

УДК 342.7

**Я.К. ТОВПЕКО,**

аспірант відділу конституційного права та місцевого самоврядування,  
Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України

## **ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ЗА ОЗНАКОЮ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ ТА ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ: ГЕНЕЗА І СУЧАСНІСТЬ**

**Анотація.** Стаття присвячена еволюції становлення правового захисту прав людини за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Відмічається роль актів з прав людини міжнародного значення і реалізації практики Європейського суду з прав людини як результату міжнародного співробітництва у сфері протидії та запобігання дискримінації.

**Ключові слова:** права людини, дискримінація, антидискримінаційне законодавство, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність.

**Постановка проблеми.** Визначальними віхами становлення правового захисту прав людини на міжнародному рівні стали прийняття Загальної декларації прав людини 1948 р., Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р., Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р., що закріпили рівність всіх людей перед законом та право без будь-якої різниці на рівний їх захист законом, а також право на рівний захист від якої б то не було дискримінації і від якого б то не було підбурювання до такої дискримінації. Виходячи зі змісту норм міжнародного права, згідно з якими всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність також є забороненими для дискримінації ознаками. Не менш важливими на історичному шляху становлення правового захисту прав людини щодо сексуальних меншин стали й інші міжнародно-правові документи, які прямо

закріпили заборону дискримінації за даними ознаками.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Тематика правового захисту прав людини було та є предметом розгляду багатьох вітчизняних вчених, серед яких Т.М. Заворотченко, А.М. Колодій, Т.О. Марценюк, О.І. Наливайко, С.П. Погребняк, П.М. Рабінович, О.М. Руднева, Г.О. Христова, В.Д. Шаповал та ін. Не применшуючи значущості наукового доробку вказаних та інших вчених, можна констатувати брак досліджень питання становлення правового захисту прав людини саме за ознакою сексуальної орієнтації і гендерної ідентичності.

**Метою даної статті** є дослідження генези правового захисту прав людини за ознакою сексуальної орієнтації і гендерної ідентичності та аналіз основних актів з прав людини міжнародного значення, а також деяких рішень Європейського суду з прав людини щодо протидії та запобігання дискримінації.

**Виклад основного матеріалу.** Як відмічає О.В. Батанов, приблизно до XIX ст. меншини репрезентувалися у конституційно-правовому вимірі з позиції прав більшості, виключно за логікою ворожих, асоціальних, девіантних явищ та процесів, яких офіційні інституції ігнорували та цілеспрямовано відкидали на позиції соціальних аутсайдерів та підпорядкованих суб'єктів, відмовляючи, тим самим, у праві на самобутність та громадянську, політичну та соціально-культурну самоідентифікацію. Як правило, демонізація меншин державою супроводжувалася використанням широкого спектру дискримінаційних механізмів — від психологічного впливу до фізичного насилля — інквізиція, сексизм, расизм, андроцентризм и т.п. Однак, в середині XIX ст. в ряді західних держав можна спостерігати активізацію меншин, які почали заявляти про прагнення до автономізації від більшості та захисті своїх прав [1, с. 7].

За словами М.М. Мацькевича, у більшості країн Європи запекла боротьба за права та свободи людини тривала до Першої світової війни, а на інших континентах здійснюється й досі [4, с. 57]. Що стосується правових засад формування правового захисту прав людини за ознакою сексуальної орієнтації і гендерної ідентичності, то даний процес відбувається майже у всіх державах світу і сьогодні.

Прийняття Парламентською Асамблеєю Ради Європи 1 жовтня 1981 р. Резолюції 756 (1981) про дискримінацію гомосексуалів, в якій було визнано право на сексуальне самовизначення з досягненням особою встановленого національним законодавством віку повноліття, а також відкидалося визнання гомосексуальності психічним розладом, спряло її виключенню Всесвітньою організацією охорони здоров'я

з Міжнародної класифікації хвороб (1990 р.).

В 1984 р. Парламентською Асамблеєю Ради Європи було прийнято Резолюцію 1984 (2014) на захист від усіх форм дискримінації і насильства на підставі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. У Резолюції зазначено, що, спираючись на досвід співпраці з країнами перехідного періоду, Асамблея вважає ключовим для зміцнення демократії, верховенства права та дотримання прав людини і основних свобод вирішення ряду конкретних питань, серед яких: припинення роботи над законопроектами, складеними за зразком законів про заборону «пропаганди гомосексуалізму» і боротьба з усіма формами насильства проти представників ЛГБТ-співтовариства.

Необхідність формування у загальнолюдському масштабі толерантності щодо меншин визнана Генеральною Асамблеєю ООН. У підписаній державами-членами, включаючи й Україну, і затвердженій резолюцією 5.61 Генеральної конференції ЮНЕСКО від 16 листопада 1995 р., Декларації принципів толерантності висловлюється занепокоєння у зв'язку з актами нетерпимості, насильства та дискримінації щодо соціально найменш захищених груп у суспільстві, а також актами насильства та залякування щодо окремих осіб, які реалізують своє право на свободу думки і висловлювання переконань, проявами, що почастишали останнім часом і становлять загрозу зміцненню миру та демократії на національному і міжнародному рівнях. Звертаючи особливу увагу на обов'язок країн-членів розвивати та забезпечувати поважання прав людини та основних свобод для всіх без винятку і боротися з проявами нетерпимості, держави-члени визна-

чили засади реалізації принципу толерантності на державному рівні, акцентували увагу на соціальних аспектах і започаткували Міжнародний день толерантності.

26 вересня 2000 року Парламентська Асамблея Ради Європи ухвалила Рекомендацію № 1474 (2000) «Про становище лесбійок і геїв у державах-членах Ради Європи», закликавши держави-члени включити сексуальну орієнтацію до ознак, за якими забороняється дискримінація відповідно до національного законодавства.

Визначальним для реалізації рівноправного поводження та забезпечення повного рівноправ'я на практиці стало прийняття Директиви Ради 2000/78/ЄС від 27 листопада 2000 р., що встановлює загальні рамки рівності оправого поводження у сфері зайнятості і професійної діяльності, спрямованої на визнання важливості боротьби проти будь-яких видів дискримінації у сфері праці. Пункт «12» Директиви закріплює, що будь-яка пряма або опосередкована дискримінація у сферах, що охоплюються цією Директивою, має бути забороненою на території Співтовариства, адже «дискримінація, заснована на релігії або віросповіданні, обмеженнях фізичних можливостей, віці або сексуальній орієнтації, може зашкодити досягненню цілей Договору ЄС, особливо досягненню високого рівня зайнятості і соціального захисту, підвищенню рівня життя, економічного та соціального взаємозв'язку, а також вільному пересуванню осіб» (пункт «11»).

29 липня 2006 р. на Міжнародній конференції, присвяченій правам ЛГБТ-спільноти у м. Монреаль, Канада було прийнято Монреальську декларацію про права лесбійок, геїв, бісексуалів і трансгендерів. Документ охоплює всі аспекти прав від гарантій фун-

даментальних прав та свобод людини і громадянина до питання запобігання та протидії дискримінації сексуальних меншин в сферах охорони здоров'я, освіти, імміграції. В Декларації також наголошено на проблемі криміналізації добровільного вступу у статевий зв'язок між особами однієї статі в сімдесяти п'яти державах — більш ніж третині держав світу, що за міжнародними стандартами прав людини визнається дискримінацією і порушенням права на приватність.

Щодо значення Монреальської декларації в контексті міжнародного співробітництва у сфері прав людини, співголова Міжнародної конференції Джоук Свібел стверджує, що прийнятий в результаті діяльності заходу документ виконав свою мету утвердження питання прав ЛГБТ на порядку денному міжнародних організацій. Визначальною стала також промова Верховного Комісара ООН з прав людини Луїз Армор, за якою лесбійки, геї, бісексуали і трансгендери, що стали жертвами насильства, мають таке ж право на захист, як будь-яка інша людина, і відмова у наданні їм відповідного захисту є грубим порушенням міжнародного права [9].

6-9 листопада того ж року в м. Джокьякарта, Індонезія групою профільних експертів було прийнято інший важливий антидискримінаційний документ, розроблений із врахуванням широко документованих практик порушень прав людини по всьому світу, — Джокьякартські принципи, який охопив широкий спектр стандартів у сфері прав людини і їх застосування щодо сексуальних меншин. Документ містить перелік двадцяти дев'яти принципів із рекомендаціями державам по реалізації кожного для запобігання і протидії дискримінації.

Комісар Ради Європи Хаммарберг відмітив, що у вступі до «Джокьякартських принципів» експерти чітко заявляють: мова не йде про введення нових норм, достатньо лише дотримуватися вже чинних положень. З урахуванням цього документ, прийнятий в Джокьякарті, не обмежується лише проголошенням принципів, він також встановлює зобов'язання держав. У ньому містяться вимоги прийняття законодавчих та інших заходів, спрямованих на заборону і ліквідацію дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності. Томас Хаммарберг позитивно оцінив прийняття Джокьякартських принципів, рекомендуючи всім державам-членам застосовувати зазначені принципи через конкретні заходи, як деякі держави-члени Ради Європи, що вже включили зазначені принципи в свою політику в сфері прав людини [3].

Аналізуючи обидва документи, Джоук Свібел припускає, що в певній мірі Монреальську декларацію можна розглядати як попередника Джокьякартських принципів, сформульованих в листопаді 2006 р. Однак якщо Джокьякартські принципи розроблялись як принципи застосування міжнародно-правових норм про права людини щодо сексуальної орієнтації і гендерної ідентичності групою фахівців з права, то Монреальська декларація є скоріш політичним документом, що узагальнює вимоги світового ЛГБТ-руху і є спрямованим на привернення уваги міжнародних організацій та громадськості до проблеми дискримінації. Таким чином, дані документи в сфері прав людини не можна розглядати як конкурентні, вони повинні бути застосовані залежно від контексту, доповнюючи один одного [9].

На необхідності подолання проб-

леми дискримінації сексуальних меншин наголосив також Конгрес місцевих і регіональних влад Ради Європи — установа, що представляє місцеві та регіональні влади сорока семи держав-членів. На запобігання та протидію дискримінації у державах-членах Ради Європи 2007 р. Конгресом було прийнято Рекомендацію 211 (2007) «Про свободу зборів і висловлювання думок для лесбійок, геїв, бісексуалів і трансгендерних осіб». Враховуючи, що свобода вираження думки і свобода зборів являють собою ядро демократичного суспільства і що роль влади у захисті цих прав є фундаментальною, Конгрес місцевих і регіональних влад Ради Європи запропонував модель імплементації цих прав на місцевому рівні держав-членів без дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

2008 р. було прийнято розроблену 128 визнаними захисниками та експертами у галузі прав людини Декларацію принципів рівності, що закріпила сучасне міжнародне розуміння принципів рівності. Будучи схваленою Парламентською Асамблеєю Ради Європи, Декларація сприяла розробці антидискримінаційного законодавства в таких країнах, як Албанія, Австралія, Чехія та Кенія.

31 березня 2010 р. Комітет Міністрів Ради Європи (за підтримки держав-членів, в тому числі й України) прийняв Рекомендацію державам-членам «Про заходи з боротьби проти дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності» CM/Rec(2010)5, у якій наголошено на важливості забезпечення прийняття і ефективного втілення в життя законодавчих та інших заходів з боротьби з дискримінацією за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності задля забезпечення дотримання

прав людини щодо лесбійок, геїв, бісексуалів і трансгендерних осіб.

29 квітня 2010 р. на виконання Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи CM/Rec(2010)5 Парламентською Асамблеєю Ради Європи було ухвалено два інші важливі антидискримінаційні документи — Резолюцію 1728 (2010) Дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та Рекомендацію 1915 (2010) Дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

17 червня 2011 р. Рада ООН з прав людини ухвалила історично важливий документ в галузі прав людини — Резолюцію ООН про права людини, сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність A/HRC/17/L.9/Rev.1, спрямовану на заборону дискримінації сексуальних меншин. Резолюція передбачає заснування спеціального органу, який має стежити за дотриманням прав ЛГБТ у всіх регіонах світу, а також створення комісії, що здійснюватиме моніторинг законодавства держав на предмет наявності законів, що утискають права представників ЛГБТ-спільноти. Україна, підтримавши голосуванням прийняття резолюції, долучилась до країн-підписантів.

17 листопада 2010 р. Комітет Міністрів Ради Європи прийняв Рекомендацію CM/Rec(2012)12 державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, згідно з якою щодо суддів або кандидатів на посаду судді не має бути жодної дискримінації на підставі ряду ознак, в тому числі й сексуальної орієнтації.

Важливу роль у становленні правового захисту прав людини за ознакою сексуальної орієнтації і гендерної ідентичності відіграє практика Європейського суду з прав людини, юрисдикція якого включає всі питання, які

стосуються тлумачення і застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

За рішенням Європейського суду з прав людини від 22 жовтня 1981 р. по справі *Dudgeon v. The United Kingdom*: закони, що передбачають кримінальну відповідальність за добровільні гомосексуальні акти, визнаються порушенням права на повагу до приватного життя [6]. Дане рішення стало першим прийнятим на користь ЛГБТ у практиці Суду. Як наслідок в жовтні 1982 р. Актом про статеві злочини у Північній Ірландії було декриміналізовано добровільні одностатеві акти між чоловіками, що досягли 21-річного віку.

В 1994 р. році Ніколас Тунен аналогічно оскаржив законодавство австралійського штату Тасманія, що криміналізувало гомосексуальність. Комітет з прав людини ООН прийняв рішення, відповідно до якого «...консенсуальна сексуальна активність повнолітніх осіб, без сумніву, охоплюється поняттям «особисте життя» за змістом ст. 17 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Не має значення, що Тунен не перебував під переслідуванням. Вже сама наявність кримінального закону «є постійним і прямим втручанням в особисте життя» [8]. Еволюція у сприйнятті гомосексуальності, права на повагу до приватного життя і концепції шлюбу відображена у великій кількості інших судових рішень.

Історичною подією для утвердження правового захисту прав людини за ознакою сексуальної орієнтації стало рішення Європейського суду з прав людини у справі *Oliari and Others v. Italy* від 21 липня 2015 р. щодо необхідності надання Італією одностатевим парам більше прав для узаконення свого союзу [7]. Як відмічено

у рішенні, в попередніх справах Судом вже було встановлено, що відносини спільного проживання у стабільному фактичному партнерстві одностатевих пар підпадають під поняття «сімейне життя», передбачене ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Розглядаючи дану справу, Суд визнав, що на сьогодні правовий захист одностатевих пар в Італії, як вбачається із ситуації заявників, не забезпечує основні потреби одностатевих пар і не є достатньо надійним. Отже, законодавчо захищеними в даному випадку залишаються основні потреби, що мають фундаментальне значення для подружжя, такі як взаємна матеріальна підтримка, аліментні зобов'язання, право спадкування. Таким чином, Суд визнав, що, відмовивши юридично оформити стосунки між позивачами, країна порушила ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

У визначальному рішенні по справі *Oliari and Others v. Italy* також відзначено тенденцію серед держав-членів Ради Європи щодо легалізації одностатевих союзів. Так, одностатеві союзи було законодавчо визнано у 24 з 47 держав-членів. Підкреслено також, що найвищі судові органи держави, серед них зокрема і Конституційний Суд Італії, вже неодноразово вказували на необхідність розробки законодавства на визнання та захист одностатевих союзів. Проте, італійський законодавець протягом тривалого часу не приймав до уваги відповідні заяви.

Формально Україна не фігурує в рішенні суду, однак воно матиме вплив не лише на нашу державу, на й на всю Європу, адже в судовому органі Ради Європи діє прецедентний принцип. Якщо відповідне рішення набуде чинності, Європейський суд

з прав людини за принципом прецеденту ухвалить наступні рішення — в тому числі й «українське» — про право одностатевих пар утворювати союзи. Так, вердикт щодо Італії є достатньою підставою, щоб ухвалити таке саме рішення за українським позовом, якщо він буде [5].

Однак, аналізуючи рішення Європейського суду з прав людини у справі по *Oliari and Others v. Italy*, окрім позитивних моментів, вчені-правознавці відмічають його неоднозначність.

Так, Д.О. Вовк стверджує, що дане рішення є очікуваним, адже обов'язок держави врегулювати право ЛГБТ-людей на сім'ю обговорюється уже давно, тож рано чи пізно це не могло не стати предметом розгляду в Страсбурзі. Більш того, держава не має права обмежувати людей у публічному просторі, позбавляючи їх можливості, в тому числі, зробити свої відносини офіційними, що для членів ЛГБТ-спільноти є необхідним насамперед для вирішення побутових проблем, зокрема спадкування, можливість бути присутнім у лікарні у випадку важкої хвороби, право бути законним представником тощо. Однак, вірогідним є невиконання рішення державами-членами Ради Європи, які в багатьох питаннях не мають єдиного уявлення про права людини. За прогнозами Д.О. Вовка, ряд країн виплачуватимуть компенсації в аналогічних справах, однак законодавство, найближчими роками швидше за все, не змінюватимуть [2].

Як відомо, Рада Європи є міжнародною організацією 47 держав-членів в європейському просторі. При цьому як суспільство, так і законодавці ряду держав-членів на сьогодні не готові до легалізації одностатевих союзів, незважаючи на визнання юрисдикції Європейського суду з прав людини.

На неоднозначність прийнятного рішення вказує і С. Сидоренко, зазначаючи, що відмова парламенту Італії підтвердити зміни до законодавства, спрямовані на легалізацію одностатевих союзів, призведе до появи ще приблизно двох десятків держав-членів, які відмовляються виконувати важливе рішення Європейського суду з прав людини. Вчений також допускає можливість оскарження даного рішення до Великої палати Суду, що є стандартною процедурою [5].

**Висновки.** Весь обсяг прав і свобод, передбачений як міжнародно-правовими документами у галузі прав людини, так і сучасними конституціями сформувався в результаті уявлень про

природні права, еволюції поглядів про правову рівність людей, історичного становлення певних стандартів, що стали нормою сучасного демократичного суспільства. Подальший розвиток ідей, поглядів, підходів до питання про права людини відбувається і сьогодні. Підтримавши майже всі основні акти з прав людини міжнародного значення, визнавши юрисдикцію Європейського суду з прав людини, проголосивши себе демократичною, соціальною і правовою державою, Україна поступово, проте також долучається до загальносвітових тенденцій демократизації та становлення правового захисту прав людини за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Батанов О.В. Права меншин в умовах глобалізації / О.В. Батанов // Часопис Київського університету права. — 2013. — № 4. — С. 7-12.
2. Вовк Д.О. Від одностатевих союзів до полігамії: дві сторони рішення Страсбурзького суду [Електронний ресурс] / Д.О. Вовк // Європейська правда. — Режим доступу : <http://www.euointegration.com.ua/articles/2015/07/24/7036246/>
3. Доклад Комиссар Совета Европы по правам человека Томаса Хаммарберга «Пришло время признать, что права человека применимы и к иной сексуальной ориентации, и к иной гендерной идентичности», 2008 [Електронний ресурс] / Совет Европы. — Режим доступу : [https://www.coe.int/t/commissioner/Source/Viewpoints/VP080514\\_RU.doc](https://www.coe.int/t/commissioner/Source/Viewpoints/VP080514_RU.doc)
4. Мацькевич М.М. Генеза прав людини: правовий та філософський аспекти / М.М. Мацькевич // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. — 2014. — № 4. — С. 54-66.
5. Сидоренко С. ЛГБТ святкують перемогу в Страсбурзі: рішення, що змінює Європу та Україну [Електронний ресурс] / Європейська правда. — Режим доступу : <http://www.euointegration.com.ua/articles/2015/07/22/7036178/>
6. Case of Dungeon v. The United Kingdom, 22 October 1981 [Електронний ресурс] / European Court of Human Rights. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473>
7. Case of Oliari and Others v. Italy — impossibility of legal recognition for same-sex relationships, published 21/07/2015 [Електронний ресурс] / European Court of Human Rights. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5136611-6342261>
8. Case of Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/vws488.htm>
9. Swiebel Joke The Montreal Declaration of Human LGBT Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.jokeswiebel.nl/pdf/361.pdf>

*Товпеко Я.К.*

**Правовая защита прав человека по признаку сексуальной ориентации и гендерной идентичности: генезис и современность.**

**Аннотация.** Статья посвящена исследованию эволюции становления правовой защиты прав человека по признаку сексуальной ориентации и гендерной идентичности. Отмечается роль актов по правам человека международного значения и реализации практики Европейского суда по правам человека как результата международного сотрудничества в сфере противодействия и предотвращения дискриминации.

**Ключевые слова:** права человека, дискриминация, антидискриминационное законодательство, сексуальная ориентация, гендерная идентичность.

*Товпеко У.*

**Legal protection of human rights based on sexual orientation and gender identity: genesis and modernity.**

**Summary.** The article is devoted to the evolution of the legal protection of human rights based on sexual orientation and gender identity. Is noted the role of acts on human rights of international importance and implementation of judgments of European Court of Human Rights as a result of international cooperation in combating and preventing discrimination.

**Keywords:** human rights, discrimination, anti-discrimination laws, sexual orientation, gender identity.

