних прав ЄС, три з шести частин якої стосуються гідності (частина I), свободи (частина II) та рівності (частина III), за якими слідує положення про солідарність (частина IV), права громадян (частина V) та правосуддя (частина VI).

Substantive Equality under the Charter (Fay Faraday, Margaret Denike, M. Kate Stephenson, eds.). Toronto: Irwin Law, 2006. P. 73.

До речі, такий підхід не є новим в конституційній юриспруденції. У практиці Верховного суду Індії право на рівність (стаття 14 Конституції Індії), індивідуальні свободи (перелічені в статті 19 Конституції Індії) і право на належну правову процедуру, життя і свободу (стаття 21) отримали назву «золотого трикутника», що «стоїть між небесами свободи ... та безоднею необмеженої влади». *Minerva Mills v. Union of India* (1980) 1981 SCR (1) 206. At 263. URL: <https://main.sci.gov.in/jonew/judis/4488.pdf>

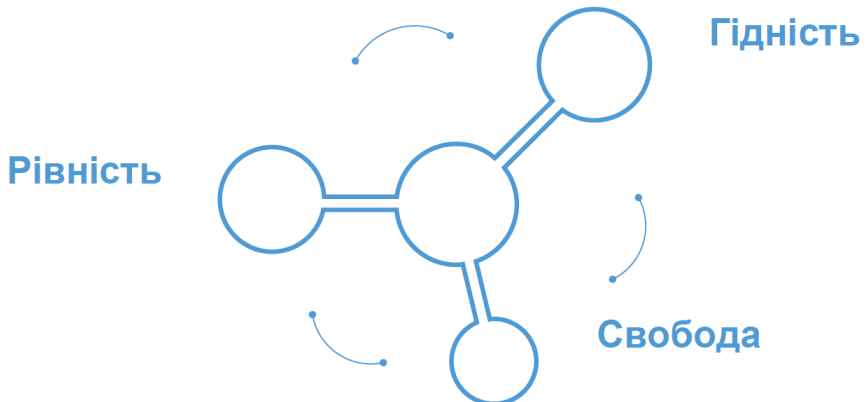
¹⁶⁶ Baer S. DIGNITY, LIBERTY, EQUALITY: A FUNDAMENTAL RIGHTS TRIANGLE OF CONSTITUTIONALISM. *The University of Toronto Law Journal*. 2009. Vol. 59, No.4. P. 434.

¹⁶⁷ «Цей парадокс полягає в тому, що, з одного боку, підкреслюється, що є діяння, наприклад, рабство, тортури, певні види поводження, які, безумовно, атакують гідність, призводять до її приниження чи знищення; з іншого боку, стверджується, що гідність є невід'ємною властивістю людини і притаманна їй завжди, незалежно від положень законів і соціальних практик. Отже, якщо людину не можливо позбавити гідності, то в чому тоді полягає дієвість правових актів, покликаних її захищати?». Харитоновна О. Людська гідність і гендерна рівність у конституційному просторі. *Український часопис конституційного права*. 2020. №4. С. 63.

Незалежно від співвідношення, що історично обумовлено в конституційній традиції тієї чи іншої демократичної держави, ці три концепції не слід аналізувати крізь призму певної колізії між ними. Таке уявлення про колізію чи конфлікт, що вимагає балансування цих концепцій між собою в контексті конкретної справи, є, власне, наслідком ідеологічних уявлень чи презумпцій, що, скажімо, рівність, будучи пов'язана з соціалістичною ідеологією чи марксизмом, входить у конфлікт зі свободою чи навіть становить загрозу для свободи, яка асоціюється з капіталізмом та вільним ринком. Як пояснює Сюзан Баер:

«Такий дуалістичний підхід є неправильним розумінням. Якщо основоположні свободи стосуються конструювання соціальної громади, суспільства або навіть певної версії «держави», рівність відповідає на питання, хто є її частиною і бере участь в її існуванні, в той час як інші принципи стосуються питання, у чому саме такий індивід бере участь. Рівність – це про те, хто користується свободою, а свобода – про те, чим ви користуєтесь – невідворотно обмежене прагнення, адже ви маєте зважати на свободу інших»¹⁶⁸.

Гідність, рівність і свобода, тому, мають розглядатися у взаємодії, а не в колізії чи конфлікті.



¹⁶⁸ Ibid. P. 449.

Рівність як кут «великого трикутника», тому, не може розглядатися як вимога зрівняння, соціальної симетрії чи формальної рівності: рівність у такому трикутнику визначає право бути відмінним без негативних наслідків чи шкоди в наслідок такої відмінності. Тобто рівність і свобода є аспектом визнання рівної гідності кожного індивіда, а гідність є аспектом визнання рівної цінності кожної людини. В такому сенсі позитивна дискримінація виступає не як вимога рівності результатів, а саме рівності можливостей у користуванні свободою вибору. І тією мірою, якою заходи позитивної дискримінації зважають на індивідуальні особливості кожного і забезпечують адекватні механізми забезпечення рівних можливостей (а не автоматичне надання переваги), враховуючи вплив таких заходів на інші правомірні інтереси, вони є сумісними з рівністю. Так наприклад, у справі C-158/97 *Badeck and Others* Суд ЄС вказав, що захід, який передбачає надання пріоритету жінкам у просуванні по службі в тих сферах, де вони недостатньо представлені, може вважатися сумісним з правом ЄС, тільки якщо (1) він не передбачає автоматичного і безумовного пріоритету для жінок, коли жінки і чоловіки є однаково кваліфіковані та (2) кандидатури підлягають об'єктивній оцінці, що бере до уваги особливості персональної ситуації всіх кандидатів¹⁶⁹. Таким же чином у іншій справі – C-407/98 *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* – Суд ЄС визнав таким, що не відповідає принципу рівності національне законодавство, згідно з яким кандидат на публічну посаду, що належить до менш представленої статі й володіє достатньою кваліфікацією для зайняття посади, має отримати пріоритет по відношенню до кандидата іншої статі, який чи яка були б призначені за відсутності такого законодавства¹⁷⁰:

52. Як слідує, законодавство, що розглядається в основному провадженні, автоматично надає перевагу кандидатам, які належать до менш представленої статі, за умови, що вони достатньо кваліфіковані. Єдиною умовою є те, що відмінність між заслугами кандидатів різних статей не є настільки вагомою, що матиме наслідком порушення вимог об'єктивності під час призначення.

53. Сфера дії і наслідки такої умови не можливо чітко визначити, що веде до того, що обрання кандидата з-поміж тих, хто достатньо кваліфікований, по суті, відбувається за ознакою єдиного факту приналежності до менш представленої статі. І це є так, навіть якщо

¹⁶⁹ Case C-158/97 *Badeck and Others* [2000] ECR I-1875, para. 23.

¹⁷⁰ Case C-407/98 *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I-5539, para. 52-53.

заслуги кандидата, таким чином обраного, є меншими в порівнянні з кандидатами протилежної статі. Більше того, кандидати не підлягають об'єктивній оцінці, що зважає на особливості персональної ситуації кожного з кандидатів. З цього слідує, що такий метод відбору не належить до тих, що дозволені [Директивою Ради ЄС 76/207/ЕЕС від 9 лютого 1976 року про імплементацію принципу рівного ставлення до чоловіків та жінок щодо доступу до працевлаштування, професійного навчання і просування по службі та умов праці].

Іншим важливим наслідком концептуалізації рівності в рамках «великого трикутника» є усунення «прокляття» групових категорій, відхід від розгляду рівності як групового права і попередження зведення індивіда до групової ідентичності. Подолання групових стереотипів, колективістської упередженості інструментарієм конституційного судочинства можливе лише через взаємодію рівності, гідності та свободи. Така взаємодія означає, що ми маємо перестати розглядати рівність як групове право – рівність є індивідуальним правом на повагу і визнання, що уможливорює самовизначення індивіда і його гідне життя.

2.2. РІВНІСТЬ ЯК ПРИНЦИП

Окрім парадигматичного характеру, рівність в конституційному праві також виступає як принцип, що має безпосереднє нормативне значення. В умовах законодавчої держави, конституційний принцип рівності обмежує дискрецію як законодавця, так і уряду щодо запровадження законодавства й державної політики. Принцип рівності є, мабуть, найбільш потужним і найбільш широким за сферою застосування конституційним принципом саме в силу самої природи законодавства встановлювати розрізнення й відмінності. Відповідно, основна ідея, що лежить в основі цього конституційного принципу, вимагає відокремлення розрізень, які є правомірними, від тих, які є неприйнятними.

Принцип рівності, тому, має значення як конституційна цінність, і має враховуватись під час тлумачення навіть тих конституційних положень, що не стосуються безпосередньо людських прав.

Конституційний Суд Південноафриканської Республіки

Mashavha v President of the Republic of South Africa and Others

[2004] ZACC 6

6 вересня 2004 року

[Конституційна справа стосувалася конституційності Прокламації Президента Південної Африки R7 1996 року, відповідно до якої урядам провінцій в рамках розподілу виконавчих і законодавчих повноважень, згідно з Тимчасовою Конституцією республіки, делегувалися повноваження щодо адміністрування Акту про соціальну допомогу 1992 року.]

Суддя ван дер Вестхузен:

[...]

51. Аргументи, висловлені від імені н'ятого відповідача, ігнорують політичну, соціальну й економічну історію Південної Африки. Існує безліч суттєвих відмінностей між цією державою та іншими країнами, на

досвід яких послався п'ятий відповідач. Той спосіб, в який соціальна допомога структурована й адмініструється в Данії, Австрії і навіть Канаді чи Індії, навряд чи може бути порівняний з південноафриканською ситуацією. Наша історія добре відома. Це історія колонізації, апартеїду, економічної експлуатації, трудової міграції, пригноблення і балканізації. Суттєві нерівності були навмисно і законодавчо встановлені щодо раси й відповідних географічних територій. Не тільки існували багаті та бідні провінції, були навіть «хоумленди», що навіть за багаті уяви не могли вважатися такими, що отримують подібне ставлення, що й «біла» Південна Африка, у питаннях щодо розподілу ресурсів. Ці нерівності також стосувалися і соціальної допомоги – сфери урядової відповідальності, що тісно пов'язана з людською гідністю. Історію нашої країни і потребу в забезпеченні рівності не можна ігнорувати під час тлумачення і застосування статті 126(3) [Тимчасової Конституції]¹⁷¹. Рівність не тільки визнана основоположним правом як в Тимчасовій Конституції, так і в Конституції 1996 року, але й становить засадничу цінність. Платити, наприклад, вищі пенсії за віком в Йоханнесбурзі в Гаутензі, ніж в Бочумі в Лімпопо, або менші виплати допомоги на дитину в Бутерурті, ніж в Кейптауні, означатиме порушення гідності людей, утворення класів громадянства і поділ Південної Африки на привілейовані та знедолені території.

[...]

¹⁷¹ Стаття 126 (3) передбачала:

«Законодавчі повноваження провінцій

[...]

3. Акт Парламенту, яким врегульовуються питання, передбачені частинами першою та другою цієї статті має перевагу над законом провінції, що йому суперечить, якщо

(а) він стосується питання, що не може бути ефективно врегульованим законодавством провінцій;

(б) він стосується питання, яке для ефективного вирішення потребує регулювання чи координації однаковими нормами чи стандартами, що повинні мати загальне застосування по всій Республіці;

(с) він необхідний для встановлення мінімальних стандартів по всій державі для надання публічних послуг;

(д) він необхідний для визначення національної економічної політики, утримання економічної єдності, захисту довкілля, сприяння міжпровінційній торгівлі, захисту спільного ринку щодо руху товарів, послуг, капіталу чи робітників або забезпечення національної безпеки; або

(е) закон провінції має суттєвий негативний вплив на інтереси іншої провінції чи держави в цілому в сфері економіки, охорони здоров'я чи безпеки».

57. На мою думку, соціальна допомога нужденним дійсно є тим типом питань, про які йдеться в підпункті (а) статті 126(3) і які в ширшому сенсі підпадають під визначення необхідності для встановлення мінімальних стандартів по всій державі згідно з підпунктом (с). Соціальна допомога є питанням, яке не може бути ефективно врегульованим провінційним законодавством і вимагає регулювання чи координації однаковими нормами чи стандартами, що повинні мати загальне застосування по всій Республіці. Ефективне регулювання й ефективне виконання не тільки включають процедурну та адміністративну ефективність, але й також справедливість і рівність, наприклад, стосовно розподілу і використання ресурсів і допомоги. Система, що не зважає на історичні несправедливості й порушує конституційні цінності рівності й гідності може вести до нестабільності, яка є антитезою ефективного регулювання й виконання.

[...]

Принцип рівності дозволяє інкорпорувати до конституційного дискурсу соціальну історію суспільства, наповнити конституційні положення, власне, духом сутнісної справедливості. Як писав Франсуа Люшер, «... рівність наче Янус має два обличчя: одне дивиться у минуле, друге повернуте у майбутнє; перше засуджує будь-яку дискримінацію, заборонену Конституцією, що є свавільною чи не має жодного відношення до предмету закону, що її впроваджує; друге прагне з усією необхідною обачністю виправити те, що найбільш шокує в нерівності людських умов»¹⁷².

Жан Рівєро виділяє три форми принципу рівності: (1) рівність перед законом чи правом взагалі; (2) рівність як частина норми та (3) рівність як наслідок дії норми¹⁷³. Перше розуміння рівності є суто формальним й абстрактним, що сформувалося у часи Французької революції в ході боротьби проти станових привілеїв і всіх форм свавілля. Рівність як частина норми впливає із всезагальності й нейтральності права. Загальне застосування як ознака нормативності містить важливий елемент рівності, що не обмежується формальною сферою дії норми. З цієї форми рівності логічно випливає вимога визначено-

¹⁷² Luchaire F. UN JANUS CONSTITUTIONNEL: L'ÉGALITÉ. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*. 1986. Tome 102. P. 1274.

¹⁷³ Riviéro J. LES NOTIONS D'ÉGALITÉ ET DE DISCRIMINATION EN DROIT PUBLIC FRANÇAIS. *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international, travaux de l'association Henri-Capitant*. Tome XIV. Paris: Dalloz, 1965. p. 343-360. Жан Рівєро виокремлює рівність як частину норми, рівність у застосуванні норми та рівність поза будь-якою нормою.

сті, ясності та недвозначності правової норми. Як зазначив Конституційний Суд України у справі про постійне користування земельними ділянками:

«Із конституційних принципів рівності й справедливості випливає вимога визначеності, ясності й недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці й неминуче призводить до сваволі»¹⁷⁴.

Рівність як наслідок дії норми права зобов'язує законодавця зважати на наявні нерівності та виправити їх через правове регулювання.

Ця класифікація норм дозволяє виокремити два види рівності – формульну і субстантивну, що кореспондують загалом із першою і другою формам рівності. Так, формальна рівність передбачає однакові права, умови і можливості для всіх громадян, для чоловіків і жінок. З точки зору формальної рівності, чоловіки і жінки є рівними та заслуговують на однакове рівне ставлення. Наразі формальна рівність захищається положеннями, що забороняють дискримінацію за ознакою статі або встановлюють, що у жодному праві не може бути відмовлено на підставі ґендеру чи статі.

Концепція субстантивної рівності визнає, що формальна рівність може мати результатом нерівність, адже без позитивного втручання з боку держави формальне рівне ставлення може мати результатом збереження соціальних нерівностей, забобон, упередженостей, а відтак і посилення чи збереження фактичної нерівності. Субстантивна рівність також включає обов'язок позитивних дій з боку держави для усунення нерівностей, що історично скалися у суспільстві. У цьому сенсі субстантивна рівність може суперечити формальній рівності, адже вимагає встановлення відмінного ставлення, певних привілеїв і переваг.

Сучасний конституціоналізм виходить з переваги субстантивної рівності над формальною. Підтвердженням цієї тези є наявність в конституційних положеннях норм, що зобов'язують державу запровадити політику «позитивних дій» чи позитивної дискримінації для виправлення соціальних несправедливостей. Таким є положення частини третьої статті 24 Конституції України, згідно з якою рівність прав жінки і чоловіка забезпечується не тільки рівними

¹⁷⁴ Абзац другий підпункту 5.4 пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року N 5-рп/2005.

можливостями, але й спеціальними заходами щодо охорони праці і здоров'я жінок, встановленням пенсійних пільг; створенням умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством; правовим захистом, матеріальною і моральною підтримкою материнства й дитинства, включаючи надання оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям. Ідея такої позитивної дискримінації розкривається в частині третій статті 6 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 6 вересня 2012 року № 5207-VI, згідно з якою «не вважаються дискримінацією дії, які не обмежують права та свободи інших осіб і не створюють перешкод для їх реалізації, а також не надають необґрунтованих переваг особам та/або групам осіб за їх певними ознаками, стосовно яких застосовуються позитивні дії, а саме: спеціальний захист з боку держави окремих категорій осіб, які потребують такого захисту; здійснення заходів, спрямованих на збереження ідентичності окремих груп осіб, якщо такі заходи є необхідними; надання пільг та компенсацій окремим категоріям осіб у випадках, передбачених законом; встановлення державних соціальних гарантій окремим категоріям громадян; особливі вимоги, передбачені законом, щодо реалізації окремих прав осіб».

2.3. РІВНІСТЬ ЯК СКЛАДОВА ЛЮДСЬКИХ ПРАВ

Принцип рівності може мати визначальний характер для інших конституційних прав, таких як свобода вираження,¹⁷⁵ свобода віросповідання,¹⁷⁶ право на приватне життя¹⁷⁷ тощо. З часів Французької декларації про права людини і громадянина 1789 року конституційні тексти про людські права містять формулювання «кожен має право», «кожному гарантується» чи подібні клаузули, що не містять кваліфікуючих ознак і спрямовані на загальність дії гарантій людських прав, які урочисто проголошує конституційний текст.

Ці формулювання тоді позначили народження політичної нації, адже, на відміну від середньовічних хартій, що визнавали або дарували права і свободи станам, містам чи окремим спільнотам, вони містять вимогу рівності й всезагальності у користуванні такими правами. Але юридичний зміст таких формулювань є значно ширший: не обмежуючи коло суб'єктів, вони інкорпорують вимогу рівності, як формальної, так і субстантивної.

Така вимога рівності має винятково індивідуальний характер. Тоді як заборона дискримінації і, почасти, право на рівність перед законом оперують груповими категоріями; елемент рівності, закладений в кожне конституційне право через формулювання «кожен», вимагає індивідуального порівняння.

У Конституції України концепція рівності конституційних прав і свобод закріплена у двох формах:

загальній – у статті 21, згідно з якою «усі люди є ... рівні у ... правах», у частині першій статті 24, якою встановлюється, що «громадяни мають рівні конституційні права і свободи», та статті 26, згідно з якою «іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються

¹⁷⁵ Див., нап., Karst K. EQUALITY AS A CENTRAL PRINCIPLE IN THE FIRST AMENDMENT *University of Chicago Law Review*. 1975. Vol. 43, No. 1. P. 20-68.

¹⁷⁶ Див., нап., Eisgruber C., Sager L. THE VULNERABILITY OF CONSCIENCE: THE CONSTITUTIONAL BASIS FOR PROTECTING RELIGIOUS CONDUCT. *University of Chicago Law Review*. 1994. Vol. 61, No. 4. P. 1245-1315.

¹⁷⁷ Див., нап., Ginsburg R. SOME THOUGHTS ON AUTONOMY AND EQUALITY IN RELATION TO ROE V. WADE. *North Carolina Law Review*. 1985. Vol. 63, No. 2. P. 375-386; Karst K. FOREWORD: EQUAL CITIZENSHIP UNDER THE FOURTEENTH AMENDMENTS. *Harvard Law Review*. 1977. Vol. 91, No. 1. P. 1-301.

Розділ II. ТЕОРІЯ РІВНОСТІ

тими самими правами і свободами, а також мають такі самі обов'язки, як і громадяни України» з відповідними винятками¹⁷⁸;

партикулярній – безпосередньо у формулюваннях конституційних положень.

Партикулярне формулювання рівності як складової конституційного права чи свободи	Положення Конституції
«усі»	стаття 21
«кожна людина»	стаття 23, частина перша статті 27, частина перша статті 29,
«кожен»	частина третя статті 27, частина перша статті 28, частина перша статті 30, стаття 31, частина четверта статті 32, частини перша, друга статті 34, частина перша статті 35, частина перша статті 41, частина перша статті 42 частини перша четверта статті 43, частина перша статті 47, стаття 48, частина перша статті 49, частини перша, друга статті 50, частина перша статті 53, частини друга, третя, четверта, п'ята, шоста статті 55 стаття 56 частина перша статті 57

¹⁷⁸ До цього можна додати положення статті 52, що гарантує рівність дітей у своїх правах (тобто правах дітей).

«Ніхто», «жодна людина»	частина друга статті 27, частина друга та третя статті 28, частина друга статті 29 частина перша статті 32, частина четверта статті 36, частина четверта статті 41, частина третя статті 44, частина третя статті 47, частина друга статті 58, частина перша статті 60, частина перша статті 61, частина друга статті 62
«громадянин України», «громадяни»	частини перша, друга, третя статті 25, частина третя статті 32, частина друга статті 33, частини перша, третя статті 36, частини перша, друга статті 38, частина перша статті 39, частина третя статті 41, частини друга, шоста статті 43, частина перша статті 46, частина друга статті 47, частина третя статті 49, частина четверта саттті 53, частини перша, друга статті 54, стаття 59
«кожен заарештований», «кожен затриманий»	частини четверта, п'ята статті 29
«кожен, хто на законних підставах перебуває на території України»	частина перша статті 33
«усі об'єднання громадян»	частина п'ята статті 36
«особа»	частина перша статті 62 частина друга статті 63

Ці формулювання – загальні й партикулярні – мають окреме юридичне значення. Рівність у правах гарантується «усім людям» (стаття 21); водночас ця гарантія стосується всіх прав, як закріплених Конституцією, так і ні, про що йдеться в частині першій статті 22. Право на рівні конституційні права і свободи гарантоване лише громадянам. Стаття 26 розширює дію цього права на «іноземців та осіб без громадянства», але лише на тих, хто перебуває в Україні на законних підставах. Таке загальне формулювання статті 24 є вужчим за своїм суб'єктивним складом, ніж партикулярні формулювання «усі», «кожен», «кожна людина», «ніхто», «жодна людина», «особа», якими охоплюються без винятку всі, хто знаходиться під юрисдикцією України. У практичному сенсі це означає, що частина перша статті 24 гарантує рівне користування конституційними правами і свободами всім громадянам, незалежно від наявності партикулярних формальвань у положеннях про такі права й свободи. Стаття 26 Конституції, поширюючи право на рівні з громадянами права й свободи на іноземців та осіб без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, дозволяє встановлення обмежень у такій рівності – такі обмеження встановлені безпосередньо Конституцією (а саме щодо прав і обов'язків, що нерозривно пов'язані зі статусом громадянина України) або можуть бути встановлені законами чи міжнародними договорами України.

Таким чином, перше речення статті 21 встановлює загальний принцип рівності у правах, який поширюється на всіх індивідів, незалежно від статусу, які знаходяться під юрисдикцією України. Частина перша статті 24 гарантує рівні конституційні права й свободи громадянам та, у поєднанні зі статтею 26, іноземцям та особам без громадянства, хто перебуває на території України на законних підставах. Ця гарантія не має самостійного значення і має компліментарний характер по відношенню до інших конституційних прав і свобод. Її юридична конструкція є подібною до статті 14 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод¹⁷⁹. Як зазначив Європейський суд з прав людини у справі *Belgian Linguistic Case*, права, гарантовані Конвенцією, повинні розглядатись у такий спосіб, нібито стаття 14 «становить невід'ємну частину кожної зі статей, які встановлюють права та свободи»¹⁸⁰.

Власне таке розуміння впливає і з практики Конституційного Суду України. Наприклад, у рішенні № 14-рп/2004 у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу Конституційний Суд визнав вікове

¹⁷⁹ Див. *Molla Sali v. Greece* [GC] (2018), para. 123; *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC] (2010), para. 63; *E.B. v. France* [GC] (2008), para. 47; *Marckx v. Belgium* (1979), para. 32.

¹⁸⁰ *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium* (merits) (1968), para. 9 of "the Law" part.

обмеження для кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу третього або четвертого рівня акредитації, що було предметом оскарження у справі, «є дискримінаційною щодо реалізації права на працю, а тому суперечить положенням частин першої, другої статті 43, частин першої, другої статті 24 Конституції України»¹⁸¹. В інших справах Конституційний Суд України також вказував, що «гарантована Конституцією України рівність усіх людей в їх правах і свободах означає необхідність забезпечення їм рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру для реалізації однакових за змістом та обсягом прав і свобод»¹⁸², та що «... гарантована Конституцією України рівність усіх людей в їх правах і свободах означає необхідність забезпечення їм рівних правових можливостей для реалізації однакових за змістом та обсягом прав і свобод...»¹⁸³.

У практичній площині рівність як складова інших конституційних прав і свобод може бути обмежена у такий же спосіб і за такими ж стандартами конституційності, як і саме право, про яке йдеться. Це веде до логічного висновку про релятивний характер рівності як складової людських прав: у випадку права, що має абсолютний характер, на кшталт заборони катувань або медичних, наукових чи інших дослідів без вільної згоди, встановлені, відповідно, частиною другою та третьою статті 28 Конституції України, будь-яка відмінність між особами становитиме порушення, що *a priori* не може бути виправданим. Натомість, наприклад, рівність як складова права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань може бути обмежена законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету й неупередженості правосуддя.

Тому на практиці важливе значення має кваліфікація оскаржуваного заходу. Оскарження порушення рівності як складової права має певні переваги, адже дозволяє застосувати індивідуальну концепцію рівності. Але на оскаржувача тоді покладається обов'язок доведення що предмет оскарження підпадає під сферу дії конституційного права чи свободи.

¹⁸¹ Абзац шостий підпункту 4.3 пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004.

¹⁸² Абзац п'ятий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012. Див. також абзац третій пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України (Перший сенат) від 12 липня 2019 року № 5-р(І)/2019.

¹⁸³ Абзац п'ятнадцятий підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) від 25 квітня 2019 року № 1-р(ІІ)/2019.

Європейський суд з прав людини

Ádám and Others v. Romania
Заяви № 81114/17 та 5 інших
13 жовтня 2020 року

...

Оцінка Суду

(а) Загальні принципи

82. Незважаючи на відмінності у сферах дії статті 14 Конвенції і статті 1 Протоколу № 12 до Конвенції, зміст поняття «дискримінація» в статті 1 Протоколу № 12 був задуманий таким, що є ідентичним змісту цього терміна в статті 14 (див. §§ 18 та 19 Пояснювальної доповіді до Протоколу № 12). Тому Суд не вбачає підстав для відступу від сталого тлумачення «дискримінації», застосовуючи цей термін за статтею 1 Протоколу № 12 (див. *Sejdić and Finci*, цит. вище, § 55).

83. З цього можна зробити висновок, що, у принципі, ті ж стандарти, розвинуті Судом у його практиці щодо захисту, що надається статтею 14, застосовуються до справ за статтею 1 Протоколу № 12.

84. Продовжуючи цю думку, Суд нагадує, що під час користування правами і свободами, гарантованими Конвенцією, стаття 14 надає захист проти відмінного ставлення без об'єктивного і розумного обґрунтування з індивідами у аналогічних чи, відповідно, подібних ситуаціях. Іншими словами, вимога довести аналогічність ситуації не вимагає, аби група, якою здійснюється порівняння, була ідентичною. Для цілей статті 14 відмінність у поводженні є дискримінаційною, якщо для неї «немає об'єктивного і розумного обґрунтування», тобто якщо вона не переслідує «легітимну мету» або не має «розумного співвідношення пропорційності» між обраними засобами та метою, на досягнення якої вони спрямовані (див. *Molla Sali v. Greece* [GC], no. 20452/14, §§ 133 and 135, 19 December 2018).

85. Суд визначив у своїй практиці, що тільки відмінності у поводженні, засновані на характеристиках, що можуть бути визначені, або на «статусі» можуть бути здатними становити дискримінацію в сенсі

статті 14 (див. *Fábián v. Hungary* [GC], no. 78117/13, § 113, 5 September 2017).

86. Суд також погодився, що загальна політика чи заходи, що мають непропорційно упереджений вплив на конкретну групу, можуть вважатися дискримінаційними, навіть якщо вони не спрямовані навмисно на таку групу, а дискримінація, що потенційно суперечить Конвенції, може бути наслідком фактичної ситуації (див. *D.H. and Others v. the Czech Republic*, цитоване вище, § 175, та посилання там наведені).

87. Таким чином, Договірні держави повинні утримуватися від встановлення такого ставлення до осіб чи груп осіб, яке у світлі викладених вище принципів може кваліфікуватися як дискримінаційне. Право не зазнавати дискримінації під час користування правами, гарантованими Конвенцією, також порушується, коли Держава без об'єктивного і розумного обґрунтування, не поводить себе відмінним чином з особами, чия ситуація є суттєво відмінною. Заборона, що випливає зі статті 14, таким чином, є підставою для виникнення позитивного обов'язку Договірних держав щодо визнання необхідних відмінностей між особами чи групами осіб, обставини яких є відповідним чином і суттєво відмінними (див. *J.D. and A. v. the United Kingdom*, nos. 32949/17 and 34614/17, § 84, 24 October 2019 та посилання там наведені, зокрема *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000IV). У цьому контексті відповідність вимірюється по відношенню до того, про що йдеться, оскільки має існувати певний ступінь, для того, щоб Суд визнав, що відмінність за конкретних обставин є суттєвою. Для досягнення такого ступеню, захід повинен мати особливо негативний вплив на певних осіб в силу визначеної ознаки, що застосовується у їхній ситуації, та в світлі ознаки дискримінації, на яку посилаються (див. *J.D. and A. v. the United Kingdom*, цитоване вище, § 85).

88. Наприклад, Суд визнав, що заявники, які потребували особливого захисту в силу причин, що прямо пов'язані з їхнім статусом – відповідно, особливі фізичні вади і ґендер – і які, залишені без захисту, піддавалися ризику особливих труднощів чи особистої небезпеки, знаходилися у суттєво відмінній ситуації стосовно оскаржуваних заходів (зменшення житлових пільг – див. *J.D. and A. v. the United Kingdom*, цитоване вище, § 92). Крім того, заявник, що був засуджений за відмову носити військову уніформу, знаходився у суттєво відмінній ситуації у порів-

нянні з іншими, засудженими за серйозні злочини, оскільки, на відміну від останніх, заявник був засуджений за користування своєю свободою віросповідання, а не за злочин, пов'язаний з безчестям чи моральною ницістю (див. *Thlimmenos*, цитоване вище, §§ 44 and 47). Суд також встановив, що стосовно можливості отримання виду на проживання з сімейних підстав, гомосексуальна пара знаходилася у суттєво відмінній ситуації у порівнянні з гетеросексуальними партнерами, що прийняли рішення оформити свої відносини (див. *Taddeucci and McCall v. Italy*, no. 51362/09, § 85, 30 June 2016).

89. З іншого боку, Суд не був переконаний, що, з огляду на доктрину щодо богослужіння в храмах, заявник – релігійна організація – знаходилася у суттєво відмінному становищі у порівнянні з іншими церквами для цілей звільнення від податків (див. *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom*, no. 7552/09, § 31, 4 March 2014). Таким же чином Суд вважав, що біологічні діти і усиновлені діти знаходяться у подібному об'єктивному становищі для цілей розподілу між ними пенсійних виплат після смерті одного з батьків (усиновлювачів) (див. *Ruszkowska v. Poland*, no. 6717/08, § 55, 1 July 2014).

90. Більше того, Суд наголосив, що Договірні держави користуються певним полем розсуду, оцінюючи те, чи виправдовують і, якщо так, то якою мірою, відмінне ставлення наявні відмінності у ситуаціях, що за всіх інших обставин є подібними. Стосовно цього Суд зазначав, що національні органи влади в силу їх безпосередньої і триваючої взаємодії з життєвими силами їхніх країн знаходяться, у принципі, в кращому становищі, аніж міжнародний суд, для того, щоб оцінити місцеві потреби й умови (див. *Charman v. the United Kingdom [GC]*, no. 27238/95, § 91, ECHR 2001I, and *Miñoz Díaz v. Spain*, no. 49151/07, § 48-49, ECHR 2009). Це ж є правомірним і стосовно необхідності поводитися з групами осіб відмінним чином, щоб виправити фактичні нерівності між ними (див. *Stummer v. Austria [GC]*, no. 37452/02, § 88, ECHR 2011, та *Guberina v. Croatia*, no. 23682/13, § 72, 22 March 2016).

[...]

Для встановлення порушення рівності конституційних прав і свобод необхідно довести наявність трьох елементів:

(1) законодавчий чи урядовий захід, дія чи бездіяльність, які оскаржуються, підпадають під сферу дії конституційного права чи свободи¹⁸⁴;

(2) наявність різниці у поводженні порівняно з іншими особами, що знаходяться у аналогічному або подібному становищі;

(3) така різниця не є виправданою, тобто немає об'єктивного і розумного обґрунтування (а саме, вона не переслідує «легітимну мету» або немає «розумного співвідношення пропорційності» між обраними засобами та метою, на досягнення якої вони спрямовані).

З одного боку, такий дуалізм – окреме закріплення права на рівні конституційні права і свободи й рівність як складова конституційних прав і свобод – на перший погляд, може виглядати як конституційна тавтологія. Однак, виходячи з презумпції цілеспрямованості кожного формулювання в конституційному тексті¹⁸⁵, такий підхід має мету і сенс. І цей сенс полягає у встановленні додаткового стандарту забезпечення рівності, що є в деяких аспектах відмінним від елементу рівності, закладеного в конкретному конституційному праві.

¹⁸⁴ На практиці Європейський суд з прав людини, однак, не вважає, як правило, за потрібне розглядати окремі вимоги стосовно порушення статті 14, якщо було встановлено порушення іншого положення Конвенції. Тест, за яким Суд визначає необхідність розглядати вимоги щодо порушення положення статті 14 Конвенції, був сформульований у справі *Airey v. Ireland*, за яким Суд звертається до вимог за статтею 14, якщо «явна нерівність у ставленні при здійсненні певного права становить основоположний аспект справи». *Airey v. Ireland*, (1979), para. 30. Тим не менш, Суд не встановив у своїй практиці ті критерії, які визначають нерівність як «основоположний аспект справи». Див., напр.: *Dungeon v. United Kingdom* (1981), para. 69; *Lustig-Prean v. United Kingdom* (1999), para. 108-109.

¹⁸⁵ Див. Barak A. *PURPOSIVE INTERPRETATION IN LAW*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005. P. 122-125.

2.4. РІВНІСТЬ ЯК ОКРЕМЕ ПРАВО

Право на рівність як окреме право може мати відмінний зміст і значення залежно від конституційних формулювань, може тлумачитися вузько або широко, отримувати відмінний інструментарій дії залежно від того, чи використовується воно для захисту індивідуальних чи колективних прав, розуміється як захист від певних форм дискримінації чи як вимога рівного розподілу переваг і тягарів у суспільстві, тобто встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення такого рівного розподілу.

З певним ступенем узагальнення можна сказати, що право на рівність концептуально спрямоване на заборону свавілля. Тому філософська традиція концептуалізує рівність як право чи вимогу раціональності¹⁸⁶, право чи вимогу обґрунтованості¹⁸⁷, право на ставлення до особи як до рівної¹⁸⁸. Але заборона свавілля, що лежить в основі права на рівність і відображає формальний аспект рівності, не вичерпує всі сенси цього права. Воно також має телеологічний і корекційний аспекти.

Телеологічний аспект права на рівність спрямований на забезпечення справедливої рівності можливостей, а корекційний – виправлення існуючих самопідсилюваних соціальних нерівностей. Як зазначив Федеральний конституційний суд ФРН у справі про роботу в нічну зміну, «положення, згідно з яким „чоловіки та жінки мають рівні права“, спрямоване не тільки на заборону правових норм, що закріплюють переваги чи обмеження за ознакою статі, але й на встановлення рівних можливостей для чоловіків і жінок у майбутньому. Його мета – зрівняння умов життя»¹⁸⁹. Таким же чином Конституційний суд Південноафриканської республіки наголосив:

«Заборона несправедливої дискримінації в тимчасовій Конституції спрямована не тільки на уникнення дискримінації людей, що нале-

¹⁸⁶ Wollheim R, Berlin I. XIV. — EQUALITY. *Proceedings of the Aristotelian Society*. 1956. Vol. 56, Issue 1. P. 281.

¹⁸⁷ Forst R. THE JUSTIFICATION OF HUMAN RIGHTS AND THE BASIC RIGHT TO JUSTIFICATION: A REFLEXIVE APPROACH. *Ethics*. 2010. Vol. 120, No. 4. P. 711.

¹⁸⁸ Dworkin R. SOVEREIGN VIRTUE. THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY. New Haven: Harvard University Press, 2000. P. 370.

¹⁸⁹ BVerfGE 85, 191.

жать до знедолених груп. Вона спрямована на більше. В основі заборони несправедливої дискримінації лежить визнання, що метою нашого нового конституційного і демократичного порядку є утворення суспільства, в якому за всіма людьми визнається рівна гідність і повага, незалежно від їхньої приналежності до конкретних груп. Розбудова такого суспільства в контексті нашого глибоко неегалітарного минулого не буде простою справою, але це є метою Конституції, що не повинна бути забута чи упуцена»¹⁹⁰.

Конституційний Суд України

Рішення № 15-рп/2004

у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання)
2 листопада 2004 року

[...]

4.2. Відповідно до положень Конституції України, громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Принцип рівності всіх громадян перед законом – конституційна гарантія правового статусу особи, що поширюється, зокрема, на призначення кримінального покарання. Притягнення особи, яка вчинила злочин, до кримінальної відповідальності не лише означає рівність усіх осіб перед законом, а й передбачає встановлення в законі єдиних засад застосування такої відповідальності.

Проте в окремих випадках забезпечення рівності перед законом унеможливають норми статті 69 Кодексу. Так, суд не може призначити більш м'яке покарання особі, яка вчинила хуліганство, передбачене частиною першою статті 296 Кодексу, на відміну від особи, яка вчинила ті самі дії групою осіб, що кваліфікуються за частиною другою статті 296 Кодексу.

¹⁹⁰ Constitutional Court of South Africa. *President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* 1997 (4) SA 1 (CC). URL: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/4.html>

Як свідчать надані Верховним Судом України матеріали правозастосовної практики, призначення судами покарання особам, які вчинили злочини, є надзвичайно важливою сферою, в якій реалізуються принципи верховенства права й справедливості. Санкції окремих статей Кодексу, якими встановлено кримінальну відповідальність за злочини невеликої тяжкості, не передбачають більш м'якого виду покарання – штрафу. Санкції інших статей Кодексу встановлюють штраф у розмірах, що перевищує мінімальний розмір (30 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), у тому числі штрафи, мінімальний розмір яких становить або перевищує 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Однак правова держава, вважаючи покарання передусім виправним та превентивним засобом, має використовувати не надмірні, а лише необхідні й зумовлені метою заходи. Обмеження конституційних прав обвинуваченого повинно відповідати принципу пропорційності: інтереси забезпечення охорони прав і свобод людини і громадянина, власності, громадського порядку та безпеки тощо можуть виправдати правові обмеження прав і свобод тільки в разі адекватності соціально обумовленим цілям. Положення про незастосування статті 69 Кодексу до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, таким цілям не відповідає. Надання суду права у виняткових випадках, за наявності декількох обставин, що пом'якшують покарання, та даних про особу обвинуваченого, застосовувати норму статті 69 Кодексу і до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості, сприяло б забезпеченню пропорційності соціально виправданих цілей покарання.

Не може бути підставою для унеможливлення призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, особам, які вчинили злочин невеликої тяжкості, зокрема, відсутність кримінальної відповідальності за готування до злочину невеликої тяжкості (частина друга статті 14 Кодексу), за скоєння деяких діянь, які мають ознаки злочину невеликої тяжкості для окремих категорій неповнолітніх (частина друга статті 22 Кодексу), невизнання вчиненою злочинною організацією злочину невеликої тяжкості (частина четверта статті 28 Кодексу).

Керуючись загальними засадами призначення покарання (стаття 65 Кодексу), суд має призначати покарання конкретній особі за конкрет-

ний злочин, максимально індивідуалізуючи покарання. Непротягнення до кримінальної відповідальності іншої особи за готування до злочину невеликої тяжкості або окремої категорії неповнолітніх тощо не включає індивідуалізації покарання шляхом призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом. Відсутність цього способу індивідуалізації покарання особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості, є порушенням конституційних положень щодо рівності громадян перед законом.

На реалізацію принципу, встановленого частиною другою статті 61 Конституції України, згідно з яким юридична відповідальність особи має індивідуальний характер, спрямовані положення статті 65 Кодексу. Цей принцип, зокрема, конкретизовано у положеннях Загальної частини Кодексу щодо системи покарань, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання та його відбування, в тому числі призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, тощо. Призначене судом покарання повинно відповідати ступеню суспільної небезпеки злочину, обставинам його вчинення та враховувати особу винного, тобто бути справедливим. Про це свідчить пункт 3 частини першої статті 65 Кодексу, відповідно до якого суд призначає покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого злочину, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання.

Згідно з принципом індивідуалізації юридичної відповідальності при призначенні покарання, суд має враховувати обставини справи (як ті, що обтяжують, так і ті, що пом'якшують покарання) щодо всіх осіб незалежно від ступеня тяжкості вчиненого злочину. Цей конституційний принцип не лише закріплено в положеннях Загальної частини Кодексу, його покладено в основу нормативного встановлення кримінальної відповідальності в законодавстві України.

Положення Конституції України щодо людини, її прав і свобод, а також частини другої статті 65, статті 66 Кодексу, частини другої статті 223, пункту 5 частини першої статті 324, частини першої статті 334 Кримінально-процесуального кодексу України (далі – КПК України), спрямовані на виявлення та врахування обставин, які обтяжують та пом'якшують покарання, свідчать про гуманістичну направленість Основного Закону України та кримінального і кримінально-процесуального законодавства України, про поширення загальних засад

призначення покарання на всі вчинені злочини незалежно від ступеня їх тяжкості.

Вирішуючи питання про призначення покарання на підставі частини другої статті 65, частини першої статті 69, положень відповідних санкцій Особливої частини Кодексу, суди не в змозі реалізувати положення частини другої статті 61 Конституції України, зазначених вище статей КПК України до осіб, які вчинили злочини невеликої тяжкості. Отже, положення частини першої статті 69 Кодексу обмежує дію конституційних принципів рівності громадян перед законом та індивідуалізації юридичної відповідальності. Тим самим не дотримуються принципи справедливості й рівності покарання, оскільки особам, які вчинили злочини невеликої тяжкості, унеможлиблюється призначення більш м'якого покарання.

[...]

Право на рівність є порівняльною концепцією, що має застосовуватись в конкретному соціальному й політичному контексті. Це означає релятивістську природу порівняння, адже сама по собі відмінність у поводженні між особами не обов'язково має наслідком нерівність і однакове ставлення також може часто призводити до серйозної нерівності й несправедливості. Як підсумував суддя Макінтайр у справі Верховного суду Канади *Andrews v. Law Society of British Columbia*, «... явно недосяжний ідеал полягає в тому, щоб закон, що застосовується до всіх, не спричиняв більш обтяжливого чи менш сприятливого впливу на одних у порівнянні з іншими в силу нерелевантних особистих відмінностей».

Верховний суд Канади
Andrews v. Law Society of British Columbia
[1989] 1 S.C.R. 143
2 лютого 1989 року

Суддя Макінтайр (частково розбіжна думка) – Це звернення стосується лише одного питання. Чи суперечить вимога громадянства для доступу до юридичної професії у статті 42 Акту про баристерів і солісіторів, R.S.B.C. 1979, с. 26, (далі – Акт) частині першій статті 15 Канадської хартії про права і свободи? ...

Стаття 15 Хартії говорить:

«15. (1) Кожна особа має рівні права перед законом і однакові привілеї, гарантовані законом — без жодної дискримінації за расою, кольором шкіри, національним походженням, релігією, статтю, віком, з причин розумових чи фізичних вад.

(2) Частина (1) не виключає можливості впровадження законів, програм чи заходів, спрямованих на підвищення життєвого рівня окремих осіб або суспільних груп, що знаходяться у скрутному становищі, включно з тими випадками, коли це зумовлено расовою або релігійною приналежністю, національним чи етнічним походженням, кольором шкіри, статтю, віком, розумовими чи фізичними вадами».

...

Концепція рівності

Положення частини першої статті 15 Хартії гарантує кожній особі рівність перед законом та згідно із законом, а також рівний захист і рівні переваги закону без дискримінації. Це не є загальною гарантією рівності; воно не передбачає рівність між особами чи групами осіб у суспільстві у загальному та абстрактному сенсі; воно також не встановлює обов'язок осіб чи груп осіб щодо рівного ставлення до інших. Воно стосується застосування закону. У цій справі не виникає проблеми щодо змісту поняття «закон», що використане в частині першій статті 15, адже у цій справі оскаржується законодавчий Акт. Чи

включає це поняття інші урядові чи квазіурядові регламенти, норми чи вимоги для цілей частини першої статті 15 – це питання має бути залишене для вирішення у справах, де воно постане.

Концепція рівності давно є особливістю західної думки. Як це викладено в частині першій статті 15 Хартії, вона становить невлівому концепцію і, у більшій мірі, аніж інші права і свободи, гарантовані Хартією, уникає чіткого визначення. Як зазначив Джон Шаар (John H. Schaar, "Equality of Opportunity and Beyond", in *Nomos IX: Equality*, ed. J. Roland Pennock and John W. Chapman (1967), at p. 228):

«Рівність – слово з розмаїттям значень. Це є одним з тих політичних символів – разом із свободою і братством – у які люди вилили зі своїх сердець свої найглибші сподівання. Кожна палко обстоювана теорія чи концепція рівності одночасно має і психологічний, і етичний виміри, і вимір теорії соціальних відносин, і візію доброго суспільства».

Вона є порівняльною концепцією, умови якої можуть бути пояснені чи виведені шляхом порівняння з умовами інших у соціальному і політичному контексті, в якому це питання постало. Слід відразу ж визнати, однак, що сама по собі відмінність у поведженні між особами, згідно із законом, не обов'язково має наслідком нерівність і однакове ставлення також може часто призводити до серйозної нерівності. Ця позиція знайшла своє широке відображення в літературі з цього питання. Однак, як я зазначав раніше, ніде вона найкращим чином не була висловлена, окрім як суддею Франкфуртером у справі *Dennis v. United States*, 339 U.S. 162 (1950), at p. 184: «Людина, яка сказала, що немає більшої нерівності, аніж коли однаково поведуться з нерівними, була мудрою».

Ця думка була висловлена і цим Судом в контексті пункту (b) статті 2 Хартії у справі *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, коли суддя Діксон зазначив (at p. 347):

«Рівність, що необхідна для підтримки релігійної свободи, не вимагає ідентичного ставлення до всіх релігій. По суті, інтереси дійсної рівності можуть однаковим чином вимагати розрізнення у ставленні».

Простими словами, можна сказати, що закон, який встановлює однакове ставлення зі всіма і передбачає рівне ставлення до «А» та «Б», може спричинити нерівність стосовно «С», залежно від відмінностей у особистих характеристиках і ситуації. Задля досягнення ідеалу повної рівності перед законом та згідно із законом – а у людських справах такий підхід лише можна очікувати, – основним міркуванням повинен бути вплив закону на відповідну особу чи групу осіб. Якщо ми визнаємо, що завжди є неосяжне розмаїття у особистих характеристиках, можливостях, інтересах та здібностях у тих, на кого поширюється дія закону, то всім, наскільки це можливо, має бути забезпечено рівність переваг і захисту і жодних обмежень, санкцій чи тягарів не повинно розподілятися більше на одних, аніж на інших. Іншими словами, явно недосяжний ідеал полягає в тому, щоб закон, що застосовується до всіх, не спричиняв більш обтяжливого чи менш сприятливого впливу на одних у порівнянні з іншими в силу нерелевантних особистих відмінностей.

Суддя МакЛохлін з Апеляційного суду вказала [у цій справі], що (at p. 605) «... сутнісний зміст конституційної вимоги щодо рівного захисту й рівних привілеїв полягає в тому, що особи, які «знаходяться в однаковому становищі отримували однакове ставлення» і, навпаки, що особи «у різних становищах отримували відмінне ставлення ...».

Цим вона сприйняла і застосувала як тест засаду, що вважається загально прийнятою з певними модифікаціями у рішеннях першої і апеляційної інстанції по всій країні за частиною першою статті 15 Хартії. Див. напр. Reference Re Family Benefits Act (1986), 75 N.S.R. (2d) 338 (N.S.S.C.A.D.), at p. 351; Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan (1987), 44 D.L.R. (4th) 16 (Sask. C.A.), at p. 46; Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General), [1987] 2 F.C. 359, at p. 366; R. v. Ertel (1987), 35 C.C.C. (3d) 398, at p. 419. Мотивація щодо застосування цієї концепції ґрунтується, принаймні останнім часом, на статті Дж. Тасмана і Дж. тенБрока (J. T. Tussman and J. tenBroek, "The Equal Protection of Laws" (1949), 37 Calif. L. Rev. 341). Тест однакового становища є викладом Арістотелівського принципу формальної рівності – «речі, що є подібними, вимагають подібного ставлення, а речі, що не є подібними, вимагають відмінного ставлення, пропорційно їхній відмінності». (Ethica Nichomacea, trans. W. Ross, Book V3, at p. 1131a-b (1925)).

Цей тест, як він викладений, однак, має серйозні недоліки, адже він не враховує будь-які міркування щодо природи закону. Якщо його застосовувати буквально, то його можна було використати для виправдання Нюрнберзьких законів Адольфа Гітлера – однакове ставлення було передбачене ними для всіх євреїв. Тест однакового становища також виправдовував би формалістичну доктрину «окремі, але рівні» (separate but equal doctrine) справи Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 637 (1896), – доктрину, що випадково залишалася частиною чинного права в США у часи, коли проф. Тасман і тенБрок написали свою часто цитовану статтю: див. M. David Lepofsky and H. Schwartz «Case Note» (1988), 67 Can. Bar Rev. 115, at pp. 119-20. ...

...

Тому проста рівність у застосуванні до груп чи осіб, що знаходяться в однаковому становищі, не є реалістичним тестом для встановлення порушення права на рівність. Адже, як було зазначено, поганий закон не може бути врятований лише тому, що він застосовується однаковим чином до всіх, кого він стосується. Таким же чином закон не обов'язково є поганим, якщо він робить розрізнення.

Тест однакового становища, що сфокусований на рівному застосуванні закону до всіх, кого він стосується, може вести до наслідків, подібних до тих, що були у справі Bliss v. Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 183. У справі Bliss вагітній жінці було відмовлено у наданні допомоги по безробіттю, на яку у неї було б право, якби вона не була вагітною. Вона оскаржила положення Акту про страхування на випадок безробіття 61971 року як такі, що порушують гарантії рівності згідно з Канадським біллем про права, адже вони дискримінували її за ознакою статі. Її позов був відхилений цим Судом з тієї підстави, що не було дискримінації за ознакою статі, адже категорія, до якої вона була віднесена згідно з Актом, була категорією вагітних жінок, а в рамках цієї категорії всі особи отримували однакове ставлення. Ця справа, звичайно, була вирішена до прийняття Хартії.

Я також погоджуюсь з наступною критикою тесту однакового становища, викладеною суддею Керансом Дж.А. у справі Mahe v. Alta. (Gov't) (1987), 54 Alta. L.R. (2d) 212, at p. 244:

«... Цей тест побудований на ідеї рівності у майже механічному розумінні й не залишає місця для врахування обґрунтування розрізнення. Як наслідок, виявляються тонкощі, що виправдовують встановлення відсутності однаковості, що зводить тест до гри в категоризацію. Більше того, цей тест не допомагає. Кінець кінцем більшість законів приймаються з конкретною метою встановлення переваги чи покладення тягаря на певних осіб. Тому цей тест виявляє лише такі спеціально встановлені відмінності у правовому поведженні».

З підстав, викладених вище, цей тест не може вважатися встановленим правилом чи формулою для цілей вирішення питань про рівність, що виникають за Хартією. Слід зважати на зміст закону, його мету, його вплив на тих, кого він стосується, а також на тих, до кого він не застосовується. Питання, що час від часу поставатимуть у справах, є такими, що було б неправильним спробувати обмежити ці міркування рамками фіксованої та обмеженої формули.

Не кожне розрізнення чи відмінність у поведженні згідно із законом порушуватиме гарантії рівності за статтею 15 Хартії. Очевидно, що законодавець може, а у деяких випадках задля ефективного урядування повинен, запроваджувати відмінне ставлення до осіб чи груп. Насправді, таке розрізнення є одним з головних завдань законодавця. Віднесення осіб чи груп до різних категорій, встановлення різного правового регулювання для таких категорій, застосування різних норм, правил, вимог та кваліфікацій для різних осіб є необхідним для урядування в сучасному суспільстві. Як зазначено вище, для визнання відмінностей, що є сутністю справжньої рівності, часто необхідно робити розрізнення. Які з таких розрізень є прийнятними за статтею 15(1), а які будуть порушенням її положень?

Для віднайдення відповіді на ці питання, положенням Хартії має бути надана повна сила. У справі R. v. Big M Drug Mart Ltd цей Суд наголосив на цьому аспекті... , коли суддя Діксон С.Дж. зазначив:

«Цей Суд вже певною мірою виклав основний підхід до тлумачення Хартії. У справі Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145 цей Суд висловив позицію, що належним підходом для визначення прав і свобод, гарантованих Хартією є цілеспрямованість. Зміст права

чи свободи, гарантованої Хартією, має визначатися через аналіз мети такої гарантії; він має розумітися, іншими словами, в світлі інтересів, на захист яких вона спрямована.

На мою думку, цей аналіз має бути здійснений і мета відповідного права чи свободи визначена через характер і більш глобальні цілі самої Хартії, через формулювання, обрані для висловлення конкретного права чи свободи, через історичні витоки закріплених концепцій та, де це доречно, зміст і мету інших конкретних прав і свобод, з якими такі права і свободи асоціюються в тексті Хартії. Таке тлумачення має бути, як підкреслено в справі Southam, широким, а не легалістським, спрямованим на реалізацію мети гарантії і забезпечення особам повною мірою всіх переваг захисту Хартії. У той же час важливо не перестрибнути фактичну мету права чи свободи, адже Хартія не була прийнята у вакуумі і, тому, як було проілюстровано у справі in Law Society of Upper Canada v. Skapinker, [1984] 1 S.C.R. 357, вона має розумітися у належному лінгвістичному, філософському та історичному контекстах».

[...]

Принцип рівності перед законом є давно визнаною характеристикою нашої конституційної традиції і набув законодавчого закріплення в Канадському біллі про права. Однак, на відміну від Канадського білля про права, в якому говориться лише про рівність перед законом, стаття 15(1) Хартії надає набагато ширший захист. Стаття 15 встановлює чотири основні права: (1) право на рівність перед законом, (2) право на рівність, гарантовану законом, (3) право на рівний захист закону та (4) право на рівні переваги закону. Включення цих останніх додаткових прав до статті 15 Хартії стало спробою виправити деякі недоліки права на рівність в Біллі про права. Це також відбивало розширення концепції дискримінації, що відбулося в рамках різних кодифікаційних актів про людські права, що постали після прийняття Канадського білля про права. Недоліки Канадського білля про права щодо права на рівність добре відомі. У справі Attorney General of Canada v. Lavell, [1974] S.C.R. 1349, наприклад, цей Суд підтримав Акт про індіанців, яким жінки, але не чоловіки, позбавлялися приналежності до індіанських племен у випадку одруження з неіндіанцями. Це положення було визнано таким, що не порушує рівність перед законом, хоча воно може, як вказав Суд,

порушувати рівність згідно із законом, якби це право було визнане. У справі *Bliss, supra*, цей Суд визнав, що відмова жінкам у допомозі на випадок безробіття з підстави вагітності не порушує гарантію рівності перед законом, оскільки будь-яка нерівність у захисті й перевагах закону «була встановлена не законодавцем, а природою» (с. 190). Ця справа була визнана такою, що відрізняється від ранішого рішення цього Суду у справі *Drybones, supra*, адже не стосується (с. 191-192) встановлення покарання для расової групи, до якої інші громадяни не належать, а радше стосується «визначення кваліфікацій, необхідних для набуття права на пільги». Зараз є очевидним, що формулювання статті 15 були свідомо обрані для виправлення деяких виявлених недоліків Канадського білля про права. Попередній законодавчий акт тому є «лінгвістичним, філософським й історичним контекстом» статті 15 Хартії.

Очевидно, що метою статті 15 є забезпечення рівності у формулюванні й застосуванні закону. Сприяння рівності означає розбудову суспільства, в якому всі впевнені, що вони визнаються правом як люди, що рівною мірою заслуговують піклування, поваги й уваги. Воно має великий реституційний компонент. Судді Гоуланд та Робінс (що були не згодні з резолютивною частиною, але не з обґрунтуванням) у справі *Reference re an Act to Amend the Education Act (1986)*, 53 O.R. (2d) 513 спробували викласти широкий спектр цінностей, що охоплюються статтею 15. Вони вказали (с. 554):

«На нашу думку стаття 15 в цілому становить стислий виклад позитивного права на рівність щодо як сутності, так і застосування закону. Воно є всеохоплюючим правом, що регулює всі законодавчі дії. Як й ідеали „рівної справедливості“ та «рівного доступу до права», право на рівний захист і рівні переваги закону, що зараз закріплені в Хартії, ґрунтується на моральних та етичних принципах, засадничих для дійсно вільного й демократичного суспільства, згідно з якими до всіх осіб закон має застосовуватись на основі рівності з рівною увагою і повагою».

Слід визнати, однак, також, що сприяння рівності, згідно зі статтею 15, має більш спеціальну мету, аніж просто усунення розрізень. Якщо Хартія була замислена для усунення всіх відмінностей, то вона б не містила таких положень як стаття 27 (мультикультурна спадщина), стаття 2(а) (свобода совісті й релігії), стаття 25 (права і свободи

аборигенів) та інших положень, спрямованих на охорону певних відмінностей. Більше того, той факт, що однакове ставлення може часто вести до серйозних нерівностей, також визнаний в частині другій статті 15, в якій проголошується, що право на рівність у частині першій статті 15 «не виключає можливості впровадження законів, програм чи заходів, спрямованих на підвищення життєвого рівня окремих осіб або суспільних груп, що знаходяться у скрутному становищі ...».

[...]

Право на рівність не є тотожним егалітаризму. Тому не кожне розрізнення, диференціація чи класифікація суперечитиме цьому праву. Як зазначив Конституційний суд Португалії, «юридична рівність є завжди пропорційною рівністю і тому нерівність, що обґрунтовується відмінністю у становищі, не може уникнути оцінки пропорційності. Характер нерівного ставлення має бути пропорційним підставам, якими обґрунтовується таке нерівне ставлення і він не може бути надмірним»¹⁹¹.

Право на рівність в науковій літературі й судовій практиці переважно асоціюється з недискримінацією. Але чи є ці поняття ідентичними? У будь-якому випадку, розгляд права на рівність не можливий без визначення співвідношення і значення недискримінації в контексті права на рівність.

¹⁹¹ Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão N.º 353/2012, 5 de julho de 2012. URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>

2.5. РІВНІСТЬ І НЕДИСКРИМІНАЦІЯ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ

Питання співвідношення рівності й недискримінації все ще залишається мало дослідженим питанням. Конституції і міжнародно-правові документи з прав людини в переважній більшості містять обидва поняття, гарантуючи право на рівність і право на недискримінацію.

Так, перше речення статті 1 Загальної декларації прав людини, закріплюючи принцип рівності, проголошує: «Усі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах»¹⁹². Стаття 2 Декларації встановлює заборону дискримінації, передбачаючи: «Кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища». А стаття 7 Декларації окремо проголошує:

«Усі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якої різниці, на рівний їх захист законом. Усі люди мають право на рівний захист від будь-якої дискримінації, що порушує цю Декларацію, і від будь-якого підбурювання до такої дискримінації».

Стаття 26 Міжнародного пакту про громадянські й політичні права також закріплює окремо право на рівність перед законом, право на рівний захист закону та заборону дискримінації:

«Усі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист закону».

У цьому відношенні всякого роду дискримінація повинна бути заборонена законом, і закон повинен гарантувати всім особам рівний і ефективний захист проти дискримінації за будь-якою ознакою, як-от: раса, колір шкіри, стать, мова, релігія, політичні чи інші переконання, національне чи соціальне походження, майновий стан, народження чи інші обставини».

¹⁹² Загальна декларація прав людини. URL: <https://www.coe.int/uk/web/compass/the-universal-declaration-of-human-rights-full-version->

Винятком з цього тренду є Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, яка не містить безпосередньо права на рівність перед законом чи права на рівний захист закону¹⁹³. Стаття 14 Конвенції гарантує користування правами та свободами, визнаними в Конвенції, без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою. Протокол № 12, хоча і згадує в Преамбулі «основоположний принцип, відповідно до якого всі особи є рівними перед законом і мають право на рівний захист за законом», гарантує лише здійснення будь-якого передбаченого законом права без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою. Частина друга статті 1 забороняє дискримінацію будь-яким органом державної влади за будь-якою з означених в частині першій ознак.

Незважаючи на окремі положення щодо права на рівність і заборону дискримінації, багато вчених, національних судів і органів, утворених договорами про права людини, не вбачають за необхідне проводити розрізнення між двома поняттями. Так, наприклад, Комітет ООН з прав людини, утворений відповідно до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, у своєму Загальному коментарі № 18, який стосується статті 2 та статті 26 Міжнародного пакту, а також інших посилань в його тексті на рівність і недискримінацію, надав визначення поняттю «дискримінація»¹⁹⁴, але не вбачав за необхідне дати визначення поняттю «право на рівність».

¹⁹³ У перших редакціях проєкту Конвенції право на рівність було передбачене як перша частина статті, яка згодом стала статтею 14 Конвенції. Але вже під час остаточного обговорення і прийняття це положення зникає. Див. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: PREPARATORY WORK ON ARTICLE 14 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. CDH (67) 3.

¹⁹⁴ «... Термін «дискримінація», як він використаний в Пакті, повинен розумітися як такий, що включає будь-яке розрізнення, виключення, обмеження чи перевагу, які ґрунтуються на будь-якій ознаці, такий як раса, колір, стать, мова, релігія, політичні чи інші погляди, національне чи соціальне походження, майновий стан, народження чи інший статус, та які спрямовані на або мають наслідком скасування чи погіршення визнання, користування чи здійснення всіма особами на рівних підставах всіма правами і свободами». UN Human Rights Committee. GENERAL COMMENT No. 18: NON DISCRIMINATION. Thirty seventh session (1989). Para. 7. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6622&Lang=en

Таке змішання понять обґрунтовується тією думкою, що обидва поняття становлять еквівалентні концепції або позитивну і негативну форму одного й того ж принципу¹⁹⁵. Однак навіть таке тлумачення не може вести до отождивлення рівності і недискримінації. Як зазначає Метью Кревен, «у позитивному значенні цей принцип вимагає, щоб зі всіма поводитися однаково, якщо не існує альтернативного обґрунтування. В негативному сенсі цей принцип може бути викладений як такий, що дозволяє відмінності у поводженні, за винятком тих, що встановлені за декількома прямо забороненими ознаками»¹⁹⁶. Навіть у такому розумінні вже наявні суттєві відмінності між рівністю і недискримінацією. Позитивне значення вимагає, аби розрізнення, встановлені законом, були обґрунтовані, визначаючи відсутність відмінностей як загальну вимогу. Негативне значення, навпаки, дозволяє сприймати розрізнення як даність, забороняючи лише ті, що встановлені за визначеними та аналогічними їм ознаками і не можуть бути обґрунтовані. Як зазначає Джиліан МакНотон, «... в міжнародному праві принцип рівності зазвичай викладається в негативному значенні, що є загальновідомим під терміном „недискримінація“. В силу урівняння двох форм рівності в міжнародному праві про права людини і означення їх як „недискримінація“, зникає позитивне право на рівність»¹⁹⁷.

Другий важливий момент, згадуваний вище, полягає у груповому характері права на недискримінацію, в той час як право на рівність може бути індивідуальним. Недискримінація оперує груповими ознаками, її фокус, через це, спрямований у минуле – на усунення історичних несправедливостей, групової нерівності, стереотипів, забобон і упередженостей, що вже склалися у суспільстві. Рівність, разом з груповим, має індивідуальний компонент, але обидва сфокусовані на майбутнє – на розбудову суспільства, в якому всі індивіди рівною мірою заслуговують піклування, поваги й уваги, а їх гідність і цінність рівною мірою визнається.

¹⁹⁵ Див., напр., Morsink J. THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ORIGINS, DRAFTING AND INTENT. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1999. P. 45 («... рівність і недискримінація – дві сторони однієї монети»); Hunt P. RECLAIMING SOCIAL RIGHTS: INTERNATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVES. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1996. P. 92; Bayefsky A. THE PRINCIPLE OF EQUALITY OR NON-DISCRIMINATION IN INTERNATIONAL LAW. *Human Rights Law Journal*. 1990. Vol. 11. No.1–2. p. 1, n. 1; Muir E. THE ESSENCE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EQUAL TREATMENT: BACK TO THE ORIGINS. *German Law Journal*. 2019. Vol. 20. No. 6. P. 820 («... заборона дискримінації за окремими ознаками, такими як стать, вік, релігія чи переконання, як вбачається, становить просто вираз принципу рівного ставлення»).

¹⁹⁶ Craven M. THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS: A PERSPECTIVE ON ITS DEVELOPMENT. Oxford: Clarendon Press, 1995. P. 154.

¹⁹⁷ MacNaughton G. UNTANGLING EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION TO PROMOTE THE RIGHT TO HEALTH CARE FOR ALL. *Health and Human Rights*. 2009. Vol. 11. No. 2. P. 48.

Верховний Суд США
Village of Willowbrook et al. v. Olech
528 U.S. 562
23 лютого 2000 року

Per Curiam

Відповідач Грейс Олек і її покійний чоловік Таддеуш звернулися до позивача сільської громади Уіллоубрук (Громада) із заявою щодо приєднання їхньої власності до муніципальної системи водопостачання. Громада спочатку поставила умовою такого приєднання надання родиною Олек земельного сервітуту у розмірі 33 кв. футів [на їхній земельній ділянці]. Родина Олек заперечила, стверджуючи, що Громада вимагала лише земельного сервітуту у розмірі 15 кв. футів від інших землевласників, що зверталися про приєднання до системи водопостачання. Після тримісячної затримки Громада поступилася і погодилася надати доступ до водопостачання за умови надання земельного сервітуту тільки у розмірі 15 кв. футів. Олек подала позов проти Громади, стверджуючи, що вимога Громади про надання додаткового земельного сервітуту в розмірі 18 кв. футів порушує Положення про рівний захист Чотирнадцятої поправки до Конституції США. Олек стверджувала, що вимога про надання земельного сервітуту у розмірі 33 кв. футів була «ірраціональною і повністю свавільною», що вимога з боку Громади була, по суті, мотивована злим умислом в наслідок іншого, не пов'язаного з цим судового провадження проти Громади, яке вона виграла, та що Громада діяла або з наміром позбавити Олек її прав або з навмисним ігноруванням її прав. Окружний суд відмовив у позові згідно з положеннями статті 12(b)(6) Федеральних правил цивільної процедури на підставі неподання прийнятної вимоги згідно з Положенням про рівний захист. На підставі своєї практики, Апеляційний суд сьомого округу скасував це рішення, встановивши, що позивач може стверджувати порушення права на рівний захист, обгрутовуючи, що дії публічної влади були мотивовані виключно «злобною спробою «дістати» його з причин, які жодним чином не стосуються будь-якої легітимної публічної мети»... Він встановив, що скарга Олек достатньо обгрутовувала цю вимогу... Ми взяли до розгляду цю справу згідно з сертіорарним повноваженнями для встановлення того, чи дає Положення про рівний захист підставу для вимоги від імені «класу з однієї особи», коли позивач не стверджує приналежність до якогось класу чи групи осіб.

Наші рішення визнавали обґрунтованими вимоги щодо рівного захсту, порушені «класом з однієї особи», коли позивач стверджує, що він зазнав навмисного поводження відмінним чином від інших, що знаходяться у подібній ситуації, та що немає жодної раціональної підстави для такої відмінності у поводженні. Див. *Sioux City Bridge Co. v. Dakota County*, 260 U. S. 441 (1923); *Allegheny Pittsburgh Coal Co. v. Commission of Webster Cty.*, 488 U. S. 336 (1989). Водночас ми пояснили, що «... метою Положення про рівний захист Чотирнадцятої поправки є забезпечення кожної особи, що знаходиться під юрисдикцією штату, від навмисної і свавільної дискримінації, незалежно від того, чи спричинена вона положеннями закону, чи неналежним його виконанням належно уповноваженими особами». *Sioux City Bridge Co.*, *supra*, at 445 (цитуювання з рішення *Sunday Lake Iron Co. v. Township of Wakefield*, 247 U. S. 350, 352 (1918)).

Така аргументація стосується і цієї справи. Скарга Олек може бути витлумачена як твердження, що Громада навмисно вимагала земельного сервітуту в розмірі 33 кв. футів як умови приєднання до муніципальної системи водопостачання, в той час як від інших землевласників, що знаходяться у подібному становищі, вона вимагала земельного сервітуту тільки у розмірі 15 кв. футів. Див. *Conley v. Gibson*, 355 U. S. 41, 45-46 (1957). У позові також стверджується, що вимога Громади була «ірраціональною і повністю свавільною» і що кінець кінцем Громада приєднала її домоволодіння до водопостачання після отримання явно адекватного земельного сервітуту в розмірі 15 кв. футів. Ці твердження, безвідносно до суб'єктивних мотивацій Громади, є достатніми для визнання прийнятною вимогу про захист відповідно до традиційного аналізу за положенням про рівний захист. Тому ми підтверджуємо рішення Апеляційного суду, але не висловлюємося щодо альтернативної теорії «суб'єктивної волі», на яку покладався Апеляційний суд.

Право на рівність також містить вимогу поваги до відповідних та належних відмінностей. Неврахування таких відмінностей може мати наслідком порушення рівності. Рівність зовсім не означає, що всі мають отримувати рівне ставлення без врахування будь-яких відмінностей. Адже у такому випадку рівність вимагатиме запровадження концепції дистрибутивної держави (англ. – *distributive state*; нім. – *Zuteilungsstaat*), яка, однак, має свою ціну – обмеження свободи в суспільстві.

Конституційна рада Французької Республіки

Рішення № 83-165 DC від 20 січня 1984 року

Закон про вищу освіту

Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984

Loi relative à l'enseignement supérieur

[У 1982 році Уряд соціалістів, що одержав більшість у парламенті, вирішив продовжити демократизацію університетської освіти, забезпечивши прийняття нового закону про вищу освіту, яким було реформовано систему самоуправління університетів. Зокрема, було встановлено, що до рад університетів, які до того формувалися лише академічним складом та студентами, одержували право обирати та бути обраними й інші наймані працівники університетів. Однак найбільш радикальним у цій реформі стало запровадження системи єдиного виборчого корпусу для обрання представників до університетських рад, який охоплював увесь науково-викладацький склад університету, включаючи асистентів, ад'юнктів, молодших викладачів тощо. З огляду на структуру французьких університетів, це вело до того, що такі працівники одержували б право формувати політику університету, оскільки вони чисельно переважали професорський склад. Конституційна рада Франції визнала ці положення неконституційними з огляду на порушення академічної свободи.]

...

Що стосується статті 39 (частина друга) закону:

24. Зважаючи на те, що виходячи з дії положень частини 2 та 3 статті 39 впливає, що у представництві академічного складу кількість професорів повинна дорівнювати кількості інших представників академічного складу, а призначення всіх представників академічного складу здійснюється єдиним виборчим корпусом, за єдиним винятком, встановленим особливими правилами щодо утворення наукової ради.

25. Беручи до уваги, що цілком зрозумілим є те, що через чисельну диспропорцію між професорським складом та іншими науково-викладацькими співробітниками існує небезпека для незалежності професорського складу з огляду на різні елементи системи, що таким чином запроваджується; що, зокрема, вільне здійснення особливих обов'язків,

які покладаються на професорів відповідно до статті 55 (передостання частина) щодо розробки програм, підготовки студентів та координації викладацьких колективів та їх обов'язкової участі у прийнятті індивідуальних рішень щодо кар'єри інших членів науково-викладацького складу, як це передбачено статтею 56 (частина 2), зазнаватиме впливу в силу утворення єдиного виборчого корпусу; що на цю незалежність ще більше впливатиме той факт, що в межах дисциплінарної процедури, передбаченої статтею 29 закону, професори, які повинні входити до складу органу, що має здійснювати дисциплінарне провадження щодо професорів, обираються представниками науково-викладацького складу, які самі обираються всім науково-викладацьким складом всіх категорій, без того, щоб серед своїх суддів професори могли б мати представників, обраних за їх власним вибором.

26. Зважаючи, що, з іншого боку, незалежність науково-викладацького складу, іншого ніж професори, і свобода їхнього волевиявлення, з огляду на положення згаданих вище статті 55, передостання частина, і статті 56, частина 2, також ризикують бути поставленими під сумнів в рамках єдиного виборчого корпусу.

27. З огляду на те, що незалежність професорів, як і незалежність іншого науково-викладацького складу, вимагає для кожного з цих двох колективів такого представництва в радах університетської спільноти, яке б було належним та істинним.

28. Зважаючи, що немає необхідності досліджувати значення, що може мати «принцип представництва» в загальному сенсі, отже, частина 2 статті 39 та частина 2 статті 29 не відповідають Конституції.

І рівність і недискримінація мають негативне і позитивне значення. Негативне значення рівності полягає у забороні свавілля, свавільного застосування законів, що спричиняє несправедливість. Негативне значення недискримінації, натомість, полягає у забороні підтримування за допомогою правового регулювання соціальних стереотипів, соціальної несправедливості, упередженості, що історично склалися в суспільствах. Позитивне значення рівності полягає у забезпеченні врахування особливостей становища індивідів, наскільки не виправдано і можливо, для забезпечення реальної, тобто субстантивної рівності. Позитивне значення недискримінації полягає в прийнятті позитив-

них і спеціальних заходів для виправлення існуючих соціальних несправедливостей, усунення упередженостей і стереотипів¹⁹⁸. Це значення отримало назву «позитивна дискримінація» (фр. – *discrimination positive*, англ. – *positive discrimination*, нім. – *zulässige Diskriminierung*), доктрина «позитивної дії» (англ. – *affirmative action*)¹⁹⁹, а в українській конституційній практиці – заходів підтримчої дії²⁰⁰.

Для ілюстрації двох значень рівності, а також відмінності між рівністю і недискримінацією досить показовою є справа *Zoi Chatzi* Суду ЄС. У цій справі питання полягало у тому, чи має право мати, що народила двійню, на подвійний період відпустки для догляду за дитиною. З точки зору теорії недискримінації, відмова у врахуванні особливих потреб батьків близнюків була би повністю правомірною. Адже народження близнюків не відносяться до перелічених чи аналогічних ознак, заборонених принципом недискримінації. Навіть визначити критерій для порівняння становища батьків близнюків досить складно. Однак юридична кваліфікація ситуації батьків близнюків, з точки зору принципу рівності, веде до іншого результату: принцип рівності може бути порушеним, якщо національне законодавство не враховує особливих потреб батьків близнюків, визначаючи період відпустки для догляду за дитиною.

¹⁹⁸ Як стисло визначив Суд ЄС у справі *Commission v France*, позитивна дискримінація «спеціально і виключно спрямована на забезпечення можливості вжиття заходів, які хоча і дискримінаційні на перший погляд, але фактично спрямовані на усунення чи зменшення фактичних випадків нерівності, що можуть існувати в реаліях суспільного життя». *Case 312/86 Commission v France* [1988] ECR 6315, para. 15.

¹⁹⁹ Див. Gerapetritis G. *Affirmative Action Policies and Judicial Review Worldwide*. New York Dordrecht London: Springer, 2016. P. 2-3.

²⁰⁰ Див. абзац сьомий підпункту 2.5.1 пункту 2.5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 7 квітня 2021 року № 1-р(II)/2021.

Суд ЄС

Справа С-149/10

Zoi Chatzi v Ypourgos Oikonomikon

ECR 2010 I-08489

16 вересня 2010 року

1. *Запит на надання попереднього рішення стосується тлумачення статті 2.1 рамкової угоди щодо відпустки для догляду за дитиною, укладеної 14 грудня 1995 року (далі – «рамкова угода»), що викладена в додатку до Директиви Ради 96/34/ЄС від 3 червня 1996 року про рамкову угоду про відпустку для догляду за дитиною, укладену UNICE, CEEP та ETUC (OJ 1996 L 145, р. 4), зі змінами, внесеними Директивою Ради 97/75/ЄС від 15 грудня 1997 року (OJ 1998 L 10, р. 24) (далі – Директива 96/34).*

2. *Запит здійснений в рамках провадження між пані Чатзі та її працедавцем, Ypourgos Ikonotikon (Міністром фінансів) щодо рішення керівника Державного податкового офісу I, Салоніки (Греція), про відмову в наданні додаткової відпустки для догляду за дитиною з огляду на народження двійні.*

...

14. *Заявниця в основному провадженні, пані Чатзі, є державним службовцем у Державному податковому офісі I, Салоніки.*

15. *21 травня 2007 року вона народила двійню.*

16. *На її вимогу рішенням керівника Державного податкового офісу I, Салоніки, від 27 червня 2008 року їй було надано оплачувану відпустку для догляду за дитиною, починаючи з 20 вересня 2007 року, тривалістю дев'ять місяців.*

17. *У подальшому, 30 січня 2009 року, вона звернулася із заявою про надання другої оплачуваної відпустки тривалістю дев'ять місяців, починаючи з 1 березня 2009 року, стосовно другої дитини з двійні. У цьому їй було відмовлено рішенням керівника Державного податкового офісу I, Салоніки, від 24 травня 2009 року.*

18. *Пані Чатзі оскаржила це рішення до Адміністративного апеляційного суду Салонік.*

19. *У запиті суд, що звернувся за попереднім рішенням, вказує, що Державна*

Рада в 2008 році встановила, що народження державним службовцем одночасно декількох дітей не дає права на таку кількість відпусток для догляду за дитиною, що дорівнює кількості народжених дітей.

20. Суд, що звернувся, сумнівається, однак, щодо тлумачення, яке має бути надане Директиві 96/34 в світлі Хартії основоположних прав Європейського Союзу (далі – Хартія), яка набула юридичної сили з набуттям чинності Лісабонським договором 1 грудня 2009 року.

...

Принцип рівного ставлення

63. *Дотримання принципу рівного ставлення, який є одним із загальних принципів права Європейського Союзу і фундаментальний характер якого підтверджений в статті 20 Хартії основоположних прав, є особливо важливим під час імплементації права на відпустку для догляду за дитиною, оскільки це соціальне право також безпосередньо визнане як основоположне частиною 2 статті 33 Хартії.*

64. *Цей принцип вимагає, аби у порівняних ситуаціях не повинно бути відмінного ставлення, а у відмінних ситуаціях не повинно бути однакового ставлення, за винятком випадків, коли таке ставлення об'єктивно виправдане (див., серед іншого, Case C-164/07 Wood [2008] ECR I-4143, paragraph 13, та Sturgeon and Others, paragraph 48).*

65. *Комісія вважає, що батьки близнюків знаходяться у ситуації, подібній до ситуації батьків дітей, що мають незначну різницю у віці, оскільки всі вони виховують своїх дітей одночасно; тому перші повинні, як і другі, отримувати відпустки для догляду за дитиною окремо для кожної дитини.*

66. *Критерій порівняння, запропонований Комісією, підкреслює складність під час визначення групи осіб, з якими батьки близнюків можуть бути порівняні. Цей критерій ґрунтується на факторі, який складно обчислити, а саме факторі «незначної різниці у віці».*

67. *Більше того, хоча не можна заперечити, що завдання догляду за близнюками включає більше зусиль і тому не може бути порівняне з доглядом за однією дитиною, тим не менш, не слід відкидати той факт, що, оскільки близнюки ростуть і розвиваються одночасно, це включає певні синергії, і*

тому завдання догляду за ними не обов'язково є порівняним із завданням догляду за дітьми різного віку.

68. Тому, слід зробити висновок, що батьки близнюків знаходяться у особливій ситуації, яку слід взяти до уваги, в першу чергу, національному законодавцю під час запровадження заходів на імплементацію Директиви 96/34.

...

74. Саме національний суд, адже він має юрисдикцію оцінити факти справи, що ним розглядається, має встановити, чи надає сукупність національних норм достатню можливість забезпечити у цій конкретній справі особливі потреби батьків близнюків у їхній роботі та сімейному житті.

75. З огляду на викладені міркування, відповідь на друге питання полягає в тому, що стаття 2.1. рамкової угоди не може тлумачитися як така, що вимагає визнання права у випадку народження близнюків на таку кількість відпусток для догляду за дитиною, що відповідає кількості народжених дітей. Однак у поєднанні з принципом рівного ставлення це положення зобов'язує національного законодавця встановити такий режим відпусток для догляду за дитиною, який, відповідно до ситуації, що склалася у відповідній державі-члені, забезпечує те, що батьки близнюків отримують ставлення, що враховує їх особливі потреби. До обов'язків національних судів належить визначення того, чи дотримують національні норми цієї вимоги і, якщо необхідно, витлумачити такі національні норми, наскільки це можливо, відповідно до права Європейського Союзу.

Ця справа є досить показовою для ілюстрації відмінних підходів Суду ЄС і ЄСПЛ, адже Конвенція не містить загального права на рівність ані в статті 14, ані в статті 1 Протоколу № 12. Так, у подібній справі *Napotnik v. Romania* (2020) ЄСПЛ не визнав наявність дискримінації за статтею 1 Протоколу № 12 за умов, коли жінка, що обіймала консульську посаду, була достроково відкликана до своєї держави в наслідок вагітності. У цій справі Суд, визнавши наявність прямої дискримінації за ознакою статі²⁰¹, тим не менш визнав таку дискримінацію обґрунтованою:

82. Таким же чином Суд зазначає, що, хоча її умови праці змінилися в наслідок дострокового припинення її перебування на посаді закордоном, заявниця не була звільнена з роботи як дипломат в МЗС ... Така зміна обставин не може дорівнювати втраті роботи ...

²⁰¹ *Napotnik v. Romania* (2020), para. 76-77.

...

84. *Більше того, незважаючи на її тривалу відсутність, викликану відпусткою у зв'язку з вагітністю та догляду за дитиною, заявниця отримувала просування по службі, спершу в грудні 2007 року, коли вона була відсутня у зв'язку з першою вагітністю ... і знову в вересні 2016 року, близько року після повернення її до роботи. ... Відповідно, можна зробити висновок, що вона не зазнавала будь-яких суттєвих затримок у своїй дипломатичній кар'єрі.*

...

86. *У світлі встановленого вище Суд вважає доведеним, що дострокове припинення перебування заявниці на дипломатичній посаді закордоном було необхідним для забезпечення і підтримання функціональної здатності дипломатичної місії, в кінцевому підсумку, захисту прав інших. Незважаючи на вузьке поле розсуду, що визнається за національними органами влади, вони надали відповідні й достатні підстави для обґрунтування необхідності заходу.*

Згідно з обставинами справи, пані Напотнік була відкликана до Бухаресту менше ніж через два роки після призначення (строк призначення був 4 роки) після того, як стало відомо, що вона завагітніла вдруге. Висновок Суду, що заявниця «не зазнавала будь-яких суттєвих затримок у своїй дипломатичній кар'єрі» є досить спірним, адже, маючи малолітню дитину і будучи вагітною вдруге, вона мала особливі потреби, які мали бути враховані під час вирішення її справи. По-друге, забезпечення й підтримання функціональної здатності дипломатичної місії мало би відбутися без шкоди для становища заявниці, як це власне і було під час першої вагітності, коли МЗС Румунії відправив тимчасову заміну виконувати обов'язки заявниці.

Друга важлива відмінність між принципом рівності й недискримінацією полягає у суб'єктному характері: право на рівність перед законом і право на рівний захист законів охоплює відмінності, що стосуються індивіда. Так, наприклад, саме з рівності всіх перед законом походить принцип «один виборець – один голос» і вимога щодо рівного значення кожного голосу на виборах. У той же час недискримінація стосується ситуацій, коли розрізнення проводяться між групами індивідів. Іншими словами, право на рівність захищає рівну гідність і цінність окремої особи, безвідносно до його чи її соціального статусу чи ознак, а недискримінація захищає саме колективні права соціальних спільнот, як утворюваних дією закону, так і виокремлених соціальними стереотипами, упередженістю чи історичними несправедливостями. Оскаржувати порушення недискримінації можна, лише будучи частиною такої спільноти.

Верховний суд США

Reynolds v. Sims

377 U.S. 533 (1964)

15 червня 1964 року

Голова Суду суддя Уоррен оголосив позицію Суду.

У цих справах йдеться про одне оскарження і два зустрічних оскарження рішення федерального окружного суду Середнього округу Алабами, яким на підставі Положення федеральної Конституції про рівний захист були скасовані чинний і два законодавчі проекти розподілу місць в двох палатах Законодавчого органу Алабами і судовим наказом запроваджений тимчасовий план розподілу, що включає частини із запропонованих, але скасованих у судовому порядку, заходів.

I

26 серпня 1961 року позивачі в першій інстанції – резиденти, платники податків і виборці з графства Джефферсон, Алабама, – подали позов до окружного суду США в Середньому окрузі Алабами від власного імені та від імені всіх виборців Алабами, що знаходяться в подібному становищі, в якому оскаржили розподіл виборчих округів для виборів до Законодавчого органу Алабами. Відповідачами у цьому провадженні, що виступають у своїй представницькій якості, є різні посадові особи штату і політичних партій, які відповідають за виконання певних обов'язків, пов'язаних з виборами в штаті [виноска пропущена – авт.]. Позивачі оскаржували порушення прав, встановлених Конституцією Алабами та Положенням про рівний захист Чотирнадцятої поправки і аргументували, що окружний суд має юрисдикцію у цій справі згідно з Актом про громадянські права...

[...]

III

Основне питання під час встановлення того, чи становить схема розподілу виборчих округів штату обурливу дискримінацію, що порушує права, встановлені згідно з Положенням про рівний захист, полягає в тому, що такі права, порушення яких стверджується, є індивідуальни-

ми і особистими за своєю природою. Як вказав цей Суд у справі *United States v. Bathgate*, 246 U.S. 220, 227, «право голосувати є особистим ...»²⁰². Хоча результатом судового рішення у спорі щодо розподілу виборчих округів штату може стати вимога перегляду географічного розподілу місць у законодавчому органі штату, увага суду має бути зосереджена на визначенні того, чи мала місце будь-яка дискримінація певних громадян штату, яка становить недопустиме обмеження їх конституційно захищеного права обирати. Як і у справі *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, така справа «торкається чутливої і важливої сфери людських прав» і «стосується одного з основних громадянських прав людини», представляючи собою питання стверджуваних «огидних дискримінацій ... проти груп чи типів індивідів всупереч конституційної гарантії справедливих і рівних законів» 316 U.S., at 536, 541. Безсумнівно, право обирати є основоположним питанням у вільному і демократичному суспільстві. Особливо зважаючи на те, що право обирати у вільний і безперешкодний спосіб є гарантією інших основних громадянських і політичних прав, будь-яке стверджуване порушення права громадян голосувати повинно бути ретельно і прискіпливо досліджене. Близько століття тому в справі *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 цей Суд визначив «політичне право голосувати» як «фундаментальне політичне право, що є запорукою всіх інших прав» 118 U.S., at 370.

Законодавці представляють людей – не дерева або акри. Законодавці обираються виборцями – не фермами чи містами або економічними інтересами. Допоки в нас представницька форма урядування і наші законодавчі органи є тими інструментами урядування, що безпосередньо обираються і безпосередньо представляють народ, право обирати законодавців у вільний і безперешкодний спосіб є основою нашої політичної системи. Навряд чи можна заперечити, що конституційний позов був обґрунтований твердженням, що певні виборці, які за всіх інших обставин мають таке право, були повністю позбавлені можливості обирати представників свого законодавчого органу штату. І якщо, скажімо, штат визначив, що голоси громадян в одній частині штату мають у два рази, у п'ять разів чи в десять разів більшу вагу за голоси з іншої частини штату, навряд чи можна стверджувати, що право голосу тих, хто мешкає у таких знедолених місцевостях, не

²⁰² [виноска в тексті рішення] Як зазначив суддя Дуглас, права, порушення яких оскаржується у провадженні щодо схеми розподілу виборчих округів, є «особистими й індивідуальними» *South v. Peters*, 339 U.S., at 280, та «важливими політичними правами народу» *MacDougall v. Green*, 335 U.S. 281, 288. (розбіжна думка судді Дугласа).

було фактично розмите. Було б досить екстравагантно стверджувати, що штат може цілком конституційно приймати закони, згідно з якими певні виборці штату могли б голосувати двічі, п'ять разів чи десять разів на виборах до законодавчого органу, в той час як виборці з інших частин можуть голосувати лише один раз. І абсолютно немислимо, аби закон штату, за яким під час підрахунку голосів на виборах до законодавчого органу штату голоси громадян в одній частині штату зараховувалися двічі, п'ять разів чи десять разів, а голоси громадян з інших частин штату зараховувалися лише один раз, міг би бути визнаний конституційним. Звичайно, подібними є і наслідки схеми розподілу округів на виборах до законодавчого органу штату, за якою однакова кількість представників обирається неоднаковою кількістю виборців... Надання надмірної ваги та надмірного значення голосам тих, хто живе тут, має неодмінним наслідком розбавлення та недооцінки голосів тих, хто живе там. Така дискримінація тих індивідуальних виборців, що живуть у знедолених таким чином частинах штату, може легко бути доведена математично. Їх право голосу просто не є таким же як право голосу тих, хто живе у привілейованих частинах штату. Два, п'ять чи десять таких виборців мають проголосувати, аби вага їх голосування стала еквівалентною одному голосу їх привілейованого сусіда. Різна вага голосів громадян, незалежно від методу чи способу оцінки, лише в силу місця їх проживання, не може бути виправдана. Слід бути свідомим, що Конституція забороняє «як ускладнені, так і прості способи дискримінації». *Lane v. Wilson, 307 U.S. 268, 275; Gomillion v. Lightfoot, 364 U.S. 339, 342. ...*

[...]

IV

Ми проголошуємо, що як базовий конституційний стандарт Положення про рівний захист вимагає, щоб місця в обох палатах двопалатного законодавчого органу штату розподілялись на основі кількості населення. Просто кажучи, право голосу індивіда на виборах до законодавчого органу штату є порушеним у неконституційний спосіб, якщо вага такого голосу в суттєвий спосіб розмита у порівнянні з голосами громадян, що мешкають в інших частинах штату.

[...]

VI

Встановлюючи, що федеральною конституційною умовою є те, аби обидві палати законодавчого органу штату обиралися за округами, сформованими відповідно до кількості населення, ми маємо на увазі те, що Положення про рівний захист вимагає від штату чесного і добросовісного визначення виборчих округів для виборів до обох палат законодавчого органу, які б охоплювали приблизно однакову кількість населення, наскільки це є практично можливим. Ми розуміємо, що практично неможливо сформувати виборчі округи таким чином, аби кожен мав ідентичну кількість мешканців, або громадян, або виборців. Математична вірність чи точність навряд чи є практичною конституційною вимогою. ...

[...]

Співвідношення між правом на рівність і правом на недискримінацію визначається не тільки через функціонал групової чи індивідуальної категорії. Введення недискримінації в окрему юридичну конструкцію обумовлене також характеристиками предмета захисту, що впливає з переліку заборонених ознак дискримінації.

Палата лордів Великої Британії*R (On The Application of RJM) (FC) v. Secretary of State For Work and Pensions*

[2008] UKHL 63

22 жовтня 2008 року

[...]

Лорд Уолкер оф Гестінгторп

[...]

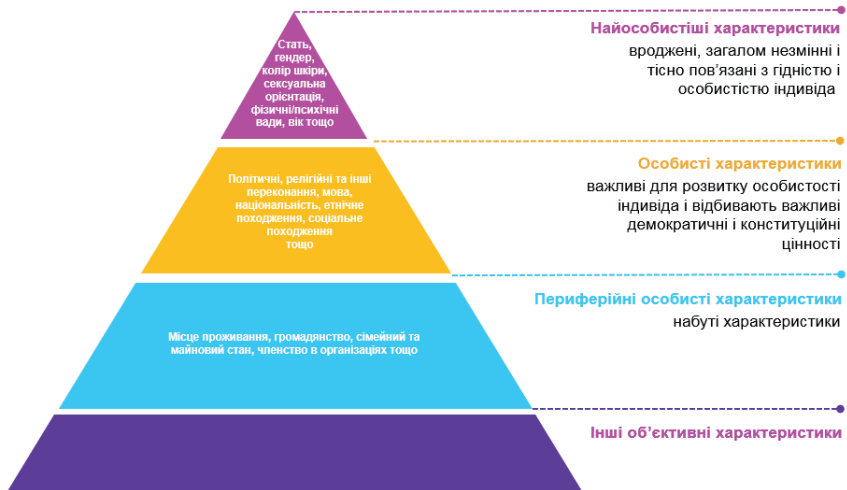
5. Інше питання, яке я хотів би прокоментувати, стосується формулювання «особисті характеристики», використане Європейським судом з прав людини у рішенні *Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen v Denmark (1976) 1 EHRR 711*, і повторене у деяких пізніших справах. «Особисті характеристики» не є точним виразом і, на мою думку, бінарний підхід до його розуміння є недоречним. «Особисті характеристики» схожі на серію концентричних кіл. Найособистіші характеристики включають ті, що є вродженими, загалом незмінними і тісно пов'язаними з особистістю індивіда: гендер, сексуальна орієнтація, колір шкіри, волосся і очей, вроджені вади. Національність, мова, релігія і політичні погляди можуть бути майже вродженими (залежно від сімейних обставин при народженні) або можуть бути набутими (хоча деякі релігії не схвалюють ані відступників, ані навернених); однак всі такі ознаки вважаються важливими для розвитку особистості індивіда (вони відбивають, як можна сказати, важливі цінності, що захищаються статтями 8, 9 та 10 Конвенції). Інші набуті характеристики знаходяться далі у цих концентричних колах; вони стосуються швидше того, що люди роблять або того, що з ними відбувається, аніж того, хто вони є; але вони також підпадають під дію статті 14 (лорд Нойбергер наводить такі приклади: статус військового, місце проживання чи доміцилій і колишня робота на КДБ). Як і він, я би включив безпритульність у цій перелік, незалежно від того чи вважається вона питанням вибору (часто це є наслідком поєднання декількох лих, що трапляються з особою і з якими він чи вона не можуть більше впоратись). Чим більш периферійною чи спірною є будь-яка із запропонованих ознак, тим менш імовірно, що вона належатиме до найбільш чутливої сфери, дискримінацію у якій особливо важко виправдати ...

[...]

Ця візуалізація лорда Уолкера є дуже доречною для розмежування власне не-дискримінації і рівності. Більше того, вона дозволяє схематично окреслити різні юридичні стандарти, що застосовуються до оцінки правомірності стверджуваних

Розділ II. ТЕОРІЯ РІВНОСТІ

розрізень. Розрізнення за ознаками, які становлять найособистіші характеристики (стать, гендер, колір шкіри, фізичні властивості, сексуальна орієнтація, фізичні/психічні вади, вік тощо), що є вродженими, загалом незмінними і тісно пов'язаними з гідністю і особистістю індивіда вимагають найжорсткішого судового контролю. Саме розрізнення за такими характеристиками є вже «підозрілим» в конституційному сенсі. Суміжними з цими ознаками є особисті характеристики, що є важливими для вільного розвитку особистості в демократичному суспільстві (політичні, релігійні та інші переконання, мова, національність, етнічне походження, соціальне походження тощо). Ці характеристики також відбивають важливі конституційні цінності (свобода вираження поглядів, релігійна свобода, право на повагу приватного життя, вільний розвиток особистості тощо). Далі йдуть периферійні особисті характеристики, набуті індивідом у процесі розвитку своєї особистості і соціальної діяльності (наприклад, місце проживання, громадянство, сімейний та майновий стан, членство в організаціях тощо). Ці три групи ознак вимагають застосування недискримінації як *lex specialis*, в той час як інші об'єктивні характеристики індивіда, включаючи особливі потреби, підпадають під дію загального права на рівність перед законом, рівного захисту законів і рівних переваг закону.



Таке розмежування сфери дії права на рівність і права на недискримінацію знову повертає нас до позитивного значення недискримінації, що полягає в прийнятті спеціальних заходів для виправлення існуючих соціальних несправедливостей, усунення упередженостей і стереотипів (заходів підтримчої дії), які формально суперечать вимозі рівності, але потрібні для забезпечення умов фактичної рівності у суспільстві.

Верховний суд Канади

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)

[1999] 2 SCR 203

20 травня 1999 року

Рішення проголошено суддями Маклохлін та Бастараш

[...]

3. *Вузьке питання, порушене в цьому оскарженні, полягає в тому, чи є позбавлення членів індіанського племені, що не мешкають в резервації, права голосу в племінних виборах згідно зі статтею 77(1) Акту про індіанців (Indian Act, R.S.C., 1985, с. I-5) несумісним зі статтею 15(1) Канадської хартії прав і свобод. Немає потреби описувати етапи аналізу за статтею 15(1). Вони були викладені з великою точністю суддею Якобуччі у справі *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.*

4. *Перший етап полягає у визначенні того, чи встановлює оскаржуваний закон розрізнення, що позбавляє рівних переваг чи покладає нерівний тягар. Позбавлення членів племені, що мешкають поза резервацією, привілеїв обирати органи племінного управління згідно з Актом про індіанців відповідає цьому критерію.*

5. *Наступним етапом є встановлення того, чи є розрізнення дискримінаційним. Першим кроком при цьому є аналіз того, чи встановлене розрізнення за переліченою ознакою чи ознакою аналогічною їй. Відповідь на це питання слід шукати, розглядаючи загальну мету статті 15(1), тобто попередження порушення людської гідності через встановлення обмежень, що ґрунтуються на стереотипах та соціальній упередженості, та сприяння утвердженню суспільства, в якому всі особи вважаються вартими поваги й уваги.*

6. *Ми погоджуємося із суддею Л'Орью-Дюбе, що аборигенна резидентність (статус члена племені, що мешкає поза резервацією) становить ознаку дискримінації, що аналогічна переліченим ознакам [статті 15(1) Хартії]. Однак ми хотіли би прокоментувати два питання: (1) позицію, пропоновану деякими, що одна й та ж сама ознака може бути аналогічною, але може й не бути такою, залежно від обставин та (2) критерій визначення аналогічних ознак.*

7. *Перелічені ознаки слугують законодавчими маркерами підозрілих ознак, пов'язаних зі стереотипними дискримінаційними рішеннями. Вони є юридичним виразом загальних характеристик, а не контекстуального, заснованого на фактах висновку щодо існування дискримінації у конкретній справі. Самі по собі перелічені ознаки слід відрізняти від висновку про існування дискримінації у конкретній справі. Оскільки перелічені ознаки лише вказують на підозрілі ознаки розрізнення, то з цього слідує, що рішення, прийняті за такими ознаками, не завжди є дискримінаційними; якби це було не так, то не було б необхідним здійснювати окремий розгляд дискримінації на третьому етапі нашого аналізу, що був визначений в рішенні у справі Law, наведеному вище, викладеному суддею Якобуччі.*

8. *Те ж саме стосується ознак, визнаних судами як «аналогічних» ознакам, переліченим в статті 15. Визнати, що ознака розрізнення є аналогічною ознакою, означає просто ідентифікувати тип рішення, що є підозрілим, оскільки воно веде до дискримінації і відмови у субстантивній рівності. Як і розрізнення за переліченими ознаками, розрізнення, запроваджені за аналогічними ознаками, можуть також не бути дискримінаційними. Але це не означає, що вони не є аналогічними ознаками або що вони є аналогічними лише за певних обставин. Таким же чином, як ми ніколи не говоримо про перелічені ознаки як такі, що існують за певних обставин, але не за інших, ми не повинні говорити про аналогічні ознаки як про такі, що існують за певних обставин, але не за інших. Перелічені й аналогічні ознаки становлять постійні маркери підозрілих рішень чи потенційної дискримінації. Варіативним є лише те, що вони становлять дискримінацію за конкретних обставин справи.*

9. *Ми тому не погоджуємося з позицією, що маркер дискримінації може змінюватись у різних справах залежно від оскаржуваного урядового заходу. Нам здається, що не ознака змінюється залежно від обставин справи, а визначення того, чи становить дискримінацію розрізнення на основі конституційно вказаної ознаки. Стаття завжди буде такою ознакою, хоча законодавчі розрізнення за ознакою статі не завжди можуть бути дискримінаційними. Справа R. v. Turpin, [1989] 1 S.C.R. 1296, вказує, що місце проживання може бути аналогічною ознакою за певного контексту. Однак, виходячи з синтезу минулих справ, викладеному в рішенні у справі Law, наведеному вище, зараз найімовірніше той самий результат – відхилення позову – буде наслідком невизнання або наявності аналогічної ознаки або дискримінації, що фактично стосується основоположної людської гідності.*

10. Якщо намір судді Л'Орьо-Дюбе за пропонування такого обґрунтування полягає у підтвердженні контекстуальної залежності перелічених й аналогічних ознак, то ми, зі всією повагою, не погоджуємось. Якщо місце проживання представників аборигенних народів є аналогічною ознакою (і ми погоджуємося із суддею Л'Орьо-Дюбе, що так воно і є), то воно має завжди розглядатися як постійний маркер потенційної законодавчої дискримінації, незалежно від того, чи оскаржується урядова система податкового кредиту, право голосу чи пенсійна схема. Коли це питання з'ясоване, аналіз далі переходить до третього етапу, а саме, чи становить розрізнення через мету чи вплив дискримінацію з огляду на факти у справі.

11. Дотримання аналітичної відмінності, сформульованої в рішенні у справі Law, згаданому вище, між переліченими або аналогічними ознаками й третім етапом контекстуального аналізу дискримінації має декілька переваг. Обидва етапи стосуються дискримінації і порушення презумпції рівної гідності й цінності кожної людської істоти. Але це питання вони розглядають з різних перспектив. Аналогічні ознаки слугують юриспруденційним маркером для визначення підозрілих розрізень. Їх концептуальна роль полягає в ідентифікації тих категорій позовів, що підпадають під дію статті 15. Відсіюючи інші справи, вони попереджають розмивання змісту гарантії рівності в статті 15 і сприяють ефективному використанню ресурсів судової системи. І вони дозволяють розвинути з часом концептуальну судову практику щодо тих видів розрізень, що підпадають під дію гарантії статті 15, але не закривають перспективу нових справ щодо дискримінації. Коли розрізнення за переліченими або аналогічними ознаками встановлене, настає черга контекстуального аналізу на основі конкретних фактів справи щодо того, чи становить таке розрізнення дискримінацію в контексті конкретної справи.

12. Наше друге застереження стосується способу, в який нові аналогічні ознаки можуть бути визначені. На нашу думку, слід уникати змішання другого і третього етапів аналізу, запропонованого рішенням у справі Law. Вочевидь, стандарт справи Law спрямований на визначення низки керівних настанов, а не формалістичної гамівної сорочки, але другий і третій етапи залишаються, безумовно, відмінними: перший досліджує питання, чи встановлене розрізнення за переліченими або аналогічними ознаками, а другий – чи становить таке розрізнення, у світлі фактів конкретної справи, порушення статті 15. Ствердні відповіді на обидва питання є передумовою для визнання обґрунтованості конституційного позову.

13. Якими ж є критерії для ідентифікації ознаки розрізнення як аналогічної? Очевидною відповіддю є те, що ми шукаємо ознаки розрізнення, які є аналогічними чи подібними до ознак, перелічених в статті 15 – раса, національне чи етнічне походження, колір, релігія, стать, вік, психічні чи фізичні вади. Як нам видається, всі ці ознаки мають спільним те, що вони слугують основою для стереотипних рішень, що приймаються не на основі заслуг, а на основі особистісних характеристик, що не можуть бути змінені або зміна яких може відбутися за неприйнятною ціною для особистості ідентичності. Це означає, що головна увага у разі ідентифікації аналогічних ознак під час другого етапу аналізу за стандартом справи *Law*, приділяється виявленню ознак, що базуються на характеристиках, які не можуть бути змінені або вимога щодо зміни яких не може бути виправдана жодним легітимним інтересом уряду, для користування рівним ставленням згідно із законом. Іншими словами, стаття 15 сфокусована на відмові у рівному ставленні за ознаками, що є фактично незмінними, як, наприклад, раса, або конструктивно незмінними, як, наприклад, релігія. Інші фактори, встановлені у справі як пов'язані з переліченими й аналогічними ознаками, як наприклад, той факт, що рішення негативно впливає на розпорошену й відокремлену меншину чи групу, що історично зазнавала дискримінації, можуть вважатися такими, що впливають з центральної концепції незмінних чи конструктивно незмінних характеристик, що так часто використовуються як неправомірні й принизливі замітники прийняття рішень на основі заслуг.

Саме наявність розрізнення за особистими ознаками є необхідною умовою для застосування жорстких стандартів судового контролю за правом на недискримінацію. Але не тільки. Негативне значення дискримінації також вимагає оцінки впливу оскаржуваного заходу. Аналіз положення про недискримінацію у контексті як його негативного, так і позитивного значення зосереджений на оцінці становища індивіда чи ставлення до нього з точки зору того, чи є таке становище чи ставлення менш сприятливим. Відмінність у поводженні сама по собі може бути «підозрілою», як зазначалося, лише якщо ґрунтується на ознаці, що становить одну з найособистіших характеристик.

**Верховний Суд у складі колегії суддів
Касаційного адміністративного суду
Постанова у справі № 620/536/19
20 квітня 2021 року**

[Позивачка у цій справі була суддею у відставці з 2004 року. У грудні 2018 року вона звернулась до Апеляційного суду Чернігівської області із заявою про перерахунок стажу роботи, доплати за вислугу років та видачу довідки для подання до Пенсійного фонду для перерахунку щомісячного довічного грошового утримання судді у відставці. У цій заяві позивач із посиланням на нову редакцію статті 137 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» зазначила, що під час розрахунку її стажу судді, який дає право на відставку та отримання щомісячного довічного утримання судді у відставці, розрахунку суддівської винагороди судді, який працює на відповідній посаді, для перерахування щомісячного довічного грошового утримання судді у відставці необхідно враховувати стаж роботи адвокатом Чернігівської обласної колегії адвокатів. У цьому їй було відмовлено.

В обґрунтування позовних вимог позивач зазначила, що з 06.08.2018 у неї виникло право на зарахування до стажу роботи на посаді судді стажу роботи адвокатом Чернігівської обласної колегії адвокатів. Однак, звернувшись до відповідача із відповідною заявою в грудні 2018 року, позивач отримала відмову з посиланням на те, що редакція статті 137 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» №1402-VIII від 02.06.2016 (далі також – Закон №1402-VIII, в редакції, чинній на момент виникнення спірних правовідносин) набрала чинності після виходу заявника на пенсію. Такі дії відповідача, на думку позивача, є протиправними та дискримінаційними.]

...

VI. ВИСНОВКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ

...

36. *Щодо доводів позивача про застосування до неї дискримінаційного підходу колегія суддів зазначає наступне.*

37. *Гарантована Конституцією України рівність усіх у правах і свободах означає необхідність забезпечення рівних правових можливостей як матеріального, так і процесуального характеру для реалізації однакових за змістом та обсягом прав і свобод.*

38. *Відповідно до частини першої статті 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» суди при розгляд справи застосовують Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та практику Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) як джерело права.*

39. *Статтею 14 Конвенції визначено, що користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою.*

40. *Згідно з практикою ЄСПЛ дискримінація означає поведінку з особами в різний спосіб, без об'єктивного та розумного обґрунтування, у відносно схожих ситуаціях. Відмінність у ставленні є дискримінаційною, якщо вона не має об'єктивного та розумного обґрунтування, іншими словами, якщо вона не переслідує легітимну мету або якщо немає розумного співвідношення між застосованими засобами та переслідуваною ціллю (рішення від 07.11.2013 у справі «Пічкур проти України», параграфи 48-49, Заява № 10441/06).*

41. *Аналогічний підхід у своїх рішеннях застосовує і Конституційний Суд України, вказуючи на те, що мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими. У протилежному разі встановлення обмежень означало б дискримінацію (абзац сьомий пункту 4.1 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 07.07.2004 № 14-рп/2004).*

42. *Згідно з пунктом 2 частини першої статті 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» (тут і далі та-*

кож – в редакції, чинній на момент виникнення спірних правовідносин) дискримінація – ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними.

43. З огляду на наведене, колегія суддів констатує, що дискримінація має місце лише тоді, коли порушення прав відбувається з причини певної персональної ознаки особи.

44. Відповідно до частини третьої статті 6 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», не вважаються дискримінацією дії, які не обмежують права та свободи інших осіб і не створюють перешкод для їх реалізації, а також не надають необґрунтованих переваг особам та/або групам осіб за їх певними ознаками, стосовно яких застосовуються позитивні дії, а саме: спеціальний захист з боку держави окремих категорій осіб, які потребують такого захисту; здійснення заходів, спрямованих на збереження ідентичності окремих груп осіб, якщо такі заходи є необхідними; надання пільг та компенсацій окремим категоріям осіб у випадках, передбачених законом; встановлення державних соціальних гарантій окремим категоріям громадян; особливі вимоги, передбачені законом, щодо реалізації окремих прав осіб.

45. Системний аналіз наведених вище положень дає змогу дійти висновку, що, відповідно до Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», дискримінація означає поведінку з особами у різний спосіб, без об'єктивного та розумного обґрунтування, у відносно схожих ситуаціях, а також в однаковий спосіб до осіб, які перебувають у ситуаціях, що істотно відрізняються.

46. У касаційній своїй скарзі позивач зазначає, що вбачає дискримінацію у застосуванні, на її думку, неоднакового підходу до застосування однієї і тієї ж норми закону. При цьому, позивачем не обґрунтовано

факту наявності щодо неї дискримінації, а саме щодо наявності в неї певної ознаки, у тому значенні, яке використовується у Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні».

47. Зважаючи на наведене, колегія суддів вважає, що у даному випадку має місце припущення позивача про обмеження її прав, яке не можна пов'язувати з дискримінацією.

Критерій перелічених чи аналогічних ознак є визначальним у всій конструкції заборони дискримінації. Тому неналежна увага до них може вести до помилкових і несправедливих рішень. Прикладом цього може бути позиція українського Верховного Суду, викладена у справі № 640/7879/19²⁰³. У цій справі позивачка є мамою малолітньої дитини, яка відвідує молодшу групу дошкільного навчального закладу. Дитина страждає на лактазну недостатність і тому має дотримуватись безлактозної дієти (виключити молочні страви). З причини відсутності відповідного харчування, позивачка вимушена не приводити дитину на сніданок, залишати не на повний день, однак все одно, зокрема з причини використання молочних продуктів у немолочній продукції (для прикладу – картопляне пюре), дочка позивачки має проблеми зі здоров'ям. Позивачка оскаржила бездіяльність Кабінету Міністрів України та Міністерства охорони здоров'я України щодо невжиття заходів для розроблення норм заміни продуктів за енергоцінністю у дошкільних навчальних закладах для дітей з лактозою недостатністю. Позивачка просила також визнати протиправним Додаток № 8 «Норми заміни продуктів за енергоцінністю» до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження норм харчування у навчальних та дитячих закладах оздоровлення та відпочинку» від 22 листопада 2004 року № 1591 в частині відсутності заміників молочних та глютенівмісних продуктів, та зобов'язати Кабінет Міністрів України внести зміни до Додатку №8 до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження норм харчування у навчальних та дитячих закладах оздоровлення та відпочинку» в частині встановлення продуктів-замінників для молочних та глютенівмісних продуктів.

Суди нижчих інстанцій визнали бездіяльність Міністерства охорони здоров'я України протиправною та зобов'язали його вжити заходів для розроблення норм заміни продуктів за енергоцінністю у дошкільних навчальних закладах для дітей з лактозою недостатністю. Однак, відмовляючи у задоволенні по-

²⁰³ Постанова Верховного Суду від 29.10.2020 № 640/7879/19. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/92509505>

зовних вимог про визнання протиправним Додатку №8, суди виходили з того, що не наявність Додатку №8 в його чинній редакції є протиправним, а відсутність нормативного врегулювання харчування у дошкільних навчальних закладах дітей із лактазною недостатністю породжують спірні правовідносини. За позицією судів попередніх інстанцій, нормативна неврегульованість відповідного питання не породжує дискримінацію дітей за станом здоров'я, оскільки жодним чином не звужує права дітей на відвідування дошкільного навчального закладу чи харчування у ньому. Нормативне врегулювання спірного питання, навпаки, створюватиме особливі умови для дітей, що мають лактазну недостатність, як спеціальний захист з боку держави окремих категорій осіб.

Вирішуючи цю справу, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду вказав:

76. У цій справі, як встановлено судами попередніх інстанцій та підтверджено заявником у касаційній скарзі, факт дискримінаційного поводження з донькою позивача доводиться на підставі того, що КМУ не було затверджено норм продуктів-замінників, які б можна було вживати особам з лактазною недостатністю.

77. Тобто, фактично доводи касаційної скарги зводяться до того, що Державою в особі КМУ не надано додаткових гарантій особам з лактазною недостатністю в частині реалізації їх права на здорове харчування.

78. При цьому на законодавчому рівні затверджено норми заміни продуктів за енергоцінністю, які є загальними для всіх груп осіб, що навчаються у навчальних та дитячих закладах оздоровлення та відпочинку, та визначені Додатком № 8 до Постанови № 1591. Інші особи, які навчаються у навчальних та дитячих закладах та мають лактазну недостатність, також отримують харчування згідно з Додатком № 8 до Постанови 1591, отже, дискримінаційний підхід до доньки позивача у порівнянні з іншими особами, які перебувають в аналогічних чи відносно подібних ситуаціях, відсутній.

79. Верховний Суд зазначає, що Конвенція, хоча й не виключає соціально-економічну природу особистих та політичних прав, які перебувають під її захистом, тим не менше не покладає конкретні обов'язки

щодо запровадження певних пільг, виплат, соціальної допомоги різним уразливим групам суспільства, залишаючи їх види та розмір на розсуд держави.

80. Отже, Верховний Суд погоджується з висновками судів попередніх інстанцій, що нормативна неврегульованість відповідного питання не породжує дискримінацію дітей за станом здоров'я, оскільки жодним чином не звужує права дітей на відвідування дошкільного навчального закладу чи харчування у ньому. Нормативне врегулювання спірного питання навпаки створюватиме особливі умови для дітей, що мають лактазну недостатність, як спеціальний захист з боку держави і додаткові гарантії, надані окремою категорією осіб, що є додатковим позитивним обов'язком Держави щодо таких осіб.

У чому помилка Верховного Суду в цій справі? По-перше, ця справа належить до категорії справ, що лежать на межі між правом на рівність і правом на недискримінацію. Вона може розглядатися одночасно як така, що порушує питання дотримання права на рівність та права на недискримінацію. По-друге, ця справа містить цікаві питання непрямой дискримінації / нерівності.

Діагноз «лактазна недостатність» вже вказує на існування спеціальних потреб у дитини. Це вимагає застосування аналізу за правом на рівність. Верховний Суд послався на позицію Конституційного Суду, викладену у рішенні від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004, в якому Конституційний Суд розглядав саме право на рівність²⁰⁴. Хоча у цій частині рішення КСУ йшлося про встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі, а не про вплив формально нейтральних законодавчих заходів і класифікацій, не викликає сумнівів, що ця позиція може *mutatis mutandis* застосовуватись у цій справі. Наявні відмінності у фактичному становищі є наслідком застосування формально нейтральних законодавчих положень. Однак принцип рівності й пов'язане з цим право на рівність зобов'язують органи державної влади встановити таке правове регулювання організації харчування дітей у дошкільних навчальних закладах, яке забезпечувало б, щоб діти, які мають особливі потреби в хар-

²⁰⁴ Відповідна позиція КСУ була викладена таким чином:

«Однак мета встановлення певних відмінностей (вимог) у правовому статусі працівників повинна бути істотною, а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими. У протилежному разі встановлення обмежень на зайняття посади означало б дискримінацію».

Абзац 7 пункту 4.1 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004

чуванні в силу особистих характеристик і в наслідок об'єктивних обставин, в яких вони знаходяться, отримували ставлення, що враховує такі їхні особливі потреби. До обов'язків судів, таким чином, належить визначення того, чи дотримують національні норми цієї вимоги. Обставини справи вказують, що ані КМУ, ані Міністерство охорони здоров'я України не дотримали цієї конституційної вимоги.

З іншого боку, ознака вродженого або набутого патологічного стану, яким є лактазна недостатність, може розглядатися як «інша ознака» в сенсі частини другої статті 24 Конституції України та пункту 2 частини першої статті 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» від 06 вересня 2012 року № 5207-VI або як «певна персональна ознака» в сенсі практики Верховного Суду²⁰⁵, оскільки така ознака є вродженою і загалом незмінною. Ситуація, в якій опинилася дитина позивачки у цій справі внаслідок реалізації чи застосування формально нейтральних правових норм, характеризується менш сприятливими умовами порівняно з іншими дітьми. Натомість Верховний Суд у цій справі порівнював ситуацію дитини з ситуаціями інших дітей, які навчаються у навчальних та дитячих закладах та мають лактазну недостатність і також отримують харчування згідно з Додатком № 8 до Постанови 1591. На цій алогічній підставі (адже порівнювати слід з ситуацією дітей, які перебувають в аналогічних чи відносно подібних ситуаціях, але не мають лактозної недостатності) Верховний Суд зробив висновок про відсутність дискримінаційного підходу до доньки позивачки.

Іншою справою, яка також може слугувати ілюстрацією важливості належної юридичної кваліфікації ситуації під час застосування рівності й недискримінації є справа № 492/446/15-а Верховного Суду. У цій справі позивачка оскаржувала припинення виплати раніше призначеної пенсії за вислугу років у зв'язку з відсутністю необхідного стажу роботи, який дає право на пенсію за вислугу років. У 2011 році позивачці було призначено пенсію за вислугу років з урахуванням загального стажу роботи 31 рік 1 місяць 5 днів, з якого спеціальний стаж працівника охорони здоров'я – 27 років 10 місяців 26 днів. У 2015 році виплату раніше призначеної пенсії за вислугу років було припинено, оскільки позивачка у в 2001–2006 роках працювала в аптечному кіоску фізичної особи-підприємця (далі – ФОП), який не відноситься до Переліку закладів охорони здоров'я, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 28 жовтня 2002 року № 385. Позивачка оскаржила рішення Пенсійного фонду України про припинення виплати пенсії за вислугу років.

²⁰⁵ Див. Постанова Великої Палати Верховного суду від 10 грудня 2020 року, провадження № 11-93cap20; Постанова Великої Палати Верховного суду від 1 квітня 2020 року, справа № 804/2823/16

Велика Палата Верховного Суду
Постанова у справі № 492/446/15-а
29 серпня 2018 року

[...]

Дискримінація – це ситуація, за якої особа та/або група осіб за їх ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, віку, інвалідності, етнічного та соціального походження, громадянства, сімейного та майнового стану, місця проживання, мовними або іншими ознаками, які були, є та можуть бути дійсними або припущеними, зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, встановленій цим Законом, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними (пункт 2 частини першої статті 1 Закону України від 6 вересня 2012 року № 5207-VI «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»).

*Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) указує на те, що дискримінація означає поводження з особами у різний спосіб без об'єктивного та розумного обґрунтування у відносно схожих ситуаціях (див. *mutatis mutandis* рішення від 11 червня 2002 року у справі «Вілліс проти Сполученого Королівства», заява № 36042/97, пункт 48).*

У рішенні від 7 листопада 2013 року у справі «Пічкур проти України» (заява № 10441/06) ЄСПЛ, з посиланням на свою попередню практику, зазначив, що стаття 14 Конвенції доповнює інші основні положення Конвенції та протоколів до неї. Вона не існує незалежно, оскільки застосовується лише щодо «користування правами та свободами», що гарантуються цими основними положеннями. Застосування статті 14 Конвенції необов'язково означає порушення одного з матеріальних прав, гарантованих Конвенцією. Необхідно, але й також достатньо, щоб обставини справи входили «до сфери застосування» однієї або більше статей Конвенції (пункт 39 вказаного рішення).

Таким чином, заборона дискримінації за статтею 14 Конвенції поширюється за межі використання прав та свобод, гарантування яких кожною державою вимагається Конвенцією та протоколами до неї.

Вона також застосовується до тих додаткових прав, що входять до загальної сфери застосування будь-якої статті Конвенції, які держави добровільно вирішили гарантувати пункт 40 зазначеного рішення).

Якщо в державі є чинне законодавство, яким передбачене право на соціальні виплати, обумовлені або не обумовлені попередньою сплатою внесків, це законодавство має вважатися таким, що породжує майновий інтерес, який підпадає під дію статті 1 Першого протоколу до Конвенції, для осіб, що відповідають вимогам такого законодавства (пункт 41 вказаного рішення).

У справах щодо скарг за статтею 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого протоколу до Конвенції на те, що заявника частково або повністю позбавили певної матеріальної допомоги на дискримінаційній підставі, що охоплюється статтею 14 Конвенції, відповідним методом перевірки є з'ясування тієї обставини, чи мав би право заявник на отримання відповідної матеріальної допомоги за національним законодавством за умови існування права, щодо якого він скаржитися. Хоч Перший протокол і не включає в себе право на отримання будь-яких видів виплат із соціального страхування, але якщо держава вирішує створити механізм соціальних виплат, вона повинна зробити це у спосіб, що відповідає статті 14 (пункт 42 зазначеного рішення).

Велика Палата Верховного Суду вважає застосовною до ситуації позивачки статтю 14 Конвенції у зв'язку зі статтею 1 Першого протоколу до Конвенції.

Правовий висновок, викладений у постанові Верховного Суду України від 17 вересня 2013 року в справі № 21-241а13, ґрунтувався на приписах статті 16 Закону № 2108-XII та пункту 2 Порядку акредитації, відповідно до яких аптека офіційно набувала статусу закладу охорони здоров'я на підставі державної акредитації.

Проте, як уже було зазначено вище, Законом України від 9 квітня 2015 року № 326-VIII «Про внесення зміни до статті 16 Основ законодавства України про охорону здоров'я», що набрав чинності 14 травня 2015 року та введений у дію 13 червня 2015 року, статтю 16 Закону № 2108-XII доповнено положенням про те, що аптечні заклади не підлягають

обов'язковій акредитації. Акредитація таких закладів може здійснюватися на добровільних засадах.

На виконання цього Закону Кабінет Міністрів України постановою від 11 листопада 2015 року № 921 вніс зміни до абзацу першого пункту 2 Порядку акредитації, вказавши, що акредитації підлягають усі заклади охорони здоров'я незалежно від форми власності, крім аптечних, акредитація яких може здійснюватися на добровільних засадах.

Відтак з 13 червня 2015 року законодавство України покращило становище для всіх осіб, які працюють в аптечних закладах на посадах, що дають право на призначення пенсії за вислугу років на пільгових умовах, незалежно від наявності державної акредитації такого закладу, і з цього дня стаж роботи на відповідних посадах зараховується до спеціального стажу, необхідного для призначення такої пенсії.

Управління ПФУ припинило виплату позивачці раніше призначеної пенсії за вислугу років у зв'язку з відсутністю необхідного стажу роботи (25 років), який дає право на пенсію за вислугу років, оскільки позивачка у період з 29 грудня 2001 року по 30 грудня 2006 року працювала у належному ФОП аптечному кіоску, який державної акредитації не проходив.

Велика Палата Верховного Суду вважає цю ситуацію подібною до ситуації аптечних закладів, які з 13 червня 2015 року не проходили державну акредитацію і працівники яких, незважаючи на відсутність такої акредитації, отримали право на включення стажу роботи у цих закладах до стажу, який дає право на пенсію за вислугу років. Віднесення стажу роботи до спеціального, який дає право на пенсію за вислугу років, лише за ознакою наявності державної акредитації аптечного закладу, яка з 13 червня 2015 року стала добровільною, має дискримінаційний характер, оскільки без об'єктивного та розумного обґрунтування передбачає поведження у різний спосіб з особами, які перебувають у відносно схожих ситуаціях, – працювали чи працюють в неакредитованих аптечних закладах.

Тому незарахування позивачці до спеціального стажу періоду її роботи з 29 грудня 2001 року по 30 грудня 2006 року в належному ФОП аптечному кіоску, який державної акредитації не проходив, і зарахування іншим особам до такого спеціального стажу періоду їх роботи в аптечних закладах, які з 13 червня 2015 року не мають державної акредитації,

буде виявом дискримінаційного ставлення держави до осіб, які перебувають у подібній ситуації. Об'єктивного та розумного обґрунтування різниці в ставленні до цих людей, з огляду на вищевказані зміни до законодавства, що, по суті, покращили становище позивачки й інших осіб, які до 13 червня 2015 року працювали у неакредитованих аптечних закладах, немає. А наслідком такого різного поводження є порушення заборони дискримінації у зв'язку з реалізацією права на мирне володіння майном – призначеною пенсією за вислугу років.

[...]

Ця справа цікава тим, як Верховний Суд кваліфікував обставини справи. Суд визнав застосовною до ситуації позивачки статтю 14 Конвенції у зв'язку зі статтею 1 Першого протоколу до Конвенції. Щодо цього висновку й обґрунтування, що навів Суд, постає питання, чи правильною є кваліфікація ознаки наявності державної акредитації аптечного закладу як «іншої ознаки» в сенсі статті 14 Конвенції? Якщо розглядати цю справу з точки зору права на рівність перед законом, аналіз, проведений Верховним Судом, є обґрунтованим і доречним, адже йдеться про інші характеристики, що не можуть бути змінені, а рішення Пенсійного фонду без об'єктивного та розумного обґрунтування встановлює поводження у різний спосіб з особами, які перебувають у відносно схожих ситуаціях, – працювали чи працюють в неакредитованих аптечних закладах.

Для застосування права на недискримінацію необхідним є такий елемент, як наявність особистих характеристик («таких, що можуть бути ідентифіковані», «об'єктивних» чи «особистих» ознак або «статусу», за якими проводиться розрізнення між особами чи групами осіб)²⁰⁶. Так у справі ЄСПЛ *Peterka v. Czech Republic*, заявник звернувся із заявою про призначення йому пенсії за віком, зазначивши, що має намір продовжити працювати за безстроковим трудовим контрактом. Органи пенсійного забезпечення погодились, що у заявника виникло право на отримання пенсії за віком, але вказали, що в силу його подальшої праці за безстроковим трудовим контрактом, він не відповідає всім законодавчим вимогам для отримання такої пенсії. В ЄСПЛ заявник стверджував порушення права на недискримінацію за статтею 14 Конвенції у поєднанні зі статтею 1 Першого Протоколу. Відхиляючи цю заяву ЄСПЛ вказав²⁰⁷:

²⁰⁶ *Molla Sali v. Greece* [GC] (2018), para. 134 (“identifiable characteristic”); *Fábián v. Hungary* [GC] (2017), para. 113 (“identifiable characteristic”, “status”); *Carson and Others v. United Kingdom* [GC] (2010), para. 70 (“personal characteristic”, “status”); *Magee v. the United Kingdom* (2000), para. 50 (“personal characteristic”).

²⁰⁷ *Peterka v. Czech Republic* (2010) (dec.), No. 21990/08. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/>

«На думку Суду, хоча перелік ознак дискримінації, встановлений в статті 14, безумовно, є індикативним, не можна стверджувати, що це положення забороняє будь-яку дискримінацію, незалежно від ознаки, на якій вона ґрунтується. Як випливає з наведеної вище практики і рішень, включаючи справу Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal (no 33290/96, § 29, CEDH 1999 IX), формулювання «інша ознака» включає тільки ознаки, що є аналогічними чи подібними тим, що прямо перелічені й мають характер особистих. Це можуть бути ознаки, які стосуються особистого вибору, що відображає індивідуальні риси особистості, такі як релігія, політичні думки, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність або ознаки, що стосуються особистих характеристик, щодо яких не можна здійснювати будь-який вибір, такі як стать, раса, інвалідність та вік. Також під дію статті 14 на додаток до ознак, там перелічених, підпадають ознаки, визначені в частині першій статті 21 Хартії про права Європейського Союзу, зокрема етнічне походження, генетичні особливості, переконання, фізичні вади, вік чи сексуальна орієнтація.

У світлі викладеного, Суд вважає, що такі критерії як строковість трудового контракту або здійснення оплатної професійної чи незалежної діяльності, що триває, тобто ознаки, що не відображають жодної особистої характеристики чи переконання і які можуть бути змінені на власний розсуд, не відповідають поняттю «інших ознак», про які йдеться в статті 14».

У справі Верховного Суду ознака, що стала підставою для висновку про наявність дискримінаційного ставлення (державна акредитація аптечного закладу), не відноситься до таких, що мають характер особистих в сенсі практики ЄСПЛ.

Натомість ця справа могла б стати прикладом застосування права на рівність перед законом за частиною першою статті 24 Конституції України. Юридичний стандарт рівності перед законом вимагає дослідити (1) наявність розрізнення у поводженні (якщо така відмінність має місце за забороненою ознакою, слід розглядати справу за положеннями про заборону дискримінації); (2) наявність негативного впливу розрізнення на права та інтереси особи; (3) наявність правомірної мети встановлення такого розрізнення; (4) оцінка істотності мети та (5) відповідність і пропорційність обраних засобів досяг-

eng?i=001-98803; *Vikulov and others v. Latvia* (2006) (dec.), No 16870/03. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144303>

ненню такої мети²⁰⁸. Застосування такого стандарту до конкретних обставин цієї справи вело б до того ж висновку, до якого дійшов Верховний Суд, погодившись з рішеннями судів нижчих інстанцій, якими вимоги позивачки були задоволені.

Оцінка впливу в рамках аналізу обставин справи, згідно з положенням про недискримінацію, веде до логічного виокремлення прямої і непрямой дискримінації. Пряма дискримінація має місце, коли закон, урядовий захід встановлює розрізнення за особистими ознаками. Непряма дискримінація відбувається, коли закон чи урядовий захід, дія чи навіть бездіяльність, будучи формально нейтральним, спричиняє дискримінаційні наслідки. Адже, як зазначив Верховний суд Канади у справі *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*²⁰⁹:

Як мета, так і наслідки [нормативного акта чи дії державного органу] є необхідними у визначенні конституційності; як неконституційна мета, так і неконституційні наслідки можуть спричинити нечинність нормативного акта. Все законодавство живе саме метою, якої таке законодавство прагне досягти. Ця мета реалізується через вплив, що є наслідком дії та застосування такого законодавства. Мета та наслідки, відповідно, в сенсі об'єкту законодавства та його реального впливу, вочевидь, пов'язані між собою, якщо не нерозривні. Наслідок, що був задуманий, та той, що має місце, часто використовується для оцінки мети законодавства, і, таким чином, його конституційності.

Згідно з визначенням, що міститься в статті 2 Директиви 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 року, якою встановлюються загальні рамки рівного ставлен-

²⁰⁸ Цей стандарт виводиться з позиції КСУ, висловленої у рішенні від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004, де Суд наголосив на тому, що «мета встановлення певних відмінностей (вимог) ... повинна бути істотною», а самі відмінності (вимоги), що переслідують таку мету, мають відповідати конституційним положенням, бути об'єктивно виправданими, обґрунтованими та справедливими. Абзац 7 пункту 4.1 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004.

Подібний підхід щодо обмежень був застосований Верховним Судом Канади у справі *Oakes*:

«По-перше, прийнятий захід повинен бути чітко розробленим для досягнення цієї мети. Він не повинен бути свавільним, несправедливим або таким, що базується на нерациональних міркуваннях. Коротко кажучи, він має бути раціонально пов'язаний з метою. По-друге, засоби, навіть якщо раціонально пов'язані з метою, ... повинні, наскільки це можливо, менше обмежувати право або свободу. По-третє, повинне існувати співвідношення пропорційності між наслідками або дією заходу ... та метою, яка була визнана „достатньо важливою“».

R. v. Oakes [1986] 1 S.C.R. 103. P. 139.

²⁰⁹ *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. P. 331-32.

ня під час працевлаштування та у трудовій діяльності²¹⁰, **пряма дискримінація** «вважається такою, що має місце, коли ставлення до однієї особи є менш сприятливим, аніж ставлення, яке має місце, мало або мало би місце щодо іншої, за будь-якою з ознак, про які йдеться в статті 1 Директиви» (релігія чи переконання, інвалідність, вік чи сексуальна орієнтація); **непряма дискримінація** «вважається такою, що має місце, якщо на перший погляд нейтральне положення, критерій або практика ставить особи, які сповідують певну релігію або переконання, мають певну інвалідність, є певного віку або певної сексуальної орієнтації, у несприятливе становище у порівнянні з іншими особами», за винятком, якщо (i) таке становище, критерій або практика є об'єктивно виправданими правомірною метою, а засоби досягнення такої мети є належними і необхідними; або (ii) у відношенні осіб, що мають окремі фізичні вади, роботодавець або будь-яка інша особа чи організація, до яких ця Директива застосовується, зобов'язані, згідно з національним законодавством, вжити належних заходів відповідно до принципів, встановлених у статті 5 Директиви, для усунення негативних наслідків, спричинених таким становищем, критерієм чи практикою²¹¹.

Таке ж визначення прямої і непрямой дискримінації міститься в Директиві 2006/54/ЄС Європейського парламенту і Ради про імплементацію принципу рівних можливостей і рівного ставлення до чоловіків і жінок у питаннях працевлаштування і зайнятості (переробленої)²¹².

Питання непрямой дискримінації становлять окрему методологічну проблему, адже стосуються «на перший погляд нейтральних положень, критеріїв чи практик», тобто заходів, що є формально нейтральними і не стосуються жодних захищених ознак.

²¹⁰ COUNCIL DIRECTIVE 2000/78/EC OF 27 NOVEMBER 2000 ESTABLISHING A GENERAL FRAMEWORK FOR EQUAL TREATMENT IN EMPLOYMENT AND OCCUPATION. *Official Journal of the European Union*. L 303, 2.12.2000, p. 16.

²¹¹ Мається на увазі вимога розумного пристосування для осіб з інвалідністю.

²¹² DIRECTIVE 2006/54/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 5 JULY 2006 ON THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL OPPORTUNITIES AND EQUAL TREATMENT OF MEN AND WOMEN IN MATTERS OF EMPLOYMENT AND OCCUPATION (RECAST). *Official Journal of the European Union*. L 204. 26.7.2006. P. 23.

Верховний Суд Великої Британії

Essop and others (Appellants) v Home Office (UK Border Agency) (Respondent)

Naeem (Appellant) v Secretary of State for Justice (Respondent)

[2017] UKSC 27

5 квітня 2017 року

Леді Хейл (з якою лорд Кларк, лорд Уїлсон, лорд Карнуот та лорд Годж погодилися):

[...]

Пряма та непряма дискримінація

17. Згідно з Актом про статеву дискримінацію 1975 року та Актом про расові відносини 1976 року, пряма дискримінація визначається як ставлення до особи у менш сприятливий спосіб, аніж до іншої «за ознакою її статі» або «за ознакою раси». Згідно зі статтею 13(1) Акта про рівність 2010 року, вона набула значення ставлення до когось у менш сприятливий спосіб «на підставі» певної вказаної ознаки. Ознака має бути причиною такого ставлення. Подекуди це є очевидним, коли ознака є критерієм застосування менш сприятливого ставлення, як наприклад, було у справі *Preddy v Bull* [2013] UKSC 73; [2013] 1 WLR 3741, в якій можливість резервування двомісного готельного номеру «тільки для гетеросексуальних одружених пар» становила пряму дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації. В багатьох інших випадках вона не є очевидною і причини менш сприятливого ставлення мають бути досліджені: прикладом може бути справа *Nagarajan v London Regional Transport* [2000] 1 AC 501, в якій суд встановив наявність свідомого чи підсвідомого упередження, що було підтримано Палатою лордів, підтверджуючи принцип, встановлений у справах *R v Birmingham City Council, Ex parte Equal Opportunities Commission* [1989] AC 1155 та *James v Eastleigh Borough Council* [1990] 2 AC 751, згідно з яким не вимагається доведення наявності ворожого чи зловмисного умислу. Справа *James v Eastleigh Borough Council* також показує, що навіть якщо певна захищена ознака і не використовується безпосередньо як критерій, пряма дискримінація все одно має місце, якщо використаний критерій (у першій справі – пенсійний вік) безпосередньо співвідноситься із захищеною ознакою (у другій справі – стать) і тому є критерієм, що опосередковано ґрунтується на такій ознаці.

18. Концепція непрямой дискримінації виявилась складнішою для законодавчого визначення. Початкова редакція статті 1(1)(b) Акта про статеву дискримінацію 1975 року передбачала, що особа дискримінує жінку, якщо

«вона застосовує до неї вимогу чи умову, яку вона рівним чином застосовує чи застосовувала б до чоловіків, але (i) яка є такою, що пропорція жінок, які можуть її відповідати, є суттєво меншою, аніж пропорція чоловіків, які можуть її відповідати, та (ii) яку вона не може обґрунтувати безвідносно статі особи, до якої вона застосовується; та (iii) яка йде на шкоду жінці, оскільки вона не може її відповідати».

Суттєво подібне визначення було і в статті 1(1)(b) Акта про расові відносини 1976 року у початковій редакції.

19. Більшість, але не всі, положення Акта про рівність 2010 року впливають з наших зобов'язань за правом Європейського Союзу. Ті положення, що походять від нього, мають тлумачитися узгоджено з правом ЄС (як воно називається зараз), і тому неприпустимо вважати, що Парламент мав намір надати відмінні тлумачення цим концепціям у різних контекстах. Хоча право ЄС завжди визнавало як пряму, так і непрямую дискримінацію, перше законодавче визначення непрямой дискримінації було запроваджене в Директиві Ради 97/80/ЄС про тягар доведення у справах про дискримінацію за ознакою статі, стаття 2(2) якої передбачала для цілей принципу рівного ставлення:

«Непряма дискримінація існує, коли на перший погляд нейтральне положення, критерій чи практика ставить у несприятливе становище суттєво більшу кількість представників однієї статі, за винятком випадку, коли положення, критерій чи практика є належними і необхідними і можуть бути обґрунтовані об'єктивними факторами, що пов'язані зі статтю».

Цим було введено поняття «на перший погляд нейтральне положення, критерій чи практика» (або «ПКП» як його загалом скорочують) і концепція диспропорційного групового несприятливого становища. Жодного посилання на індивідуальне несприятливе становище не було, хоча стаття 4 вимагала, що, якщо особи, які вважали себе жертвою

незастосування до них принципу рівного ставлення, довели існування фактів, з яких можна презумувати наявність прямої чи непрямой дискримінації, відповідач мав довести відсутність порушення принципу рівного ставлення.

20. У 2001 році нова стаття 63А була включена до Акта про статеву дискримінацію для імплементації вказаного в окремих сферах, що підпадають під дію права ЄС. Нова стаття 54А була додана з подібним положенням до Акта про расові відносини, хоча це тоді не вимагалось Європейським правом (це станеться згодом в силу статті 8 Директиви Ради 2000/43/ЄС...). Стаття 136 Акта про рівність 2010 року ... поширила таке перекладання тягаря доведення на всі сфери, що підпадають під дію Акта (за винятком кримінальних проваджень).

21. Наступна європейська дефініція непрямой дискримінації була закріплена в Директиві Ради 2000/43/ЄС щодо імплементації принципу рівного ставлення до осіб, незалежно від расового чи етнічного походження («Расова директива»). Стаття 2(2)(b) передбачала, що

«непряма дискримінація вважається такою, що має місце, якщо на перший погляд нейтральне положення, критерій або практика ставить осіб певного расового чи етнічного походження у несприятливе становище у порівнянні з іншими особами, за винятком випадків, коли таке становище, критерій або практика є об'єктивно обґрунтованими легітимною метою, а засоби досягнення такої мети є належними і необхідними».

Таким чином, було достатньо, аби ПКП «ставили» таких осіб у конкретно несприятливе становище у порівнянні з іншими особами. Стаття 8 містила положення про покладання тягаря доведення, подібне до того, що було встановлене у ранішій Директиві. Таке ж визначення непрямой дискримінації було викладене в статті 2(2)(b) Директиви Ради 2000/78/ЄС року, якою встановлюються загальні рамки рівного ставлення під час працевлаштування та у трудовій діяльності щодо ознак, інших за стать чи расу, в статті 2(b) Директиви Ради 2004/113/ЄС, якою імплементується принцип рівного ставлення чоловіків і жінок у доступі до пропозиції товарів і послуг та в статті 2(1) (b) Директиви Ради 2006/54/ЄС про імплементацію принципу рівних

можливостей і рівного ставлення до чоловіків і жінок у питаннях працевлаштування і зайнятості (переробленої).

22. У 2003 році як Акт про статеву дискримінацію, так і Акт про равові відносини були змінені з метою застосування нової концепції непрямої дискримінації у сферах, що підпадають під дію права Європейського Союзу. Так нова стаття 1(2)(b) Акта 1975 року передбачає, що для цілей цього Акта особа дискримінує жінку, якщо

«вона застосовує до неї становище, критерій або практику, які вона застосовує чи застосовувала би рівним чином до чоловіків, але (i) яка ставить чи ставила би жінку у конкретно несприятливе становище в порівнянні з чоловіками; (ii) яка ставить жінку в таке несприятливе становище, та (iii) щодо якої така особа не може довести, що таке становище, критерій або практика є пропорційними засобами для досягнення легітимної мети».

Еквівалентне положення було встановлене і в новій статті 1(1A) Акта 1976 року. Ця ж концепція непрямої дискримінації застосовується у всіх сферах, що підпадають під дію Акта про рівність 2010 року.

23. Досить повчальним є відстеження цих різних ітерацій концепції непрямої дискримінації, оскільки неприпустимо вважати, що пізніші версії спрямовані на встановлення винятків чи обмежень, які не були передбачені ранішими версіями. Загальний тренд законодавства про рівність з самого його початку у 1970-і роки полягав у посиленні захисту принципу рівного ставлення. Всі ці ітерації містять певні помітні характеристики, що стосуються питань, які постали перед нами у цій справі.

24. Перша важлива характеристика полягає в тому, що у жодному з визначень непрямої дискримінації немає явної вимоги щодо пояснення причин, чому певне ПКП ставить одну групу в менш сприятливе становище у порівнянні з іншими. Так, у Акті 1975 року не було такої вимоги, аби позивач мав показати, чому пропорція жінок, які могли відповідати певній вимозі була меншою за пропорцію чоловіків. Було достатньо лише самого факту такої меншої пропорції. Немає також в Акті про рівність 2010 року вимоги, аби позивач доводив, чому ПКП ставить одну групу, що поділяє одну із захищених ознак, у конкретне

несприятливе становище у порівнянні з іншими. Достатньо, що це має місце. Іноді, і ймовірно зазвичай, причина є очевидною: жінки загалом є нижчими на зріст за чоловіків, тому вимога мінімального зросту ставитиме у несприятливе становище жінок, в той час як критерій максимального зросту ставитиме у несприятливе становище чоловіків. Однак іноді це не буде очевидним: немає загальноприйнятого пояснення, чому жінки загалом мають нижчі показники у грі в шахи, ніж чоловіки, але вимога мати високі показники у грі в шахи ставитиме жінок у несприятливе становище.

25. Другою важливою характеристикою є контраст між визначенням прямої і непрямой дискримінації. Прямая дискримінація вимагає наявності причинно-наслідкового зв'язку між менш сприятливим становищем і захищеною ознакою. Непряма дискримінація цього не вимагає. Натомість вона вимагає причинно-наслідкового зв'язку між ПКП і конкретним несприятливим становищем, якого зазнають група осіб чи індивід. Причиною цього є те, що заборона прямої дискримінації спрямована на досягнення рівності у ставленні. Заборона непрямой дискримінації виходить з рівності ставлення – ПКП застосовується до всіх без розрізнення – але вона спрямована на встановлення таких правил гри, за яких люди, що поділяють певну захищену ознаку, не піддаються таким вимогам, яких більшість з них не може дотримати і які не можуть бути обґрунтовані. Заборона непрямой дискримінації, таким чином, спрямована на досягнення рівності результатів за відсутності такого обґрунтування. Вона має справу з прихованими перешкодами, які важко передбачити чи помітити.

26. Третьою важливою характеристикою є те, що причин, чому одна група може опинитися в ситуації, в якій їй складно дотриматися ПКП у порівнянні з іншими, може бути багато і вони можуть бути різними ... Вони можуть бути генетичними, наприклад, сила чи зріст. Вони можуть бути соціальними, як, наприклад, уявлення, що жінки нестимуть більшу відповідальність за домогосподарство і родину, аніж чоловіки. Вони можуть бути традиційними практиками працевлаштування, як, наприклад, розрізнення «жіночих професій» та «чоловічих професій» або практика встановлення найнижчої шкали заробітної плати при прийомі на роботу. Це можуть бути інші ПКП, що діють у поєднанні, як було у справі *Homer v Chief Constable of West Yorkshire* [2012] UKSC 15; [2012] ICR 704, де вимога юридичної освіти діяла у поєднанні з

критерієм загального пенсійного віку для спричинення менш сприятливого становища для пана Гомера й інших осіб з його вікової групи. Ці різні приклади показують, що причина несприятливого становища не обов'язково повинна бути неправомірною сама по собі або бути під контролем працедавця чи відповідної особи (хоча часом так воно і є). Вони також вказують, що як ПКП, так і причини несприятливого становища є категоріями «якби не» для несприятливого становища: усунення одного чи іншого може вирішити проблему.

27. Четвертою важливою характеристикою є те, що немає жодної вимоги, аби відповідне ПКП ставило кожного члена групи, що поділяє конкретну захищену ознаку, у несприятливе становище. Пізніші визначення не обмежують початкові визначення, що оперували поняттями пропорції тих, хто міг чи не міг відповідати вимогам. Очевидно, певні жінки є вищими чи сильнішими за деяких чоловіків і можуть відповідати вимогам сили чи зросту, яким не можуть відповідати багато інших жінок. Деякі жінки можуть працювати повний робочий день без будь-яких складнощів, в той час як деякі – ні. Але це є парадигматичними прикладами ПКП, що можуть бути непрямо дискримінаційними. Той факт, що деякі представники чорношкірої чи іншої етнічної меншості або кандидати більш похилого віку можуть скласти тест [що є предметом оскарження] нічого не доводить. Група знаходиться у менш сприятливому становищі, оскільки пропорція тих, хто може скласти тест є меншою, ніж пропорція білих чи молодших кандидатів. Якщо б вони всі не впоралися, то такий випадок був би ближчим до прямої дискримінації (оскільки вимога тесту тоді опосередковано ґрунтувалася б на ознаці раси чи віку).

28. П'ята важлива характеристика полягає в тому, що загалом неоднаковий вплив чи конкретне несприятливе становище встановлюється на основі статистичних доказів. Це було очевидним з того, яким чином ця концепція була викладена в Актах 1975 та 1976 років: було б складно довести, що пропорція жінок, які могли б відповідати вимозі є меншою за відповідну пропорцію чоловіків, якби не було статистичних даних, що на це вказують. Частина (15) преамбули до Расової директиви визнає, що непряма дискримінація може бути встановлена на основі статистичних доказів, хоча сама Директива встановлює нове визначення. Тому вона не може тлумачитися у спосіб, згідно з яким «конкретне несприятливе становище» не здатне бути доведеним на

основі статистичних даних. Статистичні докази спрямовані показати кореляцію між конкретними змінними і конкретними наслідками й оцінити важливість такої кореляції. Однак кореляція не є те ж саме, що й причиново-наслідковий зв'язок.

29. Остання важлива характеристика полягає в тому, що у відповідь завжди є можливість довести, що ПКП є обґрунтованим – іншими словами, що існує важлива причина для встановлення конкретної вимоги щодо зросту, або показників гри у шахи, або показників тесту оцінки ключових навичок. У судових провадженнях наявна певна тенденція щодо небажання досягати цієї стадії аналізу, але такої тенденції бути не повинно. Наявність неправомірної дискримінації не може бути встановлена, доки не досліджені й не доведені всі чотири елементи визначення. Вимога обґрунтування ПКП не має розглядатися як покладання нерозумного тягаря на відповідача. Таким же чином це не повинно сприйматися як стигматизація чи кидання якоїсь тіні на нього. В цьому немає ніякого сорому. Можуть існувати вагомні причини для конкретного ПКП – на думку спадають вимоги щодо рівня фізичної підготовки для пожежників чи полісменів. Однак, як вказав суддя Лангстаф у справі *Essor*, мудрий працедавець слідкуватиме за тим, як його політика й практики впливають на різні групи і, якщо він дійде висновку, що вони мають неоднаковий вплив, він спробує знайти те, що може бути змінене для усунення такого впливу з одночасним досягненням бажаного результату.

[...]

Досить повчальний порівняльний аналіз підходів ЄСПЛ і національних судів щодо рівності й недискримінації запропонувала баронеса Гейл у справі *AL (Serbia) v Secretary of State for the Home Department*.

Палата лордів Великої Британії

*AL (Serbia) (FC) (Appellant) v Secretary of State for the Home Department
R (on the application of Rudi) (FC) (Appellant) v Secretary of State for the Home
Department*

[2008] UKHL 42

14 квітня 2008 року

[...]

Баронеса Гейл оф Річмонд

[...]

Стаття 14 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

20. Обидва заявники стверджують, що стали жертвами дискримінації всупереч статті 14 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Пан Руді на додаток стверджує, що рішення про його видворення було нераціональним, згідно зі звичайними принципів судового контролю, а також суперечить принципу загального права, за яким подібні справи мають отримувати однакове ставлення. Для зручності спочатку розглянемо вимоги щодо прав людини. *Стаття 14 передбачає:*

«Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження або за іншою ознакою».

Це оманливо просте положення було роз'яснене в багатьох справах Європейського суду з прав людини. З цього випливає декілька важливих моментів.

21. По-перше, як було вказано у справі *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom (1985) 7 EHRR 471, at para 71:*

«... Стаття 14 доповнює інші матеріальні положення Конвенції та Протоколів. Вона не має незалежного значення, оскільки її дія стосується тільки „користування правами та свободами“, що гарантуються тими положеннями. Хоча застосування статті 14 не залежить від наявності порушення тих положень – у цьому відношенні вона має

автономне значення – вона не може бути застосована, якщо факти у справі не підпадають під дію одного чи більше матеріальних положень».

Це миттєво робить права за статтею 14 відмінними від відкритих гарантій «рівного захисту законів», що, наприклад, містяться в Чотирнадцятій поправці до Конституції США та у Протоколі № 12 до Європейської конвенції ... Чи підпадає відмінність у ставленні під сферу дії права, гарантованого Конвенцією, не завжди є очевидним: див. досить влучне пояснення лорда Ніколса оф Біркенгед у справі M v Secretary of State for Work and Pensions [2006] UKHL 11, [2006] 2 AC 91, at paras 13 to 16. У цій справі не оспорюється, що [оскаржувані заходи] підпадають під сферу дії статті 8 Конвенції. Тому, чому це так, не знайшло пояснення в аргументах сторін. Однак це питання є важливим [у цій справі] з огляду на ті міркування, які я поясню, коли обговорюватимемо питання обґрунтування.

22. По-друге, як Суд вперше пояснив у справі *Belgian Linguistics Case (No 2) (1968) 1 EHRR 252, 284, at para 10:*

«Незважаючи на досить загальне формулювання французької версії ('sans distinction aucune'), стаття 14 не забороняє будь-яке розрізнення у ставленні під час користування визнаними правами та свободами. ... Компетентні національні органи часто стикаються з ситуаціями і проблемами, що в силу притаманних відмінностей вимагають відмінних правових рішень; більше того, певні правові нерівності спрямовані виключно на виправлення фактичних нерівностей».

*Суд далі звернувся до «критеріїв, що дозволяють визначити, чи становить певне розрізнення у ставленні ... порушення статті 14». Суд встановив ці критерії згідно з принципом, який він виклав у цій справі й з того моменту неодноразово повторював. Нещодавнім прикладом є рішення у справі *Stec v United Kingdom (2006) 43 EHRR 1017, at para 51:**

«Відмінність у ставленні є, однак, дискримінаційною, якщо вона не має об'єктивного і розумного обґрунтування; іншими словами, якщо вона не переслідує легітимну мету або відсутнє розумне співвідношення пропорційності між застосованими засобами і переслідуваною метою. Договірні держави користуються певним полем розсуду, оцінюючи те і якою мірою відмінності у ситуаціях, що є подібними за всіх інших умов, обґрунтовують відмінне ставлення».

23. Це відразу ж робить права, гарантовані статтею 14, відмінними від наших національних антидискримінаційних законів. Ці закони сфокусовані на менш сприятливому ставленні, а не на відмінності у ставленні. Вони також розрізняють пряму і непрямую дискримінацію. Пряма дискримінація, наприклад, ставлення до жінок у менш сприятливий спосіб, аніж до чоловіків, або до чорношкірих менш сприятливо, аніж до білих, не може бути виправдана. Це означає, що значна увага має бути приділена питанню, чи знаходяться жінка і чоловік, реальний чи гіпотетичний, з яким вона порівнює себе, у справді порівнянних ситуаціях. Закон вимагає, аби їхні обставини були подібними і суттєво не відрізнялися одні від інших.

24. Слід зазначити, однак, що класичні юридичні позиції Страсбургу не роблять наголос на визначенні точного компаратора. Вони виходять з того, чи «виправдовують відмінності у іншим чином подібних ситуаціях відмінне ставлення». Лорд Ніколз таким чином підсумував це у справі *R (Carson) v Secretary of State for Work and Pensions* [2006] 1 AC 173, at para 3:

«... Суттєвим питанням для суду є те, чи може стверджувана дискримінація, тобто відмінність у ставленні, що є предметом оскарження, витримати судове дослідження. Іноді відповідь на це питання є явною. Можуть існувати такі очевидні й відповідні відмінності між позивачем і тими, з ким він себе порівнює, що їхні ситуації не можуть вважатися аналогічними. Іноді, коли цей аспект не є чітким, вимагається інший підхід. Тоді судове дослідження може найкращим чином бути спрямоване на визначення того, чи має диференціація легітимну мету і чи обрані для її досягнення засоби є належними і пропорційними тому негативному впливу».

25. Тим не менш, ... тільки у незначній кількості справ Європейський суд встановив, що особи, з якими заявники порівнювали себе, не знаходилися у відповідно подібних чи аналогічних ситуаціях (близько 4,5%). Це підтверджує спостереження професора Девіда Фельдмана, викладене у *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales, 2nd ed (2002)*, p 144, яке навів лорд Уолкер у справі *Carson*, at para 65:

«Той спосіб, у який суд розглядає це, полягає не у дослідженні подібності положень між двома різними випадками, а у визначенні того, чи знаходяться заявник і особи, які отримують відмінне ставлення, у „аналогічних“ ситуаціях. Це певною мірою залежить від того, чи наявне об'єктивне і

розумне обґрунтування для відмінності у ставленні, що перетинається з питаннями про прийнятність підстави і обґрунтованості відмінності у ставленні. Саме тому, як зазначають ван Дійк і ван Гоф, „у більшості випадків в практиці Страсбургу тест порівнянності оминається, і наголос робиться (винятково) на тесті обґрунтування”».

Нещодавній виняток – справа *Burden v United Kingdom*, *app* no 13378/05, 29 April 2008 – є досить показовим. Дві сестри жили разом багато років; коли одна з них померла інша оскаржила застосування податку зі спадщини на їхній дім, оскільки вдова чи вдовець чи цивільний партнер його не сплачували б. Палата Страсбурзького суду встановила, чотирма голосами проти трьох, що відмінність у ставленні є виправданою. Велика палата встановила п'ятнадцятьма голосами проти двох, що родичі не знаходяться у аналогічній ситуації як і подружжя чи цивільні партнери, оскільки, по-перше, кровна спорідненість і близькість є різними видами відносин між особами, а по-друге, з огляду на юридичні наслідки, що пов'язуються з другим видом відносин. Однак судді Братца і Бьоргвінсон, які погодилися з результативною частиною рішення, надали перевагу підходу, викладеному Палатою, а два судді з розбіжними думками, вважали, що два типи пар все ж знаходяться у подібній ситуації. Це вказує, що допоки не встановлено досить очевидних і відповідних відмінностей між двома ситуаціями, краще зосередитись на підставах для відмінностей у ставленні і на тому, чи становлять вони об'єктивне і розумне обґрунтування.

26. По-третє, звичайно, відмінність у ставленні повинна бути забороненою ознакою. Стаття 14 не спрямована на заборону всіх можливих класифікацій і відмінностей, що встановлюються законом чи урядовою політикою. Перелік заборонених ознак є довгим і відкритим, однак він встановлений з конкретною метою і тому не може бути безкінечним: див. *R (S) v Chief Constable of the South Yorkshire Police* [2004] UKHL 39, [2004] 1 WLR 2196; а також *R (Clift) v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 54, [2007] 1 AC 484. Загалом перелік зосереджений на особистих характеристиках, що є поза вибором заявника та або не можуть бути змінені або зміну яких не слід вимагати. Тому справа *Carson* у цьому відношенні є незвичною, оскільки вона стосувалася дискримінації за ознакою звичайного місця проживання, що є питанням власного вибору і може бути змінене.

27. Як визнав лорд Уолкер у справі *Carson*, існує небезпека у тому, щоб вважати відмінності між двома особами, що притаманні забороненій

ознаці ї не можуть чи не повинні бути змінені, такими, що визначають відмінність у ситуаціях, що розглядаються. Наприклад, не можна аргументувати у відповідь на скаргу щодо дискримінації за ознакою статі, що чоловік і жінка не знаходяться у подібних ситуаціях, оскільки один з них може завагітніти, а інший ні. Це є саме тим, що не може бути змінене. Якщо несправедливо дискримінувати їх як індивідів, також несправедливо зосереджуватись на особистих характеристиках, що притаманні їх захищеному статусу, для обґрунтування того, що їхні ситуації не є подібними. Саме з цих підстав у справі *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, [2004] 2 AC 557, аргумент, що одностатеві пари не знаходяться у аналогічній ситуації як гетеросексуальні пари, оскільки перші не можуть мати спільних дітей, був відкинтий Судом.

28. Я говорю про це, оскільки багато аргументів було присвячено у цій справі, як і багатьох інших, визначенню конкретних характеристик осіб, з якими ці два молодих чоловіки [позивачі у цій справі – авт.] мають бути порівняні. Це безплідна вправа. Вони оскаржують, що вони, будучи прибулими сюди ще в дитинстві без сімей і залишаючись без сімей, отримують відмінне ставлення у порівнянні з тими, хто прибув сюди в дитинстві зі своїми сім'ями і залишається з ними. Це, очевидно, правильне порівняння. ... Наявний певний консенсус, що їхнє становище, незалежно від термінології, підпадає під залишкову категорію «інші ознаки» для цілей статті 14.

29. Що дійсно має значення, так це те, чи підпадає таке становище під один з видів, за яких вимагаються «дуже вагомі підстави» для обґрунтування відмінності у ставленні. Так, наприклад, Страсбурзький суд вказував, що коли «відмінності у поводженні ґрунтуються за ознаками раси, кольору чи етнічного походження, поняття об'єктивного і розумного обґрунтування повинно тлумачитися наскільки можливо жорстко» (*DH v Czech Republic* [2007] ECHR 922, App No 57325/00, Judgment of 13 November 2007, para 196), в той час як «дуже переконливі і вагомі» підстави вимагаються для виправдання відмінностей у ставленні за ознакою статі (напр. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v United Kingdom* (1985) 7 EHRR 471, para 78), або сексуальної орієнтації (напр. *EB v France* [2008] ECHR 55, app no 43546/02, 22 January 2008, para 91), або народження чи усиновлення (напр. *Inze v Austria* (1987) 10 EHRR 394, para 41; *Pla v Andorra* (2004) 42 EHRR 522, para 61), або громадянства (напр. *Gaygusuz v Austria* (1996) 23 EHRR 364, para 42).

30. Очевидно, що дискримінацію за певними ознаками легше обґартувати, аніж за іншими. У справі *Carson, at paras 15-17*, лорд Гофман пояснив, що деякі з ознак є настільки образливими для «нашого поняття поваги, на яку заслуговує кожен індивід», що вони дуже рідко, якщо будь-коли взагалі, можуть бути виправданими ознаками для відмінностей у ставленні. Єдиний факт того, що може вважатися розумним розрізняти, наприклад, чоловіків і жінок, оскільки більшість жінок не є настільки ж сильними, як більшість чоловіків, не є достатнім для обґрунтування презумпції, що всі жінки слабші за всіх чоловіків, і, відповідно, для відмови жінці у оцінці її заслуг і здібностей. Лорд Гофман далі вказав, що інші ознаки не підпадають під цю «підозрілу» категорію. Вони зазвичай залежать від міркувань загального публічного інтересу і можуть вимагати певного раціонального пояснення. А деякі з однак дискримінації можуть існувати на кордоні між двома цими категоріями.

31. Однак, як вказав лорд Уолкер (*at para 55*), доктрина «підозрілих» ознак походить з юриспруденції США, хоча щось подібне є і в практиці Страсбургу. Однак між Чотирнадцятою поправкою [Конституції США] і статтею 14 [Конвенції] існують важливі відмінності, що означає, що ця доктрина не може бути просто перенесена в європейський контекст. Американська юриспруденція була змушена виробити ієрархію класифікацій з огляду на відкритість тексту Чотирнадцятої поправки. Вона стосується всіх законів і всіх типів класифікацій. Суди мали відшукати певний спосіб відокремлення видів законів і видів класифікацій, для яких вимагається лише раціональне пояснення. Але навіть за такого підходу, американці завжди піддавали відмінності у ставленні у сфері фундаментальних прав більш прискіпливому контролю, аніж у випадку відмінностей у ставленні в інших сферах права.

Більше того, їхні ідеї про те, що становить «підозрілий клас» не є подібними до ознак дискримінації, за яких особливо вагоме обґрунтування вимагається Страсбурзьким судом: стаття, наприклад, відноситься до «середнього» класу. Ознаки згідно з підходами Страсбургу, що переважно стосуються особистих характеристик індивіда, які він не може чи не повинен змінювати, потребують більше ніж раціональне пояснення. Страсбурзький суд також ніколи не підміняв простий тест «раціонального пояснення» тестом пропорційності, який становить його «чітку і узгоджену практику» з моменту його формулювання у справі *Belgian Linguistics*.

Дискримінація – поняття, що уникає будь-якого сталого чи притаманного визначення; її розуміння можливе лише в тому культурному, соціальному й історичному контексті, в якому воно використовується²¹³. Так, наприклад, доктрина «окремі, але рівні», проголошена Верховним судом США на підтримку сегрегації у справі *Plessy v. Ferguson*²¹⁴, не була визнана Верховним судом дискримінаційною в справі *Brown v. Board of Education of Topeka*²¹⁵, але її застосування у сфері освіти було проголошено таким, що порушує право на рівний захист законів згідно з Чотирнадцятою поправкою до Конституції США. Лише згодом сегрегація отримує визнання як дискримінації після прийняття десятима роками пізніше Акта про громадянські права 1964 р.²¹⁶ Так само гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація лише нещодавно були визнані забороненими ознаками, розрізнення за якими становить дискримінацію²¹⁷.

Дискримінація може бути визначена як розрізнення, як навмисне, так і ненавмисне, встановлене законодавством, практикою, ставленням, дією чи бездіяльністю, яке ґрунтується на ознаках, пов'язаних з особистісними характеристиками індивіда чи групи, яке має наслідком встановлення тягарів, зобов'язань чи обмежень для такого індивіда чи групи, що не встановлюються стосовно інших, або позбавлення чи обмеження доступу до можливостей, пільг чи переваг, що є доступними для інших членів суспільства.

²¹³ Див. Black D. THE CONTRADICTION BETWEEN EQUAL PROTECTION'S MEANING AND ITS LEGAL SUBSTANCE: HOW DELIBERATE INDIFFERENCE CAN CURE IT. *William & Mary Bill of Rights Journal*. 2006. Vol. 15. No. 2. P. 543.

²¹⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537:

«Ми вважаємо, що прихована помилковість аргументів заявника полягає в тому, що він презує, що закріплена законом відокремленість двох рас накладає на кольорову расу відбиток неповноцінності. Якщо б це було так, то це не в наслідок змісту закону, а виключно в силу вибору кольорової раси прийняти на себе таке розуміння. ... Цей аргумент також виходить з того, що соціальна упередженість може бути подолана законодавством та що рівні права не можуть бути забезпечені неграм, окрім як в силу примусового змішання двох рас. Ми не можемо погодитися з такою пропозицією. Якщо дві раси мають співіснувати на умовах соціальної рівності, це має бути результатом природної спорідненості, взаємної поваги достоїнств кожної з них і вільної згоди індивідів. ...

Законодавство безсиле усунути расові інстинкти або скасувати розрізнення, що є наслідком фізичних відмінностей; спроба зробити так може тільки загострити відмінності у поточній ситуації. Якщо громадянські й політичні права обох рас є рівними, ніхто не може бути неповноцінним ані в цивільному плані, ані в політичному. Якщо одна з рас не є рівною соціально, Конституція США не може ставити їх на одну площину».

²¹⁵ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

²¹⁶ CIVIL RIGHTS ACT OF 1964. URL: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-78/pdf/STATUTE-78-Pg241.pdf#page=1>

²¹⁷ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999), para. 28; *Alekseyev v. Russia* (2010), para. 108; *P.V. v. Spain* (2010), para. 30.

Верховний суд Канади
Andrews v. Law Society of British Columbia
[1989] 1 S.C.R. 143
2 лютого 1989 року

Суддя Макінтайр (частково розбіжна думка)

[...]

Дискримінація

Право на рівність перед та згідно із законом і право на рівний захист і переваги закону, що містяться в статті 15, гарантуються згідно з директивою, викладеною також в статті 15, відповідно до якої вони мають застосовуватись без будь-якої дискримінації. Дискримінація є неприйнятною в демократичному суспільстві, оскільки вона уособлює найгірші наслідки відмови у рівності, а дискримінація, посилена законом, є особливо огидною. Найгірше згноблення є результатом дискримінаційних заходів, що мають силу закону. Саме проти цього лиха встановлені гарантії статті 15.

*Дискримінація, про яку йдеться в статті 15(1) Хартії, має розумітися в контексті історії, що передувала прийняттю Хартії. До запровадження статті 15(1) законодавчі органи багатьох провінцій і федеральний Парламент прийняли протягом попередніх п'ятдесяти років акти, які можна назвати актами про людські права. З постійним зростанням кількості населення з моменту перших часів європейської імміграції до Канади і з подальшим зростанням промисловості, сільсько-го господарства і торгівлі та суттєвим зростанням національного багатства, що послідувало за цим, постало чимало соціальних проблем. Контакти європейських іммігрантів з автохтонним населенням, зростання кількості іммігрантів, які не були ані французького, ані англійського походження, та у нещодавні часи велике зростання ролі жінок у всіх формах промислової, комерційної і професійної діяльності призвело до суттєвої нерівності й багатьох форм дискримінації. Великою мірою ці тенденції, за відсутності будь-якого суттєвого законодавчого захисту жертв дискримінації, стали передумовами прийняття актів про людські права. В 1944 році був прийнятий Акт про расову дискримінацію (*Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, c. 51*), за*

яким у 1947 році послідував Акт Саскачевану про Білль про права (*The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, c. 35*), а в 1960 – канадський Білль про права. З того часу кожна юрисдикція в Канаді прийняла широкі акти про людські права, що вирішували більшість з найпоширеніших форм дискримінації у суспільстві. Ця еволюція була досліджена і розглянута Вальтером Тарнопольськи, зараз суддя Тарнопольськи, у його праці «Дискримінація і право» (*Discrimination and the Law (2nd ed. 1985)*).

Що означає дискримінація? Це питання зазвичай поставало під час розгляду справ за актами про людські права і загальна концепція дискримінації за цими актами була досить добре визначена. Досить неважко, виходячи зі справ, розглянутих цим Судом, віднайти прийнятне визначення. У справі *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551, дискримінація (у цій справі негативні наслідки дискримінації) була описана таким чином: «Вона має місце, коли працедавець ... запроваджує правило чи стандарт ..., який має дискримінаційний вплив за забороненою ознакою на працівника чи групу працівників у тому сенсі, що він встановлює в силу певної особливої характеристики працівника чи групи працівників зобов'язання, покарання чи обмежувальні умови, що не застосовуються до інших членів колективу працівників». У цій справі було встановлено також, що жодного наміру не вимагається як елементу дискримінації, адже, по суті, саме вплив дискримінаційного акту чи положення на особу має вирішальне значення під час розгляду скарги. На стор. 547 ця позиція була викладена таким чином:

«Кодекс спрямований на усунення дискримінації. Це сказати очевидне. Його основний підхід, однак, полягає не у покаранні особи, що дискримінує, а скоріш надати засоби захисту жертвам дискримінації. Саме наслідки чи вплив оскаржуваної дії – ось що має значення. Якщо вона дійсно спричиняє дискримінацію, якщо її наслідком є встановлення у відношенні особи чи групи осіб зобов'язань, покарань чи обмежувальних умов, які не застосовуються до інших членів громади, це є дискримінацією».

У справі *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, більш відомої як справа *Action Travail des Femmes*, в якій Канадська національна залізниця звинувачувалась у дискримінаційній практиці найму на роботу і просування по службі

всупереч статті 10 канадського Акту про людські права (*Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, с. 33*), адже відмовляла у працевлаштуванні жінкам на певні некваліфіковані посади, суддя Діксон, проголошуючи рішення Суду, вказав на стор. 1138-1139:

«Детальне дослідження «систематичної дискримінації» в Канаді міститься в Доповіді Абели про рівність під час працевлаштування. Завдання, встановлене для авторів Доповіді Королівською комісією, полягало у «дослідженні найбільш ефективних, дієвих і справедливих засобів забезпечення можливостей працевлаштування, усунення системної дискримінації і сприяння індивідам у змаганні за можливостями працевлаштування на основі рівності» (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Хоча суддя Абела вирішила не давати чіткого визначення системної дискримінації, його ключові елементи можуть бути виведені з наступних коментарів, викладених на стор.2 Доповіді Абели.

Дискримінація ... означає практики чи ставлення, що мають за своєю структурою чи наслідком обмеження права індивіда чи групи на можливості, що є загалом доступними в силу приписуваних, а не фактичних характеристик ...

Питання полягає не в тому, чи лежить в основі дискримінації свідомий намір обмежити потенціал якоїсь людини або чи є вона ненавмисним наслідком практик чи систем, що мають інші цілі. Якщо перешкода впливає на певні групи у непропорційно негативний спосіб, це є сигналом того, що практики, які ведуть до такого негативно-го впливу, можуть бути дискримінаційними.

Існує багато інших формулювань, що мають на меті дати коротку дефініцію терміна «дискримінація». Загалом вони співзвучні з наведеним вище твердженням. Я можу, виходячи з цього, визначити, що дискримінація може бути описана як розрізнення, як навмисне, так і ненавмисне, але яке ґрунтується на ознаках, пов'язаних з особистісними характеристиками індивіда чи групи, яке має наслідком встановлення тягарів, зобов'язань чи обмежень для такого індивіда чи групи, що не встановлюються у відношенні інших, або позбавлення чи обмеження доступу до можливостей, пільг чи переваг, що є доступними для інших членів суспільства. Розрізнення за особистісними характеристиками

індивіда за ознакою приналежності до групи дуже рідко можуть уникнути кваліфікації як дискримінації, в той час як ті розрізнення, що ґрунтуються на ознаках досягнень та здібностей індивіда дуже рідко можуть отримати таку кваліфікацію.

*Суд у цій справі покликаний розглянути питання дискримінації в тому сенсі, в якому цей термін використаний в статті 15(1) Хартії. Загалом можна сказати, що принципи, які застосовувались згідно з актами про людські права, рівною мірою є належними для розгляду питань щодо дискримінації за статтею 15(1). Певні відмінності, що відрізняють Хартію і акти про людські права, тим не менш, мають бути взяті до уваги. На початку слід вказати, що дискримінація за статтею 15(1) обмежена дискримінацією, спричиненою застосуванням чи дією закону, в той час як акти про людські права застосовуються також до приватної сфери. Більше того, і ця відмінність має більше значення: всі акти про людські права, прийняті в Канаді, окремо визначають певну обмежену кількість ознак, дискримінація за якими забороняється. Стаття 15(1) Хартії не містить такого обмеження. Перелічені в статті 15(1) ознаки не є вичерпними і визначення інших ознак дискримінації, якщо такі існують і можуть бути встановлені в наступних справах, все ще чекають свого проголошення. Перелічені ознаки, однак, відбивають найпоширеніші, ймовірно соціально найдеструктивніші й історично практиковані ознаки дискримінації і повинні, згідно з формулюваннями статті 15(1), отримувати особливу увагу. Як перелічені ознаки, так й інші можливі ознаки дискримінації, визнані за статтею 15(1), повинні тлумачитися широко і гнучко, відображаючи той факт, що вони є частиною конституційних положень, які не так просто скасувати чи змінити, положень, що спрямовані на встановлення «тяглих засад легітимного здійснення урядової влади» і, у той же час, «незмінного захисту» прав на рівність: див. *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155.*

Слід зазначити також, що коли акти про людські права встановлюють винятки чи підстави для обґрунтування, такі як вимоги bona fide для працевлаштування, виняток для релігійних та політичних організацій або межі застосування заборони дискримінації за віком, такі винятки чи підстави для обґрунтування загалом мають наслідком повне вилучення оскаржуваних дій з-під дії актів. Дивись, наприклад, винятки для організацій, що переслідують особливі інтереси, що містяться в

статті 22 Кодексу про людські права (*Human Rights Code, R.S.B.C. 1979, c. 186, зі змінами*); в статті 6(7) Акту про людські права (*The Human Rights Act, S.M. 1974, c. 65, зі змінами*), та в статті 17 Кодексу про людські права (*Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53*). «Вік» часто досить обмежено визначений в актах про людські права; в Британській Колумбії його визначення міститься в статті 1 Кодексу, згідно з якою він означає вік від 45 до 65 років; у статті 38 Акту про захист прав індивіда (*Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. 1-2*) він визначається як вісімнадцять і старше. Як приклад застосування вимоги *bona fide* для працевлаштування див. *Bhinder v. Canadian National Railway Co., [1985] 2 S.C.R. 561*. Якщо дискримінація заборонена актами про людські права, це робиться в абсолютних формулюваннях, і коли передбачаються підстави обґрунтування чи винятки, вони також містять абсолютні формулювання, що виправдовує дискримінацію. У цьому сенсі немає певної проміжної позиції. У Хартії, однак, хоча частина перша статті 15 (завжди у поєднанні з положенням частини другої статті 15), встановлює заборону дискримінації у абсолютних формулюваннях, стаття 1 дозволяє розумні межі у застосуванні частини першої статті 15. Це вимагає відмінного підходу до тлумачення і застосування статті 15(1). Хоча дискримінація за статтею 15(1) має той самий характер і за формулюванням відповідає концепції дискримінації, що розвинулася відповідно до актів про людські права, до цього додається ще один рівень аналізу, а саме визначення того, чи можуть дискримінаційні закони бути обґрунтованими згідно зі статтею 1. Тягар доведення цього покладається на державу. Це є окремим рівнем аналізу, що вимагається Хартією, але не відомий більшості актів про людські права, оскільки в тих актах обґрунтування чи виправдання дискримінації, зазвичай, містяться в спеціальних винятках з сутнісних прав.

Співвідношення статті 15(1) зі статтею 1 Хартії

Під час встановлення сфери гарантії рівності у статті 15(1) Хартії, особлива увага має бути приділена співвідношенню статті 15(1) зі статтею 1 Хартії. Саме наявність статті 1 в Хартії та взаємодія між цими статтями визначають відмінні підходи до розуміння права в статті 15(1), що потребує іншого судового підходу, аніж у випадку канадського Білля про права. Згідно з канадським Біллем про права, був розроблений тест для розрізнення виправданих і невинуватих законодавчих розрізень в рамках самої концепції рівності перед законом

за відсутності положення, подібного до статті 1 Хартії: див. *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, де було вказано на стор. 407:

«... Чи є це необхідним відступом від загального принципу загально-го застосування закону для досягнення певної необхідної і бажаної суспільної мети. Нерівності, встановлені для таких цілей, можуть бути прийнятними згідно з канадським Біллем про права».

Також можна вказати, що Чотирнадцята поправка до Конституції США, якою передбачено, що жоден штат не може відмовити будь-якій особі в межах його юрисдикції у «рівному захисті законів», не містить обмежувальних положень, подібних до статті 1 Хартії. Як наслідок, в юриспруденції постали різні стандарти контролю оскаржуваних порушень положення про рівний захист, що стримують чи обмежують гарантію рівності в рамках самої концепції рівного захисту. Знову ж таки стаття 14 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (*the European Convention on Human Rights*, 23 U.N.T.S. 222), яка забезпечує користування правами, гарантованими Конвенцією, без дискримінації, також не містить положення, подібного до статті 1 чи її еквіваленту, і також встановлює обмеження в рамках самої концепції. У справі *Belgian Linguistic Case (No. 2)* (1968), 1 E.H.R.R. 252, at p. 284, суд встановив такий тест:

«... принцип рівності ставлення є порушеним, якщо розрізнення не має об'єктивного і розумного обґрунтування. Наявність такого обґрунтування має бути оцінена по відношенню до мети і наслідків заходу, що розглядається, з урахуванням принципів, що зазвичай визнаються в демократичному суспільстві. Відмінність у ставленні під час користування правом, закріпленим в Конвенції, повинна не тільки переслідувати легітимну мету. Стаття 14 також порушується, якщо явно встановлено, що немає розумного співвідношення пропорційності між застосованими засобами і метою, якої намагаються досягти».

Відмінною характеристикою Хартії, що відрізняє її від інших документів, є те, що розгляд таких обмежень здійснюється за статтею 1. Цей Суд виклав аналітичний підхід до тлумачення Хартії у справах *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 та інших, визначальною рисою якого є те, що статті, якими га-

рантуються права, мають бути аналітично відокремлені від статті 1. Іншими словами, розглядаючи проблему за положеннями Хартії, перше питання, на яке слід відповісти, полягає в тому, чи мало місце порушення гарантованого права. Будь-яке обґрунтування порушення, якщо воно було встановлене, повинно, кінець кінцем, розглядатись на відповідність широким положенням статті 1. Слід відразу ж визнати, що співвідношення між цими двома положеннями не завжди можна визначити у задовільний спосіб. Однак дуже важливо розглядати їх аналітично відмінними; принаймні з огляду на розподіл тягаря доведення. Саме на громадянина покладається обов'язок доведення того, що його чи її право згідно з Хартією було порушене, а на державу – обов'язок обґрунтувати порушення.

Підходи до статті 15(1)

Три основні підходи були розроблені щодо визначення ролі статті 15(1), значення дискримінації, про яку там йдеться, і співвідношення статті 15(1) і статті 1. Перший, запропонований професором Пітером Хоггом у «Конституційному праві Канади» (Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985)) розглядає кожне розрізнення, встановлене законом як дискримінацію згідно зі статтею 15(1). За цим має слідувати аналіз розрізнення за статтею 1 Хартії. Він зазначає на стор. 800-801:

«Я роблю висновок, що стаття 15 повинна тлумачитися як така, що передбачає загальне застосування кожного закону. Якщо закон встановлює розрізнення індивідів, за будь-якою ознакою, таке розрізнення є достатнім, щоб становити порушення статті 15 і перейти до розгляду конституційного питання за статтею 1. Тестом чинності є той, що встановлений статтею 1, а саме, чи відповідає закон формулюванню „такі розумні обмеження, встановлені законом, що можуть явно бути виправданими у вільному і демократичному суспільстві“».

Він дійшов цього висновку на основі того, що, коли право в Хартії викладено у загальних формулюваннях, стаття 1 встановлює стандарт обґрунтування для будь-якого обмеження такого права. Він вважає, що термін «дискримінація» в статті 15(1) може тлумачитися як такий, що містить певну кваліфікацію в самому своєму тексті, але він надає перевагу нейтральному значенню цього терміна, оскільки таке

тлумачення негайно повертає питання до сфери дії статті 1, що і була включена до Хартії з такою метою.

Другий підхід, викладений суддею Маклохлін з Апеляційного Суду, включав розгляд розумності й справедливості законодавства, оскаржуваного за статтею 15(1). Вона вказала, як зазначалося вище, на стор. 610:

«Головне питання полягає в тому, чи могла би розумна особа, оцінивши цілі законодавства в світлі його наслідків для індивідів, що зазнають негативного впливу, і зважаючи на право законодавця приймати закони для блага всіх, зробити висновок, що прийняті законодавчі заходи є нерозумними і несправедливими».

Вона визначає незначну роль статті 1, що, як виявляється, обмежується лише дозволом за умов надзвичайного стану, війни чи іншої кризової ситуації приймати дискримінаційне законодавство, яке за інших умов було б неприпустимим.

Третій підхід, що подекуди називається підходом «перелічених чи аналогічних ознак», пропонує концепцію, згідно з якою дискримінація загалом стосується перелічених ознак. Стаття 15(1) розроблена для попередження дискримінації за цими та аналогічними ознаками. Цей підхід є подібним до того, що відображений в законах про людські права і громадянські права, що були прийняті протягом останнього часу в різних частинах Канади. Наступний витяг з рішення судді Гьюгесена у справі *Smith, Kline & French Laboratories v. Canada (Attorney General)*, *supra*, at pp. 367-69, є прикладом такого підходу:

«Права, що гарантуються [статтею 15], не ґрунтуються на якійсь суворій, математичній рівності між людськими істотами. Якщо б це було так, практично все законодавство, чиею функцією є, кінець кінцем, визначати, розрізняти і встановлювати категорії, було б prima facie порушенням статті 15 і потребувало б обґрунтування за статтею 1. Це перетворювало би виняток на правило. Оскільки суди були б зобов'язані розглядати й визначати обґрунтування за статтею 1 для більшості актів законодавства, а альтернативою цього є анархія, виникає нагальний ризик парадоксу: чим більша

сфера дії визнається за статтею 15, тим більша вірогідність, що це положення позбаватиметься будь-якого реального сенсу.

Відповідь, на мою думку, полягає в тому, що сам текст цієї статті містить власні обмеження. Ним тільки забороняється дискримінація членів категорій, що самі є подібними. Таким чином, питанням у кожній справі буде визначення, які категорії є допустимими під час визначення подібності ситуацій, а які – ні. І тільки у тих випадках, коли самі категорії є неприпустимими, коли з рівними не поводяться однаково, матиме місце порушення прав на рівність.

...

Що стосується власне тексту статті 15, можна досліджувати, чи має місце „дискримінація” в негативному значення цього слова, та чи ґрунтуються категорії на перелічених ознаках чи ознаках, що є аналогічними їм. Аналіз, по суті, зосереджується на особистих характеристиках тих, хто стверджує, що зазнали нерівного ставлення. Увага зосереджується на питанні стереотипів, історичних несправедливостей, одним словом, упередженостей; можна навіть визнати, що для деяких людей рівність має відмінне значення, ніж для інших».

Аналіз дискримінації за такого підходу має відбуватися в контексті перелічених ознак і ознак, що є аналогічними. Формулювання «без дискримінації» вимагає більше ніж визнання наявності відмінності у поводженні з групами чи індивідами. Ці слова є формою уточнення, вбудованого безпосередньо в статтю 15, і обмежує ті розрізнення, що заборонені цією статтею, лише тими, що включають упередження чи заваду.

Я погоджуюсь з критикою першого підходу, висловленою суддею Маклохлін з Апеляційного Суду. Вона зазначає, що визнання кожного законодавчого розрізнення як порушення статті 15(1) робить тривіальними основоположні права, гарантовані Хартією і, по-друге, тлумачення «без дискримінації» як «без розрізнення» позбавляє поняття дискримінації будь-якого змісту. Вона продовжує на стор. 607:

«По-третє, наміром Парламенту не могло бути встановити для уряду вимогу згідно зі статтею 1 обґрунтовувати всі закони, що роблять розрізнення між особами, як „явно виправдані у вільному і демократичному суспільстві“. Якщо оцінка обґрунтування нерівного ставлення не вимагається і не дозволяється статтею 15, то наслідком буде те, що такі загально визнані та явно необхідні розрізнення як заборона неповнолітнім чи нетверезим особам керувати транспортними засобами, розглядатимуться як порушення фундаментальних прав і потребуватимуть застосування інструментарію статті 1.

І, кінець кінцем, також можна стверджувати, що визначати дискримінацію за статтею 15 як подібну до нерівного ставлення на основі особистих класифікацій означатиме піднести статтю 15 до позиції, що поглинає інші права і свободи, визначені Хартією».

Заперечуючи підхід професора Хога, я хотів би зазначити, що він проводить чітку паралель між встановленням розрізнення та визначенням його чинності за статтею 1, але моє заперечення полягає в тому, що цей підхід, по суті, позбавляє статтю 15(1) будь-якої ролі.

Я також не погоджуюсь з підходом, запропонованим суддею Маклохлін. Вона пропонує визначити дискримінацію за статтею 15(1) як необґрунтоване чи нерозумне розрізнення. Водночас вона уникає тесту простого розрізнення, але радикально відступає від того аналітичного підходу до розуміння Хартії, який був схвалений цим Судом. В результаті оцінка питань відбуватиметься за статтею 15(1), а стаття 1 не відіграватиме жодної ролі.

Третій підхід – підхід перелічених та аналогічних ознак – найкращим чином відповідає цілям статті 15 та визначенню дискримінації, окресленому вище, і залишає статті 1 питання обґрунтування. Однак, оцінюючи те, чи були права позивача за статтею 15(1) порушені, недостатньо обмежуватись лише оскаржуваною ознакою дискримінації і вирішувати, чи відноситься вона до перелічених чи аналогічних ознак. Також слід дослідити вплив оскаржуваного розрізнення чи класифікації на позивача. Адже якщо погодитись, що не всі розрізнення і диференціації, встановлені законом, є дискримінаційними, то та роль, яка має бути визнаною за статтею 15(1), є набагато більшою, ніж просте

визнання юридичного розрізнення. Позивач за статтею 15(1) має довести не тільки, що він чи вона не отримує рівного ставлення перед та згідно із законом або що закон має відмінний вплив на нього чи неї щодо захисту чи переваг, що надаються законом, але, на додаток, має довести, що законодавчий вплив закону є дискримінаційним.

Якщо встановлена дискримінація і має місце порушення статті 15(1), то (якщо стаття 15(2) не застосовується) будь-яке обґрунтування, оцінка розумності законодавчого положення і, дійсно, будь-яка оцінка факторів, що можуть виправдати дискримінацію і підтримати конституційність оскаржуваного положення, відбуватиметься згідно зі статтею 1. Такий підхід відповідатиме позиціям цього Суду, викладеним в колишніх рішеннях щодо застосування статті 1, і в той же час дозволить відкидати явно незначні і надумані вимоги. У цьому він становитиме практичний підхід до вирішення проблеми.

Мені видається очевидним, що статтею 42 Акту про баристерів і солісторів встановлене законодавче розрізнення між громадянами і негромадянами щодо юридичної практики. Це розрізнення має наслідком відмову в доступі до правничої професії негромадянам, які у всіх інших відношеннях відповідають кваліфікаційним критеріям. Чи було відмовлено [скаржникам] в силу статті 42 Акту в рівності перед законом чи в рівному захисті закону? З практичної точки зору, слід зазначити, що вимога громадянства впливає лише на тих негромадян, які постійно проживають [на території Канади]. Особа, що постійно проживає, має очікувати мінімум три роки з моменту отримання права на постійне проживання для набуття громадянства. Це розрізнення, тому, встановлює тягар у формі певного відтермінування для негромадян, що постійно проживають [на території Канади], які отримали повністю чи частково юридичну освіту закордоном і, відповідно, є дискримінаційним.

Права, гарантовані в статті 15(1) застосовуються до всіх осіб, незалежно від громадянства. Норма, що забороняє цілому класу осіб певні форми працевлаштування виключно на підставі відсутності статусу громадянина і не враховує освітні і професійні кваліфікації чи інші характеристики або досягнення осіб, що входять до цієї групи, на мою думку, порушує права на рівність за статтею 15. Негромадяни, що законно постійно проживають в Канаді, є, послуговуючись формулю-

ванням Верховного суду США з рішення у справі United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938), at pp. 152-53, п. 4, в подальшому підтвердженому у справі Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971), at p. 372, гарним прикладом «розпорошеної і відокремленої меншини», яку захищає стаття 15.

[...]

Підсумовуючи, можна зробити декілька висновків.

Рівність у сучасному конституціоналізмі виступає як конституційна парадигма, як конституційний принцип, як складова людських прав, як окреме право (що включає заборону дискримінації як його різновид). Ці сенси рівності складають єдину конституційну структуру, в основі якої лежить ціннісний порядок, за яким людська гідність, рівність і свобода визнаються найвищою цінністю.

Як конституційна парадигма рівність нерозривно пов'язана з питаннями демократичного урядування, зокрема із захистом уразливих меншитарних груп населення проти свавілля більшості навіть в демократичному політичному процесі. Визнання рівної гідності й цінності людини, що спочатку розглядалася як один із запобіжників проти дисфункції демократичного процесу, стало парадигматичною візією демократичного суспільства. Значення рівності, тому, виходить далеко за рамки захисту «розпорошених і відокремлених меншин» в політичному процесі – воно має розглядатися в контексті побудови демократичного суспільства, вільного від соціальних стереотипів, соціальної несправедливості, упередженості, що історично склалися в суспільствах.

Рівність як принцип має безпосереднє нормативне значення. В умовах законодавчої держави, конституційний принцип рівності обмежує дискрецію як законодавця, так і уряду щодо запровадження законодавства й державної політики. Принцип рівності існує у трьох формах:

(1) рівність перед законом чи правом взагалі; це розуміння рівності є формальним і абстрактним, воно спрямоване проти всіх форм свавілля влади;

(2) рівність як частина норми, що впливає з всезагальності й нейтральності права; та

(3) рівність як наслідок дії норми, що зобов'язує законодавця зважати на наявні нерівності і виправити їх через правове регулювання.

Людські права, як вони закріплені в конституційних текстах і міжнародно-правових документах, містять вимогу рівності як їх невід'ємну складову. Така вимога рівності має винятково індивідуальний характер. Ця складова рівності може бути обмежена у такий же спосіб і за такими ж стандартами конституційності, як і саме право, що її містить. Це веде до логічного висновку про релятивний характер рівності як складової людських прав.

Право на рівність як окреме право може мати відмінний зміст і значення залежно від конституційних формулювань і юридичних підходів, притаманних конституційній традиції держави. Воно також має телеологічний і корекційний (реституційний) аспекти. Телеологічний аспект права на рівність спрямований на забезпечення справедливої рівності можливостей, а корекційний (реституційний) – виправлення існуючих самопідсилюваних соціальних нерівностей. Право на рівність є порівняльною концепцією, що має застосовуватись в конкретному соціальному і політичному контексті. Це означає релятивістську природу порівняння, адже сама по собі відмінність у ставленні між особами не обов'язково має наслідком нерівність і так само однакове ставлення може часто призводити до серйозної нерівності й несправедливості. Не кожне розрізнення чи відмінність у ставленні згідно із законом порушуватиме гарантії рівності.

Метою права на рівність є забезпечення рівності як щодо сутності, так і застосування закону відповідно до моральних і етичних принципів, що є засадничими для дійсно вільного і демократичного суспільства. А це означає, що право на рівність також включає вимогу щодо захисту й поваги певних відмінностей та ідентичностей.

Юридичний стандарт рівності перед законом вимагає дослідити (1) наявність розрізнення у ставленні (якщо така відмінність має місце за забороненою ознакою, слід розглядати справу за положеннями про заборону дискримінації); (2) наявність негативного впливу розрізнення на права та інтереси особи; (3) наявність правомірної мети встановлення такого розрізнення, (4) оцінка істотності мети та (5) відповідність і пропорційність обраних засобів досягнення такої мети.

Право на рівність пов'язане із правом на недискримінацію, але не є йому тождешним. З аксіологічної точки зору, право на рівність ґрунтується на принципі рівного ставлення, що спрямований на досягнення індивідуальної рівності, право на недискримінацію – на принципі рівної поваги, що має на меті забезпечення рівності можливостей, а позитивна дискримінація – на принципі рівного результату, тобто досягнення загальної рівності.

І рівність і недискримінація мають негативне і позитивне значення. Негативне значення рівності полягає у забороні свавілля, свавільного застосування законів, що спричиняє соціальну несправедливість. Негативне значення недискримінації, натомість, полягає у забороні підтримування за допомогою правового регулювання соціальних стереотипів соціальної несправедливості, упередженості, що історично склалися в суспільствах. Позитивне значення рівності полягає у забезпеченні врахування особливостей становища індивідів, наскільки це виправдано і можливо, для забезпечення реальної, тобто субстантивної, рівності. Позитивне значення недискримінації полягає в прийнятті позитивних і спеціальних заходів для виправлення існуючих соціальних несправедливостей, усунення упередженостей і стереотипів.

Виведення недискримінації в окрему юридичну конструкцію обумовлене характеристиками предмета захисту, що впливає з переліку заборонених ознак дискримінації. Конституційні тексти, якими забороняється дискримінація, містять перелік заборонених ознак, розрізнення за якими є *prima facie* конституційно «підозрілим». Такі переліки є відкритими, адже містять посилання на «інші ознаки». Всі ці ознаки – як перелічені, так і аналогічні їм – мають спільним те, що вони стосуються особистісних характеристик, як не можуть бути змінені або зміна яких може відбутися за неприйнятною ціною для особистої ідентичності.

Жорсткі стандарти недискримінації застосовуються у випадках розрізнення за ознаками, які становлять (1) найособистіші характеристики (стать, ґендер, колір шкіри, фізичні властивості, сексуальна орієнтація, фізичні / психічні вади, вік тощо), що є вродженими, загалом незмінними і тісно пов'язаними з гідністю і особистістю індивіда; (2) особисті характеристики, що є важливими для вільного розвитку особистості в демократичному суспільстві (політичні, релігійні та інші переконання, мова, національність, етнічне походження, соціальне походження тощо) та (3) периферійні особисті характеристики, набуті індивідом в процесі розвитку своєї особистості й соціальної діяльності (наприклад, місце проживання, громадянство, сімейний та майновий стан,

членство в організаціях тощо). Інші об'єктивні характеристики індивіда, включаючи особливі потреби, підпадають під дію загального права на рівність.

Дискримінація може бути визначена як розрізнення, як навмисне, так і ненавмисне, встановлене законодавством, практикою, ставленням, дією чи бездіяльністю, яке ґрунтується на ознаках, пов'язаних з особистісними характеристиками індивіда чи групи, яке має наслідком встановлення тягарів, зобов'язань чи обмежень для такого індивіда чи групи, що не встановлюються у відношенні інших, або позбавлення чи обмеження доступу до можливостей, пільг чи переваг, що є доступними для інших членів суспільства.

Таким чином, оцінюючи те, чи мало місце порушення права на недискримінацію, слід дослідити:

(1) чи має місце розрізнення за ознакою дискримінації, що міститься в переліку заборонених або аналогічна їм (таке розрізнення може бути як прямими, тобто встановленим законодавчим актом, так і непрямим, коли в силу дії формально нейтральних положень чи практики встановлюється таке розрізнення);

(2) якщо має місце розрізнення за ознакою дискримінації – вплив оскаржуваного розрізнення чи класифікації (чи встановлюються в наслідок розрізнення тягарі, зобов'язання чи обмеження для індивіда або групи, що не застосовуються у відношенні інших, або чи позбавляється чи обмежується доступ до можливостей, пільг чи переваг, що є доступними для інших членів суспільства);

(3) якщо має місце дискримінаційний вплив – оцінити наявність й істотність мети (оскаржуваний захід не повинен бути свавільним, несправедливим або таким, що базується на нерациональних міркуваннях);

(4) якщо мета істотна – оцінити пропорційність наслідків або впливу заходу та мети.

Розділ III

ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ

Дослідження гендерних аспектів конституціоналізму в багатьох випадках зосереджується на проблемі усунення дискримінації за ознакою статі й гендеру та виправлення історичних і соціальних несправедливостей. Однак забезпечення гендерної рівності як конституційної парадигми має розглядатися у ширшому контексті. Багато конституційних питань, що на перший погляд вважаються гендерно нейтральними, мають суттєвий гендерний вимір. Наприклад, **конституційний устрій** охоплює багато таких питань, як от: територіальний устрій (федеративний чи унітарний), форма правління (президентська, парламентська, змішана тощо), виборчі системи (пропорційна, мажоритарна, змішана) тощо. Однак такі питання мають глибокий вплив на гендерну рівність. Так, дослідження вказують, що, наприклад, пропорційна виборча система забезпечує краще політичне представництво жінок, аніж мажоритарна система²¹⁸. **Децентралізація** може мати як позитивний, так і негативний вплив на забезпечення субстантивної рівності жінок. У наведеній вище справі *Mashavha* Конституційний суд Південної Африки наголосив, що під час розподілу повноважень між центральним урядом і місцевим самоврядуванням можуть існувати питання, що, з точки зору принципу рівності, вимагають регулювання однаковими нормами чи стандартами, що повинні мати загальне застосування по всій країні й відповідати критеріям справедливості та рівності. Потреба у забезпеченні рівності, включаючи гендерну рівність, може вести до визнання системи розподілу повноважень такою, що спричиняє нерівність і несправедливість по відношенню до жінок, що мешкають у певних громадах. І навпаки, надмірна централізація може також ставити питання конституційності, якщо передача повноважень громадам сприятиме можливості вирішення гендерних питань у більш ефективний спосіб²¹⁹. **Судоустрій** також має гендерний вимір не тільки з точки зору рівних можливостей для чоловіків і жінок щодо доступу до професій судді, адвоката, прокурора і кар'єрного просування²²⁰. Доступ до правосуддя для жінок, гендерно сенситивні процедури розгляду, ефективні засоби юридичного захисту – всі ці та інші питання мають безпосереднє значення для забезпечення субстантивної гендерної рівності.

Сучасне конституційне право не є гендерно нейтральним. Гендерний конституціоналізм, таким чином, стосується багатьох питань конституційного ладу. З великою долею узагальнення, він може бути структурований навколо

²¹⁸ Див. Dahlerup D., Freidenvall L. GENDER QUOTAS IN POLITICS – A CONSTITUTIONAL CHALLENGE. *Constituting Equality Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. (Susan H. Williams ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. P. 29-52.

²¹⁹ Див. Williams S. INTRODUCTION: COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, GENDER EQUALITY, AND CONSTITUTIONAL DESIGN. *Constituting Equality Gender Equality and Comparative Constitutional Law*. (Susan H. Williams ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2009. P. 6.

²²⁰ Див. Фулей Т. ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПРАВОСУДДЯ. К.: ВАІТЕ, 2016.

таких засадничих проблем як (1) конституційна суб'єктність носіїв гендерної ідентичності, зокрема чоловіків і жінок; (2) конституційні права і свободи; (3) конституційно структурована різноманітність (конституційні патерни різноманітності); (4) гендерна рівність; (5) статева автономія, включаючи репродуктивні права; (6) права жінок у сімейних відносинах; (7) соціально-економічний розвиток і політичні права.

Однак шлях до такого розуміння гендерного виміру сучасного конституціоналізму і, зокрема, гендерної рівності не був лінійним. У цій роботі ми невідворотно повертаємося до витоків, соціальних процесів і дискурсів, що визначили і формували докорінні соціальні трансформації в гендерній сфері, до процесів переходу до модерної та постмодерної держави і суспільства, тобто процесів, що призвели до становлення повністю нової західної цивілізації, побудованої на тріаді свободи, гідності і рівності.

З часів накової революції і Просвітництва західна традиція вибудовувалась на парадигмі *ratio* – розуму, раціоналізму, картезіанської логіки. Оскільки на заміну божественному провидінню приходять парадигма людини розумної та уявлення про існування певних трансцендентних законів, що є валідними як для фізичного світу, так і для суспільства, і які можуть бути досягнуті й виведені людським розумом, виникає потреба пояснення рушійних сил, як тих, що обумовлюють природні явища, так і тих, що визначають умови існування і взаємодії людей в організованому суспільстві. Наукова революція і Просвітництво розвивалися навколо простої аксіоми, за якою світ являє собою єдину систему, єдине ціле, і може бути пояснений за допомогою раціональних методів. Як зазначає Ісайя Берлін:

«Від Декарта і Бекона та послідовників Галілея та Ньютона, від Вольтера і енциклопедистів до Сен-Сімона, Конта та Бакля, та вже у нашому столітті, Г. Уелса, Бернала, Скіннера і віденських позитивістів з їхнім ідеалом єдиної системи усіх наук, природних і суспільних, це була саме програма сучасного Просвітництва, що відіграла вирішальну роль у соціальній, правовій та технологічній організації нашого світу»²²¹.

Але ця єдина система розумілася як така, що заснована на чоловічій логіці, на неусвідомленому включенні патріархального центрizmu в космологічний порядок. Просвітництво і Великі революції, що народили модерну державу,

²²¹ Berlin I. THE DIVORCE BETWEEN THE SCIENCES AND THE HUMANITIES. *Isaiah Berlin, Against the Current: Essays in the History of Ideas*. New York: The Viking Press, 1980, P. 82.

легітимізували в рамках державного патерналізму парадигму чоловічого домінування, що стало, по суті, «однією з найсильніших ідеологій в культурах по всьому світу і в контексті сучасної західної культури воно діє більшою чи меншою мірою у всьому спектрі гіпернормативних дискурсів»²²².

Розвиток раціоналізму як наукової і соціальної парадигми і, як наслідок, становлення концепції «норми» (не тільки в праві, але й у соціальному дискурсі), «нормальності» став не тільки передумовою появи соціальних конструктів «сексуальної девіації» та «нормальності», включаючи виникнення механізмів соціальної, медичної і політичної регуляції і контролю за людськими тілами, в тому числі криміналізацію девіантної поведінки з боку держави, контролю за народжуваністю й статевим життям громадян, але й становлення «суспільства самообмеження». Розвиток модерної держави і, пов'язаний з цим занепад релігійного контролю і влади церкви, позначилися, таким чином, зростанням державного втручання в інтимні сфери протягом XIX – XX століть²²³.

Політичні, публічні і академічні дискурси стали інструментами соціального конструювання статей, гендерних ідентичностей, практик і спільнот, що спричиняють політичне й історичне переосмислення соціальних категорій, перетворюючи людей, що до них відносяться, на об'єкти контролю, вибудовуючи спільноти, що як об'єднують, так і роз'єднують їх²²⁴. Ця влада категоризації походить як зверху, так і знизу²²⁵. Власне, не викликає сумніву, що існує досить чіткий історичний зв'язок між чоловічим соціальним домінуванням, науковою ідеологією, розвитком західної науки й біомедицини²²⁶.

²²² Visagie P. IDEOLOGY THEORY AND ITS RELEVANCE FOR HIGHER EDUCATION. *Ideologies in South African Higher Education*. (Lategan OK & Smit K eds.) Bloemfontein: Technikon Free State, 1999. P. 7.

²²³ Див. Walkowitz J. R. PROSTITUTION AND VICTORIAN SOCIETY: WOMEN, CLASS, AND THE STATE. Cambridge: Cambridge University Press, 1980; Bristow E. J. VICE AND VIGILANCE: PURITY MOVEMENTS IN BRITAIN SINCE 1700. New Jersey: Rowman and Littlefield, 1977; Pivar D. PURITY CRUSADE: SEXUAL MORALITY AND SOCIAL CONTROL 1868–1900. Connecticut: Greenwood Press, , 1972; Brandt A. M. NO MAGIC BULLET: A SOCIAL HISTORY OF VENEREAL DISEASE IN THE UNITED STATES SINCE 1880. New York: Oxford University Press, 1985; Gordon L. WOMAN'S BODY, WOMAN'S RIGHT: A SOCIAL HISTORY OF BIRTH CONTROL IN AMERICA. New York: Penguin, 1974; Weeks J. SEX, POLITICS AND SOCIETY: THE REGULATION OF SEXUALITY SINCE 1800. New York: Longman, 1981.

²²⁴ Див. Foucault M. THE HISTORY OF SEXUALITY. New York: Vintage, 1980. Vol. I: An Introduction. P. 36–37.

²²⁵ Див. Sahlins M. WAITING FOR FOUCAULT, STILL. Chicago: Prickly Paradigm Press, 2002. P. 40.

²²⁶ Див. докл. Harding S. THE SCIENCE QUESTION IN FEMINISM. Ithaca: Cornell University Press, 1986; Schiebinger L. THE MIND HAS NO SEX: WOMEN IN THE ORIGIN OF MODERN SCIENCE. Cambridge: Harvard University Press, 1989; Ehrenreich B., English D. FOR HER OWN GOOD: 150 YEARS OF EXPERTS' ADVICE TO WOMEN. New York: Doubleday, 1979; Barker-Benfield G. J. THE HORRORS OF THE HALF-KNOWN LIFE. New York: Harper and Row, 1976; Haraway D. PRIMATE VISIONS: GENDER, RACE AND NATURE IN THE WORLD OF MODERN SCIENCE. New York: Routledge, 1989; Jordanova L. J. SEXUAL VISIONS: IMAGES OF GENDER IN SCIENCE AND MEDICINE BETWEEN THE EIGHTEENTH AND TWENTIETH CENTURIES. Madison: University of Wisconsin Press, 1989; Keller E. F.

Становлення ідеї політичної нації під час Великих революцій XVIII ст. так і не включило досить широкі верстви населення до політичного процесу. Статус, майнові цензи і стать були тими ознаками, що визначали межі політичної нації. Однак навіть така ексклюзивність політичної участі дала поштовх розвиткові й поширенню «підпорядкованих контрпублічних сфер» (англ. – *subaltern counterpublics*) – публічних просторів для маргіналізованих чи утиснених груп. Як пише Ненсі Фрейзер:

«...Члени підпорядкованих соціальних груп – жінки, робітники, національні меншини, геї та лесбійки – поступово відкрили переваги утворення альтернативних публічних просторів. Я пропоную назвати ці простори підпорядкованими контрпублічними сферами для означення їх паралельного співіснування як дискурсивних майданчиків, на яких члени підпорядкованих соціальних груп створювали і поширювали контрдискурси, які у свою чергу дозволяли їм формулювати опозиційні інтерпретації своїх ідентичностей, інтересів і потреб»²²⁷.

Таким чином маргіналізовані групи в суспільстві формували свої власні субкультури і лексикон²²⁸. Саме в таких маргіналіях нової політичної сфери обговорюються, викарбовуються й поширюються ідеї рівності чоловіків та жінок. Становлення ексклюзивної публічної сфери з чоловічим домінуванням у модерних демократіях, як це не парадоксально, стало одним з ключових факторів формування в контрпублічних сферах окремих ідентичностей, консолідації соціального протесту проти несправделивості й набуття соціального капіталу (в сенсі соціальних зв'язків і мереж та пов'язаних з цим норм і довіри)²²⁹ руху за рівні права жінок.

Історично, чоловіче домінування в суспільстві, в науці, політиці, інших сферах соціального життя, що було інституціоналізоване апаратом модерної держави, зазнало нищівного удару в часи Першої світової війни, коли загальна мо-

REFLECTIONS ON GENDER AND SCIENCE. New Haven: Yale University Press, 1984.

²²⁷ Fraser N. RETHINKING THE PUBLIC SPHERE: A CONTRIBUTION TO THE CRITIQUE OF ACTUALLY EXISTING DEMOCRACY. *Social Text*. 1990. No. 25/26. P. 67.

²²⁸ Див. Vance C. ANTHROPOLOGY REDISCOVERS SEXUALITY: A THEORETICAL COMMENT. *Same-Sex Cultures and Sexualities: An Anthropological Reader*. (Jennifer Robertson, ed.). Malden: Blackwell Publishing, 2005. P. 26

²²⁹ Putnam R. TUNING IN, TUNING OUT: STRANGE DISAPPEARANCE OF SOCIAL CAPITAL IN AMERICA. *PS: Political Science and Politics*. 1995. Vol. 28, No. 4. P. 665; Fukuyama F. TRUST: THE SOCIAL VIRTUES AND THE CREATION OF PROSPERITY. New York: Free Press, 1995. P. 26.

білізація чоловічого населення спричинила відкриття багатьох соціальних, виробничих, академічних сфер для жінок. Як зазначає Леслі Г'юм:

«Внесок жінок у військові звитяги зруйнував уявлення про фізичну і ментальну меншовартість жінок і ускладнив дотримання переконання, що жінки є, як за фізичною конституцією, так і за інтелектуальним складом, нездатними брати участь у виборах. Якщо жінки могли працювати на оборонних заводах, то виявлялося невдячним і нелогічним відмовляти їм у праві зайти до виборчої кабінки. Однак право голосу було більшим, ніж винагородою за військову працю; насправді участь жінок у війні допомогла розв'язати побоювання щодо виходу жінок у публічну сферу»²³⁰.

Шлях до визнання, просування і концептуалізації гендерної рівності як констиутційної практики, так і в констиутційній доктрині не був лінійним. На додаток до концепції рівності перед законом, що була переосмислена після Другої світової війни з тим, аби гарантувати субстантивну рівність, включаючи рівність у правах для жінок, постала концепція субстантивної рівності можливостей і результату (доктрина підтримчої дії та, власне, гендерної рівності у вузькому сенсі)²³¹. Поєднання цих двох концепцій було вперше запропоноване в 1974 році бельгійською юристкою Еліаною Фогель-Полські²³² як політика Європейського Економічного Співтовариства (ЄЕС). Однак цей підхід на початку був підданий критиці, адже вважався таким, що розглядав права чоловіків як певний стандарт чи абсолют, з яким мають бути увідповіднені права жінок. Тим не менш, він був покладений в основу багатьох політик в ЄЕС. На початку 90-х років стало зрозуміло, що навіть цього підходу недостатньо. Тому був розроблений додатковий елемент політики гендерної рівності – гендерний мейнстримінг (англ. Gender mainstreaming), основна ідея якого полягає у врахуванні гендерної проблематики у всіх сферах державної політики і оцінці гендерного впливу такої політики²³³.

²³⁰ Hume L. THE NATIONAL UNION OF WOMEN'S SUFFRAGE SOCIETIES 1897–1914. New York: Routledge, 2016. p. 281.

²³¹ Agustin L. GENDER EQUALITY, INTERSECTIONALITY, AND DIVERSITY IN EUROPE. New York: Palgrave Macmillan, 2013. P. 1; див. також: Hoskyns C. INTEGRATING GENDER: WOMEN, LAW AND POLITICS IN THE EUROPEAN UNION. London: Verso, 1996; Kantola J. GENDER AND THE EUROPEAN UNION. New York: Palgrave Macmillan 2010; Rees T. MAINSTREAMING EQUALITY IN THE EUROPEAN UNION: EDUCATION, TRAINING AND LABOUR MARKET POLICIES. London: Routledge, 1998.

²³² Van der Vleuten A. THE PRICE OF GENDER EQUALITY. MEMBER STATES AND GOVERNANCE IN THE EUROPEAN UNION. Aldershot: Ashgate, 2007. P. 88.

²³³ Див. Bego I. GENDER EQUALITY POLICY IN THE EUROPEAN UNION. A FAST TRACK TO PARITY FOR THE NEW MEMBER STATES.

Ця триєдина ґендерна стратегія – рівність перед законом, заходи підтримчої дії та ґендерний мейнстрімінг – певною мірою може вважатися початком нового етапу у сфері забезпечення субстантивної ґендерної рівності, етапу, в якому ґендерна рівність розглядається не тільки з точки зору економічної чи соціальної перспективи, але й як невід’ємна складова конституційної демократії²³⁴.

У цій роботі не ставиться завдання розглянути всі засадничі ґендерні проблеми, адже наша дискусія зосереджена на питаннях, що пов’язані з ґендерною рівністю. Однак проблематика ґендерної рівності не може не мати впливу на конституційне вирішення інших проблем. Цей розід побудований навколо трьох ключових і дискусійних тем, пов’язаних з конституційною гарантією ґендерної рівності. По-перше, ґендер розглядається як аналітична категорія в тому широкому сенсі, як він наразі вживається в науковому і політичному дискурсі. Ця аналітична категорія є визначальною для розуміння ґендеру як соціального конструктору, як категорії, що відноситься до системи соціальної влади.

По-друге, ґендер розглядається як конституційна категорія. Яким чином право на рівність перестало бути гарантією формальної рівності й перетворилося на конституційну засаду ґендерної рівності? Який конституційний зміст вкладається в розуміння ґендеру? Адже за останні тридцять років цей термін не тільки отримав широке поширення в рішеннях органів конституційної юрисдикції, але й отримав безпосереднє закріплення в конституційних текстах багатьох держав.

По-третє, ґендерна рівність розглядається як невід’ємна складова конституційної демократії. Така концептуалізація ґендерної рівності розглядається крізь призму механізмів забезпечення субстантивної рівності в політичному процесі, зокрема ґендерних квот.

New York: Palgrave Macmillan, 2015. P. 26.

²³⁴ Див. Hubert A. FROM EQUAL PAY TO PARITY DEMOCRACY: THE ROCKY RIDE OF WOMEN’S POLICY IN THE EUROPEAN UNION. *Has Liberalism Failed Women? Assuring Equal Representation in Europe and the United States* (J. Kalusen and C. S. Maier eds.). Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2001. P. 158.

3.1. ҐЕНДЕР ЯК АНАЛІТИЧНА КАТЕГОРІЯ

Становлення ґендеру як аналітичної категорії відбулося досить недавно²³⁵. У науковий обіг його ввів американський психолог Джон Мані в 1955 році²³⁶. Це було пов'язано з необхідністю віднайдення належного аналітичного інструментарію для дослідження соціального характеру відмінностей між статями. Як зазначив багато пізніше сам Джон Мані, говорячи про історію досліджень розладів ґендерної ідентичності:

«... У другій половині ХХ століття ... виникло нове ім'я для нової концепції – ґендерної ідентичності – що спричинило перегляд того, як ми дивимось на стать та її розлади. Це переосмислення поширилося далеко за рамки медицини, де все почалося, і проникло в урядування й політику щодо статі в суспільстві в цілому. Це мало настільки великий вплив, що соціальна історія нашої епохи не може бути викладена без згадки про ґендер, ґендерну роль і ґендерну ідентичність як її організуючі принципи»²³⁷.

Цей процес, який Домініко ді Челіє порівняв з коперніківською революцією²³⁸, спричинив докорінну зміну уявлень про індивіда, суспільство, владу, політику і право. Як зазначає Джоан Скотт: «Цей термін означав відмову від біологічного детермінізму, що притаманний використанню таких термінів як «стать» чи «статева відмінність»²³⁹. Такий підхід дозволяє розглядати чоловіків і жінок у співвідношенні статей між собою, відмовившись від сексистського редуccionізму і біологічного детермінізму²⁴⁰. Як зазначає Джоан Скотт:

²³⁵ Див. Haig D. THE INEXORABLE RISE OF GENDER AND THE DECLINE OF SEX: SOCIAL CHANGE IN ACADEMIC TITLES, 1945–2001. *Archives of Sexual Behavior*. 2004. Vol. 33, No. 2. P. 87–96.

²³⁶ Див. Money J. HERMAPHRODITISM, GENDER AND PRECOCITY IN HYPERADRENOCORTICISM: PSYCHOLOGIC FINDINGS. *Bulletin of the Johns Hopkins Hospital*. 1955. Vol. 96, Issue 6. P. 253–264 («Термін ґендерна роль означає всі ті речі, що особа говорить або вчиняє для розкриття себе як такої, що має статус, відповідно, хлопця або чоловіка, дівчини або жінки. Це включає сексуальність в сенсі еротизизму, але цим не обмежується»).

²³⁷ Money J. THE CONCEPT OF GENDER IDENTITY DISORDER IN CHILDHOOD AND ADOLESCENCE AFTER 39 YEARS. *Journal of Sex and Marital Therapy*. 1994. Vol. 20, Issue 3. P. 176.

²³⁸ Di Ceglie D. GENDER IDENTITY AND SEXUALITY: WHAT'S IN A NAME? *Diversity in Health and Care*. 2010. Vol. 7. P. 84.

²³⁹ Scott J. GENDER AND THE POLITICS OF HISTORY. New York: Columbia University Press, 1988 P. 29.

²⁴⁰ Див. докл. Bleier R. SCIENCE AND GENDER: A CRITIQUE OF BIOLOGY AND ITS THEORIES ON WOMEN. New York:

«Гендер» як заміник терміна „жінки” також вказує на те, що інформація про жінок є також інформацією про чоловіків, що одне включає дослідження і другого. Це використання наголошує, що світ жінок є частиною світу чоловіків, утворений в ньому і ним самим. Це використання відкидає інтерпретаційну зручність ідеї окремих сфер, стверджуючи, що жіночі студії в ізоляції підживлюють фікцію, що одна сфера, досвід однієї статі має мало спільного чи взагалі немає спільного зі сферою чи досвідом іншої. На додаток, гендер також використовується для означення соціальних відносин між статями. Його використання імпліцитно відкидає біологічні пояснення, на кшталт тих, що знаходять спільні знаменники для різних форм жіночого пригноблення у таких фактах, як те, що жінки мають здатність народжувати, а чоловіки мають більшу фізичну силу. Натомість, гендер стає способом позначення «культурних конструкцій» – повністю соціального генерування ідей про належні ролі жінок і чоловіків. Він є способом позначення виключно соціального походження суб'єктивних ідентичностей чоловіків і жінок. Гендер за таким визначенням є соціальною категорією, що накладається на тіло, яке має статеві ознаки»²⁴¹.

Гендер, перш за все, охоплює соціально сконструйовані характеристики жінок / чоловіків, дівчат / хлопців. Гендер включає норми, патерни поведінки та ролі, що складають соціальне уявлення та стандарти щодо жіночості (бути жінкою / дівчинкою), маскулінності (бути чоловіком / хлопчиком), а також стосунки між ними. Як соціальний конструкт, гендер відрізняється від суспільства до суспільства і може змінюватися з часом. Як зазначає Джоан Скот:

«Термін „гендер” передбачає, що відносини між статями є переважно аспектом соціальної організації (а не, скажімо, економічного чи демографічного впливу); що умови чоловічої і жіночої ідентичності є, в основному, культурно встановленими (тобто не є результатом відтворення власне індивідом чи колективами); а відмінності між статями встановлюють і самі встановлюються ієрархічними соціальними структурами»²⁴².

Pergamon Press, 1984; Fausto-Sterling A. MYTHS OF GENDER: BIOLOGICAL THEORIES ABOUT WOMEN AND MEN. New York: Basic Books, 1985; Sayers J. BIOLOGICAL POLITICS: FEMINIST AND ANTI-FEMINIST PERSPECTIVES. New York: Tavistock Publications, 1982; Lowe M., Hubbard R. WOMEN'S NATURE: RATIONALIZATIONS OF INEQUALITY. New York: Pergamon Press, 1983.

²⁴¹ Scott J. GENDER AND THE POLITICS OF HISTORY. New York: Columbia University Press, 1988 P. 32.

²⁴² Ibid., P. 25.

Стать, у свою чергу, означає різні біологічні та фізіологічні характеристики жінок, чоловіків та інтерсексуальних осіб, такі як хромосоми, гормони та репродуктивні органи.

Гендер і стать пов'язані, але відмінні від гендерної ідентичності. Гендерна ідентичність означає глибоко суб'єктивне сприйняття особи, внутрішній і особистий гендерний досвід, який може не збігатися з її психологічними установками чи статтю²⁴³. Гендерна ідентичність означає суб'єктивне й індивідуальне самоототожнення особи з гендерною категорією. Вона не обмежена бінарним протиставленням (жінка/чоловік); вона існує як континуум і може змінюватись з часом (так званий гендерний континуум).

Гендер є складовою соціального досвіду. Існує велика різноманітність у тому, як індивіди й групи розуміють, переживають та виражають гендер через ролі, які вони приймають, очікування, що на них покладаються, стосунки з іншими та складні способи інституціоналізації гендеру в суспільстві. Гендер в такому сенсі становить сукупність соціальних ідентичностей, сформованих у всьому своєму розмаїтті із культурних контекстів та уявлень²⁴⁴. Гендер як аналітична категорія, що охоплює сукупність можливих соціальних ідентичностей²⁴⁵ дозволяє дослідити ті процеси, в рамках яких утворені культурою категорії формують, змінюють і позначають гендерні ідентичності. Вивчення, змішання, прийняття і формування ідентичностей, будь то раса, національність, клас чи гендер, – процес, що постійно триває, в рамках якого індивіди набувають досвід, відтворюють і стабілізують самоусвідомлення того, ким вони є, самоусвідомлення своєї особистості²⁴⁶. І ці ідентичності формуються й визначаються у

²⁴³ Як зазначив Роберт Столлер, гендерна ідентичність – це «складна система переконань про себе: відчуття своєї чоловічості чи жіночості. Вона не стосується витоків такого відчуття (тобто того, чи є особа чоловіком чи жінкою). Вона, тому, має тільки психологічні конотації – суб'єктивний стан особи». Stoller R. GENDER IDENTITY DEVELOPMENT AND PROGNOSIS: A SUMMARY. *New Approaches to Mental Health from Birth to Adolescence*. (Chiland C and Young JG eds). New Haven: Yale University Press, 1992. P. 78

²⁴⁴ Див. Blackwood E. TOMBOIS IN WEST SUMATRA: CONSTRUCTING MASCULINITY AND EROTIC DESIRE. *Same-Sex Cultures and Sexualities: An Anthropological Reader*. (Jennifer Robertson, ed.). Malden: Blackwell Publishing, 2005. P. 233; Poole J. THE PROCREATIVE AND RITUAL CONSTITUTION OF FEMALE, MALE AND OTHER: ANDROGYNOUS BEINGS IN THE CULTURAL IMAGINATION OF THE BIMIN-KUSKUSMIN OF PAPUA NEW GUINEA. *Gender Reversals and Gender Cultures: Anthropological and Historical Perspectives*. (Sabrina Ramet, ed.). London: Routledge, 1996. P. 198.

²⁴⁵ Poole J. THE PROCREATIVE AND RITUAL CONSTITUTION OF FEMALE, MALE AND OTHER: ANDROGYNOUS BEINGS IN THE CULTURAL IMAGINATION OF THE BIMIN-KUSKUSMIN OF PAPUA NEW GUINEA. *Gender Reversals and Gender Cultures: Anthropological and Historical Perspectives*. (Sabrina Ramet, ed.). London: Routledge, 1996. P. 198.

²⁴⁶ Див. Probyn E. SEXING THE SELF: GENDERED POSITIONS IN CULTURAL STUDIES. London: Routledge, 1993. P. 2; Harris G. CONCEPTS OF INDIVIDUAL, SELF, AND PERSON IN DESCRIPTION AND ANALYSIS. *American Anthropologist*.

співвідношенні з домінуючими ґендерними ідеологіями, що претендують на сталість і незмінність²⁴⁷.

Категорія ґендеру дозволяє ідентифікувати, визначити і виокремити різні вісі нерівності в суспільстві, ілюстрацією яких є різні ознаки забороненої дискримінації в конституційному праві й міжнародному праві про права людини. Тому цю аналітичну категорію можна розглядати як один з компонентів більш глобального політичного проекту, спрямованого на інституціоналізацію демократичної справедливості за численними вісями соціальної дискримінації.

Історичні та крос-культурні дослідження наразі дають багатий матеріал для спростування думки, що ґендерні ролі, які досить сильно варіюються в різних суспільствах, можуть бути спричинені якимись єдиними чинниками, пов'язаними з репродуктивністю і сексуальністю²⁴⁸. Антропологічні дослідження вказують на те, що в різних суспільствах можуть існувати різні ґендерні системи, тобто соціальні структури, що визначають кількість статей і пов'язані з ними ґендерні ролі у суспільстві²⁴⁹. Як зазначає Джудіт Шапіро: «У будь-якому суспільстві значення ґендеру утворюється в контексті багатьох сфер – політичної, економічної тощо – що є ширшими за власне ґендер як такий і безумовно ширшими за поняття „стать” у різних її сенсах»²⁵⁰.

Ґендер в такому значенні є «тотальним (цілісним) соціальним явищем» в сенсі соціології Марселя Моса:

«У таких «тотальних» («цілісних»), як ми пропонуємо їх називати, соціальних явищах одночасно знаходять вираз різного роду інститути: релігійні, юридичні й моральні – і разом з тим політичні й сімейні, економічні, що передбачають особливі форми виробництва та споживання або, точніше,

1989. Vol. 91, No. 3. P. 602–9.

²⁴⁷ Blackwood E. TOMBOIS IN WEST SUMATRA: CONSTRUCTING MASCULINITY AND EROTIC DESIRE. *Same-Sex Cultures and Sexualities: An Anthropological Reader*. (Jennifer Robertson, ed.). Malden: Blackwell Publishing, 2005. P. 233.

²⁴⁸ Vance C. ANTHROPOLOGY REDISCOVERS SEXUALITY: A THEORETICAL COMMENT. *Same-Sex Cultures and Sexualities: An Anthropological Reader*. (Jennifer Robertson, ed.). Malden: Blackwell Publishing, 2005. P. 16.

²⁴⁹ Див. Shapiro J. TRANSEXUALISM: REFLECTIONS ON THE PERSISTENCE OF GENDER AND THE MUTABILITY OF SEX. *Same-Sex Cultures and Sexualities: An Anthropological Reader*. (Jennifer Robertson, ed.). Malden: Blackwell Publishing, 2005. P. 148-154.

²⁵⁰ Ibid., P. 154.

постачання й розподілу, не кажучи вже про феномени естетичні, що вінчають ці факти, і морфологічні, що відображаються в названих інститутах»²⁵¹.

Така категоризація ґендеру виводить нас до більш фундаментального питання, яке охоплюється цим поняттям. Ґендер як тотальне (цілісне) соціальне явище стосується, категоризує і деконструє соціальну владу на всіх рівнях – від мікрорівня (сім'я, партнерство, міжособистісні відносини тощо) до макрорівня (соціальні й політичні інститути, держава, політичні спільноти тощо)²⁵². Іншими словами, ґендер не про стать і статевої відмінності як такі. Ґендер – це про владу в суспільстві²⁵³. Ґендер не тільки про жінок, не тільки про сексизм, але й про расизм, імперіалізм, класизм, націоналізм.

²⁵¹ Мосс М. Очерк о даре. форма и основание обмена в архаических обществах. *Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии*. Москва: Восточная литература, 1996. С. 85-86.

²⁵² Як зазначає Мішень Фуко:

«Саме у сфері відносин сили ми маємо спробувати дослідити механізми влади. У такий спосіб ми уникнемо обмежень системи право-і-суверен, що тривалий час тримає у полоні політичну думку. І якщо вірним є те, що Макіавеллі був одним з небагатьох – і це, безумовно, було причиною скандальності його „цинізму“, – хто розглядав владу Государя у вимірі відносин сили, ми, ймовірно, маємо зробити ще один крок далі, відійти від персони Государя й розшифрувати владний механізм на основі тієї стратегії, що є іманентною у відносинах сили.

Повертаючись до статі й дискурсів правди, що відповідають за неї, питання, яке ми маємо поставити, отже, полягає не в тому, як і чому влада потребує знання статі, зважаючи на специфічну державну структуру? І не в тому, якому всезагальному домінуванню слугувала зацікавленість, що простежується з вісімнадцятого сторіччя, у формуванні правдивого дискурсу щодо статі? Таким питанням також не є те, яким правом врегульовувалась прийнятність статевої поведінки й відповідність того, що про неї говорилося? Таким питанням є: за конкретного типу дискурсу про стать, за спеціальною формою отримання правди, що виявляються історично й у конкретних місцях (навколо тіла дитини, стосовно жіночої статі, у зв'язку з практиками, спрямованими на обмеження народжуваності тощо), якими були задіяні найбезпосередніші, найбільш локальні відносини влади? Яким чином вони робили можливим ці типи дискурсів і, навпаки, як ці дискурси використовувались для підтримки відносин влади? ... Загальними словами, замість атрибуції всіх найдрібніших форм насильства, що вчинялися над статтю, всіх зацікавлених поглядів, спрямованих на неї, та всіх таємних місць, віднайдення яких стає неможливим завданням, до певної унікальної форми якоїсь великої Влади, ми повинні помістити зростаючу генерацію дискурсів щодо статі в середовище багатоманітних і рухомих відносин влади».

Foucault M. THE HISTORY OF SEXUALITY. New York: Vintage, 1980. Vol. I, *An Introduction*. P. 97.

²⁵³ У цьому сенсі слід погодитися з Джоан Скотт, яка вибудовує визначення ґендеру через поєднання двох постулатів: (1) ґендер як складовий елемент соціальних відносин, що ґрунтуються на уявній відмінності між статями та (2) ґендер як основний спосіб позначення відносин влади. Scott J. GENDER AND THE POLITICS OF HISTORY. New York: Columbia University Press, 1988 P. 42.

Ця аналітична категорія дозволяє дослідити й охопити ті форми та види соціальної влади, що тривалий час залишалися поза увагою дослідників. Вона дозволяє по-новому оцінити співвідношення держави з мораллю, політикою та суспільством.

Влада, про яку йдеться, є поняттям ширшим за інституції і механізми державного управління. Така влада, включаючи суверенітет держави, право чи апарат санкціонованого використання сили, не є першоджерельною:

«...Під владою слід розуміти в першу чергу як багатоманітність відносин сили, що є іманентними у сфері, в якій вони оперують, і які встановлюють свою власну організацію; як процес, який через нескінченну боротьбу й протистояння їх трансформує, посилює або розвертає; як підтримку, які ці відносини сили отримують одна від одної, утворюючи таким чином ланцюг чи систему, або навпаки, відмінності й протиріччя, що виокремлюють їх одну від одної, і, наприкінці, як стратегії, за яких вони відбуваються, загальний дизайн чи інституційна кристалізація яких втілюється в державному апараті, у правових формулюваннях, у різноманітних соціальних гегемоніях»²⁵⁴.

Це визначення Мішеля Фуко закладає, власне, порядок денний ґендерних досліджень в багатьох галузях суспільних наук, включаючи право.

²⁵⁴ Foucault M. THE HISTORY OF SEXUALITY. New York: Vintage, 1980. Vol. I, *An Introduction*. P. 92-93.

3.2. ГЕНДЕР ЯК КОНСТИТУЦІЙНА КАТЕГОРІЯ

Більшість конституцій, особливо прийнятих протягом останніх тридцяти років, місять категорію статі та гендеру як заборонених ознак дискримінації. Окрім цього, деякі з них закріплюють вимогу позитивної дискримінації для виправлення історичних несправедливостей, суспільних забобон, упередженостей і стереотипів.

Конституційна рада Французької Республіки

Рішення № 2016-745 DC від 26 січня 2017 року

Закон про рівність і громадянство

Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017

Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté

[...]

Щодо певних положень пп. 1, 2 і 3 другого параграфу ст. 170 та щодо статті 207:

85. Пп. 1а, 2а і 3с другого параграфу ст. 170 закону, що розглядається, змінюють відповідно стт. 24, 32 і 33 вищезгаданого закону від 29 липня 1881 року, аби жорстко стримувати підбурювання до дискримінації, ненависті або насильства, наклепи та публічні образи, якщо ці порушення скоюються стосовно людини або групи осіб за гендерною ознакою.

86. З метою координації ст. 207 закону, що розглядається, впроваджує посилання на термін «гендерна ознака» в різних законодавчих положеннях.

87. Сенатори-позивачі стверджують, що пп. 1а, 2а і 3с другого параграфу ст. 170 суперечать принципу законності порушень і покарань, оскільки поняття «гендерної ознаки», що є предметом дебатів, є неточним. Відповідно, варто оголосити ст. 207 такою, що суперечить Конституції.

88. Ст. 8 Декларації від 1789 року стверджує: «Закон має встановлювати лише покарання, що є суворо та очевидно необхідними, і ніхто не може бути покараним, крім як за законом, складеним і затвердженим до порушення, а також легітимно застосованим». Згідно зі ст. 34 Конституції, «закон затверджує правила, що стосуються... визначення злочинів і правопорушень, а також покарання, що до них застосовуються». На основі ст. 34 Конституції, а також принципу законності правопорушень і покарань зі ст. 8 Декларації від 1789 року, законодавець зобов'язаний затвердити сферу застосування кримінального права та визначити злочини й правопорушення достатньо чітко й точно задля уникнення довільності тлумачень.

89. Оскаржувані положення замінюють у стт. 24, 32 і 33 закону від 29 липня 1881 року термін «статева ознака» на термін «гендерна ознака». Таким чином, вони додають до заборони на дискримінацію, пов'язану зі статтю та сексуальною орієнтацією, заборону на дискримінацію, пов'язану з гендером. У результаті парламентських обговорень поняття гендерної ідентичності законодавець прагнув врахувати гендер, із яким ідентифікує себе особа, незалежно від того, чи збігається він зі статтю, зазначеною в державних реєстрах, або іншими проявами належання до чоловічої або жіночої статі. Термін «гендерна ідентичність», що міститься у ст. 225-1 кримінального кодексу у версії, затвердженій законом від 18 листопада 2016 року, також використовується в конвенції Ради Європи від 12 квітня 2011 року та Директиві ЄС від 13 грудня 2011 року, також згаданих вище. У цих умовах термін «гендерна ідентичність», що використовується законодавцем, є достатньо чітким і точним для дотримання принципу законності. Отже, скарга щодо невизнання принципу законності правопорушень і покарань має бути відхилена.

90. Тому пп. 1а, 2а і 3с другого параграфу ст. 170 і ст. 207, що не порушують жодної іншої конституційної вимоги, відповідають Конституції.

[...]

Гендер як конституційна категорія нерозривно пов'язаний з конституційним правом на вільний розвиток особистості (напр. частина перша статті 2 основного закону ФРН), що включає гендерну ідентичність, та правом на повагу людської гідності. Тому навіть якщо конституційний текст не містить категорію гендеру як

Розділ III. ҐЕНДЕРНА РІВНІСТЬ

ознаку забороненої дискримінації, конституційна доктрина і суди, застосовуючи соціально-конструктивістські підходи, виводять таку заборону з принципу рівності між статями. Заборона дискримінації не обмежується бінарною біологічною категорією чоловік/жінка, вона включає і соціальну категоризацію поведінки особи. Механіка дискримінаційного розрізнення за ознакою ґендерної ідентичності полягає в тому, що від особи очікується поведінка у певний спосіб, що відповідає ґендеру, який такій особі приписується. Якщо поведінка не відповідає таким очікуванням, наслідком стають соціальні санкції. Конституційна категорія ґендеру саме охоплює таку механіку дискримінаційного розрізнення, усуваючи біологічну бінарність категорії статі.

Федеральний конституційний суд ФРН

Рішення Першого Сенату

1 BvR 2019/16

10 жовтня 2017 року

[Конституційна скарга стосувалася відповідності рішення та положення Закону про громадянський стан (Personenstandsgesetz – PStG), на яких таке рішення базувалися, положенням Основного закону. При народженні, позивач була зареєстрована як особа жіночої статі у реєстрі народжень. Позивач має нетиповий набір хромосом (так званий синдром Тьорнера), і такі люди не визначають себе на постійній основі ані як чоловік, ані як жінка. Позивач подав заяву на внесення позитивного визначення «міжстатевий»/ «інший», або альтернативно як «інший» в реєстрі народжень. Офіс реєстрації відхилив цю заяву, стверджуючи, що § 21(1) № 3, § 22(3) PStG не дозволяють робити такі записи. Позивач оскаржив такі положення як неконституційні.]

III.

У конституційній скарзі позивач скаржиться про порушення права на вільний розвиток особистості за Статтею 2(1) у зв'язку зі Статтею 1(1) Основного закону(Grundgesetz – GG), права на недискримінацію згідно із Статтею 3(3), перше речення GG, та про порушення права на рівність згідно зі Статтею 3(1) GG.

[...]

IV.

[...]

B.

Конституційна скарга є прийнятною та обґрунтованою. § 21(1) № 3 у зв'язку з § 22(3) PStG є неконституційним, оскільки § 21(1) № 3 PStG вимагає робити запис згідно із законом про громадянський стан, але § 22(3) PStG не дозволяє робити позитивні записи для людей, гендерний розвиток яких відрізняється від категорій чоловіка або жінки, і які не визначають себе постійно ані як чоловік, ані як жінка. Рішення, які

оскаржуються у конституційній скарзі, оснований на цих положеннях. Вони порушують загальне право на вільний розвиток особистості позивача (Стаття 2(1) у зв'язку зі Статтею 1(1) GG), та заборону ставити особу в невідне положення за ознакою статі (Стаття 3(3), перше речення GG).

I.

§ 21(1) № 3 у зв'язку із § 22(3) PStG порушує загальне право на вільний розвиток особистості (Стаття 2(1) у зв'язку зі Статтею 1(1) GG), які гарантують захист гендерної ідентичності. Загальне право на вільний розвиток особистості також захищає гендерну ідентичність людей, яким не можна призначити ані чоловічу, ані жіночу стать (див. 1 нижче). Існує порушення їхнього фундаментального права, тому що існуючий закон про громадянський стан вимагає реєстрації статі, але не дозволяє робити іншого запису, окрім чоловік або жінка (див. 2 нижче). Це порушення фундаментальних прав не виправдане (див. 3 нижче).

1. Загальне право на вільний розвиток особистості захищає гендерну ідентичність позивача.

а) Стаття 2(1) GG гарантує кожній людині право вільного розвитку її особистості. Фундаментальне право включає як загальну свободу дій, так і загальне право на особистість (Стаття 2(1) у зв'язку зі Статтею 1(1) GG). Як свобода, що прямо не прописана в конституційному тексті, загальне право на особистість доповнює специфічні (перелічені в тексті) свободи, які також захищають фундаментальні аспекти особистості людини (див. Рішення Федерального конституційного суду, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE 54, 148 <153>*). Однією з цілей загального права на особистість є гарантія основних умов, що дають можливість індивіду розвивати й утримувати свою індивідуальність у спосіб, який вона чи він сам обирає (див. *BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 117, 202 <225>*). Водночас загальне право на особистість захищає тільки ті аспекти розвитку індивідуальності, які, не будучи вже об'єктом захисту спеціальних гарантій свободи, встановлених Основним Законом, є рівними таким свободам з точки зору їхньої базової важливості для особистості (див. *BVerfGE 79, 256 <268>; 99, 185 <193>; 120, 274 <303>*; судова практика, що вже склалася). Таким чином, загальне право не гарантує

захист від будь-чого, що може будь-яким чином вплинути на самовизначення особистого розвитку; в будь-якому випадку, жодна людина не здатна розвивати свою індивідуальність незалежно від зовнішніх умов і впливів. Водночас заповнення прогалин за допомогою загального права на вільний розвиток особистості застосовується, коли розвиток і збереження індивідуальності, визначений самим індивідом, опиняються під конкретною загрозою (BVerfGE 141, 186 <201 та 202 параграф 32>).

b) Відповідно, загальне право на особистість також захищає гендерну ідентичність особи (див. BVerfGE 115, 1 <14 і далі>; 116, 243 <259 і далі>; 121, 175 <190 і далі>; 128, 109 <123 і далі>), яка зазвичай є невід'ємною складовою особистої індивідуальності. У цих умовах офіційне визнання статі відіграє важливу роль для індивідуальної ідентичності особи; воно зазвичай набуває ключового значення як для самовизначення особи, так і для того, як ця особа сприймається іншими людьми. Гендерна ідентичність відіграє важливу роль у повсякденному житті: у деяких випадках стать визначає права та обов'язки, що забезпечуються законом; у багатьох інших випадках вона також становить основу для ідентифікації особистості. І навіть поза юридичною сферою гендерна ідентичність є дуже важливою для повсякденного життя. У великій мірі, вона визначає, наприклад, як до людей звертаються або чого від них можна очікувати з точки зору зовнішнього вигляду, виховання або поведінки.

Гендерна ідентичність людей, яким не можна призначити ані чоловічої, ані жіночої статі, також є захищеною. Такі люди можуть розвивати свою особистість більш вільно, якщо загалом питанню визначення статі буде приділятися менше значення. Однак у ситуації, що склалася, визначена стать є особливо релевантним фактором для того, як люди сприймаються іншими людьми і як вони самі бачать свою власну особистість. Позивач також підкреслює практичну важливість визначення статі й доводить, що в існуючих обставинах гендерна ідентичність є основоположним аспектом індивідуальності.

2. § 21(1) № 3 у зв'язку з § 22(3) PStG протирічить загальному праву на особистість (a) у такій його формі як захист гендерної ідентичності та (b) безпосередньо ставить під загрозу розвиток і збереження індивідуальності позивача у сфері його гендерної ідентичності.

а) Положення, які опосередковано оскаржуються, становлять втручання у загальне право на особистість у такій його формі як захист гендерної ідентичності. Закон про громадянський стан вимагає реєстрації статі, але не дозволяє позивачеві, чий гендерний розвиток відхиляється від розвитку чоловіка або жінки і який на постійній основі не ідентифікує себе ані як чоловік, ані як жінка, робити гендерний запис згідно із законом про громадянський стан, який би відповідав їхній власній гендерній ідентичності (пор. BVerfGE 49, 286 <298>; 60, 123 <132 і далі>; 116, 243 <259 і далі>; 121, 175 <190 і далі>; 128, 109 <124>). Згідно з § 21(1) № 3 PStG, стаття особи має бути задокументована у реєстрі народжень відповідно до законодавства про громадянський стан. Єдиними позитивними категоріями, які для цього наявні, є «жінка» і «чоловік»; інших категорій не існує. Це випливає з положень § 22(3) PStG («відсутність інформації»), згідно з якими запис в реєстрі народжень не робиться, якщо дитину не можна визначити ані як чоловічої, ані як жіночої статі. У такому випадку, в реєстрі народжень ніякого позитивного запису не робиться. Як наслідок, позивач змушений погодитися із записом, який не відповідає його конституційно захищеній гендерній ідентичності.

Згідно з § 22(3) PStG, позивач має опцію стерти свій жіночий запис в реєстрі народжень. Однак це не усуває порушення фундаментальних прав: гендерна ідентичність позивача не тільки порушена через неправильне призначення жіночої статі, але і через юридичну альтернативу «відсутність запису» згідно з існуючим законом (§ 22(3) PStG). «Відсутність запису» не свідчитиме про те, що людина не ідентифікується як чоловік або жінка, але й також, що позивач не ідентифікується як людина без гендеру, і що він сприймає себе як представника гендеру поза дихотомією чоловік/жінка. Опція «відсутність запису» не змінює виключно бінарну модель статей і створює враження, що офіційне визнання іншої гендерної ідентичності виключене, і що запис про статтю просто потребує з'ясування, тобто рішення ще не було прийняте або навіть про це не згадали. Це не означає офіційного визнання позивача у тому гендері, до якого він себе відносить. З точки зору позивача, запис залишається неточним, тому що видалення бінарного запису статі створює враження, що в нього взагалі немає гендеру [...].

б) Якщо закон про громадянський стан вимагає вносити запис про статтю, але в той же час перешкоджає особі отримати визнання сво-

єї гендерної ідентичності особи згідно із законом про громадянський стан, він безпосередньо ставить під загрозу розвиток і збереження індивідуальності позивача у сфері його гендерної ідентичності.

аа) За цих обставин, офіційне визнання статі за законом про громадянський стан має вплив на становлення ідентичності та її вираження. Громадянський стан не є незначним питанням; адже він визначає «позицію людини в юридичній системі», як вказано в законі (§ 1(1), перше речення PStG). Громадянський стан включає оцінку людини згідно з критеріями, встановленими законодавством; він визначає основні аспекти юридично релевантної ідентичності людини. Тому, неможливість визнання відчуваної гендерної ідентичності згідно із законом про громадянський стан само по собі, тобто незалежно від наслідків, пов'язаних із записом статі поза межами закону про громадянський стан, безпосередньо ставить під загрозу самовизначений розвиток і збереження індивідуальності людини.

Запис за законом про громадянський стан сам по собі вже визначає особливу значущість гендерної ідентичності, адже закон про громадянський стан вимагає інформації про гендерну приналежність всіх взагалі. Якби ним цього не вимагалось, він би безпосередньо не ставив під загрозу розвиток і збереження індивідуальності, тому що конкретна статева приналежність особи не відображалася б згідно із законом про громадянський стан. Гендер тоді не був би релевантним фактором згідно із законодавством про громадянський стан. Загальне право на особистість не є підставою для вимоги щодо визнання будь-яких характеристик ідентичності за законодавством про громадянський стан, які не стосуються конкретної правової ситуації.

Однак, згідно з § 21(1) № 3 PStG, громадянський стан зараз включає в себе й стать людини. Незважаючи на декілька реформ закону про громадянський стан, законодавство зберегло положення про реєстрацію статі як ідентифікаційної риси за законом про громадянський стан. Якщо законодавець приділяє статі таку суттєву важливість для опису людини та її юридичного статусу в силу закону про громадянський стан, визнання конкретної людської статі за законом про громадянський стан само по собі набуває особливого впливу на становлення ідентичності та її вираження, незалежно від конкретних юридичних наслідків, які має запис громадянського стану поза сферою дії закону

про громадянський стан (щодо незалежної релевантності фундаментальних прав запису в реєстрі у випадку із транссексуальністю, див. BVerfGE 49, 286 <297 and 298> – Transsexuals I; щодо назв, див. також BVerfGE 104, 373 <385>; 109, 256 <266>; 115, 1 <14>). Якщо за таких обставин гендерна ідентичність людини не визнається законом про громадянський стан, це безпосередньо ставить під загрозу самовизначений розвиток і збереження індивідуальності.

bb) Зокрема, вимога робити запис про стать за законом про громадянський стан у поєднанні з обмеженими опціями видів запису ускладнює стан людей, кого це стосується, реалізовувати себе в громадській сфері й сприйматися іншими людьми з урахуванням їхньої гендерної ідентичності. Водночас як людина публічно проявляє себе та сприймається іншими людьми є важливим аспектом для вільного розвитку особистості й може зазнавати специфічних ризиків (див. BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24> [...]). Закон про громадянський стан вимагає робити запис статі, але не дозволяє людям, кого це стосується, робити запис в реєстрі народжень, який би відповідав їхній самооцінці. Це веде до того, що їхня індивідуальна ідентичність не сприймається й не визнається таким же самим чином і так же природньо, як ідентичність жінки або чоловіка. Позивач переконливо доказує, що індивід часто не може залишатися байдужим до запису своєї статі згідно із законом про громадянський стан, коли він вступає у суспільні відносини.

3. *Таке порушення не є виправданим. Судові рішення ґрунтуються на неконституційних положеннях, оскільки обов'язок робити запис про стать згідно із законом про громадянський стан, і в той же час неможливість робити інший позитивний запис, окрім «жінка» або «чоловік», не переслідують будь-яку легітимну мету, на досягнення якої ці положення були б належними, необхідними та доречним.*

a) Основний закон не вимагає щоб громадянський стан був би виключно бінарним з точки зору статі. Він також не вимагає, щоб стать регулювалася б законом про громадянський стан, і він не заперечує визначенню громадянського стану через третю гендерну ідентичність, іншу ніж «чоловік» або «жінка». Дійсно, Стаття 3(2), перше речення, Основного закону говорить про «чоловіків» та «жінок». Однак це не означає остаточного визнання тільки чоловічої та жіночої статі. З цього

положення про рівність у статті 3 (2) Основного закону впливає вимога усунення наявних соціальних нерівностей між чоловіками й жінками. Основний фокус цієї норми спрямований на усунення дискримінації проти жінок на основі статі (див. BVerfGE 85, 191 <207>; [...]), його метою не є закріпити гендерну ідентичність у законі про громадянський стан або виключити можливість введення іншої гендерної категорії на додаток до «чоловіка» або «жінки». Навіть той факт, що Федеральний конституційний суд встановив в минулому, що наш правопорядок і наше соціальне життя засновані на принципі, що кожна людина є або «чоловіком» або «жінкою» (див. BVerfGE 49, 286 <298>), навіть тоді не означав, що гендерна бінарність є конституційно встановленою. Навпаки, це просто була констатація соціально-правового розуміння гендеру, яке було поширеним на той час.

b) Інтереси третіх сторін не можуть становити виправдання того факту, що § 22(3) PStG не пропонує третьої опції, яка б дозволяла робити позитивний запис у реєстрі народжень. Статус чоловіків і жінок, за законом про громадянський стан, залишається незмінним через введення іншої категорії запису. Це також стосується осіб з відмінностями у гендерному розвитку, які, тим не менш, усвідомлюють себе особами, приналежними до чоловічої або жіночої статі, і з власної волі реєструють свою стать відповідно. Відкриваючи можливість додаткової гендерної опції, ніхто не примушується до прийняття такої додаткової гендерної категорії. Така можливість іншої гендерної категорії збільшує опції для людей з варіаціями гендерного розвитку, які не вкладаються в категорії «чоловік» або «жінка», не позбавляючи їх тих можливостей, які наразі наявні в чинному законодавстві. У регуляторній системі, що вимагає внесення інформації про стать, чинні наразі опції для людей з відмінностями у гендерному розвитку щодо реєстрації своєї статі як чоловічої або жіночої або взагалі без вказівки про стать повинні залишитись.

c) Той факт, що введення третього позитивного запису може спричинити організаційні складнощі та фінансові витрати під час перехідного періоду, не виправдовує відсутність можливості реєстрації іншої додаткової гендерної категорії. [...]

d) Регуляторні інтереси держави також не можуть виправдовувати відмову зробити третій стандартизований і позитивний запис. [...]

Дозвіл робити позитивний запис щодо третього ґендеру із третім стандартизованим призначенням [...] не призводить до будь-яких складнощів у присвоєнні статі, яка ще не існує згідно з чинним законодавством. Неточності можуть виникнути, коли положення поза сферою дії закону про громадянський стан пов'язуються із статтю і передбачається, що людина є або жінкою, або чоловіком. У цьому випадку дійсно буде неясно, як ставитися до людини, якій офіційно присвоїли третій ґендер. Однак така сама проблема вже існує зараз у чинному законодавстві, якщо запис про стать не робиться взагалі згідно із § 22(3) PStG. У цьому випадку призначення особі статі чоловіка або жінки є також неможливим. У цьому сенсі матеріальний закон не встановлює, яке з положень про стать слід застосовувати, і також законодавство не створює специфічних положень для людей, які не мають запису про стать. Якщо дозволити робити інший позитивний запис, питання, які необхідно прояснити, будуть тими ж самими, які вже виникали, коли дозволялося не робити взагалі запис про стать, що є можливим *de lege lata*. (з точки зору чинного права). Фактично, позитивний запис третього ґендеру може сприяти більшій ясності за умови, що на відміну від незаповненого розділу про стать, який залишається постійно незаповненим, позитивний запис про третій ґендер не створює помилкового уявлення, що відсутність такого запису була ненавмисною.

Постійний характер громадянського стану також не зазнає негативного впливу від введення третьої ґендерної опції, тому що само по собі внесення ще одного запису зовсім не означає виникнення вимоги змінити чийсь громадянський стан.

II.

Оскільки § 21(1) № 3 у зв'язку з § 22(3) PStG виключає можливість робити інший запис, окрім «чоловік» та «жінка», він також порушує заборону дискримінації, встановлену Статтею 3(3), перше речення GG. Положення, які опосередковано оскаржуються, ставлять в несприятливе становище людей, які не є ані чоловіком, ані жінкою, і які постійно іден-

тифікують себе як інший ґендер. Стаття 3(3), перше речення GG, не тільки захищає чоловіків та жінок від дискримінації на основі статі, але також захищає людей, які не ідентифікують себе на постійній основі з цими двома ґендерними категоріями. Таке незручне становище людей не є виправданим.

[...]

Конституційна категорія ґендеру у філософському вимірі є ознакою перетворення права з інструмента соціальної інженерії, яким воно вважалося з часів Просвітництва, на інструмент побудови справедливого і демократичного суспільства. Адже, як зазначив Генеральний адвокат Суду ЄС у справі *P v S and Cornwall County Council*: «Оскільки право спрямоване регулювати відносини у суспільстві, воно повинно ... йти в ногу із соціальними змінами і тому бути здатним регулювати нові ситуації, що виникають в силу соціальних змін і розвитку науки»²⁵⁵.

²⁵⁵ Case C-13/94. *P v S and Cornwall County Council*. Opinion of Advocate General Tesouro, delivered on 14 December 1995. ECJ Reports. 1996. P. I-2149.

3.2.1. РІВНІСТЬ МОЖЛИВОСТЕЙ

Концепція субстантивної рівності, закладена в конституційних положеннях про рівність і недискримінацію вимагає визнання і забезпечення рівності можливостей для чоловіків і жінок. Її мета – забезпечити рівні умови на практиці, враховуючи історичні несправедливості, суспільні упередженості й стереотипи. Чи мають при цьому бути враховані біологічні відмінності між статтями? Сучасний підхід до цього питання виходить з концептуалізації, власне, особливих потреб, що можуть впливати на забезпечення субстантивної рівності. Біологічні відмінності, тому, самі по собі не мають значення і не можуть слугувати ознакою для встановлення відмінностей у ставленні до чоловіків і жінок.

Федеральний конституційний суд ФРН

Рішення Першого сенату

BVerfGE 85, 191

28 січня 1992 року

[Обмеження праці жінок в нічний час на виробництві були встановлені ще в імперські часи. У 1891 році відповідні заборони були запроваджені до Торгового регламенту (Gewerbeordnung) та Закону про безпеку праці і здоров'я Німецької імперії. Під час розгляду відповідних поправок до цих законодавчих актів в імперському Рейхстазі та Бундесраті на обґрунтування цих заборон висувалися тези про необхідність захисту здоров'я жінок та сімейного життя. Остаточна заборона на нічну працю була запроваджена декретом Райхміністра праці від 30 квітня 1938 року. В 1974 році змінами до Кримінального кодексу ФРН були встановлені штрафні санкції за порушення заборони на нічну працю жінок.

У 1981 році керівник зміни на кондитерській фабриці була оштрафована за залучення жінок для пакування тістечок у нічну зміну. Після вичерпання всіх судових засобів захисту вона подала конституційну скаргу, стверджуючи, що така заборона суперечить положенням частини першої та третьої статті 3 Основного закону ФРН.]

...

B.

...

Конституційна скарга є прийнятною.

Аргументи заявниці вказують на можливе порушення її основних прав. Дійсно, вона сама не є об'єктом дискримінації в наслідок заборони нічної праці жінок. Так, не мало місце порушення її права на рівність згідно з частиною третьою статті 3 [Основного закону]. Однак її загальна свобода дії [гарантована частиною першою статті 2] може зазнавати порушення, якщо заборона ... суперечить частинам першій та третій статті 3 [Основного закону]. У будь-якому випадку, положення, що вимагає від громадянина поводитися з третіми особами у дискримінаційний спосіб безпосередньо посягає на його свободу дії ...

С. Конституційна скарга є обґрунтованою ... Заборона праці жінок у нічну зміну є несумісною з частинами першою та третьою статті 3. Накладення штрафу на підставі неконституційного закону порушує загальну свободу дії заявниці за статтею 2 Основного закону.

1. Заборона жінкам працювати в нічну зміну ... порушує частину третю статті 3.

Згідно з цим положенням ніхто не може зазнавати обмежень чи отримувати переваги за ознакою статі. Це положення підсилює загальне положення про рівність, закріплене в частині першій статті 3, встановлюючи більш жорсткі обмеження на законодавчий розсуд. Як інші ознаки, перелічені в частині третій, стаття сама по собі не може слугувати підставою для нерівного ставлення. Це стосується навіть тих випадків, коли відповідний закон спрямований не на встановлення забороненої нерівності як такої, а переслідує певну незалежну мету.

Стосовно питання, чи дискримінує безпідставно закон жінок, частина друга статті 3 встановлює додаткові обмеження. Що додає частина друга статті 3 до заборони дискримінації у частині третій статті 3, так це позитивний припис рівних можливостей [Gleichberechtigungsgesetz], який поширюється на реальний соціальний свім [die gesellschaftliche Wirklichkeit]. Положення, згідно з яким «чоловіки та жінки мають рівні права» спрямоване не тільки на заборону правових норм, що закріплюють переваги чи обмеження за ознакою статі,

але й на встановлення рівних можливостей для чоловіків і жінок у майбутньому. Його мета – зрівняння умов життя. Так, жінки повинні мати такі ж можливості для заробітку, як і чоловіки ... Концепції, закладені в традиційних ролях, що ведуть до збільшення тягаря чи інших обмежень для жінок, не можуть бути підтримані діями держави... Фактичні обмеження, від яких зазвичай страждають жінки, можуть компенсуватися положеннями, що надають їм перевагу...

Ця справа стосується не зрівняння умов, а усунення нерівності, встановленої законом. [Закон] встановлює нерівне ставлення до робітниць за ознакою їх статі. Дійсно, це положення адресоване працедавцям. Однак наслідки його відчуваються безпосередньо робітницями. На відміну від чоловіків, вони позбавлені можливості працювати вночі. Це є нерівність, встановлена законом за ознакою статі.

2. Не кожна нерівність за ознакою статі порушує частину третю статті 3. Гендерні відмінності можуть бути допустимі тією мірою, якою вони абсолютно необхідні [zwingenderforderlich] для вирішення проблем, що, за своєю природою, можуть виникати лише для жінок або для чоловіків. Але ця справа про інше.

(a) Заборона нічної праці від початку обґрунтовувалась припущенням, що робітниці в конституційному сенсі були більш вразливі для шкоди від праці вночі, ніж чоловіки. Дослідження у сфері професійної медицини не підтверджують правдивість цього припущення. Праця вночі є однаково шкідливою для всіх. ...

(b) Тією мірою, якою дослідження вказують на те, що жінки зазнають більшої шкоди від праці вночі, цей висновок загалом обумовлений тим фактом, що вони також опікуються домашньою працею та вихованням дітей. ... Жінки, що займаються такою діяльністю поряд з нічною роботою поза своєю оселею ... явно потерпають від негативних наслідків нічної праці у більшій мірі. ...

Однак ця заборона на роботу вночі для всіх робітниць не може бути підтримана з таких підстав, адже додатковий тягар домашньої праці та виховання дітей не є достатньо гендерно специфічною характеристикою. Адже для жінки опікуватися домом і дітьми дійсно відповідає традиційному розподілу обов'язків між чоловіком і дружиною,

і не можна заперечувати, що вона часто виконує цю роль навіть коли вона не менш зайнята на роботі, як і її партнер. Однак цей подвійний тягар повністю покладається на тих жінок з дітьми, що потребують догляду, які є самотніми або чий чоловік залишає домашню роботу і виховання дітей на них, не зважаючи на їх роботу вночі. Цей тягар однаковим чином несуть і самотні чоловіки, що виховують дітей ... Беззаперечна потреба захисту тих, хто працює вночі, будь то жінки чи чоловіки, що мають виховувати дітей і вести домашнє господарство, може краще бути забезпеченою нормами, що безпосередньо беруть до уваги ці обставини.

(с) На підтримку заборони роботи вночі також стверджується, що жінки є уразливими для окремих небезпек на їхньому шляху на нічну зміну й звідти. У багатьох випадках це, безсумнівно, має місце, але це не виправдовує заборону всім працівницям працювати вночі. Держава не може уникнути відповідальності за захист жінок від нападів на вулицях шляхом обмеження їх вільного вибору праці, аби забезпечити їх від залишення домівки вночі. ... Більше того, цей аргумент не має настільки загального застосування до працівниць як групи, аби обґрунтувати позбавлення переваг їх всіх. Конкретні ризики можуть бути усунуті, наприклад, наданням підприємством автобусу для доставлення працівників до місця роботи.

3. *Порушення заборони дискримінації в частині першій статті 3 не виправдовується вимогою рівних можливостей згідно з частиною другою статті 3. Заборона нічної праці ... не сприяє досягненню цілей цього положення. Дійсно, вона захищає певну кількість жінок ... від роботи вночі, що є шкідливим для їхнього здоров'я. Однак такий захист пов'язаний із суттєвими обмеженнями: в силу цієї заборони жінки знаходяться у несправедливому становищі на ринку праці. Вони не можуть погодитися навіть на роботу, що може бути виконана у певний період ночі. У деяких секторах економіки це призвело до зменшення навчання і працевлаштування жінок. На додаток, працівниці не є вільними у розпорядженні на власний розсуд своїм робочим часом. Одним з наслідків цього може бути те, що жінки продовжуватимуть нести більший тягар, аніж чоловіки, пов'язаний з вихованням дітей та домашнім господарством на додаток до праці поза домом, а традиційний поділ ролей між статями зберігатиметься і надалі. Такою мірою заборона нічної праці перешкоджає усуненню соціальних обмежень, що зазнають жінки.*

II. [Оскаржуваний закон] також порушує частину першу статті 3 Основного закону, оскільки встановлює відмінне ставлення щодо працівниць [Arbeiterinnen] та жінок на офісних посадах [Angestellte] без достатніх підстав.

1. Положення про загальну рівність у частині першій статті 3 забороняє законодавцю встановлювати відмінне ставлення до різних класів осіб, якщо немає відмінностей між ними такого типу і значення, що виправдовують таку відмінність у ставленні. ...

2. Нерівне ставлення щодо двох класів жінок – найманих працівників може бути виправданим, тільки якщо жінки на офісних посадах несуть менший тягар, аніж працівниці на виробництві. Однак немає підстав на підтримку цього висновку. Відповідні медичні дослідження вказують, що шкідливі наслідки для здоров'я є подібними для обох груп ...

3. Таким же чином відмінне ставлення щодо працівниць на виробництві і працівниць на офісних посадах не може бути виправданим на підставі ступеню залучення цих двох груп працівниць до нічної роботи. Цифри за 1989 рік вказують, що у період між лютим і квітнем, близько 478 000 працівниць на офісних посадах (7,6% всіх працівників) були залучені до роботи вночі. Тому не можна стверджувати, що працівниці на офісних посадах зазвичай звільнені від тягаря нічної роботи. У будь-якому випадку працівниці на офісних посадах не є групою, що настільки мало зазнає роботи вночі, аби погодитися із законодавцем у його узагальненні, що повністю виключає їх з аналізу.

III. Безпосереднім наслідком встановлення неконституційності є те, що порушення [оскаржуваного закону] не можуть бути підставою для відповідальності. Законодавець зобов'язаний запровадити нові норми для захисту працівників від шкідливих наслідків нічної праці. Ці норми необхідні для реалізації об'єктивного виміру основоположних прав, зокрема права на недоторканність особи (частина друга статті 2). Це основне право покладає на державу позитивний обов'язок. ...

Той факт, що нічна праця здійснюється на підставі добровільної згоди не усуває необхідності у законодавчому захисті. Принцип приватної автономії, що лежить в основі договірного права, може надати адекватний захист тільки тією мірою, якою умови дозволяють реалізацію

свободи волі. За наявної суттєвої нерівності у переговорних позиціях між сторонами, договірне право не може забезпечити належне врахування суперечливих інтересів. Це зазвичай стосується і трудових договорів. ...

Залишити питання неврегульованим ... суперечитиме об'єктивному виміру частини першої статті 2 [Основного закону].

У цьому рішенні Федеральний конституційний суд ФРН виклав, власне, основні засади тлумачення й застосування конституційного права на рівність чоловіків і жінок:

Право на рівність вимагає не формальної, а субстантивної рівності в сенсі забезпечення рівних умов і можливостей;

Законодавство не є сумісним з конституційними положеннями, якщо внаслідок його застосування підтримуються суспільні стереотипи щодо гендерних ролей у суспільстві;

Фактичні обмеження, від яких зазвичай страждає певна стаття, можуть компенсуватися положеннями, що надають їй перевагу.

Разом з тим, слід наголосити, що субстантивна рівність стосується всіх гендерних ідентичностей, а компенсаторні положення законодавства не повинні вести до несправедливої дискримінації інших гендерних категорій.

Суд ЄС

Справа С-409/95

Marschall v Land Nordrhein-Westfalen

ECR 1997 I-06363

11 листопада 1997 року

[...]

1. За наказом від 21 грудня 1995 р., отриманого Судом 29 грудня 1995 р., *the Verwaltungsgericht* (Адміністративний суд) *Gelsenkirchen* звернувся до Суду за попередньою постановою згідно зі Статтею 177 Договору ЄС відносно питання інтерпретації Статті 2(1) та (4) Директиви Ради Європи 76/207/EEC від 9 лютого 1976 р. щодо імплементації принципу рівноправного ставлення до чоловіків і жінок стосовно доступу до працевлаштування, професійно-технічного навчання та просування по службі, і робочих умов (OJ 1976 L 39, стор. 40, тут і далі: «Директива»).

2. Питання підіймалося під час судового розгляду справи між паном *Hellmut Marschall* та Землею Північний Рейн-Вестфалія (тут і далі: «Земля») відносно цього звернення у вищестоящий орган у *Gesamtschule* (середня школа) *Schwerte* в Німеччині.

3. Друге речення Параграфу 25(5) Закону про держслужбовців Землі (*Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen*), у версії, яку було опубліковано 1 травня 1981 р. (GVNW, стор. 234), з останніми змінами, внесеними Параграфом 1 Сьомого закону, який змінює певні правила, що пов'язані з держслужбою, від 5 лютого 1995 р. (GVNW, стор. 102, тут і далі: «положення по питанню»), твердить:

«Коли в зоні відповідальності органу, який відповідає за просування по службі, є менше жінок, ніж чоловіків на конкретних керівних посадах в кар'єрному діапазоні, жінкам треба надавати пріоритет у просуванні по службі у випадку рівноправної відповідності посаді, компетенції та професійної діяльності, якщо причини, що притаманні конкретному кандидату [чоловіку] не переважають ваги на його користь».

4. Згідно з коментарями Землі, правило пріоритету, викладене у положенні, надає додатковий критерій просування по службі жінок для

протидії нерівноправності, яка діє стосовно кандидатів-жінок у порівнянні з кандидатами-чоловіками, що бажають зайняти ту ж саму посаду: коли кваліфікації однакові, роботодавці мають тенденцію просувати по службі більше чоловіків ніж жінок, тому що вони застосовують традиційні критерії просування по службі, які на практиці ставлять жінок у не вигідну позицію, як, наприклад, вік, старшинство по службі й факт того, що кандидат-чоловік є головою домогосподарства і єдиний, хто заробляє гроші для родини.

5. *Забезпечуючи такий пріоритет просуванню жінок «якщо причини, що притаманні конкретному кандидату [чоловіку] не переважають ваги на його користь», законодавство навмисно обирає, згідно із твердженням «Землі», юридично неточне формулювання, щоб забезпечити достатню гнучкість і, зокрема, надати адміністрації можливості враховувати будь-які причини, які можуть бути специфічними для індивідуальних кандидатів. Згодом, незважаючи на правило пріоритету, адміністрація завжди може надати перевагу кандидату-чоловіку на основі критеріїв просування по службі, традиційних або інших.*

6. *Згідно із сертифікацією, пан Marschall діє як штатний вчитель для Землі, його зарплата пов'язана із базовим рівнем у кар'єрній ставці А 12.*

7. *8 лютого 1994 р. він звернувся із заявою про просування по посаді до рівня А 13 ('вчитель, що кваліфікується для викладання у середній школі першого рівня із наданням подібної роботи') у школі Gesamtschule Schwerte. Однак районний відповідальний (Bezirksregierung) пан Arnsberg проінформував його, що районний орган має намір призначити кандидата-жінку на цю посаду.*

8. *Пан Marschall подав своє заперечення, яке було скасоване відповідальним Bezirksregierung на основі рішення від 29 липня 1994 р. на підставі того, що, з огляду на положення з цього приводу, жінка-кандидат повинна обов'язково бути просунутою на цю посаду через те, що, згідно з проведеною офіційною оцінкою профдіяльності, обидва кандидати кваліфікуються рівноправно, і через те, що на момент об'яви про зайняття тієї посади у кар'єрній ставці А 13 жінок-кандидатів було менше ніж чоловіків.*

9. Потім пан Marschall розпочав судовий процес у Адміністративному суді м. Гельсенкірхен (*Verwaltungsgericht Gelsenkirchen*), щоб отримати судову постанову, щоб Земля підвищила його до посади, про яку тут йдеться.

10. Адміністративний суд (*Verwaltungsgericht*) після встановлення, що пан Marschall і кандидат-жінка, яку обрали на цю посаду, мали однакову кваліфікацію для заняття посади, вирішив, що результати судового розгляду залежали від відповідності положення, яке розглядалося, Статті 2(1) і (4) Директиви.

11. Спираючись на рішення цього Суду в справі C-450/93 «*Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* [1995] ECR 1-3051», Адміністративний суд (*Verwaltungsgericht*) вирішує, що це положення, по суті, надає пріоритет жінкам, що створює дискримінацію згідно зі значенням Статті 2(1) Директиви, і що така дискримінація не усувається можливістю надання переваги виключно кандидатам чоловікам.

12. Цей суд також має сумнів, чи стосується цього положення виняток, який міститься у Статті 2(4) Директиви, стосовно заходів просування рівноправності можливостей для чоловіків і жінок. Базис оцінки кандидатів є неправомірно звуженим, тому що беруться до уваги тільки цифрові пропорції чоловіків і жінок на рівні, про який йдеться. Більш того, це положення не покращує здатності жінок конкурувати на ринку праці й розвивати свою кар'єру на рівній основі з чоловіками, але встановлює результат, хоча Стаття 2(4) Директиви дозволяє тільки заходи для просування рівності можливостей.

13. Тому Адміністративний суд (*Verwaltungsgericht*) вирішив призупинити розгляд справи й звернутися з цим питанням до Європейського суду за попередньою постановою:

‘Чи відміняє Стаття 2(1) і (4) Директиви Ради Європи 76/207/ЕЕС від 9 лютого 1976 р. щодо імплементації принципу рівноправного ставлення до чоловіків і жінок стосовно доступу до працевлаштування, професійно-технічного навчання і просування по службі й робочих умов, правило національного законодавства, яке стверджує, що у секторах державної служби, де зайнято менше жінок ніж чоловіків на відповідних вищестоящих посадах по кар'єрних ставках, жінкам треба надавати

пріоритет там, де кандидати чоловіки і жінки на просування по службі кваліфікуються однаково (з точки зору відповідності посаді, компетенції і професійної діяльності), якщо причини, що притаманні конкретному кандидату-чоловіку не переважають ваги на його користь ("sofern nicht in der Person eines mannlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen")?"

14. *Земля, уряди Іспанії, Австрії, Фінляндії, Швеції та Норвегії та Комісія вважають, що національне правило, як положення, яке тут розглядається, створює засіб для просування рівності можливостей для чоловіків і жінок, що підпадає під сферу дії Статті 2(4) Директиви.*

15. *Земля зазначає з цього приводу, що пріоритет, який надається кандидатам-жінкам, має намір протидіяти традиційному критерію просування по службі без його заміни. Уряд Австрії вважає, що національне правило, яке тут згадується, розроблене для того, щоб скорегувати дискримінаційні процедури під час підбору персоналу.*

16. *Уряди Фінляндії, Швеції і Норвегії додають, що національне правило, про яке йдеться, просуває доступ жінок до посад з відповідальністю, і таким чином це сприяє відновленню балансу на ринках праці, які в їх сьогоденішньому стані все ще сильно розділені на основі гендеру в тому, що вони концентрують жіночу працю на нижчих посадах у трудовій ієрархії. Згідно з урядом Фінляндії, минулий досвід свідчить, зокрема, що дії, які обмежуються наданням трудового навчання та орієнтування жінок або обмежуються впливом на розподілення трудових та сімейних обов'язків, не є достатніми, щоб покласти кінець цьому розділенню трудових ринків.*

17. *І на кінець, Земля і ті всі уряди дотримуються думки, що це положення не гарантує абсолютного та безумовного пріоритету для жінок, і що це положення, таким чином, знаходиться у межах, що визначені Судом в Kalanke.*

18. *Уряди Франції та Великої Британії, з іншого боку, вважають, що це положення не покривається тим відступом, що міститься у Статті 2(4) Директиви.*

19. Ці два уряди заявляють, що, підтримуючи пріоритет, який треба надавати кандидатам-жінкам, положення іде далі, ніж просування рівних можливостей, і має за мету створити рівність репрезентативності між чоловіками і жінками, і тому міркування Суду у *Kalanke* мають рацію.

20. Також, за їхньою думкою, наявність виняткового застереження не робить це положення менш дискримінаційним. Це застереження має вибіркове застосування, і тому, таким чином, не має впливу в «нормальній» справі, де не існує причин, специфічних для кандидатів-чоловіків, які б, наприклад, могли б переважити загальну вимогу призначити на посаду кандидата-жінку. Через те, що положення сформульовано у термінах, які є загальними і неточними, це виняткове застереження протирічить принципу юридичної визначеності.

21. Суд зазначає, що ціль Директиви, як це видно зі Статті 1(1), полягає у введених в дію в країнах-членах принципу рівноправного ставлення до чоловіків і жінок стосовно, між іншим, доступу до працевлаштування, включаючи і просування по службі. Стаття 2(1) стверджує, що принцип рівноправного ставлення означає, що «не буде ніякої дискримінації на підставах статі чи то прямо, чи опосередковано».

22. Згідно зі Статтею 2(4), Директива має бути «без забобон щодо методів просування рівних можливостей для чоловіків і жінок, зокрема, шляхом усунення існуючих нерівностей, які впливають на можливості жінок у сферах, про які йдеться у Статті 1(1)».

23. Європейський суд заявив, що у параграфі 16 рішення суду у *Kalanke* йдеться про національне правило, яке твердить, що якщо однаково кваліфіковані чоловіки і жінки є кандидатами на ту ж саму посаду у сферах, де є менше жінок ніж чоловіків на рівні відповідної посади, жінкам необхідно автоматично надавати пріоритет, і це створює дискримінацію на підставах статі.

24. Однак, на відміну від положень, які обговорювалися у *Kalanke*, положення, яке обговорюється у цій справі, містить застереження ('*Offnungsklausel*', тут і далі: «виняткове застереження»), відповідно до якого жінкам не треба надавати пріоритету в просуванні по службі,

якщо спеціальні причини, що притаманні конкретному чоловікові-кандидату, переважають ваги на його користь.

25. Тому, необхідно з'ясувати, чи було національне правило, що містить таке застереження, спроектовано таким чином, щоб просувати рівність можливостей для чоловіків і жінок у межах розуміння Статті 2(4) Директиви.

26. Стаття 2(4) спеціально й виключно розроблена так, щоб уповноважити методи, які хоча і виглядають дискримінаційними, насправді намагаються ліквідувати або зменшити кількість реальних випадків нерівності, яка може існувати в реальності соціального життя (Справа 312/86 Єврокомісія проти Франції [1988] ECR 6315, параграф 15, та Kalanke, параграф 18).

27. Вона також уповноважує національні методи, які відносяться до доступу до працевлаштування, включно з просуванням по службі, що надає конкретну перевагу жінкам з намаганням покращити їхню здатність конкурувати на ринку праці й розвивати свою кар'єру на рівноправному підґрунті із чоловіками (Kalanke, параграф 19).

28. Як Рада Європи заявила у третій декларативній частині преамбули до Рекомендації 84/635/ЕЕС від 13 грудня 1984 р. стосовно просування позитивних дій по відношенню до жінок (ОJ 1984 L 331, стор. 34), «існуючі юридичні положення про рівноправне ставлення, які розроблені, щоб надати права окремим особам, не є адекватними для усунення всіх існуючих нерівностей, якщо уряди, обидві сторони промисловості та інші задіяні у цей процес органи не вживають паралельних заходів для того, щоб протистояти забобонним впливам на жінок під час працевлаштування, які виникають з соціального ставлення, поведінки та структур» (Kalanke, параграф 20).

29. Як підкреслила Земля та декілька урядів, здається, що хоча кандидати чоловіки і жінки мають однакову кваліфікацію, кандидатів-чоловіків просувають по службі більш переважно ніж жінок, зокрема, через забобони і стереотипи відносно ролі та здібностей жінок у робочому житті, і побоювання, що вони перервуть свою кар'єру з більшою вірогідністю, і що через їхні обов'язки у домогосподарстві та у родині вони будуть менш гнучкими у своїх робочих годинах або вони будуть часті-

ше відсутні на роботі через вагітність, народження дітей та їх годування грудним молоком.

30. Через ці причини, один тільки факт, що кандидат-чоловік і кандидат-жінка мають однакову кваліфікацію не означає, що у них однакові шанси.

31. Можна зробити висновок, що національне правило, за яким, при застосуванні виняткового застереження до жінок-кандидатів на просування по службі, які мають однакову кваліфікацію із кандидатами-чоловіками, і до яких необхідно ставитися більш преференційно у секторах, де вони мають невелике представництво, може підпасти під дію Статті 2(4), якщо таке правило може протидіяти забобонним впливам на кандидатів-жінок від ставлення та поведінки, що описані вище, і таким чином зменшити кількість реальних випадків нерівноправності, які можуть існувати в реальному житті.

32. Однак через те, що Стаття 2(4) сприяє зменшенню індивідуального права, що викладене у Директиві, такий національний захід, який спеціально підтримує кандидатів-жінок, не може гарантувати абсолютного та безумовного пріоритету для жінок у випадку просування по службі без того, щоб не вийти за межі винятку, який міститься у тому положенні (Kalanke, параграфи 21 і 22).

33. На відміну від правил, що розглядалися у Kalanke, національне правило, яке було головною темою судового розгляду, містить виняткове застереження і воно не виходить за ці межі, якщо у кожній окремій справі воно надає гарантію кандидатам-чоловікам, хто має однакову кваліфікацію із жінками кандидатами, що їхні кандидатури будуть предметом об'єктивної оцінки, яка врахує всі критерії, що є специфічними до індивідуальних кандидатів, і буде переважати над пріоритетом, що надається жінкам-кандидатам, коли один або два з тих критеріїв схилять ваги на користь кандидата чоловіка. У цьому відношенні, треба пам'ятати, що ті критерії не повинні бути такими, що дискримінують жінок-кандидатів.

34. Національному суду необхідно визначити, чи задовольняються ці умови на основі вивчення сфери цього положення під час його застосування Землею.

35. *Відповідь, яку необхідно дати національному суду, повинна бути сформульована таким чином, що національне правило, яке у випадку, де є менше жінок ніж чоловіків на рівні відповідної посади у секторі державної служби і де кандидати-чоловіки і кандидати-жінки на посаду мають однакову кваліфікацію з точки зору їхньої відповідності посаді, компетенції та професійної діяльності, вимагає, щоб, просуваючи по службі жінок, їм надавався пріоритет, якщо причини, які є специфічними до індивідів чоловіків-кандидатів, не перехилять ваги на їхню користь, не відмінюється Статтею 2(1) і (4) Директиви, за умови, що:*

— у кожному індивідуальному випадку правило підтримує кандидатів-чоловіків, які мають однакову кваліфікацію з жінками-кандидадами, і надає гарантію того, що кандидатури підлягатимуть об'єктивній оцінці, яка врахує всі критерії, що є специфічними для індивідуальних кандидатів, і це правило переважатиме пріоритет, що надавався кандидатам-жінкам, коли один або два з тих критеріїв перехиляють ваги на користь кандидата-чоловіка, та

— такі критерії не повинні дискримінувати жінок кандидатів.

Заходи підтримчої дії, з точки зору теорії рівності, є винятковими. Тому практика органів конституційної юрисдикції виходить з того, що допустимість таких заходів має визначатися через аналіз їхньої мети, у світлі інтересів, на захист яких вони спрямовані, та історичних несправедливостей, які вони мають виправити. Така цілеспрямованість означає, що такі заходи мають бути пропорційними.

3.2.2. ІНТЕРСЕКЦІЙНІСТЬ

Гендер завжди був ієрархічною категорією. Нерівність за гендерною ознакою часто перетинається з іншими соціальними та економічними нерівностями (етнічна приналежність, соціально-економічний статус, вік, релігійні переконання, походження, гендерна ідентичність, сексуальна орієнтація тощо). Таке перетинання нерівностей концептуалізується через теорію інтерсекційності.

Теорія інтерсекційності, що наразі стала одним з впливових теоретичних наробків феміністичної та антиколоніальної течій в соціальних науках, виходить з того, що нерівності за ознаками раси, гендеру, походження тощо мають розглядатися у поєднанні, а не окремо, адже глибинні вісі нерівності й несправедливості в сучасному суспільстві нерозривно переплетені між собою, вони взаємодіють і підсилюють одна одну²⁵⁶.

Згідно з визначенням, запропонованим Патріцією Колінз та Сирмою Білдж:

«Інтерсекційність – спосіб розуміння і аналізу складності у світі, серед людей і людського досвіду. Події та умови соціального й політичного життя й самоусвідомлення дуже рідко можуть бути пояснені одним якимось фактором. Вони формуються багатьма факторами у різноманітні й взаємодіючі способи. Коли мова йде про соціальну нерівність, людські життя й організація влади в цьому конкретному суспільстві краще аналізувати як такі, що формуються не єдиною віссю соціального поділу, будь то раса, гендер чи клас, а багатьма вісями, що спрацьовують разом і взаємовпливають. Інтерсекційність як аналітичний інструмент дає можливість краще оцінити складну природу світу і самих людей»²⁵⁷.

Іншими словами, інтерсекційність – певною мірою спосіб подолання обмежень, закладених в конституційній концепції дискримінації, пов'язаних з груповим чи колективним характером заборонених класифікацій, і врахування всього дискримінаційного впливу, що зазнає особа в силу приналежності до декількох груп. Ця концепція виходить з того, що особа може мати різні ідентичності (вік, національність, гендер, майновий статус тощо), які перетинаються й накладаються одна на одну. Інтерсекційність спрямована на оцінку того, як різні форми утиску мають наслідком те, що певні групи піддаються відмінним і комплексним формам дискримінації, уразливості й підкорення²⁵⁸.

²⁵⁶ Veenstra G. RACE, GENDER, CLASS, AND SEXUAL ORIENTATION: INTERSECTING AXES OF INEQUALITY AND SELF-RATED HEALTH IN CANADA. *International Journal for Equity in Health*. 2011. Vol. 10. No.3. P. 1.

²⁵⁷ Collins P., Bilge S. INTERSECTIONALITY. Malden, MA: Polity Press, 2016. P. 2.

²⁵⁸ Див. Crenshaw K. DEMARGINALISING THE INTERSECTION OF RACE AND SEX: A BLACK FEMINIST CRITIQUE OF ANTI-DISCRIMINATION DOCTRINE, FEMINIST THEORY, AND ANTI-RACIST POLICIES. *University of Chicago Legal Forum*. 1989. Issue 1. P. 149.

Конституційний суд Південноафриканської Республіки

Справа CCT 23/20

Sithole and Another v Sithole and Another

[2021] ZACC 7

14 квітня 2021 року

Суддя Тшикі (Голова Суду Могоенг, судді Джафта, Хампепе, Мадланга, Майєдт, Матопо, Млантла, Терон та Віктор підтримали):

[...]

Рівність і дискримінація

19. *Ідея диференціації лежить в основі загальної юриспруденції з питання рівності. Prinsloo v Van der Linde [1997] ZACC 5; 1997 (3) SA 1012 (CC); 1997 (6) BCLR 759 (CC) at para 23. Юриспруденція з питання рівності розглядає диференціацію у двох вимірах: диференціація, що не містить несправедливої дискримінації і диференціація, що включає таку дискримінацію. Id. Принцип рівності не вимагає, аби всі отримували однакове ставлення, а просто встановлює, що люди в однаковому становищі отримували однакове ставлення. Однак уряд може класифікувати людей і поводитися з ними відмінно з різних легітимних підстав. Адже «... неможливо [регулювати справи людей] без диференціації і без класифікації, що встановлює відмінне ставлення до людей і що впливає різним чином на них». Id at para 24. Проста диференціація буде чинною, допоки вона не скасовує рівний захист чи переваги закону або не становить нерівне ставлення згідно із законом, порушуючи частину 9(1) Конституції.*

20. *У рішенні у справі Harksen v Lane N.O. [Harksen v Lane N.O. [1997] ZACC 12; 1998 (1) SA 300 (CC); 1997 (11) BCLR 1489 (CC)], цей Суд вказав, що коли звертаються до положення про рівність для оскарження законодавчого положення чи дій виконавчої влади на підставі того, що вони встановлюють розрізнення між людьми чи різними категоріями людей у спосіб, що становить нерівне ставлення чи несправедливу дискримінацію, наступні стадії дослідження стверджуваного порушення частини 8 Конституції є принагідними (у справі Harksen цей Суд розглядав справу за частиною 8, що містила положення про рівність тимчасової Конституції, яка була замінена частиною 9 чинної Конституції):*

«(а) Чи містить положення розрізнення між особами чи категоріями осіб? Якщо так, чи існує розумне співвідношення між таким розрізненням і легітимною метою? Якщо такого співвідношення немає, то має місце порушення частини 8(1). Навіть якщо існує розумне співвідношення, це, тим не менш, може становити дискримінацію.

(b) Чи становить розрізнення «дискримінацію»? Це вимагає двоступеневого аналізу:

(i) По-перше, чи становить розрізнення «дискримінацію»? Якщо воно ґрунтується на визначеній ознаці, то матиме місце дискримінація. ...

(ii) Якщо розрізнення становить «дискримінацію», чи є така дискримінація «несправедливою»? Якщо буде встановлено, що розрізнення ґрунтується на визначеній ознаці, то несправедливість презумується. ...

Якщо на цьому етапі аналізу встановлено, що розрізнення не є несправедливим, то немає місце порушення частини 8(2) Конституції.

(с) Якщо встановлено, що дискримінація є несправедливою, то слід дослідити, чи може оскаржуване положення бути виправданим за положенням щодо обмежень прав (частина 33 тимчасової Конституції [зараз частина 36 Конституції])» Harksen at para 54; Van der Merwe v Road Accident Fund (Women's Legal Centre Trust as Amicus Curiae) [2006] ZACC 4; 2006 (4) SA 230 (CC); 2006 (6) BCLR 682 (CC) at para 42.

21. На перше питання, за стандартом справи Harksen, слід відповідати ствердно. Оскаржуване положення продовжує існування спеціального матримоніального режиму, що застосовується до чорношкірих пар, які уклали шлюб до 1988 року. У цьому відношенні шлюби чорношкірого населення були відмінними від шлюбів інших рас. Жодного доказу не було надано щодо урядової мети, яку б переслідувало відмінне ставлення до шлюбів між чорношкірими особами. Я також не можу уявити такої мети. Тому питання розумного співвідношення між диференціацією і легітимною урядовою метою не виникає.

22. Зараз розглянемо, чи становить оскаржуване положення несправедливу дискримінацію. Дискримінація, що оскаржується, ґрунтується на визначених в частині 9(3) Конституції ознаках раси, статі й віку. Згідно з положеннями цієї частини, держава не може несправедливо дискримінувати будь-кого прямо чи опосередковано на підставі однієї чи більше ознак, вказаних у цьому положенні²⁵⁹. Згідно з положеннями частини 9(5) Конституції, дискримінація з однієї чи більше підстав, вказаних у частині 9(3), презумується несправедливою, доки не доведено інше. Таким чином, відповідачі у провадженні могли б спробувати довести, що дискримінація є справедливою, але жоден з них цього не робив. Це не дивно, адже немає жодних підстав, що давали б змогу подати відповідну позицію.

23. Дискримінаційні наслідки оскаржуваного положення походять ще з положень Акту про управління чорношкірими²⁶⁰ (далі – ВАА). Диференціація, запроваджена ВАА, ґрунтувалася на ознаці раси, адже ним було встановлено спеціальне розрізнення щодо чорношкірих пар. Стаття 22(б) ВАА мала наслідком те, що, якщо чорношкіра пара не виявила бажання укласти шлюб з сумісною власністю, її шлюб автоматично вважався таким, що укладений без набуття режиму спільної власності. Це відрізнялося від режиму, яким користувалися інші расові групи, шлюби серед представників яких автоматично вважалися такими, на які розповсюджується режим спільної власності.

24. Прийняття статті 21(2)(а) Акту про шлюбну власність не мало наслідком автоматичне перетворення загального режиму шлюбів чорношкірих пар на режим спільної власності у шлюбі, яким користуються інші раси. Натомість це положення вимагало від всіх сімейних пар, що уклали шлюб до моменту набрання чинності Актом про шлюбну власність і до якого не застосовується режим спільної власності, протягом двох років з моменту набрання чинності цим актом шляхом або (i) укласти шлюбний контракт або (ii) в порядку статті 22(б) ВАА подати заяву про застосування Глави I Акту про шлюбну

²⁵⁹ Частина 9(3) Конституції передбачає:

«Держава не може нікого несправедливо дискримінувати прямо чи опосередковано за однією чи більше ознак, включаючи расу, ґендер, стать, вагітність, сімейний стан, етнічне чи соціальне походження, колір шкіри, сексуальну орієнтацію, вік, фізичні вади, релігію, переконання, вірування, культуру, мову та народження».

²⁶⁰ [Акт про управління чорношкірими 1927 року – один із законодавчих актів, що становив основу апартеїду в ПАР – авт.]

власність і перетворення майнового режиму їхніх шлюбів. Таким чином, хоча зміни, внесені статтею 22(2)(а) Акту про шлюбну власність, формально виправили дискримінаційні положення ВАА, вони не спромоглися виправити триваючі дискримінаційні наслідки цих положень. Натомість вони встановили для чорношкірих пар, які бажали отримати режим шлюбної власності, подібний до того, яким користуються інші расові групи, обов'язок вдатися до певних важких і складних дій, щоб отримати рівне ставлення з іншими расами.

25. Той тип рівності, що передбачений частиною 9 Конституції, був вдало сформульований цим Судом у рішенні в справі *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* [1999] ZACC 17; 1998 (2) SACR 556 (CC); 1998 (12) BCLR 1517 (CC)) так:

«Частина 9 Конституції 1996 року, як і її попередник, явно передбачає як субстантивну, так і корективну рівність. Субстантивна рівність впливає з недвозначних формулювань частини 9(2), згідно з якими рівність включає «повне і рівне користування всіма правами і свободами». Держава також зобов'язана «сприяти досягненню такої рівності» шляхом «законодавчих і інших заходів, спрямованих на захист чи сприяння особам чи категоріям осіб, що постраждали від несправедливої дискримінації»; цим встановлюється корективна рівність». *Id* at para 62.

26. Так, хоча на перший погляд стаття 22(2)(а) Акту про шлюбну власність може видаватися такою, що забезпечує однакове ставлення парам різних рас, вона, по суті, гарантує формальну рівність, але не субстантивну (рівність у наслідках і можливостях), що є тим типом рівності, яка проголошується нашою Конституцією (*City Council of Pretoria v Walker* [1998] ZACC 1; 1998 (2) SA 363 (CC); 1998 (3) BCLR 257 (CC) at para 73). Більше того, частина 9(3) Конституції забороняє як пряму так і опосередковану дискримінацію. Положення становить опосередковану дискримінацію певної групи, якщо воно має непропорційний вплив на таку групу. *Id*. Тому, розглядаючи конституційність статті 21(2)(а) Акту про шлюбну власність, слід зробити наголос не на тому факті, що вона надає можливість чорношкірим парам перетворити режим свого шлюбу, а на тій обставині, що вона не забезпечує рівні

умови і не поширює на шлюби чорношкірих пар той самий режим, яким користуються шлюби інших расових груп.

27. Оскаржувані положення також містять опосередковані несправедливі дискримінаційні наслідки для жінок. Докази, надані Високому суду вказують, що чорношкірі жінки зазнають сильнішого впливу в силу дії оскаржуваних положень, що є непропорційним у порівнянні з їхніми чоловіками, а оскаржувані положення мають далекосяжні інтерсекційні наслідки для прав чорних жінок у порівнянні з їхніми чоловіками. Тому вбачається необхідним перед тим, як я перейду до розгляду питання, чи можуть ці положення бути виправданими за положенням про обмеження Конституції, що є третьою стадією стандарту справи *Harksen*, розглянути інтерсекційні наслідки оскаржуваних положень на конституційні права жінок, особливо на право на гідність (частина 10), майно (частина 25), житло (частина 26) та охорону здоров'я, їжу, воду і соціальну безпеку (частина 27). Саме про ці питання йтиметься далі.

28. Інтерсекційність – визнана концепція в нашому праві про рівність. У рішенні у справі *National Coalition for Gay and Lesbian Equality (National Coalition for Gay and Lesbian Equality, наведене вище, at para 78 ...)*, суддя Сакс у своїй окремії думці визнав цю концепцію і вказав:

«Однак з наслідків підходу, що ґрунтується на контексті й впливі, буде визнання того, що ознаки несправедливої дискримінації можуть перетинатися, що означає, що оцінка дискримінаційного впливу має здійснюватися не за однією чи іншою ознакою дискримінації, а на поєднанні таких ознак, тобто загальним і контекстуальним чином, а не окремо і абстрактно. Метою цього є встановлення у якісний, а не кількісний спосіб того, чи піддається відповідна група осіб відокремленню достатньо серйозного характеру, щоб заслуговувати на конституційне втручання. ... Як альтернатива, саме контекст, а не підхід, в основі якого лежать категорії, може вказувати на те, що саме вразливості, які перетинаються, здатні продукувати дискримінацію, яка перетинається. Явно ганебним прикладом можуть бути африканські вдови, що історично зазнавали дискримінації [в силу приналежності до чорношкірої раси] як африканці, як жінки, як африканські жінки, як вдови і, зазвичай, як літні люди». *Id. at para 113.*

29. У рішенні у справі *Van Heerden (Minister of Finance v Van Heerden [2004] ZACC 3; 2004 (6) SA 121 (CC); 2004 (11) BCLR 1125 (CC)*) цей Суд вказав:

«Субстантивне поняття рівності визнає, що, окрім нерівності за ознаками раси, класу і гендеру, в нашому суспільстві існують інші рівні й форми соціальної диференціації і системної нерівності, що продовжують існувати. Конституція наказує нам усунути їх і попередити встановлення нових патернів нерівності. Тому саме на суди покладається обов'язок прискіпливо дослідити за кожною скаргою з підстав нерівності ту ситуацію, в якій перебувають скаржники в суспільстві, їхні історію і вразливості, історію, характер і мету дискримінаційної практики й питання того, чи полегшує вона чи посилює тягар групи в контексті реального життя, задля того, щоб визначити, чи є вона справедливою чи ні в світлі цінностей нашої Конституції. Під час оцінки справедливості невідворотним є гнучкий підхід, що, однак, враховує конкретику ситуації з огляду на змінні патерни шкідливої дискримінації і стереотипної реакції в нашому демократичному суспільстві, що розвивається». Id. at para 27.

30. У нещодавній справі *Mahlangu (Mahlangu v Minister of Labour [2020] ZACC 24; 2021 (2) SA 54 (CC); 2021 (1) BCLR 1 (CC)*), цей Суд, розглядаючи Акт про компенсації за травми на виробництві та професійні захворювання..., зокрема виключення з-під його дії домашніх робітників, сказав таке про численні форми дискримінації:

«Креншо, яка сформувала концепцію «інтерсекційного» характеру дискримінації, коли писала як чорношкіра феміністка у сфері жіночих студій, визнала і показала, як різні категорії ідентичності, що перетинаються, (такі як гендер і раса) впливають на осіб та інституції. Інтерсекційність спрямована на оцінку того, як різні форми утиску, що перетинаються і накладаються одна на одну, мають наслідком те, що певні групи піддаються відмінним і комплексним формам дискримінації, уразливості й підкорення²⁶¹. Так, подекуди чорношкірі жінки можуть потерпати від ускладнених форм

²⁶¹ [виноска в тексті] Crenshaw "Demarginalising the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory, and Anti-Racist Policies" (1989) *University of Chicago Legal Forum* 139 at 149. Креншо є піонером і провідним вченим з питання інтерсекційності. Інтерсекційність – концепція, що використовується й розвивається науковцями та юристами у сфері права на недискримінацію.

дискримінації у порівнянні зі, скажімо, чорношкірими чоловіками чи білими жінками. У той же час в інших випадках вони можуть страждати від інших форм дискримінації і уразливості, що якісно відрізняються від обох цих груп». Mahlangu, наведене вище, at para 85.

31. Соціальні процеси, такі як патріархат, гендерні стереотипи, негнучке застосування обтяжливих культурних практик тощо, підтримують інтерсекційні наслідки оскаржуваних положень для чорношкірих жінок. Патріархат спричинив різні форми дискримінації жінок, що мають страшні наслідки. Він тому є однією з рушійних сил пригноблення жінок через гендерні стереотипи та зловживання культурними практиками. Ці страшні наслідки роблять жінок вразливими і ця вразливість стає аспектом соціальної реальності. Досліджуючи патріархат, Кутзее виводить його витoki і еволюцію таким чином (Coetzee "South African Education and the Ideology of Patriarchy" (2001) 21 South African Journal of Education 300):

«„Ідеологія патріархату“ ... як вбачається, розвинулася в наслідок піднесення „ідеї лідерства батьків“ до позиції найвищої важливості в суспільстві. ... Однак в результаті такого піднесення цього ідеалу до рівня гіпернормативного статусу, жінки стали розглядатися як нижчі за чоловіків. Так розвинулися нерівні відносини влади, за яких чоловіча стать набула верховенства над жінками, що мало наслідком їх підпорядкування чоловікам у всіх суспільних сферах». Id at 300.

Вона далі описує, як він був використаний для пригнічення жінок протягом багатьох поколінь, і зазначає:

«У першу чергу жінки зазнавали пригнічення протягом багатьох поколінь, а структури домінування, спрямовані на підтримку цієї ідеології, утримували їх від звільнення від нього. У боротьбі за збереження верховенства батьків, жінки утримувались на підпорядкованих позиціях в наслідок таких явищ, як менші можливості для освіти, ніж у чоловіків, економічна залежність, фізичне насильство, усунення від керівних позицій в освіті, політиці, церкві та загалом у суспільстві». Id at 301.

32. Беззаперечним є те, що руйнівний вплив оскаржуваних положень на жінок, що у свою чергу був посилений різноманітними формами

дискримінації і соціальної динаміки, має різні прояви. Наприклад, жінки традиційно несуть основну відповідальність за домашню роботу і виховання дітей. Як наслідок жінки менш ймовірно отримують працевлаштування, ніж чоловіки, і, якщо стають працевлаштованими, ймовірніше отримують меншу зарплатню, ніж чоловіки (Sinden "Exploring the Gap Between Male and Female Employment in the South African Workforce" (2017) 8 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 37 at 37). Більшість з цих жінок залежать від їхніх чоловіків.

33. Чоловіки, як отримувачі доходу, ймовірніше отримують кредит і набувають майно. Як наслідок, жінки, що опинилися в становищі пані Сітхоул, не можуть зареєструвати власність чи цінне майно на своє ім'я. Їхні чоловіки, що загалом заробляють на життя, здатні мати майно, зазвичай домовку пари, зареєстроване на їхнє ім'я. Тобто дружина не має контролю над сімейною власністю. Чоловік може необдуманно витратити багатство сім'ї, залишити майно комусь іншому, крім своєї дружини, після його смерті або продати сімейний будинок в односторонньому порядку. Це, у свою чергу, може негативно впливати на права та інтереси дружини у різних спосіб: її можуть виселити з її дому, залишаючи вразливою у небезпечній ситуації, вона може бути залишена без засобів для існування, без можливості задовольнити свої базові потреби (включаючи охорону здоров'я, їжу, безпеку).

34. Це саме та ситуація, в якій опинилася пані Сітхоул, коли зіткнулася з проблемами у шлюбі. Вона використала свої мізерні заощадження для оплати потреб сім'ї, в той час як її чоловік погрожував позбутися майна в односторонньому порядку, незважаючи на її благополуччя та безпеку. Щоб запобігти втраті дому, вона була змушена звернутися по судову заборону. Якби вона не звернулася по правничу допомогу для отримання судової заборони, вона ймовірніше за все стала б бездомною. І той факт, що вона використала свій власний дохід для покриття витрат на утримання дому, не мав би значення.

35. Жінки інших расових груп, що вийшли заміж до 1988 року і які не відмовилися від режиму, що застосовувався за замовчуванням, не потерпали від несправедливості, якої зазнала пані Сітхоул. Режим за замовчуванням полягав у спільній власності подружжя, що означало, що майно набуте за рахунок доходу чоловіка становило спільну власність й обидва подружжя ставали співвласниками майна.

36. Більшість жінок не змінили режим власності в шлюбі, оскільки не були обізнані зі своїми правами й поінформовані про положення статті 21(2)(а). Той факт, що більшість чорношкірих жінок у становищі пані Сітхоул не перетворили режим шлюбної власності, як це передбачено статтею 21(2)(а), завдячує в першу чергу спадщині нашого страхітливого расового й нерівного минулого. Як добре відомо, більшість чорношкірих жінок у південній Африці живуть у сільській місцевості й містечках і не є добре ознайомленими зі своїми правами. Пані Будлендер у своїх свідченнях вказує на той факт, що режим апартеїду, на відміну від чинного демократичного уряду, не опікувався питанням поінформованості людей про їхні права.

37. Саме тому досить мало осіб скористалися можливістю укласти й зареєструвати нотаріально контракти для зміни режиму власності подружжя. ...

38. Хоча стаття 21(1) була визнана Високим судом такою, що потребує конституційного аналізу, дуже важливо підкреслити, що тією мірою, якою вона вимагає згоди між сторонами для зміни матримоніального режиму, не оспорюється те, що багато жінок не можуть отримати згоди від своїх чоловіків для зміни матримоніального режиму. Це є наслідком того, що шлюб з режимом спільного майна загалом є більш сприятливим для дружин, оскільки чоловіки змушені ділити власність з ними. Пані Будлендер у своїх свідченнях вказує, що «дослідження показують, що багато чоловіків вважають, що вони мають самі приймати рішення, аніж вирішувати шляхом обговорення й досягнення консенсусу. Такі чоловіки навряд чи погодяться змінити режим шлюбного майна, особливо якщо така зміна означатиме передачу суттєвої частини влади щодо прийняття рішень їхнім дружинам. Тому для жінок, що опинилися у такій ситуації, захисні заходи, передбачені статтею 21(1) та 21(2)(а), є недоступними».

39. У будь-якому випадку для отримання жінкою згоди свого чоловіка для зміни режиму шлюбної власності, вона повинна знати про свої права та мати необхідний доступ до правничих послуг, щоб мати змогу звернутися до суду або укласти й зареєструвати в нотаріальному порядку контракт. Не викликає заперечень, що суттєва кількість жінок, які вийшли заміж під час дії ВАА, не мали таких можливостей.

40. *Стаття 7 Акту про розлучення не може стати в нагоді для жінок у становищі пані Сітхоул. Хоча частини з третьої по п'яту статті 7 надають суду, що розглядає справи про розлучення, дискрецію розподілити майно, що належить сторонам у спосіб, що вбачається справедливим, це не може стати в нагоді для жінок, які не можуть (чи не хочуть) розлучитися зі своїми чоловіками з релігійних або соціальних чи сімейних міркувань. Більше того, оскільки таке вирішення можливе лише у випадку розлучення, воно не виправляє притаманну дискримінацію, що триває у шлюбі. Конституція не вимагає, щоб жінка розлучилася з чоловіком і покладалася на дискрецію суду для того, щоб користатися своїм правом на рівність.*

41. *Цей Суд у справі Gumedde (Gumedde v President of the Republic of South Africa [2008] ZACC 23; 2009 (3) SA 152 (CC); 2009 (3) BCLR 243 (CC) at para 45), що стосувалася дії статті 8(4)(a) Акту про визнання звичаєвих шлюбів .. (далі – Акт про визнання), по-перше, визнав, що пані Гумедде могла звернутися до суду, що розглядає справи про розлучення, за судовим наказом про поділ шлюбного майна у справедливий і чесний спосіб. Він вказав, що складність у такому вирішенні полягає в тому, що положення статті 8(4)(a) Акту про визнання у поєднанні зі статтею 7(3)-(5) Акту про розлучення, застосовуються тільки у випадку розірвання звичаєвого шлюбу. Він також зазначив, що той факт, що суд, який розглядає справи про розлучення, може прийняти судовий наказ про справедливий поділ сімейного майна тільки у випадку розірвання шлюбу, не виправляє дискримінацію, яку зазнає дружина у звичаєвому шлюбі.*

42. *Другий відповідач не оспорує свідчення, що вказують на інтерсекційні впливи оскаржуваних положень на жінок, він також не стверджує, що ця форма дискримінації жінок є справедливою. З цього слідує, що оскаржувані положення не тільки становлять несправедливу дискримінацію за ознакою раси, але й за ознакою статі.*

43. *Не викликає сумнівів, що положення статті 21(2)(a) Акту про шлюбну власність підтримують дискримінаційні наслідки статті 22(6) ВАА. Заходи, вжиті для виправлення спадщини статті 22(6) ВАА, є неадекватними.*

44. Встановивши, що ці положення становлять несправедливу дискримінацію, наступним кроком є з'ясування, чи можуть вони бути виправданими за положенням про обмеження (Стаття 36 Конституції). Другий відповідач не стверджував, що існує підстава, що виправдовувала б несправедливу дискримінацію, від якої потерпали чорношкірі пари. Генеза цих положень полягала у спланованому патерні расової дискримінації і сегрегації. Вони є результатом законодавчо встановленої, навмисної, несправедливої і жорстокої системи поділу між расами, що ґрунтувався на спотвореному уявленні, що чорношкірі й білі люди не варті однакового ставлення. Чорношкірі особливо вважалися нижчими відносно всіх інших рас і такими, що не варті поваги і захисту з боку уряду.

45. Той факт, що примари нашого страхітливого минулого досі підіймають голову у формі положень, на кшталт тих, що розглядаються, хоча сплинуло багато років з моменту переходу до демократії, є неприйнятним. Єдиним можливим поясненням збереження цих залишків минулих дискримінаційних законів у наших збірках права є те, що на них не звернули уваги. Жахливі наслідки, від яких потерпали чорношкірі люди в результаті таких дискримінаційних законів, зобов'язують негайно викреслити їх з нашого права (*Bhe v Magistrate, Khayelitsha; Shibi v Sithole; South African Human Rights Commission v President of the Republic of South Africa* [2004] ZACC 17; 2005 (1) SA 580 (CC); 2005 (1) BCLR 1 (CC) at para 61). Зробити так означає, що конституційне право на гідність²⁶² всіх чорношкірих пар, до яких застосовувалось оскаржуване положення, отримуватиме повагу й захист, як це вимагається Конституцією. Нагальна потреба відновлення гідності чорношкірих пар означає відсутність будь-якої можливості, що несправедлива дискримінація може бути розумною та обґрунтованою. Південноафриканська республіка побудована на цінностях людської гідності, забезпечення рівності й просуванні людських прав і свобод (стаття 1 Конституції). Згідно з частиною 7(1) Конституції, Білль про права є наріжним каменем нашої демократії та «закріплює права всіх людей в нашій країні й підтверджує демократичні цінності людської гідності, рівності та свободи». Тому право на повагу людської гідності є одним з ключових конституційних прав.

²⁶² [виноска в тексті] Стаття 10 Конституції гарантує кожному право на «невід'ємну гідність і повагу й захист гідності».

46. *Визнання права на повагу людської гідності становить визнання справжньої цінності людини. Це право, тому, є засадничим для багатьох інших прав, що прямо закріплені в Біллі про права. Одним з них є право на рівність. Черношкірі пари, як всі інші, повинні отримувати рівний захист і переваги закону (стаття 9 Конституції), аби їх невід'ємна гідність поважалася і отримувала захист (стаття 10 Конституції).*

47. *На завершення, несправедлива дискримінація не може бути виправдана на підставі частини 36(1) Конституції. Положення статті 21(2)(а) Закону про шлюбну власність, таким чином, не відповідають Конституції і є нечинними й відповідний наказ Високого суду має бути підтверджений. На підставі викладеного, положення, що має застосовуватися, полягає в тому, що всі шлюби, які в силу положень ВАА автоматично вважалися укладеними з режимом без спільної власності, мають вважатися такими, до яких застосовується режим спільної власності. Ці пари повинні мати вибір, як і у випадку інших рас, обрати й змінити режим їх матримоніальної власності, інший ніж спільна власність.*

Інтерсекційність як судовий стандарт розгляду виходить з оцінки контексту й впливу, що невідворотно веде до якісного аналізу кожної індивідуальної ситуації, в якій може опинитися як індивід, так і група індивідів. Оцінка впливу також вимагає врахування не окремої ознаки дискримінації в її статичності, а аналізу взаємодії різних таких ознак, що здатні продукувати дискримінацію, яка перетинається.

Концепція інтерсекційності стала відповіддю на концептуальні недоліки поняття недискримінації як групової і, відтак, одновимірної категорії. Її виникнення і становлення, як вбачається, стало відповіддю на певну маргіналізацію в юриспруденції права на рівність як індивідуальної категорії, його витіснення на периферію боротьби за колективні права груп чи колективів. Ця концепція, тому, має потенціал, бо може спричинити докорінний перегляд юридичних підходів до розуміння дискримінації.

3.3. ҐЕНДЕР І ДЕМОКРАТІЯ: ҐЕНДЕРНІ КВОТИ

Донедавна представництво жінок в парламентах і представницьких органах державної влади навіть в демократичних державах було незначним. Конституції писалися чоловіками й, свідомо чи несвідомо, вони несуть відбиток соціальних умов, уявлень і навіть забобон про ґендерну ієрархію в суспільстві²⁶³. Разом з тим, ширший політичний контекст, в якому конституції тлумачаться й застосовуються суттєво впливає на забезпечення ґендерної рівності в суспільстві. Демократія сама по собі не гарантує ґендерну рівність, як, власне, і усунення формальних бар'єрів для участі жінок в політичному процесі й демократичному представництві. Складні та заплутані соціальні бар'єри й структурні перешкоди й непряма дискримінація вимагають запровадження певних компенсаторних заходів для забезпечення ефективної рівності можливостей для жінок.

«Класична концепція демократії», згідно з якою «демократичний метод полягає у такій сукупності інституційних засобів прийняття політичних рішень, за допомогою яких реалізується спільне благо шляхом надання самому народу можливості вирішувати проблеми, обираючи індивідів, які збираються для того, щоб виконати його волю»²⁶⁴, виявилася не тільки нездатною захистити демократичні режими у міжвоєнний період, але й несприятливою для забезпечення субстантивної рівності жінок в демократичному процесі. Демократія з часів Французької революції розглядалася як система визначення загальної волі народу, тобто як система процедур, які дозволяють формувати представницькі органи, наділені правом приймати рішення:

«[Деякі теоретики вважають, що «демократія» означає] колективну волю, що вже існує, очікуючи свого віднайдення демократичними інституціями. Однак до того, як такі інституції створені, такої колективної волі не існує. Політичні інституції і процедури прийняття рішень повинні створити умови, за яких політична спільнота уперше зможе сформуванати свою колективну волю. Такі інституції та процедури визначають, чий погляд братимуться до уваги під час формування та-

²⁶³ Див. Mackinnon C. GENDER IN CONSTITUTIONS. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (M. Rosenfeld and A. Sajo eds.). Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 398.

²⁶⁴ Schumpeter J. CAPITALISM, SOCIALISM AND DEMOCRACY. London and New York: Routledge, 1994. P. 250.

кої колективної волі, і визначають засоби визнання такої колективної волі. Жодної унікальної „раціональної” інституційної архітектури для формування такої волі не існує. Кожна сукупність інституцій та практик становить відмінну соціальну конституцію колективної волі»²⁶⁵.

Політичні інституції і процедури прийняття рішень невідворотно закріплювали й підсилювали соціальні несправедливості й упередженості щодо участі жінок в демократичному процесі, адже створювалися й застосовувалися, виходячи з патерналістських уявлень і патріархальних міркувань щодо жінок і їхньої ролі в політичному суспільстві. Без забезпечення ефективної субстантивної гендерної рівності демократичні режими не могли вважатися повністю демократичними, адже виключали політичне громадянство жінок чи перешкождали йому.

Постмодерний конституціоналізм, що постав після Другої світової війни, виводувався на ідеї конституційних цінностей, принципів і людських прав, зокрема рівної гідності й цінності кожного індивіда. Тому політична емансипація жінок стала питанням часу.

Європейський суд з прав людини

Staatkundig Gereformeerde Partij v. The Netherlands

Заява № 58369/10

Рішення щодо прийнятності

10 липня 2012 року

[...]

69. *Вже в Преамбулі до Конвенції важливість демократії висловлена таким чином:*

«Уряди держав – членів Ради Європи, які підписали цю Конвенцію ...

знову підтверджуючи свою глибоку віру в ті основоположні свободи, які становлять підвалини справедливості та миру в усьому світі і які найкращим чином забезпечуються, з одного боку, завдяки дієвій політичній демократії, а з іншого боку, завдяки спільному розумінню і додержанню прав людини, від яких вони залежать, ...»

²⁶⁵ Pildes R., Anderson E. SLINGING ARROWS AT DEMOCRACY: SOCIAL CHOICE THEORY, VALUE PLURALISM, AND DEMOCRATIC POLITICS. *Columbia Law Review*. 1990. Vol. 90, No. 8. P. 2197-2198

70. Як неодноразово вказував Суд у своїх рішеннях, демократія є не тільки основоположною характеристикою європейського публічного порядку – сама Конвенція була розроблена сприяти ідеалам і цінностям демократичного суспільства й підтримувати їх. Демократія, як підкреслював Суд, є єдиною політичною моделлю, передбаченою Конвенцією, і тільки вона є сумісною з нею. У силу формулювань другої частини статті 11 і, побіжним чином, статей 8, 9 та 10 Конвенції, єдиним видом необхідності, здатної виправдати втручання у будь-яке з прав, встановлених вказаними статтями, є необхідність, що може вважатися такою, що притаманна «демократичному суспільству» (див. серед іншого *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30 January 1998, § 45, *Reports of Judgments and Decisions 1998*; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 86, ECHR 2003 II; *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, no. 28793/02, § 63, ECHR 2006 II; and *Hyde Park and Others v. Moldova* (no. 4), no. 18491/07, § 50, 7 April 2009).

71. Суд також вказував, що політична партія може, згідно з Конвенцією, переслідувати свої політичні цілі за дотримання двох умов: по-перше, засоби, обрані для досягнення таких цілей, повинні бути правовими й демократичними; по-друге, пропоновані зміни самі по собі повинні бути сумісними з основоположними демократичними принципами (див. *Refah Partisi and Others*, цитоване вище, § 98). Дотримуючись цих умов, політична партія, що сповідує моральні цінності, встановлені релігією, не може вважатися такою, що є внутрішньо несумісною з основоположними принципами демократії, як вони викладені в Конвенції (*Refah Partisi and Others*, § 100).

72. Повертаючись до цієї справи, Суд наголошує, що сприяння рівності між статтями наразі є основним завданням в державах-членах Ради Європи. Це означає, що мають бути наведені досить вагомі підстави для обґрунтування сумісності з Конвенцією відмінностей у ставленні за ознакою статі (див. серед іншого і *mutatis mutandis*, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 78, Series A no. 94; *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, 24 June 1993, § 67, Series A no. 263; *Burghartz v. Switzerland*, 22 February 1994, § 27, Series A no. 280 B; *Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 July 1994, § 24, Series A no. 291 B; *Van Raalte v. the Netherlands*, 21 February 1997, § 39, *Reports of Judgments and Decisions 1997 I*; *Willis v. United Kingdom*, no. 36042/97, § 39, ECHR 2002 IV; *Ünal Tekeli v. Turkey*, no. 29865/96, § 53, ECHR 2004 X (extracts); *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 80, ECHR 2006 VIII; and *Konstantin Markin v. Russia* [GC], no. 30078/06, § 127, ECHR 2012 (extracts)).

73. Більше того, Суд вказував, що наразі сприяння рівності статей в державах-членах Ради Європи перешкоджає державі надавати підтримку поглядам, що роль чоловіка є одвічною, а жінки – другорядною (див. *mutatis mutandis*, Ünal Tekeli, cited above, § 63, and Konstantin Markin, cited above, *ibidem*).

74. На додаток до наведеної вище практики, Суд вважає, що наступні статті також є релевантними для розгляду цієї справи:

Стаття 14

«Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою».

Стаття 3 Першого Протоколу:

«Високі Договірні Сторони зобов'язуються проводити вільні вибори з розумною періодичністю шляхом таємного голосування в умовах, які забезпечують вільне вираження думки народу у виборі законодавчого органу».

75. Жодна жінка не висловила бажання балотуватися від партії-заявниці. Однак Суд не вважає цей факт вирішальним.

76. Питання у цій справі полягає в позиції партії-заявниці, висловленій у провадженні в цьому Суді, що жінкам не слід дозволяти балотуватися на виборні посади в загальних представницьких органах держави за її власними партійними списками кандидатів. Не має великого значення, чи викладена така відмова у основоположних політичних правах виключно за ознакою статі в нормативних документах партії-заявниці чи будь-яких інших внутрішніх документах, за умови, що така позиція публічно обстоюється й дотримується на практиці.

77. Верховний суд у параграфах з 4.5.1 по 4.5.5 свого рішення зробив висновок, виходячи з положень статті 7 Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок та статей 2 і 25 Міжнародного пакту про громадянські й політичні права, взятих разом, що позиція партії є неприйнятною, незважаючи на глибокі релігійні переконання, що нею дотримуються... Зі свого

боку, зважаючи на положення Преамбули до Конвенції та практику, наведену в параграфах 70, 71 та 72 вище, Суд вважає, що такий же висновок природно слідусе зі статті 3 Першого Протоколу, взятої разом зі статтею 14.

На сьогодні найбільш ефективним механізмом забезпечення субстантивної рівності в політичному процесі залишається концепція гендерних квот²⁶⁶. Загалом можна виділити три типи гендерних квот²⁶⁷:

1. законодавчо встановлені виборчі квоти, тобто обов'язкова кількість / співвідношення жінок та чоловіків у виборчих списках політичних партій на виборах. Зі 118 країн світу, де застосовується квотний принцип, 60 країн використовують саме систему законодавчо встановлених виборчих квот;

2. законодавчо «зарезервовані» місця в законодавчому чи іншому представницькому органі. Цей тип гендерних квот врегулює кількість місць в законодавчому чи іншому представницькому органі, що мають займати жінки. У 36 державах світу запроваджений такий тип квотування.

3. (добровільні) партійні квоти застосовуються в добровільному порядку політичними партіями для формування партійних списків на вибори. Цей тип поширений принаймні в 37 державах світу.

Першою була запроваджена модель законодавчо «зарезервованих» місць в представницькому органі. У 1935 році Актом про урядування Індії (*the Government of India Act*) колоніальна адміністрація надала виборче право жінкам і визначила кількість місць в Державній Раді та Федеральній Асамблеї, які мали обіймати жінки²⁶⁸.

²⁶⁶ Dahlerup D., Hilal Z., Kalandadze N., Kandawasvika-Nhunduru R. ATLAS OF ELECTORAL GENDER QUOTAS. Strömsborg: International IDEA, 2013. P. 16.

²⁶⁷ Ibid., P. 16; Krook M. QUOTAS FOR WOMEN IN POLITICS. *Gender and Candidate Selection Reform Worldwide*. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 6-9.

²⁶⁸ Шість місць в Державній Раді (по одній членкині від законодавчих зборів Мадрасу, Бенгалу, Бомбею, Об'єднаних провінцій, Пенджабу і Біхару) і дев'ять місць у Федеральній Асамблеї (по дві депутатки від Мадрасу та Бомбею і по одній від Бенгалу, Об'єднаних Провінцій, Пенджабу й Центральних Провінцій), що обиралися виборчими зборами жінок-депутатів законодавчих зборів відповідної провінції. Однак питома вага зарезервованих місць в обох установах залишалася досить мізерною – не більше 4% в обох палатах. Водночас, відповідно, п'ять провінцій у випадку Державної Ради і чотири у випадку Федеральної Асамблеї не отримали законодавчо «зарезервованих» місць для жінок. Див. Krook M. QUOTAS FOR WOMEN IN POLITICS. *Gender and Candidate Selection Reform Worldwide*. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 59.

Розділ III. ҐЕНДЕРНА РІВНІСТЬ

У період з 1930 по 1980 роки тільки в десяти країнах були запроваджені спеціальні умови (ґендерні квоти) на представництво в парламентах²⁶⁹. За останні тридцять років ситуація з представництвом жінок в законодавчих органах і представницьких органах місцевого самоврядування докорінно змінилася, хоча говорити про збалансоване представництво жінок ще зарано.

Цей квотний підхід схвалений і підтримується Венеціанською комісією та Бюро демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ, які у спільних Настановах з регулювання політичних партій навіть рекомендували для держав з пропорційними виборчими системами запровадити квотну систему «zipper», за якою кандидати чоловічої та жіночої статі чергуються або де кожен із трьох кандидатів у списку є представником менш представленої статі: «Порядок включення до списку за таким типом усуває ризик того, що жінки отримують нижчі місця у партійному списку та матимуть реальний шанс бути обраними»²⁷⁰. Таким же чином ЄСПЛ також визнав, що ґендерна рівність є «... одним з ключових принципів, що лежить в основі Конвенції»²⁷¹.

²⁶⁹ Ibid., P. 4.

²⁷⁰ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR). GUIDELINES ON POLITICAL PARTY REGULATION. 2nd ed. Approved by the Council of Democratic Elections at its 69th online meeting (7 October 2020) and adopted by the Venice Commission at its 125th online Plenary Session (11-12 December 2020). P. 53, para. 188.

²⁷¹ *Leyla Şahin v. Turkey* (2005), para. 115.

Європейський суд з прав людини

Zevnik and others v. Slovenia

Заява № 54893/18

Рішення щодо прийнятності

12 листопада 2019 року

[...]

30. Заявники стверджують, що вимога наявності 35% гендерного представництва і формулювання «формальний недолік» не є чітко визначеними в законодавстві й дозволяють неоднозначне тлумачення. Презумуючи, що відмова в реєстрації списку кандидатів переслідувала легітимну мету сприяння жінкам у політиці, вони стверджують, що санкції за недотримання гендерної квоти були непропорційними. Вони вказують на інші менш обтяжливі заходи, що могли бути застосовані у їхньому випадку без усунення суттєвої кількості кандидатів (жінок) від виборів; наприклад, фінансові санкції, наступне виправлення недоліків і відмова у реєстрації частини кандидатів у списку.

1. Загальні принципи

31. Суд нагадує про відповідні принципи, що визначають розгляд скарг за статтею 3 Першого Протоколу до Конвенції, які були викладені у справі *Yutak and Sadak v. Turkey* [GC] (no. 10226/03, §§ 105-15, ECHR 2008). Він вважає за необхідне окремо наголосити, що Договірні держави повинні мати широке поле розсуду в цій сфері, зважаючи на існування численних способів організації і застосування виборчих систем, і величезної кількості відмінностей, серед іншого, в історичному розвитку, культурному розмаїтті й політичній думці по всій Європі, що визначає, що кожна Договірна держава має формувати своє власне демократичне бачення (див. *Ždanoka v. Latvia* [GC], no. 58278/00, § 103, ECHR 2006 IV). Суд також наголошує, що суворіші вимоги можуть бути встановлені щодо балотування до парламенту на відміну від можливості обирати. Однак саме цей Суд є остаточною інстанцією, що визначає дотримання вимог статті 3 Першого Протоколу. Він має переконатися, що умови не звужують відповідне право такою мірою, що порушує саму його сутність і позбавляє його ефективності; що вони встановлені для досягнення легітимної мети, а обрані засоби не є непропорційними (див. *Yutak and Sadak*, наведене вище, § 109).

2. Застосування до цієї справи

32. Звертаючись до обставин цієї справи, Суд зазначає, що заявники стверджують порушення статті 3 Першого Протоколу в силу відмови у реєстрації коаліційного партійного списку у двох виборчих округах ... Він далі зазначає, що списки кандидатів, подані коаліційною партією, за якими балотувалися четвертий і п'ятий заявники, були прийняті виборчою комісією в шести виборчих округах і відхилені у двох, в яких перший та другий заявники були кандидатами... Третій заявник був кандидатом у одному із зареєстрованих списків і тому зміг взяти участь у виборах. Зважаючи, що рішення про відмову в реєстрації списків у двох виборчих округах могло мати негативний вплив на результати виборів для коаліційної партії на національному рівні й шанси третього заявника бути обраним депутатом, Суд готовий погодитися, що відмова у реєстрації списків кандидатів становила втручання у пасивне виборче право всіх заявників, гарантоване статтею 3 Першого Протоколу до Конвенції.

33. Що стосується першого аргументу заявників, що виборчі закони є нечіткими і неоднозначними, Суд зазначає, що виборча комісія, Верховний суд і Конституційний суд ґрунтували свої рішення на цих же правових положеннях, що оскаржуються у цьому провадженні, а саме на статтях 46 та 56 Виборчого акту ... Дві найвищі національні судові інстанції, покладаючись на текстуальне значення Акту та власну практику визнали, що положення про гендерне представництво і санкції за їх порушення є чіткими й повинні бути відомими всім політичним партіям ... Заявники, зі свого боку, не навели будь-якого рішення національного суду, що підтримувало би їхнє власне тлумачення відповідних положень виборчого законодавства чи у інший спосіб переконливо вказувало би на нечіткість національного законодавства, непередбачуваність наслідків за недотримання вимоги про гендерне представництво й свавільне застосування національного права у їхній справі (пор. *Yabloko Russian United Democratic Party and Others v. Russia*, no. 18860/07, § 81, 8 November 2016). Зважаючи на формулювання відповідних положень Виборчого акту, їх узгоджене застосування в національній судовій практиці та обґрунтування, надані національними судами у цій справі, Суд вважає, що вимога стосовно гендерної квоти є досить чітко визначеною в національному законодавстві, а заявники були здатні передбачити, що її недотримання може мати наслідком відхилення всього списку кандидатів (див. *Ekoglasnost v. Bulgaria*, no. 30386/05, § 62, 6 November 2012; compare and contrast *Krasnov and Skuratov v. Russia*, nos. 17864/04 and 21396/04, § 60, 19 July 2007; *Seyidzade v. Azerbaijan*, no. 37700/05, §§ 36 and 37, 3 December 2009; та *Ofensiva tinerilor v. Romania*, no. 16732/05, § 59, 15 December 2015).

34. Що стосується переслідуваної мети, то Суд зазначає, що велика кількість цілей може бути сумісною зі статтею 3 Першого Протоколу, якщо така сумісність будь-якої конкретної мети з принципом верховенства права й загальними цілями Конвенції буде встановлена у світлі конкретних обставин справи (див. напр., *Yitak and Sadak*, цитоване вище, § 119). У цій справі список кандидатів був відхилений, оскільки кількість включених до нього кандидатів-жінок була меншою за 35% загальної кількості кандидатів у списку (стаття 46(б) Виборчого Акту). Це положення ґрунтується на статті 43 Конституції, якою вимагається запровадження заходів, спрямованих на забезпечення рівних можливостей для чоловіків і жінок, які балотуються на виборах ... Суд наголошує, що просування рівності статей наразі є важливою метою в державах-членах Ради Європи (див. *Staatkundig Gereformeerde Partij v. the Netherlands (dec.)*, no. 58369/10, § 72, 10 July 2012), а її установи вважають, що відсутність гендерного балансу в політиці становить загрозу легітимності демократії і порушенням права на гендерну рівність ... Тому Суд вважає, що втручання, про яке йдеться, переслідувало легітимну мету посилення легітимності демократії через забезпечення більш збалансованої участі жінок і чоловіків у політичному процесі.

35. Залишається визначити, чи була відмова у реєстрації списку кандидатів у наслідок недотримання вимоги щодо гендерної квоти пропорційною переслідуваній меті. Доречні настанови для цього містяться у відповідних документах установ Ради Європи, в яких вони не тільки дозволяють, але й заохочують держави-члени встановити гендерні квоти у своїх виборчих системах у поєднанні із суворими санкціями за недотримання. ... Суд також вважає на позицію Конституційного суду, згідно з якою попередня обізнаність про те, що політичні партії не зможуть брати участь у виборах, якщо не забезпечать гендерно збалансованого представництва у своїх списках кандидатів, становить найпотужніший стимул дотримуватися гендерних квот. ...

36. Більше того, Суд бере до уваги, що, приймаючи чи відхиляючи списки кандидатів, національні суди зважали на причини недотримання вимоги (пор. *Sarukhanyan v. Armenia*, no. 38978/03, § 49, 27 May 2008). Наслідки балансування права бути обраним і забезпечення дотримання гендерної квоти залежали від того, чи був список складений старанно та чи свідомо суб'єкт подання склав його в порушення гендерної квоти. ... Однак у цій справі, як переконливо встановили національні суди, суб'єкт подання (коаліційна партія) діяв

без належної ретельності. Саме суб'єкт подання несе відповідальність за порушення гендерної квоти й був покараний за його власні дії (пор. Russian Conservative Party of Entrepreneurs and Others v. Russia, nos. 55066/00 and 55638/00, §§ 65 and 66, 11 January 2007).

37. *Що стосується аргументу заявників, що список кандидатів міг би бути відхилений тільки стосовно індивідуальних кандидатів (чоловіків), Суд бере до уваги обґрунтування, надане національними судами... і зазначає, зокрема, що вимога про гендерне представництво застосовується до списку кандидатів в цілому, і органи влади не можуть свавільно виключати окремих кандидатів без конкретних підстав.*

38. *Таким же чином Суд відхиляє аргумент заявників, згідно з яким їм мали б надати час виправити стверджені недоліки списків. У цьому контексті Суд бере до уваги висновки Верховного і Конституційного судів, згідно з якими для виправлення недоліків, про які йдеться, слід заново проводити виборчі заходи – й зміст списків був би змінений... Він зазначає стосовно цього, що списки кандидатів, про які йдеться, були подані до відповідних виборчих комісій за день до сплину строку... Будь-які зміни до поданих списків, тому, мали би бути внесені після сплину такого строку, який застосовується до всіх партій, що змагаються на виборах. Зважаючи на позицію Конституційного суду щодо характеру виборчого процесу..., Суд погоджується, що рішення не дозволити суб'єкту подання внести зміни ґрунтувалося на правомірному прагненні законодавця забезпечити своєчасне змагання в рамках виборчого процесу й повагу до принципу рівного виборчого права.*

39. *У світлі викладеного й зважаючи на широке поле розсуду, яким користуються Договірні держави щодо організації і функціонування виборчих систем (див. параграф 31 вище), Суд вважає, що відмова у реєстрації списку кандидатів у цій справі не може вважатися непропорційною.*

Однак становлення ідеї гендерних квот як компенсаторного заходу для забезпечення ефективної демократії не було простим процесом. Наприклад, у Франції перша спроба запровадити квотний принцип на місцевих виборах в 1982 році зазнала невдачі: Конституційна Рада Франції визнала такий квотний принцип неконституційним:

Конституційна Рада Французької Республіки

Рішення № 82-146 DC від 18 листопада 1982 року

Закон про внесення змін до Виборчого кодексу та Кодексу громад, що стосуються виборів муніципальних радників та умов реєстрації у виборчих списках французів, які проживають за межами Франції

Decision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982

Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales

[...]

5. *Вважаючи, що в силу статті 4 закону, поданого на розгляд Ради, муніципальні радники міст з населенням більше 3500 мешканців обираються за списками; що виборці не можуть змінювати ані зміст, ані порядок кандидатів у списках в силу статті L.260 bis; що список кандидатів не може містити більше 75% представників однієї статі.*

6. *Зважаючи на те, що, згідно зі статтею 3 Конституції,*

«Національний суверенітет належить народу, який здійснює його через своїх представників і шляхом референдуму.

Жодна частина народу або індивід не можуть узурпувати здійснення національного суверенітету.

Вибори можуть бути прямими або непрямыми відповідно до порядку, передбаченого в Конституції. Виборче право завжди є загальним і рівним, голосування – таємним.

Відповідно до визначених законом умов, виборцями є всі повнолітні громадяни Франції обох статей, які користуються громадянськими й політичними правами»;

що згідно зі статтею 6 Декларації прав людини і громадянина, «всі громадяни є рівними» перед законом та «однаковою мірою допускаються до всіх державних посад, місць і служб, відповідно до їх здібностей і без розрізнення іншого, ніж на основі чеснот і обдарованості».

7. *Вважаючи, що з узгодженого тлумачення цих текстів випливає, що статус громадянина надає право голосу й право бути обраним за однакових умов для всіх, кого не позбавлено цього права через вік, недієздатність чи громадянства або з підстав забезпечення свободи виборців чи незалежності обраних представників; що ці принципи, які мають конституційне значення, протистоять будь-яким поділам виборців чи кандидатів на категорії; що це ж стосується всієї виборчої системи, зокрема виборів муніципальних радників.*

8. *Вважаючи, що з цього слідує, що норма, згідно з якою складення списку, що виноситься на голосування, має містити розрізнення між кандидатами за ознакою статі, суперечить конституційним принципам, наведеним вище; тому стаття L.260 bis Виборчого кодексу в редакції статті 4 оскаржуваного до Конституційної Ради закону має бути визнана такою, що суперечить Конституції...*

У 1999 році Конституційна Рада Франції знову визнала запровадження гендерних квот на місцевих виборах неконституційним²⁷². Лише після внесення змін до Конституції в 1999 році стало можливим запровадження гендерних квот у виборчому законодавстві.

²⁷² Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999. Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux. URL: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/98407DC.htm>

Конституційна Рада Французької Республіки

Рішення № 2000-429 від 30 травня 2000 року

Закон, спрямований на забезпечення рівного доступу жінок і чоловіків до представницьких мандатів та виборних посад

Decision n° 2000-429 DC du 30 mai 2000

Loi tendant a favoriser l'egal acces des femmes et des hommes aux mandats electoraux et fonctions electives

[...]

2. *Оскільки статті 2, 3 та з 5 по 8 оскаржуваного закону вносять зміни до положень Виборчого кодексу, що регулюють муніципальні вибори згідно з Розділом III Титулу IV Книги I, вибори до Сенату в департаментях, де такі вибори проводяться за пропорційною системою, регіональні вибори, вибори до Корсиканської Асамблеї, вибори до Європейського Парламенту та кантональні вибори органів місцевого самоврядування Сен-П'єр-і-Мікелона; що для всіх цих виборів вказані положення вносять зміни, згідно з якими «в кожному списку різниця між кількістю кандидатів кожної статі не може бути більшою за одиницю».*

3. *Вважаючи, що як слідує зі статей 3 та 7 закону, для всіх цих виборів, що відбуваються за списками в один тур «в кожному списку кандидати протилежної статі чергуються»; що, згідно зі статтями 2, 5, 6 та 8, у випадку виборів, що відбуваються за списками у два тури «в кожній групі з шести кандидатів у порядку їх розташування повинна бути рівна кількість кандидатів кожної статі».*

4. *Зважаючи, що суб'єкти звернення стверджують, що нові конституційні положення, запроваджені згаданим вище конституційним законом, «не скасовують інші положення Конституції, зокрема статтю 3 в цілому й положення статті 4 Конституції, що не були змінені»; що положення, запроваджені конституційною реформою 1999 року «є не нормативними, а програмними»; оскільки вони встановлюють тільки мету, вони не можуть слугувати обґрунтуванням обмежувальних чи санкційних заходів, і що, відповідно, запроваджуючи стосовно виборів за пропорційною системою у два тури «квоту, що дорівнює 50% для кожної статі», та «встановлення фактичного обов'язку до-*

тримання квот» на виборах за пропорційною системою в один тур, законодавець встановив регулювання, що суперечить статтям 3 та 4 Конституції, статті 6 Декларації прав людини й громадянина 1789 року, а також знехтував рішеннями Конституційної Ради № 82-146 DC від 18 листопада 1982 та №98-407 DC від 14 січня 1999.

5. *Беручи до уваги, що згідно з останньою частиною статті 3 Конституції «Закон сприяє рівному доступу жінок і чоловіків до представницьких мандатів і виборних посад»²⁷³; що як слідує з другої частини статті 4 Конституції, політичні партії і групи «сприяють реалізації принципу, встановленому в останній частині статті 3 відповідно до умов, визначених законом».*

6. *Вважаючи, що, по-перше, ніщо не заважає, за умови дотримання положень статей 7, 16 та 89 Конституції, конституцієдавцю вносити до тексту Конституції нові положення, які у випадках, яких вони стосуються, відступати від норм і принципів, що мають конституційне значення; що саме це має місце у випадку згаданих положень, що мають за меті й предмет усунення перешкод конституційного характеру, на які вказала Конституційна Рада у зазначених рішеннях; що, відповідно, суб'єкти подання не можуть посилатися на принцип res judicata вказаних рішень.*

7. *Вважаючи, по-друге, що як слідує з положень п'ятої частини статті 3 Конституції у світлі підготовчих матеріалів згаданого вище конституційного закону від 8 липня 1999 року, конституцієдавець мав намір дозволити законодавцю «встановлювати будь-який механізм для забезпечення ефективності рівного доступу жінок і чоловіків до представницьких мандатів та виборних посад; що у світлі цієї мети законодавець має розсуд запровадити положення як заохочувального характеру, так і обов'язкового; що, однак, він має забезпечити узгодження між новими конституційними положеннями та іншими нормами й принципами, що мають конституційне значення, від яких конституцієдавець не мав намір відступати.*

8. *Вважаючи, що оскаржені положення закону, що розглядається, якими встановлюються обов'язкові норми щодо представництва кандидатів обох статей у виборчих списках на виборах за пропорцій-*

²⁷³ [Зараз це положення міститься в частині другій статті 1 Конституції Франції – авт.].

ною системою, знаходяться в рамках тих заходів, які законодавець може приймати на реалізацію нових положень статті 3 Конституції; що вони не порушують жодну з норм чи принципів, які мають конституційне значення і від яких згаданий вище конституційний закон не передбачає відступу.

[...]

Позиція Конституційної Ради Франції у питаннях гендерних квот, як вбачається, слідує загальній парадигмі французького розуміння демократії: історична парадигма егалітарності завжди слугувала антитезою спробам, прямим чи непрямым, поділу політики на категорії. Тому єдність і неподільність політичної спільноти залишається наріжним каменем французького конституціоналізму²⁷⁴. Як зазначає Матіас Мьошель:

«... Народження Франції як модерної держави збігається швидше з першим скасуванням монархії, аніж з прийняттям Конституції 1958 року. Воно було визначено одвічним розумінням рівності, що тісно пов'язане зі скасуванням трьох станів Старого режиму і, зокрема, привілеїв дуківництва і дворянства. Французьке розуміння рівності не зовсім стосується виправлення минулих форм дискримінації меншин чи інших груп. Як наслідок, гендерні квоти сприймаються не стільки як вираз субстантивної рівності чи захисту меншин, скільки як спроба заново запровадити привілей чи спеціальне право. Як показує історія запровадження гендерних квот у Франції, потребувалися послідовні винятки з такого розуміння рівності із подальшим їх закріпленням в конституційному тексті, де, тим не менш, розуміння принципу рівності все ще залишається формалістичним»²⁷⁵.

Тому спроби запровадження гендерних квот поза рамками виборчого процесу наштовхнулися на спротив з боку Конституційної Ради.

²⁷⁴ Див. Millard E. CONSTITUTING WOMEN, THE FRENCH WAYS. *The Gender of Constitutional Jurisprudence* (Beverly Baines and Ruth Rubio-Marín eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2005. P. 125.

²⁷⁵ Möschel M. "GENDER QUOTAS" IN FRENCH AND ITALIAN PUBLIC LAW: A TALE OF TWO OVERLAPPING AND THEN DIVERGING TRAJECTORIES. *German Law Journal*. 2018. Vol. 19, No.6. P. 1516.

Конституційна Рада Французької Республіки
Рішення 2006-533 DC від 16 березня 2006 року
Закон про рівну оплату праці жінок і чоловіків
Decision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006
Loi relative a l'egalite salariale entre les femmes et les hommes

[...]

Щодо Розділу III: «Доступ жінок до дорадчих та юрисдикційних органів»:

12. Враховуючи, що стаття 1 Декларації 1789 р. проголошує: «Люди народжуються і залишаються вільними й рівними у правах; суспільні відмінності можуть ґрунтуватися лише на основі загальної користі»; що параграф 3 Преамбули до Конституції від 27 жовтня 1946 р. визначає: «Закон гарантує жінкам у всіх сферах права, рівні з правами чоловіків»; що в силу статті 1 Конституції: «Франція ... забезпечує рівність перед законом усіх громадян без різниці за походженням, расою чи релігією ...».

13. Враховуючи, що згідно зі статтею 6 Декларації 1789 року: «... Усі громадяни ... однаковою мірою допускаються до всіх державних посад, місць і служб, відповідно до їх здібностей і без розрізнення іншого, ніж на основі чеснот і обдарованості»; що друга частина статті 3 Конституції передбачає, що «жодна частина народу» не може привласнювати здійснення національного суверенітету.

14. Враховуючи, що, якщо відповідно до положень частини п'ятої тієї ж статті 3: «Закон сприяє рівному доступу жінок та чоловіків до виборчих мандатів та виборних посад», з підготовчих матеріалів випливає, що ця частина застосовується лише до виборів у представницькі органи та посади.

15. Беручи до уваги, що, хоча прагнення до збалансованого доступу жінок та чоловіків до інших обов'язків, крім виборних політичних посад, не суперечить конституційним вимогам, згаданим вище, воно не може, без того, щоб не порушити їх, встановлювати вимогу, що міркування статі мають переважати за здібності й загальну користь; що тому Конституція не дозволяє, аби, формуючи керівних чи дорадчих

органів юридичних осіб публічного чи приватного права, застосовувалися обов'язкові норми, які ґрунтуються на статі осіб.

16. Враховуючи, що з цього випливає, що, встановлюючи вимогу щодо дотримання визначених пропорцій між жінками та чоловіками в складі рад директорів та наглядових рад приватних компаній та підприємств державного сектору, в комітетах компаній, серед представників персоналу, у списках кандидатів у промислові трибунали та у спільних органах, що здійснюють публічні функції, положення Розділу III зазначеного закону суперечать принципу рівності перед законом; враховуючи, що тому необхідно оголосити їх такими, що суперечать Конституції; що те саме стосується інших положень Розділу III в силу їх тісного зв'язку з положеннями, визнаними неконституційними.

Запровадження ґендерних квот в інших сферах також відбулося через механізм внесення змін до Конституції. В 2008 році були внесені відповідні зміни до статті 1 (куди, до речі, були перенесені положення останньої частини статті 3 про рівний доступ до представницьких мандатів та виборних посад)²⁷⁶.

Франція є не єдиною країною, в якій конституційність ґендерних квот була оскаржена до органу конституційної юрисдикції. В Італії, Іспанії і Німеччині питання сумісності ґендерних квот з конституційними принципами були предметом конституційного контролю.

Виборча реформа 1993 року в Італії, прийнята італійським Парламентом з метою запровадження ґендерних квот на виборах, була визнана неконституційною Конституційним судом. Згідно з позицією Конституційного суду, у виборчих питаннях ґендер не має значення й не може слугувати критерієм для реалізації пасивного виборчого права, що рівним чином належить всім громадянам республіки. Ґендерні квоти тому розглядаються не як інструмент усунення перешкод для рівної участі чоловіків і жінок у виборчому процесі, а як інструмент досягнення рівного результату. Тому Суд вважав, що виборчі квоти є несумісними з концепцією єдиного універсального політичного представництва²⁷⁷:

²⁷⁶ Див. *ibid.*, P. 1495-1503.

²⁷⁷ Див. Rodríguez Ruiz B., Rubio-Marín R. THE GENDER OF REPRESENTATION: ON DEMOCRACY, EQUALITY, AND PARITY. *International Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol 6, No. 2. P. 295.

Розділ III. ҐЕНДЕРНА РІВНІСТЬ

«Зважаючи на те, що положення статті 3, перша частина і, перед усім, статті 51, перша частина, гарантують абсолютну рівність між статтями щодо можливості доступу до виборних публічних посад в тому сенсі, що належність до певної статі ніколи не може слугувати критерієм реалізації пасивного виборчого права, цей висновок стосується й можливостей стати кандидатом на виборах»²⁷⁸.

У 2001 і 2003 роках з метою запровадження ґендерних квот італійська Конституція була змінена, враховуючи позицію Конституційного суду. Але навіть до набрання чинності конституційними змінами позиція Конституційного суду в питанні ґендерних квот змінилася. Так, в рішенні 49/2003 Конституційний суд вказав²⁷⁹:

«3.1. По-перше, слід зазначити, що оскаржуване положення не встановлює належність до певної статі як критерій прийнятності, ані навіть права бути висунутим кандидатом для громадян. Обов'язок, встановлений законом, і санкції за його недотримання, стосуються лише списків і суб'єктів їх подання.

По-друге, захід, запроваджений оскаржуваним законом, не може бути кваліфікований як такий, що становить «навмисні нерівні законодавчі заходи», що «можуть бути вжиті для усунення ситуації соціальної і економічної підпорядкованості або загалом виправити й усунути суттєві нерівності між індивідами (як передумову повного здійснення основоположних прав)», але які, як вказав цей Суд, не можуть «прямо впливати на саму сутність тих самих прав, що чітко гарантовані рівним чином для всіх громадян», включаючи право висунення кандидатом (рішення № 422 1995 року).

По суті, у цій справі зовсім не йдеться про «нерівність» на користь індивідів, що належать до знедолених груп, чи про «виправлення» таких завад через законодавче встановлення переваг.

²⁷⁸ La Corte Costituzionale. Sentenza 422/1995. 12 Settembre 1995. URL: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

²⁷⁹ La Corte Costituzionale. Sentenza 49/2003. 13 Febbraio 2003. URL: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>

Коротко кажучи, немає прямого впливу на сутність основоположних прав громадян обох статей – усі вони рівною мірою є прийнятними для номінації на основі єдиних і рівних вимог, встановлених законом.

Таким же чином, не можна говорити про вплив на гіпотетичне право особи, що бажає стати кандидатом, бути включеним до виборчого списку, адже формування такого списку повністю залежить від вільного вибору суб'єктів подання й самих кандидатів, у разі погодження їх кандидатур суб'єктом подання (див. рішення № 203 від 1975). Тобто немає жодного пріоритетного порядку, на кшталт того, що існує в праві про банкрутство, аби особа, що не включена до списків, могла б стверджувати, що мала юридично пріоритетну позицію, якою несправедливо знехтували на користь іншої особи, включеної до списку.

Іншими словами, оскаржувані положення встановлюють обмеження не на реалізацію права голосу чи реалізацію виборчого права, а на здійснення партіями й групами вільного формування і представлення виборчих списків, забороняючи (тільки) їм можливість представляти списки, що складаються виключно з представників однієї статі.

Це обмеження застосовується тільки на стадії, що передує власне виборчій компанії і не впливає на неї. Вибір обранців зі списків і кандидатів і їх обрання жодним чином не обумовлені статтю кандидатів ...».

Іншими словами, Конституційний суд Італії сформував позицію, що гендерні квоти не стосуються питань рівності між статями – вони швидше є гендерно нейтральними заходами, адже адресовані політичним партіям і групами, що є суб'єктами подання виборчих списків. Конституція не гарантує право потрапити до виборчого списку партії чи групи – формування списків є конституційною прерогативою політичної партії чи групи. До того ж Суд звернув увагу, що гендерні квоти (за системи відкритих виборчих списків) зовсім не гарантують збалансоване гендерне представництво.

Ця практика органів конституційної юрисдикції підводить нас до питання не стільки про рівність чоловіків і жінок у демократичному політичному процесі, скільки до питання про сумісність паритетної демократії із засадами сучасного конституціоналізму.

Сумісність запровадження ґендерних квот із сучасним поняттям демократії – предмет жвавих дискусій у конституційній доктрині й практиці. Основними аргументами проти інституту ґендерних квот є: (1) несумісність з фундаментальними структурними принципами конституціоналізму; (2) порушення конституційного права на рівність і права на рівні конституційні права й свободи.

Структурні принципи конституціоналізму. У часи Великих революцій XVIII ст. було закладено універсалістське розуміння представництва²⁸⁰: «Обрані представники повинні представляти не конкретні інтереси чи групи, а всю націю, й індивіди, тому, є представленими як абстрактні суб'єкти без соціальної ідентичності чи належності до певної соціальної групи»²⁸¹. Суддя Конституційного трибуналу Іспанії Х. Родріґес-Запата Перес у своїй розбіжній думці у справі про ґендерні квоти таким чином виклав заперечення конституційності таких квот з точки зору концепції структурних принципів²⁸²:

«Вимога паритету ґрунтується на ідеї, що поділ людства на дві статі має більше значення й переважає будь-який інший критерій спільності чи відмінності між людьми. Однак з часів становлення ліберальної держави у подіях Французької революції основоположним принципом було те, що політичне представництво не може бути поділим, адже воно є виразом загальної волі. У відповідь на Старий режим і його асамблеї, поділені на стани, новий політичний порядок установив, як вказував Сійєс, що «громадянин є людиною, яка не належить до будь-якого класу, групи чи навіть особистого інтересу; він є індивідом, що належить спільноті й позбавлений будь-чого, що може залишити конкретний відбиток на його особистості». Режим представництва побудований на концепції громадянина, що була втілена в статті 6 Декларації прав людини й громадянина 1789 року: «Закон є виразом загальної волі ... Усі громадяни, як рівні перед ним, однаковою мірою допускаються до всіх державних посад, місць і служб, відповідно до їхніх здібностей і без розрізнення іншого, ніж на основі чеснот і обдарованості».

²⁸⁰ Scott J. Parité! SEXUAL EQUALITY AND THE CRISIS OF FRENCH UNIVERSALISM. Chicago and London: Chicago University Press, 2005. P. 13.

²⁸¹ Lépinard É. THE CONTENTIOUS SUBJECT OF FEMINISM: DEFINING WOMEN IN FRANCE FROM THE SECOND WAVE TO PARITY. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*. 2007. Vol. 32, No. 2. P. 390.

²⁸² Tribunal Constitucional. Pleno Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES. *Boletín Oficial del Estado*. 2008. Núm. 52 Suplemento: 29 febrero 2008. P. 21.

У наші часи все ще залишається правильним, що обрані кандидати представляють всіх громадян, а не тільки тих, хто віддав за них свій голос, навіть не тільки тих, хто проголосував, але й тих, хто не голосував. Вони представляють тих, хто в силу неповноліття, недієздатності чи відбування покарання не може голосувати, тих, хто міг проголосувати, але утримався й тих, хто голосував проти всіх. Вони всі представлені. Саме так цей Суд раніше розумів представництво, коли вказував, що, «будучи обраними, представники представляють не тільки тих, хто за них голосував, але весь електорат» (STC 10/1983, FJ 4) та що «депутати, як члени Cortes Generales представляють весь іспанський народ... Інше розуміння відкривало б шлях до порушення єдності представництва та з цим єдності держави» (STC 101/1983, FJ 3). Тільки таким чином вибудовується однакова цінність голосу кожного парламентаря, що не залежить від того, скільки голосів виборців знадобилося для його чи її обрання.

У західних демократіях основна функція політичного представництва полягає у перетворенні початкового плюралізму на політичну волю, адже різноманітність рас, релігій, культур, мов, місця народження тощо не може бути перешкодою для юридичного статусу громадянина. Ви є громадянином і тільки громадянином. З цієї причини, за нашої конституційної моделі, національний суверенітет належить іспанському народу в цілому, який є джерелом влади в державі (ст. 1(2) Конституції) Cortes Generales представляють іспанський народ (ст. 66(1) Конституції) і обираються з числа всіх іспанців, які користуються всіма політичними правами (ст. 68(5) Конституції).

Нова модель політичного представництва, запроваджена Органічним законом 3/2007 від 22 березня 2007 року встановлює ґендерну умову між суверенітетом і прерогативами громадянства, таким чином чоловіки й жінки, що до того складали невиокремлений народ під час здійснення права обирати і бути обраними, мають дотримуватися додаткової умови...

Ми можемо запитати себе: чи можливо поділяти політичне представництво на категорії задля сприяння чи забезпечення мінімальної кількості обраних від кожної з них, без того, щоб не порушити принцип єдності й неподільності спільноти громадян? Якщо відповідь є ствердною, то це дозволить законодавцю в майбутньому встановлюва-

ти вимоги щодо обов'язкового включення до списку кандидатів осіб, що представляють групи за ознаками раси, мови, сексуальної орієнтації, релігії, певних вроджених вад, встановлювати переваги для молоді над людьми похилого віку тощо, адже втрачатимуться достатні підстави для заборони законодавцю встановлювати такі критерії для регулювання пасивного виборчого права – цим рішенням Суд визнав за законодавцем право «удосконалювати й реалізувати» ефективність рівності у сфері політичного представництва. ...»

Ця концепція універсального / загального представництва виходить з ідеї нації як політичної громади, представники якої, обрані до законодавчого органу, представляють всю націю, а не конкретних виборців, соціальні групи чи класи. Тому, за такого класичного розуміння, встановлення квот порушує самі засади демократичного представництва. Як вказав Конституційний суд Баварії²⁸³:

«Демократія означає здійснення влади самим народом або органами, що ним легітимізовані. Парламент землі як представник народу й законодавчий орган ... потребує легітимності – демократичної легітимності, що надається всіма громадянами як політичною спільнотою... Така легітимація забезпечується у відношенні депутатів Парламенту тим фактом, що вони обираються безпосередньо всіма громадянами, народом (що має право голосу), як чоловіками, так і жінками, під час виборів, що відповідають принципам виборчого права й конституційним гарантіям ...

...

З огляду на конституційне розуміння демократичної легітимності через вільні й рівні вибори та представництво через вільно обраних представників народу з вільним мандатом, досить поширена позиція, що справжня демократична участь громадян у здійсненні державної влади вимагає рівного представництва народу, включаючи «віддзеркалювання» жіночого електорату в складі Парламенту і парламентській роботі, не тільки не узгоджується з ним, але й навіть певним чином суперечить такому розумінню...».

²⁸³ Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs vom 26. März 2018. Vf. 15-VII-16. Para. 111, 114. URL: <https://www.bayern.verfassungsgerichtshof.de/media/images/bayverfgh/15-vii-16.pdf>

Концепція універсального / загального представництва ставить під питання саму ідею гендерних квот: якщо жінкам надається особливе право на представництво, то чому такий квотний підхід не може бути застосований стосовно інших соціальних груп? З такої точки зору, чи не становить квотний принцип вираз «комунітаризму» в демократичному процесі, порушуючи вимогу рівності як складову громадянства²⁸⁴?

Конституційний Суд Бранденбургу саме покладався на такі міркування, визнаючи неконституційним закон про гендерний паритет в партійних списках на виборах до Ландтагу²⁸⁵:

(ii) Принцип демократії, як він викладений в ст. 2(1) та (2) Конституції землі, та рівної демократичної участі громадян чи «ефективного співвизначення громадян» як виразу народного суверенітету, закріпленого в статті 2(2) Конституції землі, ... не вимагають рівного гендерного представництва в Ландтазі. Принцип демократії не містить вимоги «віддзеркалення» соціально-політичних перспектив чи пріоритетів, досвіду чи інтересів жінок чи пропорційного представництва чоловічого та жіночого населення в парламенті... Оскільки обґрунтування прийняття оскаржуваного закону виходило з того, що в земельному парламенті пропорція жінок є меншою, вони не мають достатнього представництва й участі, і тому інтереси жінок не є адекватно представленими, воно ґрунтується на соціологічному розумінні представництва, яке отримало назву «описове представництво» ..., однак юридичне розуміння демократичного представництва народу в земельній конституції є відмінним.

131. Конституція землі не визначає концепцію демократичного представництва народу в земельному парламенті. Однак модель загального представництва народу в Ландтазі Бранденбургу впливає з положень статті 2(2) та статті 56(1) Конституції землі.

132. Стаття 2(2) визначає народ як носія державної влади. В силу народного суверенітету народ має вирішальне повноваження визначати владу в державі... Будь-яке здійснення державної влади тому вимагає

²⁸⁴ Див. Scott J. PARITÉ! SEXUAL EQUALITY AND THE CRISIS OF FRENCH UNIVERSALISM. Chicago and London: Chicago University Press, 2005. P. 70-71.я

²⁸⁵ Verfassungsgericht des Landes Brandenburg. Urteil vom 23. Oktober 2020 – VfGBbg 9/19. URL: https://verfassungsgericht.brandenburg.de/verfgbbg/de/entscheidungen/entscheidungsuche/detail-entscheidung/~23-10-2020-vfgbbg-919_4041

легітимації, джерелом якої є народ в цілому, а не окремих чи зацікавлений індивід. Таким джерелом не може бути окрема група населення. Принцип народного суверенітету, як він викладений в статті 2(2) Конституції, встановлює зв'язок між правом голосу й принципом демократії, який гарантує всім громадянам вільну участь в легітимації і впливі на суверенну владу, яка на них поширюється ..., безвідносно їх статі.

133. ...

Стаття 56(1) Конституції визначає, що всі члени Ландтагу представляють «весь народ». Кожен обраний член Ландтагу представляє народ і відповідає перед ним. Члени ландтагу не відповідають перед виборчим округом, партією чи групою населення – вони відповідальні перед усім народом; вони представляють народ у всій його цілісності в єдиному представницькому органі – Ландтазі. ... Тому той аргумент, що інтереси жінок чи виборців можуть бути представлені з достатньою демократичною легітимністю відповідною кількістю депутатів-жінок в парламенті землі, ґрунтується на повністю помилковій концепції групового (часткового) представництва народу.

134. Принцип загального представництва, таким чином, не узгоджується з ідеєю, що склад парламенту має відбивати склад населення (яке має право голосу), його різноманітні групи, страти чи класи... Жодна група населення – яким би чином вона не визначалася – не може посилатися на принцип демократії для обґрунтування вимоги на пропорційне представництво в парламенті відповідно її кількості ...

Натомість іспанський Конституційний Трибунал на ці питання дав негативну відповідь, стверджуючи, що квотний принцип не порушує єдність політичної нації, адже депутати залишаються представниками всієї нації²⁸⁶:

«Як ми вже зазначали, принцип збалансованого представництва кандидатів ґрунтується на природному й універсальному критерії, яким є стать. Ми маємо додати, що [оскаржувані положення про квоти] не означають встановлення особливих зв'язків між виборцями й кандидатами чи поділ виборного органу за ознакою статі.

²⁸⁶ Tribunal Constitucional. Pleno Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008. *Boletín Oficial del Estado*. 2008. Núm. 52 Suplemento: 29 febrero 2008. P.20.

Тому не можна погодитися з аргументами заявників, що вимога паритету [у виборчих списках між статтями] шкодить єдності суверенного народу, оскільки запроваджує серед категорії громадян – „єдиної і неподільної“, як вказують заявники, – поділ за ознакою статі. Достатньо сказати, що не слід плутати виборний орган і суверена, тобто іспанський народ (ст. 1(2) Конституції), хоча воля останнього знаходить свій вираз у діяльності такого органу. Виборний орган підкоряється Конституції і правопорядку (стаття 9(1) Конституції), в той час як суверенний народ уособлює установчу владу і як такий є джерелом Конституції і правопорядку.»

Разом з тим, Трибунал не пояснив, чому ґендерні квоти є сумісними з принципом універсального представництва та яке значення має ознака статі для політичного представництва. Єдине обґрунтування, що було наведене Конституційним трибуналом, зводиться до того, що

«... система політичного представництва, вибудована навколо природного поділу суспільства на дві статі є повністю конституційною, оскільки такий баланс є вирішальним для встановлення норм та актів, що приймаються такими політичними органами, але не в сенсі їх ідеологічного чи політичного змісту, а швидше в сенсі їх контексту чи засад, на яких кожне політичне рішення має ґрунтуватися, а саме в сенсі радикальної рівності між чоловіками й жінками»²⁸⁷.

Іншими словами, той факт, що парламент обирається за квотними списками не означає, що обрані чоловіки представляють чоловіче населення країни, а жінки – жіноче. Як і у випадку віку, з якого виникає активне й пасивне виборче право, квоти становлять лише технічний аспект виборчого процесу, що жодним чином не впливає на конституційний характер представництва в законодавчому органі. До того ж, як вказував Баварський конституційний суд, представницький орган не повинен «віддзеркалювати» суспільство, що робить запровадження інших квот конституційно проблематичним.

У доктрині висувається й радикальніше обґрунтування ґендерних квот: концепція універсального / загального представництва не враховує історичні й структурі несправедливості, сприяє соціальним нерівностям і залишає жінок на узбіччі політичного процесу²⁸⁸.

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ Murray R. PARITY IN FRANCE: A 'DUAL TRACK' SOLUTION TO WOMEN'S UNDER-REPRESENTATION. *West European Politics*.

Не менш важливим питанням для держав, де визнається принцип партійної демократії, є сумісність гендерних квот з конституційною автономією і квазі-конституційним статусом політичних партій²⁸⁹. Так конституційні суди Бранденбургу і Тюрингії визнали неконституційним запровадження паритетної системи гендерного представництва у партійних списках, серед іншого, з огляду на несумісність з конституційними правами політичних партій. Як пояснив Конституційний суд Бранденбургу²⁹⁰,

144. Коли партії беруть участь у виборах, користуючись своїм правом номінації, вони повинні дотримуватись основоположних демократичних процедурних принципів. Право номінувати кандидатів має розглядатися як частина підготовки до виборів, тобто як інститут виборчого права, а не законодавства про політичні партії. Згідно зі статтею 70(1) Основного закону, земля Бранденбург відповідає за прийняття законів, що регулюють вибори до земельного парламенту. Виборче право включає положення, що регулюють підготовку, організації, проведення й контроль за виборами з боку державних органів ... Вимога внутріпартійної демократії, однак, включає тільки демократичний мінімум, що застосовується до всіх партій і вимагає, зокрема, щоб кандидатури (і партійні функціонери у вузькому сенсі) визначалися на основі виборів і виборча асамблея мала можливість пропонувати кандидатури до списків, а не лише виконавчий комітет партії чи інший партійний орган...

145. Вимога рівного гендерного представництва у виборчому списку не належить до цього демократичного мінімуму, адже демократичний принцип земельної Конституції не передбачає паритетного представництва в Ландтазі ... Більше того, вимога того, що партії повинні подавати гендерно паритетні списки кандидатів не може вважатися частиною основоположних демократичних процедурних

2012. Vol. 35, No.2. P. 346; Millard E. CONSTITUTING WOMEN, THE FRENCH WAYS. *The Gender of Constitutional Jurisprudence* (Beverly Baines and Ruth Rubio-Marin eds.). Cambridge: Cambridge University Press, 2005. P. 133; Dutoya V. and Sintomer Y. DEFINING WOMEN'S REPRESENTATION: DEBATES AROUND GENDER QUOTAS IN INDIA AND FRANCE. *Politics and Governance*. 2019. Vol. 7, Issue 3. P. 128.

²⁸⁹ Щодо німецької доктрини *Parteienstaat* див. Kommers D. and Miller R. THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY (3rd edn.). Durham and London: Duke University Press, 2012. P. 52-53.

²⁹⁰ Verfassungsgericht des Landes Brandenburg. Urteil vom 23. Oktober 2020 - VfGBbg 9/19. URL: https://verfassungsgericht.brandenburg.de/verfgbbg/de/entscheidungen/entscheidungsuche/detail-entscheidung/~23-10-2020-vfgbbg-919_4041

принципів, що є обов'язковими для партій відповідно до статті 20(2) Конституції Бранденбургу...

Конституційний принцип автономії політичної партії, що обмежує можливість втручання з боку законодавця «демократичним мінімумом», на який вказав Конституційний суд Бранденбургу, становить ту делікатну сферу, де вимога гендерного балансу зіставляється з такою ж конституційною вимогою вільного демократичного процесу. Вирішення такої колізії залежить від тієї ваги, яку орган конституційної юрисдикції приділяє цим двом цінностям. По-друге, квазіконституційний статус політичної партії визначає особливі конституційні функції політичної партії в демократичному суспільстві, а саме забезпечення політичного представництва в рамках демократичного процесу. Для Конституційного трибуналу Іспанії саме цей аспект став достатнім обґрунтуванням конституційності гендерних квот: вимога збалансованого гендерного представництва у виборчих списках партій слугує важливий конституційній меті, а права політичних партій визнаються на конституційному рівні суто в силу такої конституційної функції політичної партії.

Право на рівність і рівність у виборчих правах. Другим важливим аргументом, до якого звертаються як прихильники, так і противники квотного принципу, є рівність у виборчих правах. Рівне виборче право є засадничим елементом демократії, виникнення якого пов'язується зі становленням самої ідеї народовладдя й політичної спільноти. Якщо принцип загальності виборчого права – продукт, власне, ХХ століття, то рівне виборче право постає як визначальний принцип уже в момент виникнення унітарного розуміння громадянства в часи Великих революцій ХVІІІ ст.: усі, хто відповідав виборчим цензам (а на світанку європейської демократії таких цензів могло бути багато – стать, раса, релігія, майновий стан, проживання тощо), отримували рівні виборчі права. Із запровадженням загального виборчого права принцип рівності набув особливого значення. Це особливо наочно простежується в практиці французької Конституційної ради, в якій особливий наголос робиться на єдиній концепції громадянства.

Аргумент про порушення гендерними квотами принципу рівності як активного, так і пасивного виборчого права висувався майже у всіх конституційних провадженнях. Однак ані Конституційна рада Франції (яка взагалі знехтувала цим аргументом), ані Конституційний суд Італії, ані Конституційний трибунал Іспанії не погодилися з кваліфікацією гендерних квот як питання, що стосується принципу рівності. Як зазначалося вище, на думку конституційних су-

дів, конституції не гарантують права потрапити до виборчого списку партії чи групи. До того ж, як зазначив Конституційний трибунал Іспанії, гендерні квоти «не становлять компенсаторних заходів, що надають сприяння жінкам як історично знедоленій групі», а є, по суті, «критерієм, що стосується без розрізнення кандидатів обох статей»²⁹¹. Загалом ставлення органів конституційної юрисдикції до аргументів як про порушення принципу рівності, так і про забезпечення цього принципу під час запровадження й застосування гендерних квот є досить скептичним²⁹².

* * *

Позиція органів конституційної юрисдикції полягає в тому, що питання гендерних квот має розглядатися в контексті конституційно встановленої моделі демократії, представництва й політичного громадянства, а не рівності чи заходів підтримчої дії як таких. Гендерний паритет, як підсумовують Бланка Родрігез-Руїз та Рут Рубіо-Марін, має розумітися як вимога не стільки субстантивної рівності, скільки як стале розуміння демократії, а його запровадження – як власне вимога демократії²⁹³. Як зазначає Річард Пайлдз:

«Конституційні юристи навчені думати в руслі прав і рівності та вибудувувати концептуальні структури, як юридичні, так і моральні, виходячи з цих ключових засад. Однак політика включає у своїй основі суттєві питання щодо організації влади. Її головним виміром є ефективна мобілізація політичної влади через інститути, такі як політичні партії та політичні коаліції. Поняття прав чи рівності, вибудовані в інших сферах конституційного права, часто непристосовані до сфери демократичної політики; дійсно, неналежна аналогія прав і рівності, взятих з інших сфер, може зашкодити й викривити політичні процеси»²⁹⁴

²⁹¹ Tribunal Constitucional. Pleno Sentencia 12/2008, de 29 de enero de 2008. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ A LA SENTENCIA DEL PLENO SOBRE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, DE 22 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. 2008. Núm. 52 Suplemento: 29 febrero 2008. P. 19-20.

²⁹² Не в останню чергу такий скептицизм обумовлений небезпекою подальшої фрагментації політичної громади всупереч принципу універсального представництва. Якщо погодитися, що гендерні квоти є заходами підтримчої дії, то постає питання, чому інші недопредставлені, уразливі чи історично знедолені групи населення не можуть вимагати застосування квотного принципу й у своєму випадку?

²⁹³ Rodríguez-Ruiz B. and Rubio-Marín R. CONSTITUTIONAL JUSTIFICATION OF PARITY DEMOCRACY. *Alabama Law Review*. 2009. Vol. 60, No. 5. P. 1195.

²⁹⁴ Pildes R. THE SUPREME COURT, 2003 TERM; FOREWORD: THE CONSTITUTIONALIZATION OF DEMOCRATIC POLITICS. *Harvard*

Належним методологічним підходом у цих питаннях має бути структуралістський, спрямований на забезпечення інтересів політичної спільноти, що виражаються через категорію демократичних цінностей: політичної конкуренції, участі, представництва, «демократичних дебатів», політичного діалогу та інших засад здорового демократичного порядку. Іншими словами, гендерні квоти мають розглядатися через сумісність із «засадничими політичними структурами урядування»²⁹⁵.

Law Review. 2004. Vol. 118, No. 1. P. 40.

²⁹⁵ Див. Issacharoff S. and Pildes R. *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*. STANFORD LAW REVIEW. 1998. Vol.50, No. 3. P. 645.

ВИСНОВКИ

Тривала друга година ночі 5 березня 1946 року. Нарада між Державним міністром імператорського уряду Японії паном Мацумото Йоджі, його радниками й представниками американського штабу генерала Макартура на чолі з полковником Чарльзом Кейдсом щодо тексту нової Конституції Японії, що розпочалася о 10-й ранку минулого дня, тривала вже шістнадцяту годину поспіль. Перемовини йшли вкрай важко. Американська адміністрація та імператорський уряд мали відмінні уявлення про конституційну перебудову повоєнної Японії.

Єдиною жінкою в кімнаті переговорів була двадцятидворічна Беата Сирота, яка, розшукуючи своїх батьків, прибула наприкінці 1945 року до Японії. Рівно за місяць до цієї наради, 4 лютого 1946 року, генерал Уїтні скликав співробітників Урядової секції американського штабу, включаючи Беату, що працювала на той час перекладачем у штабі Головнокомандувача союзними окупаційними військами, і довів до їх відома, що «... протягом наступного тижня Урядова секція виступатиме як «Конституційний конвент». генерал Макартур довіряє Урядовій секції історично важливу місію написання нової Конституції для японського народу»²⁹⁶. Проект Конституції, заявив генерал Уїтні, має бути складений і поданий на погодження Головнокомандувачу союзними окупаційними військами до 12 лютого.

Бальна зала на шостому поверсі будівлі Дайїчі в Токіо, де був розквартирований штаб генерала Макартура, була передана у повне розпорядження «Конституційного конвенту». З 24 осіб, перед якими було поставлено завдання написання нової Конституції, лише Беата мала досвід життя в японському суспільстві; вона була одна з трьох в цій групі, які вільно володіли японською мовою, але, що важливіше, вона мала тонке відчуття й розуміння тих несправедливих умов, в яких перебували жінки в японському суспільстві.

Беата Сирота (в заміжжі – Беата Гордон) народилася у Відні в родині відомого українського піаніста Лева Григоровича Сироти з Кам'янця-Подільського. У 1929 році Лев Сирота з сім'єю переїхав до Японії на запрошення Імператорської академії музики. В 1939 році Беата вступила до *Mills College* у Каліфорнії. З початком Другої світової війни вона втратила зв'язок з рідними. Під час війни вона працювала в Офісі військової інформації, адже вільно володіла п'ятьма мовами (англійською, французькою, німецькою, японською і російською).

У «Конституційному конвенті» Беату включили до складу підкомітету з громадянських прав. Випадково чи ні, але в особі Беати Сироти розробники проекту японської Конституції знайшли саме ту людину, яка пам'ятала з власного

²⁹⁶ Dower J. EMBRACING DEFEAT. JAPAN IN THE WAKE OF WORLD WAR II. New York: W. W. Norton & Company, 1999. P. 360.

досвіду й розуміла ті соціальні забобони, традиційні уявлення й правове становище жінки в японському суспільстві.

Не гаючи часу, Беаті був наданий джип і водій і вона об'їхала всі університетські бібліотеки Токіо, збираючи видання іноземних конституцій. Таких видань виявилось близько дванадцяти. У результаті через шість днів був складений проект нової Конституції, в якому в розділі III «Права і обов'язки народу» було викладено найліберальніші гарантії людських прав. Завдяки Беаті, вперше в сучасній конституційній історії було проголошено «субстантивну рівність статей»²⁹⁷. Так в проекті з'явилися статті 14 та 24 такого змісту²⁹⁸:

«Стаття 14. Усі люди є рівними перед законом; не може бути дискримінації у політичних, економічних чи соціальних відносинах за ознаками раси, релігії, статі, соціального статусу чи сімейного походження.

Стаття 24. Шлюб базується виключно на взаємній згоді обох статей і утримується через взаємну співпрацю і на основі рівних прав чоловіка і жінки.

Що стосується вибору подружжя, майнових прав, спадкоємництва, вибору місця проживання, розлучення й інших питань, що стосуються шлюбу й сім'ї, закони мають виходити з індивідуальної гідності та субстантивної рівності статей».

«Субстантивна рівність статей», що з'явилася в конституційному положенні про шлюб, була безпрецедентною для свого часу і, тим більше, революційною концепцією для японського суспільства, де жінка традиційно розглядалася як товар, що може бути куплений, не кажучи про можливість обирати собі чоловіка чи рівність майнових прав. Як згадувала пізніше Беата: «Японські жінки історично розглядалися як скот; вони були власністю, яку можна купувати й продавати, коли заманеться. У них взагалі не було жодних прав»²⁹⁹.

Коли о другій годині ночі 5 березня 1946 року черга дійшла до розгляду проекту статей 14 та 24 проекту, всі вже були явно втомлені. Однак, як пригадувала Беата, коли мова зайшла про права жінок, представники імператорського уряду майже

²⁹⁷ Ibid., P. 369.

²⁹⁸ THE CONSTITUTION OF JAPAN. URL: http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html

²⁹⁹ FOX M. BEATE GORDON, LONG-UNSUNG HEROINE OF JAPANESE WOMEN'S RIGHTS, DIES AT 89. New York Times. 1 January 2013. URL: <https://www.nytimes.com/2013/01/02/world/asia/beate-gordon-feminist-heroine-in-japan-dies-at-89.html>.

оскажені від люті: «Права жінок? Вони розлючено заперечували – вони так само розпачливо відкидали права жінок, як будь-які зміни у статусі імператора»³⁰⁰.

Раніше, під час обговорення інших положень проекту Конституції, Беата, розуміючись на традиціях і японському менталітеті, подекуди виступала на підтримку тієї чи іншої позиції імператорських представників. Тому, вислухавши розпачливі промови японських чиновників, полковник Кейдс сказав: «Це положення було написано пані Сиротою. Вона виросла в Японії, добре знає країну й розуміє погляди і почуття японських жінок. Це положення має бути залишене. Вона вклала своє серце у її розробку. Чому б просто його не погодити?»³⁰¹. І оскільки, продовжив він, пані Беата була прихильною до японських представників раніше, вони мають бути прихильними до неї у відповідь. Тому, завдяки такій дружній взаємності, найбільш потужне конституційне положення про субстантивну рівність статей було схвалене й увійшло до конституційного тексту³⁰².

Ця маловідома історія про жінку українського походження, завдяки якій вперше в конституційному тексті була закріплена концепція субстантивної рівності між статями, є досить показовою. Зміни в суспільстві можуть бути як наслідком тривалої еволюції, так і випадкової події через збіг обставин. Але в обох випадках для того, щоб зміни відбулися, має існувати певний соціальний контекст. Єдиний виняток з цього – періоди криз з їх соціальними пертурбаціями, перетвореннями, руйнацією старих соціальних систем та інститутів. Суспільство в такі періоди свідомо чи несвідомо протистоїть об'єктивним процесам, що його підштовхують до змін, намагаючись утримати традиційний порядок та систему цінностей, які, можливо, вже вичерпали себе. Цей процес адаптації суспільства, узгодження себе з новими реаліями породжує необхідність переосмислення всієї когнітивної мапи навколишнього світу, вироблення нового «космологічного консенсусу».

Кризові періоди – це завжди звернення до історичної спадщини, її переосмислення чи радикальне заперечення та пошук нових ціннісних орієнтирів³⁰³. Якщо поглянути на історію становлення ґендерної рівності, цей фактор

³⁰⁰ McKillop P. DEFENDING THE CONSTITUTION. Newsweek 10 July, 1993. P. 23.

³⁰¹ Gordon B. THE ONLY WOMAN IN THE ROOM: A MEMOIR. New York: Kodansha America 1997, P. 123.

³⁰² Dower J. EMBRACING DEFEAT. JAPAN IN THE WAKE OF WORLD WAR II. New York: W. W. Norton & Company, 1999. P. 380.

³⁰³ Як писав М. Бахтін:

«У періоди повільного поступового розвитку історії обрй майбутнього, доступний для огляду, максимально далекий, і можливість прогнозування доволі-таки велика. Так, коли ми йдемо по прямій дорозі, ми бачимо далеко поперед себе. Інша справа – час перелому. Обрй майбутнього, доступний для огляду, та мож-

соціальної кризи стає найбільш очевидним. Великі революції XVIII ст., Перша та Друга світові війни були, безумовно, періодами екзистенціальних криз західної цивілізації. Крах колоніальних систем, завершення Холодної війни, демонтаж системи апартеїда – це також історичні «маяки» в сучасній історії гендерної рівності.

Ці кризи, змінюючи напрямок та особливості розвитку суспільств, невідворотно ведуть до зміни правової парадигми, включаючи конституціоналізм і демократію. Великі революції XVIII ст. породили модерну демократію з її парадигмою політичної спільноти рівних громадян, ідею сучасної конституції, кодифікації і законодавчу державу. Перша світова війна спричинила переосмислення ролі жінки в суспільстві, економіці й політиці, перетворивши маргінальні рухи за рівні права жінок на реальну політичну силу. Катастрофа Другої світової війни спонукала до переосмислення демократії і дала поштовх розвитку нового конституціоналізму, в основі якого покладені конституційні цінності, принципи «Великої тріади» (свобода, гідність і рівність) і людські права.

Тому, розглядаючи таке непросте питання як рівність, слід розуміти, що за ним стоять століття людських пошуків справедливості, а саме це поняття не можна розглядати у відриві від ширшого історико-соціального контексту. Сучасне конституційне право, як і право загалом, зберігає ірраціональні та ідеологічні елементи, а концепції справедливості ніколи не є сталими й можуть змінюватися з плином часу.

лівість його прогнозування тут стискається до мінімуму через безліч крутих поворотів. Тому, оскільки майбутнє лякає своєю невідомістю і упевненість в завтрашньому дні раптом знижується, виникає життєва необхідність постійного звернення до пройденого, прожитого, шукаючи в ньому фундаментальні основи існування».

Бахтин М. Историческое мышление в эпохи катастроф. *Социальный кризис и социальная катастрофа. Сборник материалов конференции.* Санкт-Петербург: Санкт-Петербургское философское общество, 2002. С. 103.

