ДВНЗ «УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ»
МІНІСТЕРСТВА ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

ГЕРБУТ ВІКТОРІЯ СЕРГІЇВНА

УДК 342.72

ДИСЕРТАЦІЯ
ПРАВО НА СЕКСУАЛЬНУ ОРІЄНТАЦІЮ ТА ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ: СУТНІСНИЙ ЗМІСТ ТА ГАРАНТІЇ ЗАХИСТУ

Подається на здобуття наукового ступеня **кандидата юридичних наук**

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело.
_____ В.С. Гербут

Науковий керівник – **Лазур Ярослав Володимирович**
доктор юридичних наук, професор,
декан юридичного факультету ДВНЗ «УжНУ»

Ужгород – 2018

АНОТАЦІЯ

Гербут В.С. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: сутнісний зміст та гарантії захисту. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії) за спеціальністю 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» (081 – Право). – ДВНЗ «Ужгородський національний університет», Ужгород, 2018.

Дисертаційна робота є одним з перших в Україні комплексних досліджень сутності права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в світлі сучасних тенденцій розвитку суспільства, моралі та права, його місця в систематиці прав і свобод людини, судових гарантій захисту права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність. На цій основі вироблено ряд відповідних наукових положень та висновків та висловлено пропозиції та рекомендації стосовно вдосконалення вітчизняної нормативно-правової бази з метою розширення юридично-формального змісту досліджуваного права, а також збільшення ефективності його судового захисту на практиці.

Визначено основні передумови права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність та досліджено його термінологічно-понятійний апарат. Встановлено, що в умовах сучасних міжнародних стандартів, національного права світових демократій, а також передових доктринальних досліджень в сфері теорії та практики прав людини, сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, незалежно від їх виду, актуально розглядати як право людини. В такій якості, його охарактеризовано як право моральне, універсальне, фундаментальне, абстрактне, а також таке, що є пріоритетним стосовно позитивного права.

Доведено соціальну значущість права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, шляхом розкриття його змісту, обсягу та меж.

Право людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, за змістом визначено, як елементарні свободи та пов'язані з цим вимоги, можливості особи задовольняти потреби, пов'язані з власними сексуальною орієнтацію та гендерною ідентичністю, вимагати від адресатів даного права відповідних дій, а від держави – адекватного захисту у разі необхідності.

Вдосконалено позицію, що попри свій негативний характер, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність потребує наповнення позитивним змістом, який формується шляхом нормативно-правового закріплення можливостей, направлених на задоволення специфічних потреб, що випливають з гомосексуальної орієнтації та трансгендерної ідентичності особи.

Зроблено висновок, що з юридично-позитивістської точки зору, межі права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність широко варіюються в законодавствах різних країн. Згідно природньо-позитивістського підходу, межі права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність повинні встановлюватися на основі принципів рівності та недискримінації, не можуть бути визначені за фактором різновидності сексуальних орієнтацій та гендерних ідентичностей та проходять там, де починається інше право людини.

Набули подальшого розвитку положення про те, що на етапі сучасності досліджуване право не може обмежуватися підставами захисту суспільної моралі, публічного порядку, традиційних сімейних цінностей чи інтересами дитини, оскільки міжнародні норми, практика ЄСПЛ та сучасні умови розвитку суспільства обумовлюють застарілість та неактуальність таких аргументів.

Вдосконалено розуміння обсягу права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, зміст якого вбачається в можливості самовизначатися стосовно будь-яких видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та реалізовувати пов'язані з цим потреби на основі принципів рівності та недискримінації.

Вперше у вітчизняній юридичній науці, аргументовано доцільність виділення в змісті досліджуваного права елементу «сексуальної та гендерної автономії людини», як права особи на вибір способів самовизначення та

самоідентифікації відповідно або не відповідно до своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Саме це дало підстави прийти до висновку, що право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність можна вважати, окрім права першого покоління, також і правом четвертого покоління в частині сексуальної та гендерної автономії. Зроблено висновок, що найбільш вдалим є термін «право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності», що пояснюється виключним авторитетом і компетенцією особи щодо своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, автономії та самовизначення особи в даній сфері з одного боку, та фундаментальним характером даного права людини з іншого.

Встановлено нерозривну взаємозалежність права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності з гідністю людини, принципами рівності та недискримінації і правом на особисте та сімейне життя.

Вперше в правовій доктрині обґрунтовано засадничість права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в концепції гідності людини, що випливає з фундаментальної людської природи сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, без можливості реалізації яких людина зазнає страждань, не може формуватись як повноцінна особистість та індивідуальність, а втручання у сексуальну та гендерну автономію людини ззовні заперечує її можливість бути унікальною, ідентичною та цілісною.

Визначено, що принцип рівності та недискримінації є обов’язковою умовою забезпечення гідності людини в світлі її сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та передбачає, що всі особи повинні мати можливість рівною мірою користуватися будь-якими правами та свободами, незалежно від видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, а також повною мірою реалізовувати свої сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність на рівних засадах з аналогічними правами гетеросексуалів та цісгендерів.

Обґрунтовано позицію щодо відсутності належного закріплення принципу рівності та недискримінації у вітчизняному праві та високого рівня несприйняття ЛГБТ-спільноти в суспільстві.

Охарактеризовано поняття «сексуальних та гендерних меншин», як вразливих груп, обов'язковими характеристиками яких є факт дискримінації їх членів за різновидом, відповідно, сексуальної орієнтації та/або гендерної ідентичності, а також суб'єктивна ознака наявності в них «свідомості меншини». Наголошено, що сексуальні та гендерні меншини кваліфікуються як група меншин не через власні недоліки, а через високий рівень дискримінації за критерієм гомосексуальності та трансгендерності, гомофобії, трансфобії.

Аргументовано, що в сучасних умовах, приватне життя особи не можна розглядати як втаємничений бік її життя, а розуміння сімейного життя та сім'ї відходить від традиційної моделі, оскільки першочергова роль сьогодні належить ідеї цінності індивідуальності кожної окремої людської істоти, її природної неповторності, власних моральних уявлень та самовизначення.

Сформульовано висновки, що: а) вітчизняне законодавство в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності не відповідає правовим стандартам ЄСПЛ; б) належна реалізація права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності передбачає нормативне закріплення «права на повагу до приватного та сімейного життя», замість «невтручання в особисте та сімейне життя»; в) відсутність будь-якого правового інституту, яким закріплювався б одностатевий союз та взаємні права в одностатевій парі, є непрямою дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Вперше в українській правовій доктрині, проведено періодизацію прецедентного права ЄСПЛ за ознакою еволюції та мінливості його позицій у питаннях права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, що дозволило виділити три умовні етапи: 1) перший етап ((1980-2000рр.), «суспільна мораль» в частині соціального сприйняття, традиційної сім'ї та сімейних цінностей, захисту вразливих груп та публічного порядку визнаються судом як пропорційна легітимна ціль для обмеження права на приватне життя сексуальних та гендерних меншин, що може бути необхідною в демократичному суспільстві); 2) другий етап ((2000-2010рр.) цінності «традиційної сім'ї» замінені

обґрунтуваннями щодо відсутності єдино правильного варіанту сімейного життя); 3) третій етап ((з 2010 року), принцип рівності стає стрижневим у всіх сферах особистої автономії та ідентичності, а також гідності та цілісності особистості, а легітимною цілю, в інтересах якої держава може втручатися в права людини, перестає бути «суспільна мораль», «громадський порядок»).

Сформульовано висновок про відсутність в українському праві дієвих судових гарантій захисту права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Судово-практична база України в рамках аналізованого права людини визначено застарілою, неактуальною та невідповідною сучасним міжнародно-правовим стандартам в сфері прав людини. Констатовано, що їй притаманні ознаки початкового (першого) етапу, відповідно періодизації прецедентного права ЄСПЛ.

Висловлено пропозиції щодо вдосконалення українського законодавтсва в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, зокрема, рекомендовано ряд змін та нововведень до кримінально-правових, сімейно-правових, цивільно-правових відносин та антидискримінаційного нормативного забезпечення.

Теоретична та практична значущість дисертаційного дослідження полягає в тому, що викладені в ньому висновки та пропозиції можуть бути використані у: 1) науково-дослідній діяльності – для подальших теоретичних досліджень з питань прав та свобод людини та судових гарантій їх захисту, а також розвитку загальних і галузевих юридичних дисциплін, зокрема конституційного пра ва; 2) навчальному процесі – при підготовці підручників та навчальних посібників з конституційного права України, під час перепідготовки та підвищення кваліфікації фахівців у відповідних сферах; у процесі викладання відповідних навчальних дисциплін і спецкурсів у вищих навчальних закладах, у науковій роботі студентів та аспірантів; 3) просвітницькій та правовиховній роботі – для підвищення правової культури населення, державних службовців та працівників органів місцевого самоврядування, підвищення рівня толерантності в суспільстві; 4) правотворчій діяльності – для вдосконалення законодавства

України в частині забезпечення прав і свобод людини, забезпечення принципів рівності та недискримінації, а також оптимізації вітчизняного права до стандартів судової практики ЄСПЛ; 5) правозахисній та правозастосовній діяльності – в роботі органів влади та їх посадових осіб, а також недержавних організацій та суб'єктів, діяльність яких спрямована на забезпечення, реалізацію та захист прав і свобод людини.

Ключові слова: права та свободи людини, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, гідність, рівність, недискримінація, приватне життя, сімейне життя, повага до права, ЄСПЛ, судові гарантії захисту.

ANNOTATION

Gerbut V.S. The right to sexual orientation and gender identity: the essential content and guarantees of protection. – Qualification scientific work on the rights of the manuscript.

Dissertation for obtaining a scientific degree of Candidate of Sciences (Doctor of Philosophy) in specialty 12.00.02 "Constitutional Law; Municipal Law" (081 – Law). – Uzhhorod National University, Uzhhorod. 2018.

The dissertation is one of the first in Ukraine comprehensive research on the essence of the right to sexual orientation and gender identity of a human, in the light of modern developing trends of society, morals and rights, of its place in human rights and freedoms systematization, of judicial guarantees of the right to sexual orientation and gender identity protection. On this basis, a number of relevant scientific provisions and conclusions have been developed, as well as suggestions and recommendations have been offered regarding the improvement of the domestic legal and regulatory framework in order to expand the legal content of the studied human right and to increase the effectiveness of its judicial protection in practice.

The main backgrounds of the right to sexual orientation and gender identity were defined and its terminological and conceptual apparatus was investigated. It is established that in the conditions of modern international standards, the world democracies national law, as well as advanced doctrinal studies in the field of human rights theory and practice, sexual orientation and gender identity, regardless of their type, should be considered as a human right. In this capacity, it is characterized as a moral, universal, fundamental, abstract law, as well as one that is a priority in relation to positive law.

The social significance of human right to sexual orientation and gender identity, by disclosing its content, scope and limits, was proved.

Human right to sexual orientation and gender identity by its content was defined as elementary freedoms and related requirements, as the ability of a person to meet the needs related to his/her/their own sexual orientation and gender identity, requires the

recipients of this right to take appropriate action, and from the State – the adequate protection if necessary.

There has been a position improved, that in spite of its negative sense, the right to sexual orientation and gender identity needs to be filled with positive content, which is formed by the law enforcement of possibilities aimed at satisfying the specific needs arising from homosexual orientation and transgender identity of a person.

It is concluded that from the legal-positivist point of view, the limits of the right to sexual orientation and gender identity vary widely in the laws of different countries. According to the natural-positivist approach, the limits of the right to sexual orientation and gender identity should be established on the basis of equality and non-discrimination, cannot be determined by the factor of sexual orientations and gender identities variety, and meets its end in a spot, where another human right begins.

The provision found its further development, according to which the current stage of the studied human right cannot be limited in order to protect public morality, public order, traditional family values or the interests of a child. These rules are established in international norms, the ECHR case law and the current conditions of society development improve the obsolete and irrelevance of such arguments.

The understanding of a scope of the rights to sexual orientation and gender identity was improved in a way of defining it as the ability for self-determination in all types of sexual orientation and gender identity, and for realization of any needs related, based on the principles of equality and non-discrimination.

For the first time in domestic legal science, the concept of “sexual and gender autonomy” of a person has been suggested, as the expedient element of the right to sexual orientation and gender identity, defined as the right of a person to choose any kinds of self-determination and self-identification, respectively or inappropriately with his/her/their true sexual orientation and gender identity. Based on this idea, the conclusion was made, that the right to sexual orientation and gender identity can be considered not only as the right of the first generation, but also as the fourth’s generation right in part of “sexual and gender autonomy”. From this position, the term "right to sexual orientation and gender identity freedom" is concluded to be the most

successful, as the exclusive authority and competence of a person regarding his/her/their own sexual orientation and gender identity, autonomy and self-determination in this area on the one hand, and as the fundamental human right on the other.

The inextricable interdependence between the right to sexual orientation and gender identity freedom and human dignity, the principles of equality and non-discrimination and the right to private and family life was established.

For the first time in domestic legal science, the right to sexual orientation and gender identity freedom is suggested to be defined as a basic one in scope of the human dignity concept, since: sexual orientation and gender identity are the underlying components of human sexuality; being unable to freely realize such personal features, regardless of forms, cause suffering to a person; and the lack of the capability of self-identification makes it impossible for a person to form as a complete personality and individuality; interference from the outside within the individual and inseparable competence, sexual and gender autonomy of a person denies his/her/their ability to be unique, identical and holistic.

The principle of equality and non-discrimination is characterized as a prerequisite for ensuring human dignity in the light of sexual orientation and gender identity of a person. Accordingly, the principle of equality and non-discrimination implies that everyone should be able to equally exercise any rights and freedoms regardless of sexual orientation and gender identity, and to fully realize his/her/their own sexual orientation and gender identity on an equal footing with the same rights of heterosexuals and cisgenders.

The lack of proper consolidation of the principle of equality and non-discrimination in domestic law and the high level of non-acceptance of the LGBT community in society were identified.

The definition of “sexual and gender minorities” was characterized as a vulnerable group, whose mandatory feature is the presence of discrimination against members of such groups based on sexual orientation and gender identity, and is also characterized by the presence of "minority consciousness". It has been pointed out that

sexual and gender minorities are a minority groups not because of their own disadvantages, but because of the high level of discrimination on the grounds of homosexuality and transgenderity, homophobia and transphobia.

It was argued, that modern private life of a person cannot be regarded as a hidden side of life, and understanding of a family life departs from traditional model, giving space to the idea of individuality value for each separated human being, its natural uniqueness, its own morality and self-determination.

Therefore, it is concluded that (a) domestic legislation in the area of the right to freedom of sexual orientation and gender identity does not comply with the legal standards of the ECHR; b) the proper exercise of the right to freedom of sexual orientation and gender identity presupposes the fixation of the "right to respect for private and family life", instead of "non-interference in personal and family life"; c) the absence of any legal institution, which would consolidate same-sex union and mutual rights in the same-sex couples, should be considered as indirect discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity.

For the first time in domestic legal science, there has been made a periodization of the ECHR case law, based on the feature of Court's positions' evolution and changeability in the area of the right to freedom of sexual orientation and gender identity. Thus, three stages were separated: 1) the first stage ((1980-2000)), "public morality" in terms of social perception, traditional family and family values, protection of vulnerable groups and public order are recognized by the Court as a proportionate legitimate aim to limit the right to private life for sexual and gender minorities, and can be recognized as necessary in a democratic society); 2) the second stage ((2000-2010) the notions of "traditional family values" were replaces with the Court's acknowledgement that there is no way to live your family life in only one correct way); 3) the third stage (from 2010), the equality principle becomes a priority in all spheres of personal autonomy and identity, as well as in dignity and integrity of individual, while "social morality", "public order" can no longer be used as a legitimate aim for a state to interfere in human rights).

The absence of effective domestic judicial guarantees aimed to protect the right to freedom of sexual orientation and gender identity was concluded. Ukrainian case law in the analyzed area is admitted outdated, irrelevant and inconsistent with modern international human rights standards. The statement has been made, that it can be characterized with features of the initial (first) stage, according the periodization of the ECHR case law.

The suggestions on the improvement of Ukrainian legislation in the area the right to freedom of sexual orientation and gender identity are expressed, in particular, a number of changes and innovations to criminal, family, civil legal relations and anti-discrimination law enforcement were recommended.

The theoretical and practical significance of the dissertation research is that the conclusions and proposals set out in it can be used in: 1) scientific research – for further theoretical studies on human rights and freedoms and judicial protection guarantees, as well as for the development of general and separated disciplines in law, in particular constitutional law; 2) studying process – to prepare handbooks and studying materials on constitutional law of Ukraine, during training and advanced retraining of professionals in a relevant fields; in relevant academic disciplines teaching process and special courses in higher education establishments, in the scientific work of students and postgraduates; 3) educational and legal work - for improving the legal culture among the population, state servants and local power representatives, for raising the level of tolerance in society; 4) law-making – to improve Ukrainian legislation in parts of ensuring human rights and freedoms, the principles of equality and non-discrimination, as well as optimizing domestic law with the standards of the ECHR case law; 5) human rights and law enforcement activities - in the work of the authorities and their officials, as well as non-governmental organizations and any other bodies, whose activities are aimed at ensuring, realizing and protecting human rights and freedoms.

Key words: human rights and freedoms, sexual orientation, gender identity, dignity, equality, non-discrimination, private life, family life, respect for the right, ECtHR, judicial guarantees of protection.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

В яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Гербут В.С. Поняття права на цілісність особистості. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* Випуск №16. Ужгород. 2011.

2. Гербут В.С. Правовідносини в сфері захисту персональних даних про стан здоров'я людини. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* Випуск № 18. Ужгород. 2012. С. 152-156.

3. Гербут В. Право на сексуальну орієнтацію в кримінальній судовій практиці України. *Visegrad journal on human rights.* 2016. № 6. Ч. 3.

4. Гербут В. Кількість як ознака приналежності до групи меншин в сучасному праві. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 6. Том 4.

5. Гербут В. Право на гендерну ідентичність в практиці Європейського суду з прав людини. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. № 1.

6. Гербут В.С. Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність в Європі та США періоду Середньовіччя та Ренесансу: історико-правовий екскурс. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* Випуск № 50. Ужгород. 2018.

Які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

7. Гербут В.С. Поняття національно-культурної автономії в Україні. *Актуальні питання законодавчого регулювання захисту прав національних меншин в Україні та шляхи їх реалізації в умовах полі етнічного регіону: аналіз, оцінки:* матеріали Міжнародного круглого столу (21 грудня 2011р.). Ужгород: Ліра. 2012. 328 с.

8. Гербут В.С. До питання захисту персональних даних в сфері охорони здоровя. *Державно-правовий механізм забезпечення прав і свобод людини: міжнародні стандарти публічного управління та український досвід:* матеріали

Міжнародної науково-практичної конференції (20-21 грудня 2012р.). Ужгород. 2012.

9. Гербут В.С. Нормативно-правове забезпечення прав осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією в Україні. *Закарпатські правові читання:* матеріали IX Міжнародної науково-практичної конференції. Том 2. Ужгород. 2017. С. 123-130.

10. Гербут В.С. Проблеми забезпечення права на гендерну ідентичність у світі. *Закарпатські правові читання:* матеріали X Міжнародної науково-практичної конференції (19-21 квітня 2018р.). Том 1. Ужгород. 2018. 432 с

11. Гербут В. С. Правове регулювання одностатевих стосунків в Європі: історико-правовий екскурс. Матеріали 72-ї підсумкової наукової конференції професорсько-викладацького складу юридичного факультету. (26 лютого 2018р.). Ужгород: Ужгородський національний університет. 2018. С. 24-28.

THE LIST OF SCIENTIFIC ARTICLES PUBLISHED ON THE THESIS TOPIC

1. Gerbut V.S. Ponyattya prava na tsilisnist′ osobystosti. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu. Seriya Pravo.* Vypusk №16. Uzhhorod. 2011.

2. Gerbut V.S. Pravovidnosyny u sferi zakhystu personal′nykh danykh pro stan zdorov'ya lyudyny. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu. Seriya Pravo.* Vypusk № 18. Uzhhorod. 2012. S. 152-156.

3. Gerbut V. Pravo na seksual′nu oriyentatsiyu v kryminal′nij sudoviy praktytsi Ukrayiny. *Vyshehrads'kyy zhurnal z prav lyudyny.* 2016. № 6. CH. 3.

4. Gerbut V. Kil′kist′ yak oznaka prynalezhnosti do hrup menshyn v suchasnomu pravi. *Aktual'ni problemy vitchyznyanoyi yurysprudentsiyi.* 2017. № 6. Tom 4.

5. Gerbut V. Pravo na hendernu identychnist′ v praktytsi Yevropeys′koho sudu z prav lyudyny. *Prykarpat·s'kyy yurydychnyy visnyk*. 2018. № 1.

6. Gerbut V.S. Seksual′na oriyentatsiya ta henderna identychnist′ u Yevropi ta SSHA periody Seredn′ovichchya ta Renesansu: istoryko-pravovyy ekskurs. *Naukovyy visnyk Uzhhorods'koho natsional'noho universytetu.* Seriya Pravo. Vypusk № 50. Uzhhorod. 2018.

7. Gerbut V.S. Ponyattya natsional′no-kul′turnoyi avtonomiyi v Ukrayini. *Aktual'ni pytannya zakonodavchoho rehulyuvannya zakhystu natsional'nykh menshyn v Ukrayini ta shlyakhy yikh realizatsiyi v umovakh etnichnoho rehionu: analiz, materialy:* materialy Mizhnarodnyy kruhloho stolu (21 hrudnya 2011r.). Uzhhorod: Lira. 2012. 328 s.

8. Gerbut V.S. Do pytan′ zakhystu personal′nykh danykh u sferi okhorony zdorov'ya. *Derzhavno-pravovyy mekhanizm zabezpechennya prav lyudyny: mizhnarodni standarty publichnoho upravlinnya ta ukrayins'kyy dosvid:* materialy Mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi (20-21 hrudnya 2012r.). Uzhhorod. 2012.

9. Gerbut V.S. Normatyvno-pravove zabezpechennya prav lyudyny z netradycijnoju seksual′noyu oriyentatsiyeyu v Ukrayini. *Zakarpat·s'ki pravovi*

chytannya: materialy IX Mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi. Tom 2. Uzhhorod. 2017. S. 123-130.

10. Gerbut V.S. Problemy zabezpechennya prava na hendernu identychnist′ u sviti. *Zakarpat·s'ki pravovi chytannya:* materialy X Mizhnarodnoyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi (19-21 kvitnya 2018r.). Tom 1. Uzhhorod. 2018. 432 s.

11. Gerbut V.S. Pravove rehulyuvannya odnostatevykh stosunkiv u Yevropi: istoryko-pravovyy ekskurs. Materialy 72-y pidsumkovoyi naukovoyi konferentsiyi profesors′ko-vykladats′koho skladu yurydychnoho fakul′tetu. (26 lyutoho 2018r.). Uzhhorod: Uzhhorods′kyy natsional′nyy universytet. 2018. S. 24-28.

ЗМІСТ

ВСТУП……18

РОЗДІЛ І. ПРАВО НА СЕКСУАЛЬНУ ОРІЄНТАЦІЮ ТА ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ У СИСТЕМАТИЦІ ПРАВ ЛЮДИНИ……29

1.1. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: передумови та термінологічні характеристики……/……. 29

1.2. Основні сучасні напрямки дослідження права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність……59

Висновки до Розділу І……/…..89

РОЗДІЛ ІІ. СУТНІСНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВА НА СВОБОДУ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ ТА ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ……..94

2.1. Людська гідність та сутнісний зміст права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності……....94

2.2. Принцип рівності та заборони дискримінації та право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності……112

2.3. Співвідношення права на особисте та сімейне життя та права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності……...135

Висновки до розділу ІІ ……/..163

РОЗДІЛ ІІІ. СУДОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ПРАВА НА СВОБОДУ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ ТА ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ……168

3.1. Захист права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності у практиці Європейського суду з прав людини……..168

3.2. Захист права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності у судовій практиці України……...203

Висновки до Розділу ІІІ……/……225

ВИСНОВКИ……...230

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ……..235

ДОДАТКИ……..267

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Проблематика прав ЛГБТ привертає до себе все більше уваги як зі сторони міжнародних організацій, так і національних інституцій по всьому світі. І Україна сьогодні не залишається осторонь. В сучасних умовах зміни розуміння моралі, значних тенденцій до індивідуалізації особистості, науково-технічного прогресу та визначенні автономії та індивідуальної свободи людини як основних цінностей в суспільстві, перелік прав людини урізноманітнився. Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність за таких особливостей починають сприйматися як право людини, зміст якого розширюється швидше, ніж досліджується на доктринальному рівні.

Ратифікувавши Європейську Конвенцію прав людини та Протокол №12 до неї, наша країна встановила заборону дискримінації за ознакам сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Окрім цього євроінтеграційні процеси, що відбуваються у всіх сферах суспільного життя, також поклали ряд завдань на нашу державу, одним з яких є забезпечення вищого рівня закріплення прав ЛГБТ-спільноти.

В той же час вітчизняна правова наука поки що не виробила ґрунтовних досліджень з питання щодо сутності права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, його змісту та меж. Відповідно, відсутність теоретичної основи негативно впливає на правозакріплення та реалізацію досліджуваного права людини, а також зумовлює безупинні суперечки стосовно обгрунтування сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності саме як права людини загалом.

Такі передумови пояснюють *актуальність* та важливість обраної теми дисертаційного дослідження.

Теоретичні основу дисертації склали праці таких *вітчизняних* правників-теоретиків та представників галузі конституційного права, як: Авдєєнкової М.П., Авраамової О.Є., Алєксеєва С.С., Альбікова І.Р., Антоновича М.М., Бачиніна В.А., Беляєвої Н.Г., Бережнова А.Г., Батанова О.В., Бикова О.М., Венгерова А.Б., Верланова С.О., Вечканової Н.В., Віхрової О.П., Власової О.В., Вороніної З.І.,

Воронкової М.А., Головіна А.С., Головченко В.В., Голода С.І., Горлача М.І., Горобець Н.О., Григорьєва І.Б., Гузь О.Ю., Данильяна О.Г., Дзери О.В., Добрянського С., Дробишевського С.А., Єзерової А.А., Ємчук Л.В., Жидкової О.С., Зайчук О.В., Литвиненко І.Л., Ліщини І.Ю., Кириченко Ю., Кожан В.В., Колесової Н.С., Котієвої Л.І., Кочевої О.Н., Крусян А.Р., Липчук О., Лісового В., Лукашевої Є.А., Мейлахса П.А., Мутагирова Д.З., Недибалюк В.Д., Нерсесянц В.С., Оніщенко Н.М., Остіна Д.В., Петрухіна І.Л., Погребеняка С.П., Проценка О., Рабіновича П.М., Римаренко Ю.І., Романовського Г.Б., Ромовської З.В., Рудинського Ф.М., Савчина М.В., Сєрьогіна В.О., Сивухіна В.С., Ситар І.М., Скакуна О.В., Слабан М.М., Старовойтової О.Е., Стогової О.В., Суковатої В.А., Тарахонича Т.І., Товпеко Я.К., Уварової О.О., Устименко Н.В., Фатьянова А.А., Фігеля Ю.О., Ходуса Е.В., Церковної А.О., Черниченка С.В., Шайкенова Н.А., Шевчук С., Шулкіної Г.Н. та ін.

Серед *зарубіжних* вчених, праці яких були дотичними до обраної тематики, слід виділити АлТамімі Ю., Баркера К., Броунінга Д., Воетена Е., Гленсі Р. Д., Гоббса Т., Госепата Ш., Гроллмана Е.А., Гуд Е., Де Гагне А., Доннелі Дж., Інглхарт Р., Ломанна Г., Келлі Г., Кельмана М.С., Кекеса Дж., Клейна Д.А., Крастона М., Мастерса У., Мілна А., Мюллерсона М.А., Нуссбаум М., Перрі М., Рауб А., Робінсона Н., Рьомера Ю., Сіммонс А.М., Тецім Е., Уалдійка К., Уітмана Дж. К., Уіттла С., Уллерстама Л., Фарбера І.Е., Фінч М., Фолка К.С., Харві П., Хенкіля Л., Херфела Л.Р., Шу Г., Ярдім М. та деяких інших.

В той же час, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність представниками юридичної науки вивчалося тільки у окремих аспектах та у відповідності до конкретних цілей досліджень, що ставилися науковцями у різні періоди. Воно не було предметом комплексного ґрунтовного дослідження, що, відповідно, зумовило відсутність загальноприйнятих підходів до розкриття проблеми.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.

Дисертацію виконано відповідно до плану науково-дослідних робіт кафедри конституційного права та порівняльного правознавства Державного

вищого навчального закладу «Ужгородський національний університет» в межах наукової теми «Конституційне будівництво в країнах Центральної Європи у XX-XXI ст.» (номер державної реєстрації 0198U007793).

Мета і завдання дослідження. ***Мету*** дисертаційного дослідження становить комплексний аналіз теоретичних та практичних проблем права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність з урахуванням вітчизняного, європейського та міжнародного досвіду.

Для досягнення поставленої мети передбачено виконання наступних ***завдань***:

- проаналізувати передумови формування права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність;
- встановити сучасний стан дослідження та розуміння права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність;
- охарактеризувати співвідношення права на сексуальну орієнтацію з гідністю людини;
- розглянути право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в світлі принципу рівності та недискримінації;
- визначити взаємозв'язок права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність з правом людини на особисте та сімейне життя;
- здійснити аналіз міжнародно-правових стандартів права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність на основі практики ЄСПЛ;
- вивчити особливості вітчизняної судово-практичної діяльності в сфері права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають в процесі реалізації права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в умовах сучасного світу.

Предметом дослідження виступили сутнісний зміст та гарантії захисту права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність.

Методи дослідження. Проведене наукове дослідження базувалося на використанні ряду філософсько-світоглядних, загальнонаукових та спеціально-наукових методів дослідження.

За допомогою *діалектичного методу* наукового пізнання проаналізовано сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність як частину сексуальності та природню властивість кожної людини, нормальну незалежно від виду та форми. Даний метод послужив фундаментом для визначення змісту та обсягу права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, з'ясування особливостей розуміння даного права людини в умовах сучасності та у взаємозв'язку з гідністю людини, принципом рівності та недискримінації, а також правом особи на приватне та сімейне життя (підрозділи 1.1., 2.1., 2.2., 2.3).

Історико-правовий метод застосовано в ході дослідження права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в різних епохах та часових рамках, в процесі дослідження становлення та розвитку даного права людини на теренах вітчизняної юриспруденції, а також в процесі розгляду практики ЄСПЛ в сфері окресленої проблематики (підрозділи 1.1., 3.1).

Використання *соціологічного методу* дозволило з'ясувати неправові чинники, які впливають на соціальне та юридичне визнання прав ЛГБТ-спільноти, а також зумовили виникнення права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність як права нового покоління, трансформації сприйняття в суспільстві явищ негетеросексуальності та нецісгендерності (підрозділи 1.1., 2.1., 2.3., 3.1., 3.2.)

Формально-юридичний метод використано під час вивчення тексту Конституції та законодавства України, інших держав, практики судів загальних інстанцій та Конституційного Суду України, Європейського суду з прав людини, що стосуються різних аспектів права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність (підрозділи 1.1., 1.2., 2.1., 2.2., 2.3., 3.1., 3.2).

На основі *порівняльно-правового методу* проведено аналіз спільних та відмінних рис в законодавстві України, деяких зарубіжних країн, а також міжнародно-правових аспектів в частині принципу рівності та недискримінації

на основі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Окрім цього даний принцип наукового пізнання послужив фундаментом для вивчення української судової практики та прецедентного права ЄСПЛ в частині права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність (підрозділи 2.2., 3.1., 3.2).

Застосування *методу прогнозування* уможливило формування висновків щодо розвитку тлумачень ЄСПЛ стосовно права сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, а також дав змогу висловити пропозиції щодо вдосконалення законодавства України в частині обраної для вивчення проблематики (підрозділи 3.1., 3.2).

Основні результати досліджень, здійснених в ході написання дисертаційної роботи ґрунтуються на аналізі джерел вітчизняної та зарубіжної юридичної доктрини, аналітичних та статистичних матеріалів, Конституції України, законодавства України, вітчизняної судової діяльності, міжнародно-правових актів, рекомендацій, звітів та доповідей, інших матеріалів міжнародно-правових організацій Європи та світу, прецедентного права ЄСПЛ.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що дисертаційна робота є одним з перших у вітчизняній юридичній доктрині комплексним конституційно-правовим дослідженням сутності права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність та гарантій його захисту. В результаті дослідження сформульовано низку нових положень, висновків і пропозицій, зокрема:

уперше:

- проведено *історико-правову періодизацію розвитку права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність*, що полягає у виділенні наступних етапів: а) *період до розповсюдження християнства* (сексуальна орієнтація визнавалася, іноді пропагувалася; гендерна ідентичність не була предметом досліджень); б) *період з часу розповсюдження християнства і аж до початку Нового часу* (сексуальна орієнтація вважається гріховною і злочином, що тягнув за собою смертну кару, трансгендерність також каралася смертю); в) *Новий час* (сексуальна орієнтація поступово декриміналізовується та вирівнюється вік

згоди на вступ в одностатеві відносини; здійснюється вивчення явища гомосексуальності та поширення громадських та культурних рухів в даній царині); г) *Нацистський режим* (сексуальна орієнтація переслідувалась, каралась, гомосексуали піддавались катуванням та «лікуванню»; гендерна ідентичність не виступала правовою проблемою); д) *період після ІІ Світової війни умовно можна розділити на дві частини: 1) СРСР* (сексуальна орієнтація криміналізована, з концентраційних таборів гомосексуалів перевели до в'язниці; гендерна ідентичність не була правовою проблемою); 2) *країни окрім СРСР* (сексуальна орієнтація декриміналізована, відбувається визнання прав одностатевих пар, приймаються антидискримінаційні закони; у питанні гендерної ідентичності забезпечується можливість оперативної зміни статі); е) *сучасність* (сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність визнаються недевіантними, наявна практика ЄСПЛ та національна законодавча практика стосовно визнання та розширення змісту права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність);

- аргументовано виділяти в змісті досліджуваного права людини *сексуальну та гендерну автономію*, як основний його елемент, що визначається як право особи на вибір способів самовизначення та самоідентифікації відповідно або не відповідно до своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності;

- запропоновано до вжитку термін «*право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності*», виходячи з фундаментального характеру даного права людини та спираючись на аргумент виключного авторитету і компетенції особи щодо власної сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, автономії та самовизначення особи в даній сфері;

- обґрунтована *засадничість права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в концепції гідності людини*, що випливає з фундаментальної для людини природи сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, без можливості реалізації яких людина зазнає страждань, не може формуватись як повноцінна особистість та індивідуальність, а втручання у

сексуальну та гендерну автономію людини ззовні заперечує її можливість бути унікальною, ідентичною та цілісною;

- визначено *періодизацію розвитку практики ЄСПЛ* у питаннях становлення права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність на три умовні етапи: 1) *перший етап* (1980-2000рр.), що характеризується декриміналізацією одностатевих чоловічих статевих актів за взаємною згодою, встановленням рівного віку згоди на вступ в такі стосунки, визнанням незаконною заборони військової служби за підставою гомосексуальної орієнтації, а також підтвердженням, що право на зміну статевого маркеру в документах про особу є частиною права на приватне життя особи. В рішеннях «суспільна мораль» в частині соціального сприйняття, традиційної сім'ї та сімейних цінностей, захисту вразливих груп та публічного порядку визнаються судом як пропорційна легітимна ціль для обмеження права на приватне життя сексуальних та гендерних меншин, що може бути необхідною в демократичному суспільстві; 2) *другий етап* (2000-2010рр.) характеризується обґрунтуваннями судом права на свободу гендерної ідентичності, подальшим розширенням змісту права на свободу сексуальної орієнтації, а також визначенням відповідного права частиною права на сімейне життя. В рішеннях цінності «традиційної сім'ї» замінені обґрунтуваннями щодо відсутності єдино правильного варіанту сімейного життя; 3) *третій етап* (з 2010 року) характеризується розширенням змісту сімейних прав для одностатевих стосунків, забезпеченням процедури зміни статі, а також розширенням каталогу правомочностей для ЛГБТ. В рішеннях суду принцип рівності стає стрижневим у всіх сферах особистої автономії та ідентичності, а також гідності та цілісності особистості, а легітимною цілю, в інтересах якої держава може втручатися в права людини, перестає бути «суспільна мораль», «громадський порядок»;

удосконалено:

- положення щодо змістовних характеристик права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, згідно яких його визначено, як елементарні типи прав, як свободи та пов'язані з цим вимоги, як можливість людини

задовольняти свої потреби, що випливають з сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, вимагати від адресатів даного права відповідних діянь, а в окремих випадках – можливість державного захисту;

- положення щодо місця права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в різних класифікаційних схемах прав людини: зокрема, належність його як до першого, так і до четвертого покоління прав людини, наявність в його змісті як фізичних, так і духовних елементів, визначення його як конкретизуючого, так і як основного права;

- розуміння обсягу права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, що полягає в можливості самовизначатися стосовно будь-яких видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та реалізовувати пов'язані з цим потреби на основі принципів рівності та недискримінації;

- позиції, що пропри негативний характер даного права як права людини, воно потребує наповнення позитивним змістом, який формується шляхом нормативно-правового закріплення можливостей, направлених на задоволення особливих потреб, що випливають з сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи;

- положення щодо характеристики групи меншин в праві, зокрема, доведено, що така ознака групи меншини як кількісна меншість втрачає свою обов'язковість, а визначальними натомість є: наявність певної характеристики, що робить з неї вразливу групу; наявність свідомості меншини (особа повинна ідентифікувати себе сама як така, що є членом меншинної спільноти); мінорне становище сексуальних та гендерних меншин зумовлене виключно несприйняттям та невизнанням їх прав ззовні, а не наявністю власних фізичних чи психічних недоліків;

набули подальшого розвитку:

- положення, згідно якого право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність не може обмежуватись такими критеріями як суспільна мораль, публічний порядок, традиційні сімейні цінності чи інтереси дитини, оскільки

міжнародні норми, практика ЄСПЛ та сучасні умови розвитку суспільства обумовлюють застарілість та неактуальність таких аргументів;

- такі характеристики права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність як його моральність, універсальність, фундаментальність та абстрактність;

- положення щодо сучасного розуміння права на приватне та сімейне життя особи, а саме встановлено необхідність зміни поняття «право на невтручання на особисте та сімейне та життя» на поняття «право на повагу до приватного та сімейного життя», з метою його точнішого розуміння в умовах сучасних тенденцій до різноманітності та індивідуалізації, а також розширення захищених даним правом суспільних відносин, за прикладом статті 8 ЄКПЛ.

Практичне значення одержаних результатів. Сформульовані в дисертаційному дослідженні підходи, висновки та пропозиції можуть бути використані у:

- *науково-дослідній діяльності* – для подальших теоретичних досліджень з питань прав та свобод людини та судових гарантій їх захисту, а також розвитку загальних і галузевих юридичних дисциплін, зокрема конституційного права;

- *навчальному процесі* – при підготовці підручників та навчальних посібників з конституційного права України, під час перепідготовки та підвищення кваліфікації фахівців у відповідних сферах; у процесі викладання відповідних навчальних дисциплін і спецкурсів у вищих навчальних закладах, у науковій роботі студентів та аспірантів;

- *просвітницькій та правовиховній роботі* – для підвищення правової культури населення, державних службовців та працівників органів місцевого самоврядування, підвищення рівня толерантності в суспільстві;

- *правотворчій діяльності* – для вдосконалення законодавства України в частині забезпечення прав і свобод людини, забезпечення принципів рівності та недискримінації, а також оптимізації вітчизняного права до стандартів судової практики ЄСПЛ;

- *правозахисній та правозастосовній діяльності* – в роботі органів влади та їх посадових осіб, а також недержавних організацій та суб'єктів, діяльність яких спрямована на забезпечення, реалізацію та захист прав і свобод людини.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є одноосібно виконаною науковою працею. Усі теоретичні положення, висновки та пропозиції, що виносяться на захист, зокрема ті, що розкривають наукову новизну, базуються на власних дослідженнях, аналізі та переосмисленні наукових та нормативно-правових джерел, отримані та сформульовані автором самостійно.

Апробація результатів дисертації. Основні положення, узагальнення, висновки та пропозиції дисертаційного дослідження обговорювалися на міжкафедральному семінарі кафедр конституційного права та порівняльного правознавства та адміністративного, фінансового та інформаційного права юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет», а також оприлюднені в ході проведення Міжнародного круглого столу «Актуальні питання законодавчого регулювання захисту прав національних меншин в Україні та шляхи їх реалізації в умовах поліетнічного регіону: аналіз, оцінки» (21 грудня 2011 року, м. Ужгород), на таких міжнародних науково-практичних конференціях, як: «Державно-правовий механізм забезпечення прав і свобод людини: міжнародні стандарти публічного управління та український досвід» (20-21 грудня 2012 року, м. Ужгород), «Закарпатські правові читання IX» (20-22 квітня 2017 року, М. Ужгород, тези опубліковано), «Закарпатські правові читання X» (19-21 квітня 2018 року, м. Ужгород, тези опубліковано); а також, на 72-й підсумковій науковій конференції професорсько-викладацького складу юридичного факультету УжНУ (26 лютого 2018 року, м. Ужгород, тези опубліковано).

Публікації. Основні положення дисертації викладені у 6 наукових статтях, опублікованих у фахових виданнях, в тому числі в одному зарубіжному науковому виданні, а також у 5 тезах доповідей вітчизняних та міжнародних науково-практичних конференцій.

Структура і обсяг дисертації. Структура роботи обумовлена метою та завданням дослідження і складається зі вступу, трьох розділів, семи підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг роботи становить 217 сторінок, список використаних джерел на 31 сторінці.

РОЗДІЛ І. ПРАВО НА СЕКСУАЛЬНУ ОРІЄНТАЦІЮ ТА ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ У СИСТЕМАТИЦІ ПРАВ ЛЮДИНИ

1.1. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: передумови та термінологічні характеристики

Пропри все більшу поширеність та актуальність сприйняття сексуальної та гендерної різноманітності як нормального явища, закріплення прав таких осіб та правозахисну боротьбу ЛГБТІ, що розгорнулася в усьому світі в другій половині 20 століття і залишається актуальною і до сьогодні, негетеросексуали та нецісгендери продовжують страждати від масової дискримінації та негативного сприйняття в соціумах.

Права людини, що випливають з її сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності будь-яких видів, характеризуються нерозривним зв'язком з неправовими суспільними регуляторами, такими як мораль, релігія, культура, звичаї та традиції. Відповідно, забезпечення даного права потягне за собою неабиякі зміни не лише в приватній, а й в публічній сферах суспільних відносин.

Узаконення одностатевих шлюбів або ж визнання третьої статі на легальному рівні призведе до зміни існуючих суспільних стандартів та звичного для всіх стилів життя, розуміння нормального. Безумовно, що така ситуація не може не лякати суспільство, вона спричиняє моральну паніку.

Концепція «моральної паніки» є доволі новою для вітчизняного правового поля. В Україні та Росії цей феномен лише почав досліджуватися такими дослідниками як О. Бурего, В. Куликом, П. Мейлахсом, У. Блюдіною, Н. Смирновою, І. Костеріною. Однак в західній соціології та політології поняття «моральна паніка» почало широко застосовуватися ще з 70-х років 20 століття, коли соціолог С. Коен досліджував молодіжні субкультури. На його думку, моральна паніка пояснюється наступним чином: «Час від часу, в суспільствах з'являються певні обставини, епізоди, особи або групи осіб, яких починають окреслювати як загрозу суспільним цінностям та інтересам; мас-медіа

представляють їхню природу стилізовано і стереотипно; редактори, єпископи, політики та інші, сповнені здорового глузду люди, виходять на моральні барикади; експерти виголошують свої діагнози та рішення; розроблюються або (частіше) застосовуються (вже відомі) способи зарадити (цій загрозі); відтак обставини зникають, узагалі чи з поля зору, або ж загострюються і стають помітнішими. Часом, предметом паніки стає щось зовсім нове, а часом – щось таке, що існувало вже давно, але раптом опинилося в центрі уваги. У деяких випадках паніка минає і забувається, залишаючись лише у фольклорі та колективній пам'яті; в інших вона має поважні й тривалі наслідки та може спричинити зміни, скажімо, в правовій і соціальній політиці або навіть у суспільній самосвідомості». [1, с. 37]

У англійських дослідженнях «моральна паніка» визнається механізмом для закріплення моральних кордонів суспільства – лінії між моральним і неморальним, які частіше встановлюються саме мас-медіа і завдяки їм формується та розвивається моральна паніка [49, с. 52]. У деяких російських дослідженнях під моральною панікою розуміється правова невизначеність, проблемність у сфері життя суспільства, коли традиційні мораль і право опиняються у колі протидії з реальністю». [50]

Відповідно, в контексті прав геїв, лесбійок, бісексуалів, трансгендерів та інтерсексів специфікою є тенденції до суттєвих відмінностей між нормативним врегулюванням даних прав та їх сприйняттям в соціумі. Навіть в тих небагатьох світових країнах, де нормативно закріплені та захищені окремі аспекти права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, нерідко можна спостерігати високий процент ексклюзії суб'єктів даного права суспільством.

Тому, безумовно, в рамках дисертаційного дослідження слід більш детально дослідити історичні передумови формування даного права в різні епохи та за територіями. Погоджуючись з думками та позиціями Товпеко Я.О. щодо аналізованого питання, причини нинішньої стигматизації не лише сексуальних, але і гендерних меншин, проблеми визнання сексуальної орієнтації та гендерної

ідентичності як природнього права людини лежать, окрім іншого, в історії ставлення до них. [51, с. 35]

Щодо гендерної ідентичності, то значення має також новизна такої проблематики, а, відповідно, і її малодослідженість та недостатня вивченість, адже стать особи почала сприйматися не як виключно біологічна характеристика лише кілька десятків років тому.

Однозначного висновку щодо права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в різних країнах та роках дійти практично неможливо з огляду на об'єктивні причини великого масиву та неоднорідності інформації, недостовірності або відсутності збережених до сьогодні джерел. Досліджуючи історико-правові передумови формування права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, можна провести умовну періодизацію, яка має наступний вигляд:

- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в дохристиянський період (до початку другого тисячоліття нашої ери);
- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність після поширення християнства (початок другого тисячоліття нашої ери – 13-14 століття);
- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в середні віки та період Ренесансу (13-14 століття – середина 18 – початок 19 століття);
- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в епоху Нового часу (середина 18-19 століття – початок 20 століття);
- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність протягом панування Нацистського терору (середина 20 століття – кінець ІІ Світової Війни);
- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність після ІІ Світової Війни (кінець ІІ Світової Війни – 90-ті роки 20 століття);
- право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в сучасні часи (90-ті роки 20-го століття – наші дні).

Об’єктивно проаналізувати ситуацію в древні часи стосовно права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність доволі важко. Висновки можна робити лише по збережених до сьогодні текстах, написах, малюнках тощо. Більшість досліджень в даній сфері свідчать, що перші згадки про гомосексуальність слід приписувати Стародавньому Єгипту, де ситуація змінювалася від фараона до фараона, однак однозначних заборон не спостерігалось, а в окремі епохи гомосексуальність була дозволеною. В Стародавньому Римі специфічним було те, що жіноча гомосексуальність вважалася більш неприйнятною за чоловічу. Щодо гомосексуальних чоловічих контактів, то законом було прописано спеціальні правила таких стосунків, а саме, легальним для вільних римських громадян вважався лише активний статевий акт, тому в партнери часто запрошувалися раби та проститути. Стародавня Греція в освітлюваному питанні була найбільш ліберальною і тут гомосексуальні стосунки не лише не заборонялися, а вітались, зокрема пропагувалися в грецькій армії.

Щодо гендерної ідентичності, то попри наявність великої кількості згадок про «видавання» з себе особи іншої статі чи «перевдягання» в таку особу, важко судити про справжні причини такої поведінки. Окрім трансгендерності, в Стародавньому світі такі дії часто були результатом модних трендів тих часів чи бажання владного посту в патерналістському суспільстві, як в Стародавньому Єгипті, або ж культури чи традицій, як в Грецькому театрі. Однак щодо Стародавнього Риму, знайдено кілька посилань про «трансформацію жінок в чоловіків», як свідчить римський автор Пліній (помер в 113 р. н.е.). Його сучасник Мартіал (40-102/104 рр. н.е.) також писав про жінок, які трансформувалися в чоловіків, займалися спортом та любили жінок. [5]

Після занепаду великих древніх цивілізацій на перший план стала релігія. В цій боротьбі за моральність відношення до гомосексуальності різко змінилося. Ще Вітхий Завіт містив в собі повчання, типу історій про жителів Содома та Гоморри. «Не лягай з чоловіком як з жінкою – це мерзість», написано в ньому.

В перших століттях Нової ери почались та швидко набрали обертів прямі переслідування представників негетеросексуальної орієнтації. Однак, слід відмітити, що в ті часи гріховними вважалися будь які статеві зв’язки, які не тягнули за собою зачаття і називалися «содомія».

В Середньовіччі ситуація погіршилася ще більше. Під натиском Церкви, одна за одною, європейські держави визнавали содомію злочином, по тяжкості рівним «чаклунству» та «єресі». У Франції та Іспанії антигомосексуальні норми з’явилися з прийняттям Кодексу Альфонса X у 1255 році. А в 1532 році, за «содомію» смертна кара була встановлена у Священній Римській Імперії. Роком пізніше аналогічний закон був прийнятий у Великій Британії Генріхом VIII. В 12-13 століттях содомітів було прийнято палити на вогнищах. У Великобританії 13-го століття, за сексуальний зв'язок з дітьми, євреями або між особами однієї і тієї ж статі передбачалася смертна кара у вигляді спалення на вогнищі. Для цього не потрібна була наявність доказів, достатньо було чистосердечного зізнання, яке легко отримувалося під тортурами.

В епоху Ренесансу, не дивлячись на повернення деяких культурних та мистецьких цінностей античності, а також на послаблення влади Церкви, ставлення до гомосексуальності не змінилося. На зміну інквізиційному спаленню такі дії почали розцінюватися як злочин, що тягнув за собою тюремне ув’язнення, заслання, кастрацію, виставлення до стовпу сорому або ж смертну кару. Позитивом було те, що обов’язковою умовою притягнення до кримінальної відповідальності була наявність необхідних доказів. [5]

Аналогічною була ситуація і в Сполучених Штатах, де північно-американські колонії перейняли практично все законодавство Великобританії, в тому числі і про содомію. Такі дії передбачали санкцію у вигляді смертної кари, а за тяжкістю переплюнули навіть подружню зраду та зґвалтування. Одностатеві стосунки засуджувався і на рівні суспільства, оскільки його більшість складали прості селяни та землероби, які поважали релігійні норми.

Ситуація почала змінюватись в кінці 18 століття. Тоді по всій Європі розгорнулася хвиля революцій та рухів за права людини. Жваво набирав обертів

процес переоцінки загальноприйнятого ставлення до статусу особи та її прав, а також недоторканості особистого життя та сексуальності кожного, в тому числі і гомосексуальності. Гендерна ідентичність як така, на той момент, не була проблемою ані в соціумі, ані в праві.

Першою європейською країною, що відмінила смертну кару за одностатеві чоловічі контакти стала Австрія у 1787 році. Після революції в 1789 році та повної зміни державного ладу, 6 жовтня 1791 року було прийнято новий Французький Кримінальний Кодекс, який вже не включав в себе статтю про кримінальну відповідальність за одностатеві зносини. Сексуальні стосунки між двома дорослими людьми однієї статі стали дозволеними. Після цього, у 1811 році, від антигомосексуальних норм відмовилися Італія та Нідерланди.

Такі тенденції почали поширюватися і на інші європейські країни, однак процес був повільним. Так, у Великій Британії кримінальним законодавством було передбачено відповідальність за одностатеві чоловічі стосунки з 1861 року. Після прийняття Акту поправок до Кримінального законодавства Великобританії, а саме сумнозвісної «Поправки Лабушера» у 1885 році, чоловіки, звинувачені у «грубій непристойності» могли бути покарані позбавленням волі або каторжними роботами строком до двох років. При цьому, визначення поняття «груба непристойність» закон не передбачав. [6]

В Німеччині гомосексуальність стала кримінально караною у 1871 році, а саме: «непристойна розпуста між чоловіками (тобто сексуальний акт з проникненням)» тягнула за собою тюремне ув’язнення. Не дивлячись на неодноразові спроби виведення даної норми з кримінального законодавства Германії, цього так і не було досягнуто ні в 1922 році, ні в 1929-1932 рр..

Надзвичайно вагомих кроків зробила і Росія. В 1922 році в Радянському Союзі був прийнятий новий Кримінальний Кодекс, яким не передбачалось покарання за гомосексуальність. «Велика Радянська енциклопедія» від 1930 року писала, що, виходячи з принципу захисту суспільства, гомосексуальні відносини можуть бути покарані тільки тоді, коли спрямовані на малолітніх чи неповнолітніх. У 1928 році, на Всесвітньому конгресі Ліги сексуальних реформ

в Копенгагені, Радянська Росія навіть ставилась у приклад для європейських країн як еталон толерантності та рівноправності.

На іншому континенті, а саме в Сполучених Штатах Америки, остання людина була покарана смертю за гомосексуальність у 1785 році. Роком пізніше таку санкцію було скасовано. А в Нью-Гемпширі з 1790 року, розпустою почали вважатися лише сексуальні акти між чоловіками, платонічні ж стосунки стали легальними.

Однак така ситуація на довго не затрималася. Прихід до влади нацистів став чи не найтемнішим періодом в історії ЛГБТІ. Вже в 1933 році геї та, в дещо меншій мірі, лесбійки почали переслідуватися в зв'язку з тим, що гомосексуальна орієнтація та її пропаганда не мали місця серед здорової нації та суперечили моральності. Почали масово зачинятися гей-бари та клуби, забороненими стали будь-які організації представників або захисників сексуальних меншин. Публікацію літератури такого роду теж заборонили, а вже опубліковану раніше було публічно знищено. З феноменальною швидкістю ситуація погіршилася, коли у 1934 році було створено спецпідрозділ гестапо, метою якого було виявлення гомосексуалів та створення їх списків. А в 1936 році було створене «Центральне імперське бюро по боротьбі з гомосексуалізмом та абортами» (Reichszentrale zur Bekmpfungder Homosexualit und Abtreibung).

У 1935 році антигомосексуальна стаття німецького кримінального законодавства (параграф 175) була змінена. Зокрема, тепер під її дію підпадала не лише неприродня розпуста між чоловіками, а будь-яка розпуста між чоловіками.

Щодо лесбійства, то до нього в гітлерівській Німеччині ставилися більш делікатно, визнаючи його антисуспільною поведінкою. Однак, з 1937 року таких жінок почали відправляти до концентраційних таборів на основі «превентивної боротьби зі злочинністю». В концентраційних таборах над гомосексуалами ставили безліч медичних експериментів з метою знищити або вилікувати в них «ген гомосексуальності». Їм вставляли спеціальні імпланти, які були спрямовані на лікування, їх кастрували. З 1934 року лікар Карл Вайернет починає проводити

над геями гормональні експерименти. А з 1941-го – була введена смертна кара за гомосексуальність для членів СС та працівників міліції. [6]

Знову ж таки, в цей період проблематики гендерної ідентичності в суспільстві ще не існувало.

В інших країнах Європи нормативне врегулювання питань гомосексуальності в 30-40 роки 20 століття було неоднорідним. Так, в окупованих Німеччиною Нідерландах такі відносини знову були криміналізовані і літом 1940-го рейхкомісар Артур Зейсс-Інкварт (пізніше покараний в ході Нюрнберзького процесу) видав декрет, який встановлював покарання у вигляді тюремного ув'язнення строком до 4 років за статеві відносини між чоловіками. З іншого боку, ні у Франції, ані в Італії гомосексуальність не була прямо криміналізована. Однак, вона все ж підлягала переслідуванню, оскільки офіційна ідеологія виступала різко проти одностатевих контактів і гомосексуалів затримували під приводом інших санкцій. У Франції в 1942 році було прийнято окремий закон (№744) проти гомосексуалів, який підвищив вік згоди на такі контакти до 21 року (для гетеросексуалів такий вік був 15 років), однак гомосексуальність як така криміналізована не була. [5]

В Радянському Союзі пресування гомосексуалів почалося, як і в Німеччині, в 1933 році. У вересні цього ж року органами ОГПУ була організована облава на підозрюваних у гомосексуальності осіб, 130 з яких було заарештовано.

В результаті цього, 17 грудня 1933 року була опублікована, а 7 березня 1934 року – набула чинності Постанова ВЦВК щодо внесення до Кримінального Кодексу РСФСР статті 154а (пізніше стане статтею 121), відповідно до якої вводилася кримінальна відповідальність за добровільні статеві зносини чоловіка з чоловіком, в тому числі, і між двома дорослими людьми.

А трохи пізніше аналогічні норми було введено до кримінального законодавства всіх соціалістичних республік. Однак, навіть після цього справи гомосексуалів по всьому союзу часто розглядалися як політичні злочини, тобто таємно і в несудовому порядку. [6]

Після розпаду СРСР, республіки, які отримали незалежність почали одна за одною декриміналізовувати антигомосексуальні норми. Першою серед постсоціалістичних республік це зробила Україна – у 1991 році. Далі – Латвія (1992 рік), потім Литва та Росія (1993 рік), за ними Білорусь (1994 рік) та Молдавія (1995 рік), Казахстан, Киргизія та Таджикистан (1998 рік), і нарешті, Грузія (2000 рік) та Вірменія (2003 рік). До сьогодні кримінальна відповідальність зберігається в Туркменістані та Узбекистані, терміном до 2 та 3 років тюремного ув'язнення відповідно.

На інших, ніж СРСР, європейських територіях, після прийняття Європейської Конвенції з прав людини починається стрімкий розвиток демократії, визнання людини основною цінністю в державі та захист її прав і свобод. Всеохоплююча хвиля гей-емансипації покрила Європу та США у 1950-1980 роках. Починають масово з'являтися правозахисні ЛГБТ-спільноти та організації (найстарша – COC Netherland 1946р.).

У США у 1962 році, штат Іллінойс став першим, де було декриміналізовано повністю одностатеві стосунки за умови спільної згоди. У 1975 році, Каліфорнія стала першим штатом, який легалізував одностатеві відносини, а у 1982-му – влада штату Вісконсин першою в країні юридично заборонила дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації. 26 червня 2015 року Верховний Суд США виніс рішення у справі «Обергефелл проти Ходжеса», зробивши шлюбну рівність фундаментальним конституційним правом для громадян США. Гей-шлюби стали легальними на території всіх Сполучених Штатів. В Канаді ж кримінальне переслідування гомосексуалів припинилося у 1969 році.

В європейських країнах, тим часом, поступово втрачають силу антигомосексуальні норми. Так, Чехословаччина та Угорщина декриміналізували відповідний склад злочину в 1962 році, Греція – у 1951 році, Англія та Уельс – у 1967 році, Німецька демократична республіка – в 1969 році (хоча у ФРН з правової точки зору воно проіснувало ще до 1994 року), Фінляндія та Австрія – у 1971 році, Норвегія – у 1972 році, Мальта – у 1973 році, Шотландія - у 1981 році, а Північна Ірландія – у 1982 році. [5]

З тих часів і до сьогодні, в демократичних країнах всіх континентів та міжнародному праві дедалі більше закріплюються та розширюються права сексуальних та гендерних меншин, пропагуються сексуальна та гендерна рівність та різноманітність.

Отже, історико-правовий аналіз права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність засвідчує, що ні в одній з вищенаведених часових рамок дане питання не було однозначно позитивно сприйняте. Практично в усіх з умовно виділених історичних періодів (окрім древніх часів та сучасності), одностатеві контакти, особливо чоловічі, засуджувалися та переслідувалися, та доволі часто загрожували смертною карою. Також, можна прослідкувати укорінення негативного ставлення до одностатевих відносин і в релігійних нормах, що відбулося після утвердження християнства та набуло кривавого характеру в епоху Середньовіччя.

Аналіз різнорідних джерел демонструє, що згадок про гендерну ідентичність існує відносно небагато, більшість з них стосуються Древніх часів. Навіть зі змісту пам'яток, що збереглися, важко однозначно встановити причини трансгендерної ідентичності – часто «перевдягання» та вдавання з себе представника протилежної статі було пов'язане з культурою, традиціями або прагненням владного становища у патерналістському суспільстві.

Окрім історичних передумов, поширених сьогодні дискримінації та насилля щодо ЛГБТ, гомофобії та трансфобії, варто виділити і довготривалий девіантний характер гомосексуальності та трансгендерності в медичних та психологічних наукових колах. Якщо сьогодні ми розуміємо, що вищий рівень психологічних розладів серед ЛГБТ-людей пов'язаний з їх меншинним становищем та дискримінацією, на початку 20 століття психіатри поширено розглядали гомосексуальність як патологічну поведінку. В середині 20 століття психіатри та психологи намагалися зцілити та змінити гомосексуальність. У 1952 році, Американська Психологічна Асоціація опублікувала перший випуск Діагностичного та статистичного посібника (Diagnostic and Statistical Manual, DSM-I), в якому гомосексуальність визначалася як «соціопатичний особистісний

розлад». В наступній версії Діагностичного та статистичного посібника (ДСП-II), опублікованого у 1968 році, гомосексуальність було перекваліфіковано у «сексуальну девіацію», яку в ДСП-III замінили «его-дистонічною гомосексуальністю» у 1980 році. Ці діагнози служили причиною легалізації практик та терапії по зміні сексуальної орієнтації для гомосексуалів, яких не влаштовували власні одностатеві потяги. Пізніше, в 1987 році, через серйозну критику, «его-дистонічну гомосексуальність» було викреслено з оновленого ДСП-III-R. [8, с. 212]

Світова організація здоров'я, в свою чергу, викреслила «гомосексуальність» з Міжнародної класифікації захворювань (ICD-10) лише у 1992 році [7].

Щодо питання гендерної ідентичності, то діагностування психічного здоров'я транссексуалів та трансгендерів є надзвичайно контраверсійним. Загалом, діагностування психічного здоров'я в частині трансгендерних людей в своїй більшості критикується, так як воно стимулює й так існуючу стигму в суспільстві. Було навіть запропоновано, що саме ярлик «психічний розлад» служить причиною такого осуду транс*-людей.

Найвищої точки ця дискусія досягла протягом прийняття ДСП-5 (Американська психологічна асоціація, 2013), в якій діагноз «розлад гендерної ідентичності» було замінено на «гендерну дисфорію». [7]

Світова організація здоров'я в МКЗ-10 виділяє категорію «розлади гендерної ідентичності». В новому МКЗ-11 спеціальною робочою групою рекомендовано видалити таке захворювання, разом з іншими, типу, фетишизм, фетишистський трансвестизм та садомазохізм». Запропоновано категорію «гендерна неузгодженість», що входить до нового параграфу – «стани, що відносяться до сексуального здоров'я». [7; 9, с. 113]

Трактування негетеросексуальної орієнтації та нецісгендерної ідентичності як хвороб та відхилення від норми, не лише дало підстави для стигматизації ЛГБТ-спільноти, а й стало поштовхом для популяризації різноманітних практик по зміні відповідних характеристик сексуальності.

Отримавши поширення на початку 20 століття в психології Фрейда, такого роду «наукові пошуки» значно розповсюдилися в часи Нацистського терору, коли в концентраційних таборах над геями та лесбійками ставилися численні досліди та проводилося експериментальна терапія. З метою вилікувати та зцілити гомосексуальність, застосовувалися такі методи як кастрація, частіше – електрична та фармакологічна шокова терапія, лоботомія тощо.

Після закінчення ІІ Світової Війни, по всьому світу до сьогодні проводиться безліч практик, які покликані «вилікувати» гомосексуальну орієнтацію або трансгендерну ідентичність, відомі під назвами: «конверсійна терапія» або «репаративна терапія», або, рідше, «переорієнтовуюча терапія», «диференціююча терапія». Звісно, методи відрізняються від колишніх, однак психологічні експерименти можуть призвести до неменшої шкоди. Це, по-перше, порушення психіки, а, по-друге – марні надії.

Сучасна репаративна терапія є переосмисленням більш ранніх психологічних досліджень і ґрунтується та позиціях, сформульованих прихильниками зовнішнього походження гомосексуальності та трансгендерності.

Не дивлячись на це, станом на 2018 рік, всього чотири світові країни (з них, одна європейська) на загальнодержавному нормативному рівні забороняють конверсійну терапію – Аргентина, Бразилія, Мальта та Тайвань. В Канаді подібні заборони діють лише в 2 провінціях, в США – в 9 штатах, в Австралії – в 1 штаті. На рівні судової практики або офіційних позицій психологічних державних організацій, конверсійна терапія заборонялася в таких країнах, як Велика Британія, Чилі, Китай, Індія, Ізраїль, Ліван та Південна Африка. А, до прикладу, в Малайзії, конверсійна терапія пропагується та підтримується на державному рівні.

Як наголошувалося раніше, визнання гомосексуальності як нормального явища, а не психічного захворювання потягнуло за собою боротьбу за права ЛГБТ-спільноти, а також рівність. Основним питанням, що постало на цьому фоні стало походження гомосексульності. Серед представників різних наук існує

безліч теорій, деякі з яких пускають своє коріння ще в часи Древньої Греції. Однак всі вони зводяться до однієї дискусії – чи є гомосексуальна орієнтація явищем вродженим, надиктованим природою та генетикою, чи соціальним, як результат навколишнього середовища та оточення людини.

Американська Психологічна Асоціація сьогодні заявляє, що сексуальна орієнтація це не вибір, а скоріше потреба, що виникає для більшості в ранньому підлітковому віці без попереднього сексуального досвіду [10]. В той же час, соціологи наполягають, що навколишнє середовище особи може прямо вплинути на її сексуальну орієнтацію. Слід відмітити, що на характер та забарвлення даної дискусії сильно впливають дебати стосовно моральності гомосексуальності.

Пошуки біологічного підґрунтя гомосексуальності почалися ще вкінці 1930-х років з досліджень американського вченого Альфреда Кінслі, ціллю якого було визначити як багато з дорослого чоловічого населення вступало в гомосексуальні стосунки та припустити причини таких дій. В результаті такого вивчення, була розроблена відома «шкала сексуальності Кінслі», спектр сексуальності в якій варіювався від 100% гетеросексуальності до 100% гомосексуальності і включав все, що поміж. [11]

Після цього багато інших наукових пошуків доказали біологічне походження гомосексуальності. Карен Хукер у 1957 році на основі свого порівняльного дослідження представників різної сексуальної орієнтації, поділивши їх на групи за віком, IQ та рівнем освіченості, констатувала нульове співвідношення між соціальною обумовленістю сексуальності. До речі, саме на основі цього дослідження Американська Психологічна Асоціація викреслила гомосексуальність з переліку психічних розладів і визнала, що гомосексуальність не є ні психічною хворобою, ні аморальним вчинком. Це просто спосіб, в який частина населення виражає свою людську любов та сексуальність. [7]

В 1990-х роках активно науково вивчалися біологічні корені негетеросексуальної орієнтації. Такі вчені, як до прикладу, Д. Ф. Суаб, Лора С. Аллен, Сімон Ле Вей та інші проводили різноманітні досліди, результати яких

показали, що мозок гомосексуала відрізняється від мозку гетеросексуала, що не може бути соціально обумовленою відмінністю. Схожих висновків здобуто і на основі досліджень близнюків, зокрема, Ернестом Калманом, Дж. Майклом Бейлі та Річардом Пілард. Пізніше, Дін Хамер на основі дослідження ДНК прослідкував, що гомосексуальність передається на рівні Х-хромосом, здебільшого по материнській лінії. [12, 13]

Офіційна позиція більшості світових медичних та психологічних організацій також наполягають на природності будь якого виду сексуальної орієнтації. Однак, соціологи не погоджуються з цим і надалі. На сьогоднішній день більшість соціологічних теорій про походження гомосексуальності підкреслюють роль батьківської та сімейної динаміки більше, ніж суспільства в цілому – розподіл ролей – матерналістичних чи патерналістичних, сексуальне виховання дітей тощо. Проблема в тому, що важко науково простежити відмінність у вихованні гетеросексуальних та гомосексуальних дітей.

В царині соціологічного пояснення гомосексуальності основне місце посідають протилежні теорії двох вчених: Девіда Халперіна та Жана Фоколта. Перша, що особливо позитивно сприйнята релігійними спільнотами та критикована науковою спільнотою, пов’язує виникнення гомосексуальності з Едиповим комплексом в дитини [14]. Жан Фоколт вважає, що гомосексуальність виникла, бо її придумали самі люди. Він зазначає, що негеторескуальність з’явилася як одна з форм сексуальності лише після того, як вона була трансформована зі способу содомії у внутрішній андроген, «гермафродизм душі». Вчений висловлює позицію, що гомосексуальність була вадою, яка потім просто назвала себе іншим словом. [14, 15]

На відміну від сексуальної орієнтації, походження гендеру є менш спірним. Практично всі вчені погоджуються, що гендер визначається на біологічному рівні, залежно від гормонів та хромосом. Жіночий та чоловічий сексуальний гормон – естроген та тестостерон відповідно, присутній і у жінок у чоловіків, однак в різній кількості. Дослідження, які проводилися ще в 60-70-х роках 20 століття на щурах вже тоді показали, що дані гормони впливають на поведінку

піддослідних. Так, якщо ввести особі чоловічої статі більше естрогену, вона починає виражати більш «жіночну» поведінку. І навпаки – якщо вколоти тестостерон особі жіночої статі, її поведінка набуває більш маскулінного забарвлення [16]. Тим не менш, багато дослідників вважають, що на розвиток гендеру людини впливають не лише біологічні фактори, а й соціальні. Так, дослідження показали, що на те, ким відчуває себе дитина – дівчинкою чи хлопчиком – впливає батьківське виховання та відношення до неї як до дівчинки, чи як до хлопчика. [16]

Таким чином, аналіз наукових джерел щодо природи та походження гомосексуальності та трансендерності дають можливість констатувати, що поглинаюча більшість медичних та психологічних досліджень найавторитетніших наукових осередків підтверджують, що відмінні від гетеросексуальної види орієнтацій та інші за цісгендерну форми гендерної ідентичності, є рівним чином вродженими, природніми, незмінними та нормативними. Пропри це, тривала історія їх діагностування як психічних розладів, разом з історично зумовленим кримінальним забарвленням, залишила відбиток на суспільній свідомості, який є помітним і сьогодні. Така негативність виражається у вигляді поширення інших, аніж біологічна, теорій походження даних характеристик, якими підтверджуються можливість зміни сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та резонність конверсійних терапій та практик, а також доказуються негативний вплив на інших у разі видимості гомосексуальності та трансгендерності в соціумі. В свою чергу, ця ситуація зумовлює дискусійність і в рамках правової науки щодо питання сприйняття негетеросексуальної орієнтації та нецісгендерної ідентичності як права людини.

З юридичної точки зору, з цього приводу варто відмітити, що біологічне походження сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, їх вродженість та незмінність дійсно є важливим аргументом в правозахисному ЛГБТ-русі, є вагомими в процесі закріплення окремих правомочностей в рамках права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність (до прикладу, вищезгадані набувають принципового значення, як доказ необхідності запровадження

правових заборон різноманітних конверсійних практик, в силу їх недієвості та шкоди) та визнання його як природного, фундаментального права людини.

З іншого боку, специфікою права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність людини слід визначити юридично-формальну неможливість встановлення об'єктивного причинно-наслідкового зв'язку між істинними сексуальною орієнтацією та гендерною ідентичністю, як явищами інтимного світу людини та їх зовнішнім проявом та вираженням. Виходячи з внутрішньої природи сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та власної компетенції кожного щодо них, варто констатувати і те, що втручатися ззовні та вимагати від особи відповіді на запитання про їх сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, так само як і забезпечувати правом на сесуальну орієнтацію та гендерну ідентичність інтереси лише тих, хто поводиться відповідно даних категорій – може кваліфікуватись як втручання в право на особисте життя особи, а також порушення гідності та свободи людини. Власна компетенція кожного стосовно своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності означає не лише діяти відповідно них, однак і не діяти, особливо в сучасних умовах пропагування автономії та самовизначення людини, її унікальної особистості та рівності в різноманітності. Тому вході подальшого дослідження сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності як права людини, варто враховувати не лише недевіантність, нормативність та природність будь яких видів таких характеристик, а й розглядати такі суспільні відносини через призму індивідуальної свободи та вибору особи, що може не співпадати зі справжніми сексуальною орієнтацією та гендерною ідентичністю.

Розглянуті вище передумови права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, а саме затяжна історія кримінальної караності, засудження зі сторони церкви, дискусії навколо походження сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, негативне соціальне сприйняття гомосексуальності та трансгендерності вплинули на відсутність чіткості в понятійно-термінологічному апараті в даній царині на рівні науки, і, як результат, на рівні права.

Американська психологічна асоціація (American Psychological Association) розуміє сексуальну орієнтацію як стійку модель емоційного, романтичного та/або сексуального потягу до жінок, чоловіків, або представників і однієї, і іншої статі, яка пов'язана з самоідентифікацією, що базується на цьому потязі, з типом поведінки і приналежністю до спільнот людей, які розділяють такі потяги. [17]

Традиційно класифікують три види сексуальної орієнтації:

- гетеросексуальна (потяг до осіб протилежної статі);
- гомосексуальна (потяг до осіб тієї самої статі);
- бісексуальна (потяг до осіб обох статей). [18]

Щодо гендерної ідентичності, то дане поняття психологи розуміють як:

- адаптаційну статеву ідентичність, як усвідомлення особистістю співвідношення своєї реальної поведінки з поведінкою інших жінок та чоловіків;
- цільову концепцію «я», як набір індивідуальних настановлень чоловіка або жінки на те, якими вони повинні бути;
- персональну ідентичність, як особистісне співвідношення себе з іншими людьми;
- его-ідентичність, як глибинне психологічне ядро того, що саме особистість людини як представника статі означає для самого себе. [19]

Чекалкіна А.А. констатує, що гендерна ідентичність - це особливий вид соціальної ідентичності, що співіснує в самосвідомості людини в єдності з уявленням про професійний, сімейний, етнічний, освітній, інший статус. Поняття «бути жінкою» або «бути чоловіком» відмінні для різних етнічних, релігійних, расових груп, для різних соціальних прошарків та для різних поколінь. [20]

Тобто, іншими словами, гендерна ідентичність – це усвідомлення індивідом себе як жінки, або як чоловіка, незалежно від його біологічної статі.

У вітчизняній правовій доктрині, як і в законодавстві України, визначення понять «сексуальна орієнтація» та «гендерна ідентичність» не зустрічається.

Формулювання вищезгаданих понять, однак, можна знайти в деяких міжнародно-правових документах, що не ратифіковані Україною, а також – в окремих світлинах права ЄС.

Так, наприклад, 24 червня 2013 року Радою ЄС було ухвалено Керуючі принципи заохочення та захисту здійснення всіх прав людини у відношенні бісексуалів, геїв, лесбійок, трансгендерних та інтерсексуальних (ЛГБТІ) людей. Даним документом сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність визначаються наступним чином. Сексуальна орієнтація – це здатність людини до емоційного, чуттєвого та сексуального потягу до осіб іншої чи тієї самої статі, або до обидвох з них, а також до інтимних та сексуальних відносин з ними. Гендерна ідентичність – це глибоке внутрішнє та індивідуальне сприйняття статі кожною людиною, яке може відповідати або не відповідати статі при народженні. [21]

Джок'якартські принципи (принципи застосування міжнародно-правових норм про права людини у відношенні до сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності), прийняті відповідною міжнародною групою експертів у цій сфері у 2006 році, надають більш широкого розуміння досліджуваним поняттям.

Сексуальна орієнтація розуміється як здатність тої чи іншої особи до глибокої емоційної, приятельської та сексуальної прив'язаності до осіб іншої статі, чи тієї самої статі чи обох статей, а також до вступу з такими особами в інтимні та статеві зносини.

Гендерна ідентичність розуміється як глибоке усвідомлення тією чи іншою особою внутрішніх та індивідуальних особливостей гендерної приналежності, яка може як співпадати, так і не співпадати з вродженою статтю, включаючи індивідуальне відчуття свого тіла (при наявності вільної волі, може супроводжуватися змінами зовнішності чи фізіологічних функцій медичними, хірургічними чи іншими засобами) та інші прояви, такі як одяг, мова та особливості поведінки. [22]

В міжнародному та європейському праві, «сексуальна орієнтація» це основний термін, яким позначається гетеросексуальність, гомосексуальність та бісексуальність. В міжнародній та європейській судовій практиці, термін

«сексуальна орієнтація» найчастіше використовується в розумінні гомосексуальної орієнтації та одностатевих відносин.

Рідше даний термін застосовується у відношенні гомо-, гетеро- та бісексуальних осіб або до їхніх відчуттів та ідентичностей. Це поснюється тим, що в царині права проблеми в основному виникають навколо гомосексуальних стосунків. Тому в юриспруденції словосполучення «сексуальна орієнтація» найчастіше використовується для позначення характеристик поведінки чи стосунків, а не для характеристики справжньої орієнтації людини. Аналогічним є і застосування терміну «гендерна ідентичність». [23]

Окрім цього, доповнені Джокьякартські принципи від 2017 року «Джок'якарта+10» вводять нову термінологію в проблематику, що досліджується. Зокрема, це терміни «гендерне вираження» та «статеві характеристики». [24]

Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність – це дві незалежні категорії у визначенні особою себе «ним» чи «нею». Сексуальна орієнтація визначає те, хто особі подобається, а гендерна ідентичність – те, ким людина є.

В літературі, окрім сексуальної орієнтації, можна також зустріти такі терміни, як «сексуальна поведінка» або «сексуальні переваги», а також «сексуальна ідентичність». Загальне відмежування їх змісту від змісту сексуальної орієнтації полягає в тому, що остання розглядається як щось більш постійне та стале.

З біологічної точки зору, гомосексуальність – природнє явище, те, ким особу створила природа, що не залежить від її вибору. Сексуальна поведінка та переваги є вибором людини і вони можуть не співпадати з природою людини та її справжньою сексуальною орієнтацією. Сексуальна поведінка, або переваги, або ж сексуальна активність відрізняється від поняття сексуальної орієнтації і сама по собі не відносить особу до ЛГБТІ-спільноти.

Окрім цього, не кожна людина з гомосексуальною або бісексуальною орієнтацією є сексуально активною. Сексуальна орієнтація особи не свідчить про

те, чи є він/вона/вони активними в сексуальному контексті і не являються безумовним показником її сексуальної поведінки.

Сексуальна ідентичність – один із п’яти компонентів людської сексуальності, яким охоплюється самовизначення особою своєї поведінки в соціумі відповідно до або ж невідповідно до своєї сексуальної орієнтації. Іншими словами, сексуальна ідентичність – це те, ким себе позиціонує індивід серед інших людей – гомо- чи гетеросексуалом.

Сексуальна ідентичність та сексуальна орієнтація не обов’язково повинні співпадати між собою. До прикладу, гомосексуалу може бути психологічно простіше визначати свою сексуальну ідентичність як бісексуальну чи пансексуальну. І навпаки – часто ЛГБТ-спільнота негативно відноситься до бісексуалів, що може обумовити їхнє бажання створити собі гомосексуальну ідентичність.

Сексуальна ідентичність та сексуальні вираження або переваги не обов’язково повинні бути вираженням істинної сексуальної орієнтації особи. Однак, сексуальна ідентичність відрізняється від сексуальних переваг чи сексуального вираження тим, що вона є поняттям більш сталим та тривалим, в той час як останні можуть носити разовий характер і взагалі не стосуватися орієнтації особи, часто будучи експериментом чи разовим досвідом. Однак, авторами всі три поняття поширено використовуються як синонімічні.

Акцентується, що сама по собі сексуальна поведінка, чи то вираження, чи ідентичність не визначають орієнтації. Лише розуміння особою того, що вона має негетеросексуальну орієнтацію визначає її як ЛГБТ.

Так само і гендер. Незалежно від біологічної статі, особа може ідентифікувати себе з статтю протилежною. Наприклад, людина могла народитися чоловіком, однак ідентифікує себе і відчуває себе більш комфортно як жінка.

Коли мова заходить про сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність та представників мінорної групи в даному контексті, в літературі використовується багато різних термінів та позначень.

Як зазначає в своєму дисертаційному дослідженні Я.К. Товпеко, найбільш поширеними і широкими загальними збірними термінами, що використовуються для позначення людей з мінорними за статистикою варіантами сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності, є поняття «сексуальні меншини» та «ЛГБТ». [4, с. 37]

Абревіатура «ЛГБТ» є збірним поняттям, яким в усьому світі прийнято називати людей негетеросексуальної орієнтації та нецісгендерної ідентичності, тобто лесбійок, геїв, бісексуалів та трансгендерів. Термін бере свої початки з США, де з 1990-х років він почав використовуватися як самоназва, яка охоплювала групу людей, відмінних від «традиційних» сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності і з часом поширилася по всьому світі. ЛГБТ розшифровується як «лесбійки, геї, бісексуали та трансгендери». Перші три терміни використовуються, як відомо, для позначення негетеросексуальної орієнтації осіб.

Найчастіше в українській мові застосовуються такі позначення людей з негетеросексуальною орієнтацією, як «гей», «лесбійка» та «гомосексуал». Слово «гей» походить з англійської мови «gay» і означає когось веселого, схильного до жартів. У Сполучених Штатах, це слово використовувалося як образливе для гомосексуальних чоловіків, але пізніше було ними самими нейтралізоване, оскільки чоловіки почали самі себе так називати. Слово «лесбійка» походить від назви грецького острова Лесбос, на якому жила Сафо, найславетніша поетеса Давньої Греції (на межі VII та VI ст. до н. е.). [25]

Останнім часом, вирує думка, що термін «гомосексуаліст» є некоректним, якщо взагалі не дискримінаційним, так як апелює до минулого, пов’язаного з криміналізацією гомосексуальної чоловічої поведінки [26, с. 14].

Замість цього, Товпеко Я. К. пропонує використовувати більш нейтральні терміни, такі як «гомосексуальна жінка» та «гомосексуальний чоловік» (що відсилає до медичного терміну «гомосексуальність» в розумінні сексуального та романтичного потягу до осіб тієї самої статі, а не до криміналізованих дій

минулих часів) [4, с. 16]. Правильним синонімом тут також буде слово «гомосексуал», тобто особистість, якій притаманна гомосексуальність. [27]

Термін «бісексуал» («бі»), який було введено ще в 1809 році ботаніками і який спочатку відносився виключно до рослин, сьогодні означає особу з сексуальним та романтичним потягом до осіб обидвох статей. Однак, з тенденціями до відхилення від бінарної системи статевого поділу, дедалі більшого поширення набуває термін «пансексуал», як особи, що відчувають стійкий романтичний та сексуальний потяг до осіб усіх статей, відмовляючись від традиційного підходу щодо визнання двох статей (жіночої і чоловічої) та двох гендерів (жінки і чоловіки) в світлі існування інтерсексів, трансгендерів, небінарних осіб, а також тенденції визнання на міжнародному рівні і закріплення у національних законодавствах держав можливості зміни (корекції) особою статевої належності. [28]

Термін «трансгендер» в найбільш широкому розумінні застосовується до осіб, гендерна ідентичність яких не співпадає з їх біологічною статтю. Поняття «трансгендер» не потрібно плутати з поняттями «транссексуал» та «трансвестит». Термін «трансвестит» було введено в 1910 році німецьким сексологом Магнусом Хіршфельдом, який пізніше започаткує Берлінський інститут, де проведуть першу операцію по зміні статі. Термін «транссексуал» не зустрічалося до 1949 року, «трансгендер» - до 1971 року, а «транс» (британський термін) – до 1996-го. [29]

Транссексуал – це особа, яка шляхом медичного втручання та/або на правовому рівні змінила свою біологічну стать, або яка має наміри так вчинити. Поняття «трансгендер» та «транссексуал» відрізняються тим, що трансгендери, на відміну від транссексуалів, не змінювали та/або не збираються змінювати свою біологічну стать відповідно до своєї гендерної ідентичності.

Тут варто відмітити, що в українському законодавстві, а також в медицині та психології застосовується частіше термін «транссексуалізм». Так, наприклад, саме «транссексуалізм» діагностується як психічний розлад, згідно МКХ-10, як умова для дозволу оперативної зміни статі. Хоча на мові оригіналу як в МКХ-10,

так і в новому МКХ-11 (яким вже не передбачено такого психічного та поведінкового розладу) застосовується термін «transgenderism», тобто «трансгендерність». Тому необхідно внести аналогічні зміни і до вітчизняної науки та права, оскільки транссексуальність тут є недоречною. [30]

Є два види транссексуалів: транссексуал «MtF» (Male-to-Female) – це людина, яка народилася з чоловічим тілом, але відчуває себе жінкою; транссексуал «FtM» (Female-to-Male) – це людина, яка народилася з жіночим тілом, але почувається чоловіком.

Трансгендерність є поняттям ширшим за транссексуальність, і включає в себе останнє, оскільки транссексуал – це трансгендер, що пройшов медичну зміну статевої приналежності.

Не слід також плутати з трасгендерністю та транссексуальністю «трасвестизм» (в англомовній літературі використовується також термін «cross-dressing»), що відноситься до людей, які відчувають сексуальне задоволення перевдягаючись у одяг, притаманний для протилежної статі; «метросексуал», яким найменують людей з підвищеним рівнем уваги до свого зовнішнього вигляду; «dragkings» та «dragqueens», які, як правило пародіюють відомих людей, показуючи їх через перебільшення, утрирування. [31]

Слід також відмітити, що сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність – це дві самостійні категорії, серед людей з нецісгендерними ідентичностями також є геї, лесбійки та бісексуали. Їх сексуальна орієнтація визначається згідно їх гендерної ідентичності, а не біологічної статі. Таким чином, якщо наприклад, біологічна жінка, гендерною ідентичністю якої є чоловіча, відчуває потяг до жінок, то мова йтиме про гетеросексуальну орієнтацію. Якщо ж чоловіків – про гомосексуальну.

Окрім абревіатури «ЛГБТ», можна зустріти і ширші варіації. Так, наприклад, деякі автори, передові громадські організації, а також Агенство фундаментальних прав людини при ЄС (далі АФП) з 2015 року в своїх звітах застосовують абревіатуру «ЛГБТІ». «І» означає «інтерсекс». Інтерсекс (інтерсексуальна особа), за визначенням Агенства Фундаментальних Прав

Європейського Союзу, – це така особа, стать якої неможливо однозначно ідентифікувати як чоловічу чи жіночу. [32]

Інтерсекс – це термін, що замінив раніше застосовуваний термін «гермафродит», який широко використовувалося в медичній практиці 18 та 19 століть, поки термін «інтерсекс» не ввійшов в медицину на початку 20 сторіччя. За А. Кравчуком, поширений раніше термін «гермафродит» щодо людей з невизначеною статтю, які поєднують біологічні ознаки обох статей та часто мають особливу, окрему гендерну ідентичність, наразі вважається застарілим та політично некоректним. Правильним терміном на позначення зазначених осіб, як стверджує дослідник, є «інтерсексуал». [26, с. 16]

Офіс Вищого Комісара з прав людини ООН (The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights' (OHCHR)) в своїй програмі «Вільні та рівні» наголошує, що: «Інтерсесуальні особи відчувають той самий спектр сексуальних орієнтацій та гендерних ідентичностей, що і не інтерсексуальні особи». В світлі даного твердження, називати інтерсексуальних людей «інтерсексуаліст» (з англ. "intersexual") не правильно, оскільки інтерсекс означає статеві характеристики, а не сексуальну орієнтацію. Тому правильніше, на нашу думку, використовувати терміни «інтерсекс», а не «інтерсексуал». [33]

Можна сказати, що порушення прав людини у відношенні ЛГБТІ часто знаходить своє джерело в статевих та гендерних стереотипах, на яких базується суспільство, разом з упередженими припущеннями, які надають вищий і нормативний статус гетеросексуальності (гетеронормативності) та відповідності гендеру статі, визначеній при народженні (цісгендерність). З огляду на це, абревіатура «ЛГБТІ» є надзвичайно поширеною серед європейських та міжнародних організацій.

Варто зазначити, що інтерсекси поділяють певні обмеження в свої правах і з іншими групами меншин, включаючи осіб з фізичними вадами, а також тих, хто піддавалися генітальним каліцтвам чи обрізанням. Тому, можливо, було б корисно відділити групу інтерсексів від ЛГБТ-спільноти для ефективнішого захисту їх прав та свобод.

Необхідно відрізняти інтерсексів та андрогенів. Андрогенна особа – це така, гендерну ідентичність та вираження якої неможливо віднести ні до фемінної ні до маскулінної, в той час, як інтерсексуальність стосується саме біологічної статі, а не гендеру. «Полігендер» - це термін, що введений в обіг у Каліфорнії в 1990-х, яким описуються особи, які вважають себе приналежними до обох гендерів. [29]

За ознаками нецісгендерної ідентичності, або неприналежності до бінарного статевого розподілу, все більше і більше світових країн починають запроваджувати можливість зміни статі в офіційних ідентифікаційних документах особи, а деякі – запроваджують можливість обрання особою «третьої статі», «статі Х», «невизначеної статі» або ж «іншої статі» (дані терміни використовуються в різних законодавствах як синоніми).

Така термінологія широко використовується стосовно осіб, яких не можна класифікувати ні до категорії жінок, ні до категорії чоловіків, як згідно суспільних уявлень, так і за їх власним переконанням. Найчастіше, нею позначають соціальну категорію, коли більше ніж 2 гендери визнаються в країні і означають людей, яких не можна однозначно визначити чоловіками чи жінками. Це, до прикладу, *muxes* в Мексиці, *hijras* в Індії та Східній Африці, *kathoeys* в Тайланді, *fa'afafine* в Полінезії та ін..

Німеччина, будучи однією з найбільш ЛГБТІ-дружніх країн, стала першою країною Європи, яка офіційно визнала «третю стать» в сертифікатах про народження. Нова Зеландія забезпечила для громадян можливість зазначити в паспорті стать «Х», як невизначену або неуточнену, згідно рекомендацій Комісії з прав людини в звіті за 2008 рік. В Австралії з 2011 року, паспорт містить в собі три можливі статі на вибір – чоловічу, жіночу та невизначену.

Окрім абревіатур «ЛГБТ» та «ЛГБТІ» часто зустрічаються і такі назви, як «ЛГБТК» та «ЛГБТІК», які додають до даного збірного поняття і таку категорію, як «квір». Найчастіше останні застосовуються в теорії та практиці США.

Акронім «ЛГБТК» (англ. LGBTQ), в якому буква «К» позначає слово «квір», набув поширення внаслідок трансформації й популяризації поняття

«квір» з 1996 року в зарубіжній науковій літературі. Зокрема, дану абревіатуру на позначення сексуальних меншин використовує Американське управління служби лікування наркозалежності та психічних розладів (SAMHSA) [34]. Вживаною у цьому контексті є також ширша за змістом абревіатура «ЛГБТІК» (відповідно, на позначення лесбійок, геїв, бісексуалів, трансгендерів, інтерсексів та квірів). [4, с. 19]

Термін «квір» в перекладі з англійського «queer», означає «дивний», «ексцентричний», «незвичний» і ввійшло в лексичний обіг англійської мови з 16 століття. Однак у відношенні до сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності воно почало використовувати в США на початку 20 століття у контексті звернення до гомосексуалів, акцентуючи увагу на їх «незвичності», у протиставленні до гетеросексуальної більшості. В наукове застосування дане поняття було введене американкою Т. де Лауретіс, яка вкінці 80-х років 20 століття застосувала термін «квір» в своєму дослідженні «Квір-теорія: лесбійська і гомосексуальна сексуальність: вступ». Даний термін характеризується своєю неоднозначністю, оскільки він може вживатися як до будь-якої групи людей, яка принципово відрізняється від решти населення, так і до виключно збірного поняття по відношенню до ЛГБТ-спільноти. Т. де Лауретіс називала квірами інтерсексів («гермафродитів»). Також, з уст гомофобів та трансфобів даний термін звучить в негативному забарвленні. [4, с. 17; 35, с. 83, 84; 36, с. 63]

Враховуючи таку нечіткість та двоякість поняття «квір», використання абревіатури «ЛГБТК», а також «ЛГБТІК» є невиправданим, оскільки навіть без додавання літери «К» («квір»), ним і так охоплються лесбійки, гомосексуали, бісексуали, трансгендери та інтерсекси. Також, спираючись на низький рівень правової культури, сексуальної освіти населення, зокрема українського, це може призвести до проблем як в праворозумінні та правозастосуванні, так і в науковій об’єктивності.

Як влучно зазначає з цього приводу А. Кравчук, нещодавнє запозичення з англійської мови поняття «квір», яке означає будь-яку сексуальну поведінку, що

відрізняється від гетеросексуальної, може сприйматися залежно від контексту і як цілком нейтральний термін, і як дуже образливий, є характерним до вживання у досить вузькому специфічному науковому колі або середовищі ЛГБТ-спільноти, обізнаної з науковими дослідженнями, а тому поки що навряд буде зрозуміле пересічним мешканцям України. [26, с. 15].

Окрім згаданих вище, також зустрічаються такі позначення, як «ЛГБТКІА», а також «ЛГБТ+», де «А» означає «асексуал», тобто особа, яка не відчуває ніякого статевого приваблення взагалі, а «+» розуміється, як будь-які інші варіації мінорних сексуальних орієнтацій та гендерних ідентичностей.

К. Баркер вважає, що абревіатура «ЛГБТ», що здобула поширення як тотожне «сексуальним меншинам» поняття, теж може піддаватися широкій критиці, адже не відображає в повній мірі весь спектр ідентичностей [37]. Однак, з такої точки зору, не підходять також й інші варіації даної абревіатури. Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є занадто широкими та недослідженими категоріями внутрішнього світу людини, весь спектр яких на даний момент є не визначеним, і не факт, що колись зможе бути визначений їх вичерпний перелік. З цієї позиції випливає, що найбільш влучною можна запропонувати абревіатуру «ЛГБТ+». Однак, на сьогоднішній день, вона не є поширеною.

Слід вважати, що з точку зору стрімкого поширення та надзвичайної актуальності проблеми інтерсексуальних прав в усьому світі, враховуючи, що дана категорія є самостійною щодо сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, формує собою окрему специфічну групу можливостей та потреб, не ігноруючи, в той же час, що гомофобія та трансфобія часто поширюються і на інтерсексуальних осіб, найбільш доречним варто визначити термін «ЛГБТІ». Однак, в даній роботі, завдання дослідити проблематику інтерсексуальних прав не було поставлене, тому в рамках дисертаціного дослідження, буде використовуватися поняття «ЛГБТ» тоді, коли не буде включати до свого змісту прав інтерсексів та поняття «ЛГБТІ» – у протилежному випадку.

Окрім цього, вітчизняна та зарубіжна наукова література, судова практика ЄСПЛ, громадські організації та представники зарубіжних, національних та міжнародних установ широко оперують термінами «сексуальні меншини».

Вперше термін «сексуальні меншини» було вжито 1967 р. у праці видатного шведського психіатра Л. Уллерстама «Еротичні меншини: шведський погляд», для характеристики сукупності людей, які своєю сексуальною поведінкою, орієнтацією, способом життя вирізняються серед «гетеросексуальної більшості». [38, с. 9].

Сьогодні термін «сексуальні меншини» застосовується як у вузькому розумінні – для позначення мінорних за статистикою груп за сексуальною орієнтацією, так і в широкому, який почав включати в себе і категорію гендерних меншин. В літературі зустрічається і термін «гендерна ідентифікація», що використовується як синонім до поняття «сексуальні меншини» в його широкому розумінні. Так, Совгиря О.В. пише, що сучасні тенденції у науці та суспільстві зумовлюють необхідність приділення уваги питанням конституційно-правового регулювання прав у сфері гендерної ідентифікації (прав сексуальних меншин). [39, с. 328]

Для більшої ясності, оптимальніше застосовувати обидва терміни – «сексуальні меншини» та «гендерні меншини». Тому в подальшому дослідженні використовуватися дані поняття будуть як дві окремі категорії («сексуальні меншини» – мінорна група за ознакою сексуальної орієнтації, «гендерні меншини» – меншинна група згідно гендерної ідентичності). Поняття «сексуальні меншини» не буде вживатись як таке, що включає гендерні меншини.

Варто відмітити, що і ця термінологія є досить критикованою в наукових та правозахисних колах. Основним аргументом є саме застосування терміну «меншина», що на думку деяких вчених є некоректним з огляду те, що нецісгендерна ідентичність та негетеросексуальна орієнтація теж вважається нормою.

З цього приводу Дігін А. наголошує, що, називаючи себе відповідним чином, представники даної спільноти підкреслюють гетеросексуальність більшості людей, що в результаті психологічно і морально сприймається як єдиний і поширений варіант норми, а це, в свою чергу, сприяє патологізації інших варіантів орієнтації та гендерної ідентичності і в результаті – визнанню їх ненормальними. Так, наголошуючи на однорідній сексуальній більшості, термін «сексуальні меншини» ставить лесбійок, геїв, бісексуалів і трансгендерів у певну опозицію по відношенню до суспільства. [40]

Термінологія, щодо меншинного становища ЛГБТ-спільноти, сприймається неоднозначно і нею самою. Це пов'язано з позицією, що вже самим цим словосполученням гомосексуалам вказують на їх мінорне положення та гомофобію. Також існує думка про нечіткий зміст поняття «сексуальних меншин», оскільки в деяких трактуваннях воно включає не лише гомосексуалів, а й практикантів різних незвичних сексуальних вподобань, типу свінгерів, прихильників БДСМ та інших.

У випадку застосування терміну «сексуальні меншини» у широкому розумінні, він також вважається некоректним щодо трансгендерів. Суперечки точаться з приводу того факту, що гендер є окремою категорією, яка не має нічого спільного з сексом, сексуальними практиками чи сексуальною орієнтацією. А отже, влучнішим є окремий термін «гендерні меншини».

Інші ж відзначають, що сексуальні чи гендерні меншини не є групами меншин, а є групами, з яких роблять меншини.

Термін «сексуальні меншини» було запроваджено за аналогією з поняттям «етнічні меншини» на позначення групи громадян, які потребують захисту державою своїх інтересів поряд з інтересами більшості. В даному дослідженні буде використовуватися термін «сексуальні та гендерні меншини», у розумінні групи меншин, стосовно яких порушується принцип недискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Таким чином, найбільш влучними, нейтральними та коректними варто назвати терміни: «ЛГБТ», «ЛГБТІ», «сексуальні меншини», «гендерні

меншини», лесбійка, бісексуал, гей, гомосексуал, гомосексуальна жінка, гомосексуальний чоловік, негетеросексуал, нецісгендер, трансперсона, трансособа, трансгендер, транссексуал, транс*, інтерсекс. При цьому, не варто використовувати терміни «гомосексуаліст», «гомосексуалізм», оскільки це є посиланням до назви складу злочину радянських часів.

Некоректною слід вважати термінологію, що так поширена в судовій практиці України, а саме «нетрадиційна», «ненормальна» сексуальна орієнтація на противагу «традиційній» або ж «нормальній», а також переважне застосування терміну «транссексуалізм» у відношенні до трансгендерів. Сексуальна орієнтація не належить до традицій, а є вродженим фактором, медичним же фактом є те, що всі види сексуальних орієнтацій є однаково нормальними і відомі людству з початку його існування. Тому в дисертації будуть використовуватися терміни «гомосексуальна орієнтація», «бісексуальна орієнтація», «негетеросксуальна орієнтація» та «трансгендрна ідентичність», «нецісгендерна іделичність».

Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в даній роботі розглядається як таке, яке включає правовідносини щодо негетеросексуальної орієнтації та нецісгендерної ідентичності.

1.2. Основні сучасні напрямки дослідження права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність

Права людини виникають та існують як багатогранне, складне явище, яке спирається на увесь спектр соціальних факторів, що обумовлюють їхнє існування. Відтак, проблема прав людини має багатоваріантні виміри, глибоко проникаючи в мораль, філософію, ідеологію, релігію та, звичайно, право.

З'ясування змісту поняття прав людини – завдання не з простих, воно ускладнюється багатоаспектністю його розуміння у повсякденному житті, інтерпретацією в суспільно-політичних процесах, у законодавстві та поліваріантністю термінів, наявних у наукових дослідженнях, де воно набуває різних змістовних відтінків, інтерпретацій і визначень. Крім того, в загальному вигляді ступінь і характер розвинутості прав людини визначається рівнем розвитку держави і права в певному суспільстві.

Наукові надбання в сфері прав людини показують, що авторами таке поняття тлумачиться здебільшого як певна «можливість» особи, пов'язана з задоволенням її потреб.

Стосовно предмету саме цього дослідження, то варто відмітити, що роками потреби людини, пов'язані з її негетеросексуальністю та нецісгендерністю вважалися хворобою, злочином, чимось «аморальним», «гріховним», «нетрадиційним» та «ненормальним». Однак, сучасні умови існування та розвитку людства в усіх сферах життя сприяють переосмисленню таких упереджень. Все більше країн сьогодні декриміналізують гомосексуальність, міжнародні організації наполягають на тому, що сексуальним та гендерним меншинам необхідно надати можливості користуватися рівними правами та свободами. Законодавствами країн по всьому світу забезпечується належна можливість реалізації та захисту права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність особи, наукова спільнота в своїх дослідженнях закріплює все нові та більш ліберальні концепції стосовно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, визначаючи їх саме як право людини, а не явища, які потрібно

засуджувати та лікувати. Медики та психологи закликають викреслити психічний розлад «транссексуалізм» з чергового Міжнародного переліку класифікацій захворювань (що і відбулося у 2018 році в результаті затвердження МКХ-11), а також заборонити на державному рівні застосування до представників ЛГБТ-спільноти методик конверсійної терапії, доводячи їх шкідливість та небезпечність для здоров'я пацієнтів. Правозахисні рухи за права та свободи людини, за рівність та недискримінацію ще з 60-х років 20-го століття і до наших днів піднімають проблематику сексуальних та гендерних меншин, щорічно проводячи Марші Рівності та Прайди по всьому світу. Суспільна мораль та традиції також змінюються, все більше розширюючись та урізноманітнюючись, обумовлюючи нові рамки «добра і зла».

Ще кілька десятків років тому, негетеросексуальність та нецісгендерність були тим, чого соромились, що намагались виправити та приховати. Сьогодні ж – все більш засуджуваними є гомофобія та трансфобія. Гомосексуали та трансгендери поступово виходять з тіні, починають повноцінно функціонувати в суспільних інститутах згідно своїх справжніх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. В свою чергу, науково-технічний прогрес, розширюючи спектр інформаційно-комунікаційних технологій, зумовив «видимість» таких людей в соціумі та сприйняття людини як психо-біо-соціальної істоти, в її неповторності та праві самовизначатися. Навіть деякі церкви та релігії почали сприймати «праведність» одностатевих союзів та зміну статі особою.

Все далі такі відносини, вплітаючись в повсякденне життя, диктуючи нові традиції, стають прийнятною частиною моралі, суспільної культури, масової інформації та побуту. А потреби сексуальних та гендерних меншин – морально нормальними та важливими.

Стосовно питання моральності права, то один із найвпливовіших філософів права сучасності Роберт Алексі, визначаючи в своїх роботах сутність прав людини, називає таку їх рису, як те, що вони є моральними правами. Моральне право пов'язане з існуванням значущої моральної норми, яку воно

забезпечує. Будь-яка норма є значущою морально, якщо вона може бути виправдана для кожного, хто готовий сприйняти раціональне обґрунтування.

А тому, очевидно, що сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність особи слід сприймати саме як її право.

Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність стосується таких моральних категорій, як сім'я, сімейні цінності, любов, батьківство та материнство, фемінність та маскулінність та ін., які є фундаментальними інтересами та потребами людини. Як зазначає Р. Алексі, інтерес або потреба є фундаментальними, якщо їхнє незадоволення призводить до смерті або страждань або зачіпає сутність автономії.

Неможливість людиною реалізовувати своє право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність – це відсутність шансу на шлюб, продовження роду, відсутність можливості бути собою як біологічна істота, психологічна істота та істота соціальна. Важко переоцінити значення даного права для повноцінного життя людини та її самовираження.

Окрім вищезгаданих ознак прав людини, Р. Алексі також вказує на такі як універсальність, приорітет стосовно позитивного права та абстрактність. Універсальність права людини, за Алексі, розкривається через універсальність щодо носія та універсальність стосовно адресата. Тезу стосовно універсальності щодо носія він підсумовує таким чином, що права людини є правами, які належать усім людям як індивідам безумовно. Універсальність стосовно адресата відрізняється тим, що адресатом може бути як індивід, так і група людей і народ. Друга особливість універсальності щодо носія випливає з класифікації прав людини на абсолютні та відносні. [41, с. 174-180]

Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є універсальним правом і стосовно носія, і стосовно адресата, і правом абсолютним, тобто ним володіють всі люди стосовно всіх людей.

Пріоритет стосовно позитивного права означає, що не позитивне право є критерієм для змісту прав людини, а права людини є критерієм для змісту позитивного права.

Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність існує стільки ж, скільки і людина. Можливості та потреби, що з ним пов'язані виникли задовго до виникнення права. Тому негативний зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є фактором, що визначає зміст діяльності органів держави.

І останньою характеристикою права людини є абстрактність. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є абстрактним, по-перше, у відношенні до його адресатів, так як нема чітко визначеного переліку кола осіб, на яких воно направлене. По друге, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність має модальний предмет – нема визначеності в тому, чи це право є лише правом на його необмеження, тобто воно є ліберальним негативним правом, чи воно також спрямоване на позитивну дію, на кшталт захисту від посягань чи створення якихось передумов для реалізації. І третій вимір абстрактності стосується меж права – право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність обмежується там, де починається інше право людини, однак без обмежувальних уточнень. [41, с. 174-180]

Як зазначає Рабінович П.М., проблематика основоположних («природних») прав людини, закономірності їх здійснення, розвитку, охорони і захисту становлять нині, так би мовити, ядро, стрижень предмета загальнотеоретичної юриспруденції. А одним із фундаментальних аспектів цієї проблематики є питання соціальної сутності таких прав. [42]

Вчений визначає соціальну сутність явищ як їх здатність служити засобом задоволення потреб (інтересів) тих чи інших суб'єктів суспільства [42]. Отже, соціальною сутністю права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є його здатність служити засобом задоволення потреб особи. Для з'ясування такої сутності Рабінович пропонує використовувати потребовий підхід, який було винайдено ще у 80-х роках 20 століття і визначався він як виявлення історично зумовлених потреб різних суб'єктів суспільного життя і встановлення ролі, функції (як потенційної, так і реальної) тих або інших предметів, подій, процесів у задоволенні таких потреб. [3, с. 10]

Потребовий підхід, на думку Рабіновича, не є абсолютним, оскільки як і будь-який інший підхід, він має об’єктивні межі застосування. Однак, з іншого боку, невизначеність або спотворення сутності явищ спричиняє інші дослідницькі методи та підходи втрачати свою наукову ефективність та евристичність. Адже саме сутність явища визначає глибинно, в підсумку (хоча й зазвичай не прямо, а опосередковано) усі інші його властивості та прояви. [42]

Для встановлення соціальної сутності права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність за потребовим підходом, необхідно відповісти на наступні запитання:

1) слід осягнути загальне розуміння потреб різних суб’єктів суспільства, що вимагає, зокрема, з’ясування співвідношення цих потреб із такими суміжними, «спорідненими» явищами, як інтереси, мотиви, цілі відповідних суб’єктів;

2) необхідно виокремити основні різновиди таких потреб, зважаючи на їх певну класифікацію;

3) мають бути здобуті змістовні знання стосовно потреб: а) загальносоціальних; б) групових; в) індивідуальних у тому суспільстві, де сформоване, функціонує та розвивається досліджуване правове явище;

4) потрібно встановити: а) потреби яких саме суб’єктів (тобто чиї потреби – чи то окремих індивідів, чи то певних їхніх спільнот, об’єднань, чи то суспільства в цілому) задовольняє досліджуваний феномен; б) які ж саме види таких потреб він задовольняє;

5) і що найважливіше, слід з’ясувати, чи здатний досліджуваний правовий феномен бути засобом, інструментом задоволення певних потреб, а якщо здатний, то якою мірою. Зокрема з’ясувати, чи він є лише одним із таких засобів, чи ж єдиним засобом. І тільки у разі ствердної відповіді на останнє запитання виявлені потреби можна буде вважати правовими. [42]

Задля аналізу соціальної сутності права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, необхідно дослідити його зміст та обсяг, де, за

поясненням Рабіновича, зміст розкривається через якісні показники, а обсяг – через кількісні показники права людини.

Поняття змісту прав людини та поняття обсягу прав людини відображене, наприклад, у ст. 22 Конституції України. Зокрема, частина 3 цієї статті встановлює, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинного законодавства не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав людини. [44].

Визначаючи зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, доречно опиратися на філософське розуміння категорії «зміст». Зміст - це певним чином впорядкована сукупність елементів і процесів, які утворюють предмет чи явище. Відповідно, особливості структури є необхідним компонентом змісту, при чому, з її зміною або зміною організації суттєво змінюється зміст об'єкта та його властивості.

Петер Коллер, досліджуючи структуру прав людини доходить висновку, що кожне право, що належить до прав людини, як і всі інші права, може бути подано як поняття, у якому співвідносяться три елементи: люди, що володіють цим правом, тобто його носії; люди стосовно яких це право існує, або до яких воно адресоване, тобто його адресати; речі, які це право надає його носіям стосовно адресатів, тобто його зміст та предмет. [41, с. 90-93]

Носієм права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, як вже було визначено, є кожна людина. Адресатами права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, в найзагальнішому вигляді, є всі люди. Стосовно третього елемента, то автор цієї концепції влучно називає його найскладнішим. Щоб класифікувати ці стосунки, вчений звертається до відомої класифікації, яка виділяє чотири елементарні типи прав, а саме: вимоги, свободи, повноваження та імунітети. На думку вченого Петера Коллера, кожне право людини складається з переплетення таких елементарних прав, що включає принаймні одну вимогу свого носія, з якою кореспондує відповідний обов’язок адресата. За такого підходу, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність – це, здебільшого, свободи та пов’язані з ними вимоги.

Розуміння прав людини як певних її можливостей наведене, так чи інакше, у працях багатьох теоретиків, суспільствознавців [45; 46, с. 21]. В наукових джерелах права людини визначають як: її свободи [47; 48, с. 33, 48]; її вимоги [49, с. 2]; її потреби [50, с. 33, 48] чи інтереси [51, с. 10–26]; певні умови та блага (матеріальні, духовні), потрібні для життя людини [52, с. 13; 53, с. 24]; різновид, форма або окремий елемент моралі [54, с. 36; 55, с. 37].

Тож можна констатувати, що коли мова йде про зміст прав людини, він найчастіше розглядається як певні можливості, або ж можливості виступають стрижневим його елементом. Тут також доречно навести позицію П. Рабіновича, що центральним елементом змісту права людини є певні можливості – можливості діяти певним чином чи утримуватися від певних дій задля задоволення потреб та інтересів. Як відомо із загальної теорії діяльності, остання характеризується певними складовими, властивостями, рисами. До них належать: мета, предмет (об'єкт) діяльності, умови діяльності, способи (форми) діяльності, засоби діяльності, результати діяльності та інші складові. Найбільш важливими, визначальними серед них є умови та засоби діяльності, оскільки саме ними зумовлюється реальність використання можливостей суб'єкта, а, відповідно, і їх здійсненність. Тому поняття змісту прав людини можна визначити як умови та засоби, що складають можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. [3]

Головна ідея цього підходу полягає у тому, що людина з її потребами та інтересами, з формуванням своїх можливостей і заборон, сама визначає межі персональної свободи. У сучасних дослідженнях поряд із поняттям «права людини» фігурують такі категорії як «потреба», «можливість», «вимога». Різниця між поняттями «потреба» і «права людини» розкривається через поняття «можливість». Права людини – це можливість реалізувати особисті потреби, що залежать від конкретно-історичного рівня соціально-економічного та правового розвитку суспільства. Право розуміється, у найпоширенішому значенні, як справедливість, рівність можливостей. [56, с. 5]

Такої ж точки зору притримуються і інші вітчизняні вчені, які в своїх роботах доводять, що зміст права людини складають можливості, які забезпечують реалізацію інтересів суб'єкта суспільних відносин [57]. Подібний підхід також веде до висновків, що будь яке право особи складається з можливості користуватися певним благом для задоволення потреб та інтересів: права дії, що означає право вчиняти на власний розсуд; можливості вимагати діяти або утриматися від дій інших осіб; можливості необхідного захисту в разі порушення права через звернення до компетентних органів. [58]

Говорячи про структуру суб’єктивного права, яка виражається у зв'язку елементів — юридичних можливостей (правомочностей), наданих суб'єкту, у науці, розділяються ці можливості на групи. Можливість вільно проявляти і виражати свої гендер та сексуальну орієнтацію можна віднести до першої групи – правомочностей на власні позитивні дії (правовикористання). До інших двох груп належать правомочності на чужі дії (право вимагання відповідної поведінки від правозобов'язаної особи, тобто можливість зацікавленої особи жадати від зобов'язаного суб'єкта виконання покладених на нього обов'язків) і правомочність домагання (право на захист, тобто можливість звертатися за підтримкою і захистом держави у разі порушення суб'єктивного права з боку правозобов'язаної особи. [59]

Тобто, узагальнюючи все вищесказане про зміст права людини, можна визначити право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, як таке, яке належить всім людям стосовно всіх людей, змістом якого виступає можливість задовольняти потреби, що випливають з сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи, вимагати від адресатів даного права відповідних діянь, а у разі необхідності – державного захисту.

З точки зору філософії права, за своїм змістом права людини окреслюють простір, що забезпечує кожній людині умови її самореалізації, тобто простір її особистісної автономії. Відповідно, залежно від вміщених у правах аспектів свободи, зміст прав людини класифікують на:

а) негативні права, що визначаються як можливості особи вимагати захисту від будь-якого впливу, в тому числі і державного;

б) позитивні права забезпечують можливості суб'єктів на покращення свого становища та підвищення культурного статусу. [57]

В даному контексті, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є негативним, оскільки воно не потребує використання сили та ресурсів держави для своєї реалізації. Навпаки, держава повинна охороняти особу від негативних зовнішніх посягань та обмежень, що можуть порушити її свободу.

Таке розуміння прав людини є традиційним у ліберальній перспективі, як такі права індивідів, що дають їм можливість захищатися від зазіхань на їхню волю з боку структур державної влади. У формулі «громадянин проти влади» виражається антиавторитарний зміст прав людини, тобто, по суті, негативний смисл, як вираження «свободи від», і їх суворе забезпечення є безумовною вимогою сучасної епохи. [60]

В негативному значенні, свобода сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності повинна визначатися як відсутність примушення або/та обмежень у ставленні до особи залежно від сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Це свобода вибору кожного, спроможність людини вільно задовольняти свої потреби стосовно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, а також до індивідуального розвитку. З іншого боку, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність повинні бути віддзеркаленими в обов’язкові держави та інших людей стримуватися від тих чи інших дій стосовно відповідної особи, а також в державній охороні індивіда від порушень його свободи. В даному контексті мова йде про індивідуальну свободу.

Основу індивідуальної свободи людини складають негативні права. Такі права є основні, абсолютні. Їх здійснення, реалізація не залежить від ресурсів, засобів держави, рівня соціально-економічного розвитку суспільства, держави. [61]

Саме тут слід згадати Джокьякартські Принципи, які є документом, що складається з принципів (прав), кожен з яких визначає застосування міжнародно-правових норм про права людини відносно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, а також містить перелік необхідних дій держави для реалізації кожного окремого принципу. Принцип 1 «Право на універсальне володіння всіма правами та свободами» даного документу проголошує, що всі люди народжуються рівними та вільними у своїй гідності та правах. Особи будь-якої сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності мають право на володіння всіма правами та свободами у повному обсязі. [22]

Опираючись на Джокьякартські Принципи, можна визначити негативний зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність як можливість людини, незалежно від її сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, володіти, користуватися та розпоряджатися всіма правами людини в повному обсязі.

В Джокьякартських принципах, зокрема, надається перелік таких прав, серед яких: право на універсальне володіння всіма правами та свободами; право на рівність та недискримінацію; право на визнання її особою, що володіє законними правами; право на життя; право на особисту недоторканість; право на недоторканість особистого життя; право не піддаватися свавільному позбавленню свободи; право на справедливий суд; право на гуманне ставлення у випадку утримання під вартою; право не піддаватися тортурам, жорстокому або принижуючому гідність поводженню чи покаранню; право на захист від любих форм експлуатації і торгівлі людьми; право на працю; право на соціальне забезпечення та інші форми соціального захисту; право на достатній життєвий рівень; право на житло; право на освіту; право на найвищий досяжний рівень здоров’я; захист від порушень медичного характеру; право на свободу переконань і їх вільне вираження; право на свободу мирних зібрань та асоціації; право на свободу думки, совісті та релігії; право на свободу пересування; право шукати притулку; право на створення сім’ї; право на участь у веденні державних

справ; право на участь в культурному житті; право відстоювати свої права; право на ефективний правовий захист та на відшкодування шкоди.

Окрім цього, у 2017 році в Женеві було прийнято та оприлюднено «+10 до Джокьякартських принципів». Документ став уособленням розвитку, що відбувся з часів прийняття Джокьякартських принципів у 2006 році, та у зв'язку із цим передбачив ще 9 додаткових принципів та обов'язків держав, а також доповнив деякі з вже існуючих положень. В ньому, зокрема зазначено, що особи, незалежно від їх сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності, гендерного вираження та статевих характеристик, мають право на державний захист; на юридичне визнання, на фізичну та психічну цілісність; на свободу від кримінального переслідування та санкцій на основі сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності, гендерного вираження та статевих характеристик; на захист від бідності; право на санітарні умови; право користуватися правами людини в умовах інформаційно-комунікаційних технологій; право на правду; право на практику, захист, збереження та відродження культурного різноманіття. [24]

Даний перелік також доповнюється правами та свободами, які зазначені у Розділі ІІ Конституції України, та що не були названі. Слід також відмітити, що згідно статті 22 Конституції України, права та свободи людини і громадянина, закріплені нею, не є вичерпними. А отже, негативний зміст права сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність – теж. [25]

Однак, права людини і право в цілому здобувають ще й позитивний зміст, вони самі виступають як сила, що наповняє змістом суспільний простір. Тільки завдяки праву та правам людини можливе включення людей як атомів у визначену систему відносин. Завдяки правам людини право виступає як умова участі кожного в суспільних справах. Отже, права людини слугують необхідними умовами людського існування та комунікації. [61]

Тому позитивний зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність встановлюється у нормативно-закріплених можливостях, направлених на реалізацію безпосередньо сексуальної орієнтації та гендерної

ідентичності особи, що таким чином накладає певних обов'язків на суспільство та державу в даній сфері. Так, як зазначається в зарубіжній літературі, оскільки негативні права мало що дають, якщо вони не забезпечені державною владою, вони завжди передбачають вимогу на позитивну дію держави. [41]

Досліджуючи нормативно-правовий колишній та сучасний світовий досвід, можна констатувати, що норми, які стосуються права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність включають, але не обмежуються наступними:

- закони про кримінальну відповідальність за одностатеві чоловічі стосунки, а також щодо віку згоди, рівного до такого ж у випадку різностатевих відносин;
- закони стосовно права на вираження, зібрання та об'єднання;
- закони щодо заборони служіння в армії для гомосексуальних осіб;
- антидискримінаційні закони, загальні або в частині трудових, соціальних, освітніх та інших відносин;
- «хейткрайм», тобто закони якими діяння на ґрунті ненависті чи нетерпимості за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності є кримінально караними;
- анти-буллінг законодавство (від англ. «bulling», «цькування», «знущання»), направлене на захист ЛГБТ-неповнолітніх в школах;
- закони, якими визнаються одностатеві партнерства, включаючи шлюби, союзи, а також «де-факто» пари без офіційно закріпленого партнерства;
- закони стосовно ЛГБТ батьківських прав, включаючи право на усиновлення;
- закони стосовно донорства крові та органів чоловіками, що мали статеві контакти з чоловіками;
- закони, якими заборонено конверсійну терапію;
- закони стосовно зміни статевої приналежності та гормонотерапію;
- юридичне визнання зміненої статевої приналежності особи, а також зміненого гендеру;
- «туалетні закони» (від англ. «bathroom bills»), що стосуються доступу трансгендерів до чоловічих та жіночих вбиралень та ін.

Окрім якісних, права людини, як явище, характеризується ще й кількісними показниками. Філософія визначає «кількість» наступним чином: кількість висловлює зовнішнє, формальне взаємовідношення предметів, їх частин, властивостей, зв'язків: число, величину, обсяг, безліч, клас, ступінь прояву тієї чи іншої властивості. З метою встановлення кількісної визначеності предмета ми порівнюємо складові його елементи – просторові розміри, швидкість зміни, ступінь розвитку – з певним еталоном як одиницею рахунку та вимірювання [62]. Кількість – це визначеність предмета, яка характеризує його множинність, величину, інтенсивність і ступінь вияву тієї чи іншої властивості.

Кількісні показники права людини, як зазначає Рабінович, можуть відображатися, як наголошувалось, поняттям обсягу прав людини. Обсяг, як і будь-яка кількість, визначається за допомогою певних одиниць виміру (наприклад, кількість певних можливих варіантів поведінки, кількість часу, кількість благ, розмір пільг тощо). Отже, обсяг прав людини - це їх суттєва властивість, яка відображається показниками відповідних можливостей, виражених у певних одиницях виміру. Одиниці виміру «кількості» (обсягу) прав людини не можуть бути універсальними, однозначними, однорідними для всіх. Характер таких одиниць виміру зумовлюється, насамперед, змістом можливостей, які відображені відповідними правами, а також особливостями носіїв (суб'єктів) прав та специфікою об'єктів цих прав (тобто тих чи інших благ). [43, с. 11]

Обсягом права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність вважаємо можливість вільно самовизначатися стосовно будь яких видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, реалізовувати пов’язані з цим потреби на основі принципів рівності та недискримінації, у співвідношенні до представників геторескуальної орієнтації та цісгендерної ідентичності.

Зміст та обсяг прав людини мають свої межі. Однак, варто констатувати, що в спеціальній тематичній літературі прослідковується нечіткість у термінологічній системі тлумачення таких понять як «межі», «обмеження», «обмежування» прав людини. Тому, для визначення меж права на сексуальну

орієнтацію та гендерну ідентичність, слід уточнити зміст окремих понять та термінології.

Деякі дослідники у своїх працях використовують терміни «межі» та «обмеження» як синоніми, визначаючи межі (обмеження) права людини, як сукупність усіх явищ, які окреслюють зміст та обсяг прав людини. До складу цих явищ можуть входити також юридичні норми, встановлені міжнародним чи національним правом. У такому разі, певні обмеження (межі) прав людини є наслідком нормотворчої діяльності, відповідно, міжнародних чи державних органів [63]. Відмінність прослідковується тільки в поняттях «меж» (обмежень) та «обмежування» прав людини. Обмежування здійснення прав людини – це діяльність владних суб'єктів, насамперед, компетентних державних органів, по встановленню меж (обмежень) щодо здійснення прав людини.

Інша позиція полягає у трактуванні обмеження права, як здійснюваного у відповідності з передбаченими законом підставами, обмеження його обсягу [64]. В такому контексті від звуження обсягу права, чи його обмеження, слід відрізняти використані в законотворчій практиці юридичні способи, прийоми фіксації меж прав і свобод. До їх числа відносять примітки, заборони, виключення. Різниця між вказаними способами фіксації меж прав і свобод в законі та обмеженнями полягає в тому, що з ними не проходить звуження обсягу права, а має місце уточнення його змісту, позначення меж, з якими пов'язана дія цього права.

При характеристиці обмежень прав людини в спеціальній літературі також зазначається, що обмеження – це певні юридичні та фактичні наслідки у вигляді «некомфортних» умов для реалізації правових інтересів відповідних фізичних та/чи юридичних осіб, права і свободи яких обмежуються, з одночасним задоволенням певних законних інтересів суб’єкта владних повноважень, який запровадив ці обмеження, або інтересів третьої особи, що зацікавлена у введенні таких обмежень. Йдеться не про визначення юридичних меж природного права, а про обмеження закріплених у відповідних нормативних актах прав людини. Відповідне визначення юридичних меж прав людини є ширшим поняттям, що

визначається такими чинниками: інтереси (потреби) людини, збалансовані з потребами суспільства; мораль, що домінує у відповідному суспільстві в певний час; мета певного права людини та відповідність їй правореалізаційної, правозабезпечувальної та правообмежувальної діяльності держави. [65]

В подальшому, для досягнення цілей і завдань дисертаційного дослідження, пропонується використовувати терміни: «межі права людини» в розумінні окреслення змісту та обсягу природного права, як його власної риси, яка випливає з теорії права та самого сутнісного розуміння права людини як категорії; «обмеження прав людини», як окреслення змісту та обсягу природного права, яке здійснюється ззовні, зокрема встановлення певних правил міжнародними чи національними правовими нормами. Тому межі та обмеження права людини співвідносяться як ціле та частина відповідно. Межі права людини є універсальним поняттям та позатериторіальним, незалежним від держави і права. Воно випливає з теоретичного розуміння природного права як такого. Обмеження ж одного і того самого права людини можуть варіюватися від державно-правових особливостей тієї чи іншої держави, уточнюватися за змістом та обсягом, а також мають нормативно-правову природу.

Виходячи з усього вищесказаного, згідно загальної теорії права, межею права людини на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність можна вважати інше право людини. Однак, в силу значного впливу на сутність та сприйняття гомосексуальності та трансгендерності з боку неправових суспільних регуляторів, таких як традиції, релігія, суспільна мораль та звичаєві норми, така межа є мінливою та неоднозначною за територією та часом. І тому, за формально-юридичним підходом, її діапазон різниться від кримінальної караності до повної рівності.

Однак природно-позитивістстький підхід, практика демократичних країн та міжнародні стандарти з прав людини, так само як і численні наукові дослідження в сфері права, соціології, медицини та психології одноголосно свідчать про те, що в умовах сучасного розвитку суспільства та держави, межа права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність повинна

встановлюватися на засадах рівності та недискримінації за видом сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Іншими словами, межі права на сексуальну орієнтацію не повинні визначатися фактом гомосексуальності та трансгендерності особи.

Щодо обмеження права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, то воно може здійснюватися як в частині змісту, так і в частині обсягу даного права людини. До прикладу, за змістом, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є обмеженим обов'язком взаємної згоди на вступ до сексуальних зносин, або обов'язковою стерилізацією для особи, що має намір змінити свою біологічну стать. За обсягом, до прикладу, – правовим забезпеченням інтересів виключно гетеросексуалів та цісгендерів.

З наведених вище прикладів видно, що обмеження можуть здійснюватися як у формі дій, так і у формі бездіяльності зі сторони держави. При цьому, правомірність таких діянь, так само як і стосовно меж досліджуваного права, не може мати своєю легітимною ціллю підстави, що напряму випливають з факту сексуальної орієнтації чи гендерної ідентичності особи. В світлі змін в розумінні моралі, розширення її змісту, вітанні різноманітності всіх людей та індивідуального самовизначення кожного, межею права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність більше не може виступати «суспільна мораль», «традиційні сімейні цінності», «інтереси дитини», «публічний порядок» чи «необхідність в демократичному суспільстві», на які так часто йдосі посилаються в офіційних та неофіційних джерелах. Такі аргументи в умовах сучасності є неактуальними та невиправданими, а також не підтвердженими практикою ЄСПЛ. (більш детально про обмеження та практику ЄСПЛ в підрозділі 2.3. та 3.1.)

Важливим в даному контексті, як бачиться, є співвідношення права інших «виховувати своїх дітей у традиційних цінностях» з правом на сексуальну орієнтацію чи гендерну ідентичність особи. Дискусійним залишається питання, чи може таке право інших вважатися межею досліджуваного в цій роботі права? Беззаперечно, що право людини завершується там, де починається право іншої

людини. Однак, тут слід проаналізувати зміст права «виховувати дітей у традиційних цінностях» і чи може це право обмежуватися змістом права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність інших? Думається, що ці два права не є суміжними, хоча на перший погляд може здатися протилежне. Цінності, на яких виховуються діти, чи то релігійні, чи культурні, чи етнічні залежать від батьків, які несуть відповідальність за виховання і розвиток дитини. Більше того, Конвенція про права дитини визначає, що дитина має бути повністю підготовлена до самостійного життя в суспільстві та вихована в дусі гідності, терпимості, свободи, рівності і солідарності. Тому, право інших на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, як видається, не обмежує право на виховання у традиційних цінностях, а покладає додаткові обов'язки на батьків із роз'яснення дітям про різноманітність людей.

Повертаючись до соціальної сутності права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, можна з впевненістю констатувати, що сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність визначають найбільш глибинні, важливі та всеосяжні потреби людини, реалізація яких впливає на якість життя від моменту народження та до смерті особи. Будучи внутрішніми емоційними елементами особистості, повноцінно реалізуватися такі ознаки можуть лише в зовнішньому світі, серед людей, в стосунках з іншими та функціонування в різнорідних соціальних інститутах. А тому правомочності, що складають зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, є не лише правомочностями на власні дії, а й правомочностями на чужі дії, а також на захист зі сторони компетентних суб'єктів.

Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, як невід'ємне право кожної людини, не має чіткого кола адресатів, стосується одночасно всіх і кожного. А в умовах сучасних змін розуміння моралі, культури, розвитку інформаційно-комунікаційних технологій та пропагування рівності людей в їх різноманітності, дане право повинне бути забезпечене в рівній мірі, незалежно від виду сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Воно не повинне обмежуватися «суспільною мораллю», аргументом «захисту традиційних

сімейних цінностей» чи «публічного порядку» тощо. Міжнародно-правові стандарти та світові тенденції, і не лише правові, висувають на перший план саме інтереси особистості, як неповторної психо-біо-соціальної істоти. Завдання ж законотворця полягає в тому, щоб перенести в позитивну площину негативний зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, тим самим зробивши дане право об’єктивно існуючим. Повноцінна реалізація права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність можлива лише шляхом закріплення специфічного механізму його реалізації. Тому соціальна сутність досліджуваного кола суспільних відносин є соціально значущою. А сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність – є правом людини.

Права людини перебувають в постійному русі вперед, їм притаманні постійні зміни та розвиток. Тому, відповідно до еволюції розвитку, права людини розподіляють на: а) права першого покоління, б) права другого покоління; в) права третього покоління [57]. Така теорія поділу прав людини, в основі якої лежить генераційний підхід, а саме поділ прав людини відповідно до їх історичного формування та розвитку, була започаткована французьким правознавцем Карелом Васеком.

На даний час, загальноприйнятою є позиція визначення першого покоління прав людини як основи індивідуальної свободи, що являє собою систему негативних прав, які зобов'язують державу утримуватися від втручання у сфери, окреслені цими правами [59]. Вважається, що перше покоління прав людини сформувалося за часів руйнування станових рамок середньовічного суспільства та у період буржуазних революцій.

До цього покоління входять такі права, як право на свободу думки, совісті і релігії, рівність перед законом, недоторканість особи тощо.

Формування другого покоління прав людини історично припадає на період між Першою та Другою світовими війнами, коли народ активно боровся за покращення свого економічного становища та соціально-культурного рівня.

Дана категорія прав людини є сукупністю позитивних прав, тобто таких, які можуть бути реалізовані лише за участю держави. Це, до прикладу, такі

права, як право на працю, відпочинок, освіту, медичну допомогу, соціальне страхування тощо.

Підґрунтям для третього покоління прав людини стали загострення глобальних проблем після Другої світової війни, що стало приводом для поширення національно-визвольних рухів в країнах, що розвиваються. Тому, третє покоління прав людини – це колективні права народів (націй), тобто права всього людства, що ґрунтуються на солідарності людей, їх належності до якоїсь спільності (асоціації) [59]. Це право на мир, безпеку, незалежність (самовизначення народів), на здорове навколишнє природнє середовище, на соціальний і економічний розвиток як людини, так і людства в цілому. [59]

Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність людини належить до природніх прав людини. Загалом, природні права людини характеризуються наступними ознаками:

– їх загальним та універсальним характером: такі права стосуються всіх без винятку людей – лише завдяки їхній належності до роду людського;

– вічністю (позаісторичністю) змісту таких прав, який із плином часу не змінюється, адже, породжені одного разу і назавжди, такі права є незмінними;

– абсолютністю (невід'ємністю) таких прав, запереченням наявності яких є неприпустимим з огляду на їхню «вмотивованість» у природі людини і тому може кваліфікуватися як посягання на саме існування людської істоти як такої;

– такі права також розуміються як «священні». [66, с. 143]

Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність – є внутрішніми характеристиками, які є притаманні кожній особі і є невід'ємною частиною її сексуальності, а отже і особистості. Дані категорії є закладеними в кожну людину, як у біологічну істоту, їх існування обумовлене вже самим фактом народження. Особа не обирає ані сам факт наявності в її природі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, ані їх вид. Вони є характерними та невід'ємними з людиною від моменту народження і до самої смерті. Тому право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є загальним, універсальним та притаманним всьому людському родові.

Потреба у заведенні романтичних та фізичних стосунків, а також у вираженні свого гендеру є одвічною, надиктованою природою людини та існує стільки ж, скільки і сама людина. Незалежно від культурних, історичних, політичних, соціальних та інших умов існування, сім’я та гендер існували в кожну епоху в усіх куточках планети, поза часом та територією. Без них неможливо уявити ані звичного та прийнятного для людства суспільного ладу, ані моралі, ані добробуту, а отже – дане право людини являється загальнозначущим та універсальним. Тому право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є вічним, абсолютним та «священним», без якого неможливе нормальне існування людини та її розвиток, де «нормальне» розуміється як зумовлена біологічною та соціальною характеристиками потреба людини.

В юридичній літературі також зроблені спроби виділити за змістом фізичні та духовні права людини. Фізичні права – це ті, які забезпечують збереження та розвиток людини як складової соціальної структури суспільства і держави. Духовні – це права, які забезпечують реалізацію нематеріальних потреб людини, пов'язаних зі сферою духовно-культурних відносин. [57]

Схожої класифікації запропоновано і П. Рабіновичем, який за підставою різних видів індивідуальних потреб, які задовольняються за посередництвом здійснення, використання певних прав, пропонує наступну класифікацію прав людини:

– фізичні права як такі, якими задовольняються найважливіші потреби людини для забезпечення її біологічного, «тілесного» існування, виживання, безпечного психофізичного розвитку;

– особистісні права, що відображають потреби людини у формуванні, безпечному функціонуванні й розвитку її як особистості;

– культурні права щодо потреб людини у доступі до культурних надбань свого народу та інших народів;

– економічні права, як можливості самореалізації у господарській (економічній) діяльності;

– політичні права, якими охоплюються визначення загальних соціальних умов індивідуального існування людини та її розвиток через участь в управлінні державою. [63]

В даній класифікації, перші три види Рабінович називає такими, які знаходяться на першому плані, тому що вони належать кожному і їх використання людиною не може залежати від будь-яких соціальних чи «демографічних» властивостей.

По своїй сутності, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність – внутрішні, глибинні, нематеріальні, інтимні категорії, які є суворо особистими для кожного окремого індивіда. Тобто, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність пов'язане з емоційними, психологічними характеристиками і задоволення таких потреб є невідчужуваним компонентом духовного розвитку та життя особи.

Однак, з іншого боку, зміст даного права, як сукупність певних правомочностей передбачає вільне вираження внутрішніх бажань та потреб людини, пов'язаних з сексуальною орієнтацією, гендерною ідентичністю, таких як, наприклад, створення сім'ї, заведення дітей, укладення шлюбу, зміна біологічної статі тощо. Без можливості вільно виражати та проявляти сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність у всіх їх можливих варіаціях, таке особисте право втрачає свій сенс і не може бути реалізованим, так як сексуальна орієнтація і гендерна ідентичність є не просто плоскою характеристикою людини, типу віку чи біологічної статі, а сутнісне залежить від їх вираження в навколишньому світі. Тобто, особи негетеросексуальної орієнтації, або ж трансгендери, так само як і гетеросексуали та цісгендери, для реалізації свого права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність повинні мати можливість розвиватися, формувати свою особистість та виступати такими структурними елементами суспільства як пара, або ж сім'я. Тому, дане право людини слід визначати і фізичним правом.

В залежності від значення для людини, права поділяють на основні (fundamental) та неосновні (minor) права людини. Щодо співвідношення цих прав

існують різні точки зору. Перша полягає в тому, що основні права людини слід відрізняти від прав, які гарантуються конституціями чи законами окремих держав. Основні права людин належать до норм, які є настільки основоположними, що визнані в цілому світі, закріплені в міжнародних конвенціях та судовій практиці. Всі права, які отримали універсальне визнання, можна вважати нормами juscogens (імперативними нормами) [67, с. 124]. Така позиція відповідає, зокрема, визначенню основних прав людини як універсально визнаних цінностей, закріплених міжнародними конвенціями та конституціями держав. [62, с. 15]

У відповідності до протилежної точки зору, фундаментальними правами є конституційні права, бо саме вони закріплюються в конституціях сучасних держав як найважливіші й пріоритетні, а на їхній основі визначається статус людини в суспільстві [69, с. 31]. Думається, що така позиція є спірною, оскільки перелік прав, що представлений в Конституції не є вичерпним і не може бути вичерпним.

Поділ прав людини на основні та другорядні у науковій літературі зумовив також і появу альтернативних класифікаційних схем, де розподіл відбувається на основні та конкретизуючі права людини, де конкретизуючі є аж ніяк не другорядними або такими, що потребують менше уваги з боку держави [70, с. 59]. Основні права утворюють свого роду стрижень, каркас правового статусу особи. Це, свого роду стовбур, від якого виростають гілки, гілочки і листя – інші права і свободи, що відносяться до конкретної предметної сфери життя і діяльності особистості. Таким чином, основні права людини утворюють фундамент, базу правового статусу особи (міжнародно-правового та внутрішньодержавного) і одночасно (і тим самим) базу для похідних від них, але нітрохи не менш важливих, інших прав і свобод. [71, с. 124]

У рамках даної класифікації право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є, скоріше, конкретизуючим правом. Такий висновок можна зробити на основі аналізу міжнародних конвенцій та судової практики, зокрема, практики Європейського суду з прав людини. Так, остання показала, що справи

стосовно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності частіше вирішувалися у контексті права на повагу до приватного і сімейного життя.

В той же час, як видається, більш обґрунтованим і універсальним визначенням «basic rights» є тлумачення, що полягає у мінімумі розумних вимог кожної людини, звернених до людства. Вони є раціональною основою для виправданих вимог, з відмовою від яких людина, що поважає себе, не може погодитись. [72, с. 124]

Таким чином, можна зробити висновок, що за своєю сутністю право сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є основним, природнім, духовним і фізичним правом людини і належить до першого покоління прав людини, оскільки дані категорії є глибинними елементами ідентичності та індивідуальної свободи кожної людини.

Однак, очевидно, що в розрізі даного дослідження не можна оминути той факт, що в XXI столітті в зв'язку з науковим та медичним прогресом сучасності, вчені-правники починають говорити про стрімке виокремлення четвертої генерації прав людини, які є результатом втручання в психофізіологічну сферу життя людини. Природній процес невпинного розвитку суб’єктивних прав людини, під впливом сучасного активного розвитку науки, медицини, техніки, комп’ютерних технологій, висуває на перший план реалізацію прав кожної окремої особи з огляду на її ідентичність та унікальність, незалежно від релігійних, моральних норм. Саме це і становить сутність четвертого покоління прав людини.

Коли йдеться про четверте покоління прав людини, то мається на увазі незалежність і альтернативність особи у виборі правомірної поведінки, яка базується на автономії людини, у межах єдиного правового поля, норм моралі та релігії. Автономія людини — це суверенна особиста сфера людини, що надає їй можливість незалежного волевиявлення, самовизначення, яке ґрунтується на альтернативному виборі норм моралі, релігії, права, і має бути гарантовано захищена від втручання інших суб´єктів, зокрема держави. [73, с. 104]

Ще однією характеристикою четвертого покоління прав людини є твердження, що права даної генерації, як правило, викликають, щонайменше двояке відношення, а то й взагалі прямий осуд зі сторони моралі та релігії. Так, на X Всесвітньому Руському Народному Соборі, висловлюючи позицію церкви щодо концепції прав людини … Патріарх Московський і всієї Русі Кирило вказував, що останніми роками спостерігаються такі тенденції у сфері прав людини, які віруючі оцінюють, щонайменше, як подвійні. З одного боку, права людини служать благу і сприяють боротьбі із…злом, що мають місце у суспільстві; однак, з другого боку, концепцією прав людини приховують брехню, образу релігійних та національних цінностей, адже до комплексу прав та свобод людини поступово інтегруються ідеї, які суперечать не лише християнським, а й традиційним моральним уявленням про людину. [73, с. 102]

Противники обґрунтування четвертого покоління прав людини вимагають повернення до «онтології людини», до змісту «буття людини», аргументуючи, що дані процеси, зокрема, обговорення питання про конституційність введення реєстрації гомосексуальних шлюбів … порушує антропологічні закони розвитку людини, її світоглядні основи, що призведе до руйнівних процесів. [74, с. 15]

Єдності серед науковців не спостерігається ні у визначенні змісту, ні переліку прав четвертого покоління. В контексті прав четвертого покоління обґрунтовується така категорія як «право на фізичну свободу» [75, с. 23]. В окремих дослідженнях перелік прав четвертого покоління обмежується правом на самогубство та на евтаназію, причому евтаназія та самогубство розглядаються як елементи права на смерть [76, с. 233]. В інших – до четвертого покоління прав зараховуються лише інформаційні права [77, с. 125]. Існують спроби права четвертого покоління обґрунтувати як «права людства»: право на мир, на ядерну безпеку, космос, екологічні, інформаційні права тощо [78, с. 307]. У відповідності до інших трактувань, права четвертого покоління повинні захищати людину від загроз, пов’язаних з експериментами в сфері генетичної спадковості особи, тобто це такі права людини, які пов’язані з клонуванням та іншими відкриттями в області біології [79, с. 16]. Російська доктрина до прав

четвертого покоління відносить такі особистісні (соматичні) права, як право людини розпоряджатися своїм тілом, в тому числі клонування [80, с. 475]. Деякі дослідники до прав четвертого покоління зараховують крім права на евтаназію, також право на зміну статті, на трансплантацію органів, право на клонування [81, с. 59].

Відповідно, до цієї категорії прав відносять різні права, найчастіше це права на зміну статі; трансплантацію органів; клонування; використання віртуальної реальності; евтаназію; вільну від дитини сім'ю; незалежне від державного втручання життя за релігійними, моральними поглядами; право доступу до інтернету, а також штучне запліднення та одностатеві шлюби. [73, с. 106]

Обґрунтовуючи приналежність права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність до відповідного покоління прав людини, варто відмітити, що коли мова йде про сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність в будь якому їх різноманітті як вроджені, однаково нормальні незалежно від виду, та однаково необхідні кожному індивіду для функціонування та розвитку характеристики, то дане право можна віднести до першого покоління прав людини.

Одностатеві шлюби, зміна статі, а також штучне запліднення, якщо воно відноситься до одностатевих пар, або пар які включають трансгендерних осіб, відноситься до права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність. Тому, виходячи з наведених позицій, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність можна частково пов’язати з четвертим поколінням прав людини.

В контексті визначення покоління прав людини, з яким пов’язане право сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, можна констатувати наявність невизначеності та дискусійності, що випливає з відсутності чітких відповідей в юридичній доктрині четвертої генерації прав людини зокрема, та в теорії поколінь прав людини загалом (наприклад, в наукових колах вже йде мова про п’яте та шосте покоління прав людини).

Варто ще раз звернути увагу та наголосити, що виникнення поколінь прав людини було обумовлене появою змін в суспільстві, виникненням нових соціальних норм, що, виходячи з теорії права є результатом формування нових механізмів поведінки в соціумі. Такі соціальні норми, з часом і розвитком, починають вимагати закріпленості у правових нормах та захисту з боку держави. Тому приналежність права на одностатевий шлюб, а також на зміну статі до четвертого покоління прав людини говорить про те, що дані відносини, в силу історичного розвитку та функціонування суспільства, стають нормальними та прийнятними, відображаючи зміни у суспільних відносинах.

Тут справедливо відмітити, що окрім сексуальної орієнтації існує ще сексуальне вираження, сексуальна ідентичність; окрім гендерної ідентичності – гендерне вираження, трансвестизм на ін. Якщо сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність не можуть бути вибором особи, вони не залежать від її волі, то сексуальна поведінка, ідентичність, трансвестизм – є свідомим вибором кожного, спричиненим найрізноманітнішими обставинами та обраним в якості разового експерименту, тривалого досвіду чи взагалі способу життя. В останньому випадку, як видається, це стосуватиметься права людини на автономію, а отже на думку деяких вчених, відповідатиме всім ознакам четвертої генерації прав людини. Проблемою тут є той факт, що дуже важко, якщо взагалі можливо, визначити на рівні окремих випадків, про що саме йде мова – про сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність як вроджене явище чи як обрану форму самовизначення.

Виходячи з такої логіки, перелік прав, названий в літературі в рамках прав четвертого покоління, включає лише окремі можливості, що пов’язані з правом на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, такі як одностатевий шлюб, зміна статі та інші, а тому є неповним та звуженим – якщо вже включати до четвертого покоління ряд прав, пов’язаних з сексуальною орієнтацією та гендерною ідентичністю, то потрібно використовувати більш комплексний підхід та широкий перелік таких прав. До прикладу, було б більш доречно оперувати поняттям «право на одностатеву сім’ю» замість «права на

одностатевий шлюб». Одностатева сім'я – ширше поняття, яке може включати і партнерство, і шлюб, і також батьківство. Те саме стосується і гендерних прав – «право на зміну статі» можна доповнити правом на її незміну, а також на «третю стать» тощо.

Важливим вбачається те, що акцент необхідно ставити не на видах правомочностей, а на походженні потреб людини, які викликають необхідність в цих правомочностях: якщо це вроджене вираження сексуальної орієнтації чи гендерної ідентичності, яке особа не може змінити, то це перше покоління прав людини; якщо ж це свідомий вибір особи на користь негетеросексуальності чи нецісгендерності саме в поведінці чи ідентичності, то це вже вираження права на автономію людини, яке належить до четвертого покоління прав людини. І, відповідно, в такому випадку, до четвертого покоління прав людини потрібно включати більш загальне та всеохоплююче поняття, а не окремі права, типу одностатевого шлюбу чи зміни статі.

Тому, для виокремлення описаної характеристики права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, що стосується змісту аналізованого права в частині, що підпадає під ознаки четвертого покоління прав людини, влучним видається використання терміну «сексуальна та гендерна автономія». Сексуальна та гендерна автономія є ключовим елементом змісту досліджуваного права.

Ідея автономії людини є похідною від поняття гідності людини. Ще у 1496 році італійський мислитель епохи Відродження Піко Делла Мірандола у своєму творі «Промова про гідність людини» писав, що «Гідність людини полягає в тому, що вона сама виступає творцем своєї суті. Людина може бути тим, ким хоче бути; вона робить себе такою, якою сама обирає». Вказаний аспект гідності людини знайшов втілення в ідеї її автономії, яка в найбільш простому її визначенні, розуміється як саморегулювання (self-rule, self-legislation) і самоврядування (self-government), коли наголос робиться на можливості самоспрямування, вільного від зовнішніх сил, або, за образним висловом Дж. Раза, самоавторство (self-authorship), що походить ще з романтичного

лібералізму Дж. С. Мілля, який наполягав на різноманітності «експериментів у житті» для пошуку «вільного розвитку індивідуальності». [82]

Ідея автономії людини, її самовизначення та вибору альтернативи на власний розсуд, як ніяк краще вписується в специфіку сучасної епохи, індивідуалізації особистості, сприйняття унікальності людини, як психо-біо-соціальної істоти та її різноманітності в суспільстві та моралі, в умовах науково-технічного прогресу та четвертого покоління прав людини.

Сексуальна та гендерна автономія, як ядро права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність означає, що особа повинна мати можливість як реалізовувати потреби стосовно своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, так і не реалізовувати їх за власним вибором. Боротьба за права ЛГБТ-спільноти базувалася на тому, що дані риси особистості є природніми, недевіантними та такими, які не можна змінити, а тому виражала прагнення «бути собою» і при цьому залишатися «нормальним» та рівним з іншими членами соціуму. Однак необхідно зважати, що є й такі поняття, як гендерне вираження та сексуальна ідентичність, які здійснюються за вибором особи і які можуть змінюватися за її рішенням, на які також право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність повинне поширюватися, які стосуються вже індивідуальної свободи та гідності людини. Окрім цього, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є частиною особистого життя особи, а тому воно не повинне піддаватися втручанню зі сторони. І об’єктивно встановити внутрішню природу поведінки людини, визначити достеменно, чи це є результат сексуальної орієнтації чи сексуальної ідентичності, гендерної ідентичності чи гендерного вираження, не лише неможливо з практичної точки зору, а й неправомірно з точки зору права на приватне життя. А тому кожна людини повинна мати можливість вибору, особливо коли мова заходить про такі внутрішні, сугубо автономні категорії як сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність. Іншими словами, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність – частина внутрішнього світу людини. Зовнішній світ знайомий лише з вибором особи поводитись

відповідно чи невідповідно цих свої характеристик, а отже об’єктивне значення для права має саме сексуальна та гендерна автономія.

З огляду на даний компонент змісту права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, більш доречно використовувати термін «право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності».

Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є, беззаперечно, правом людини. Як зазначає Штефан Госепат, важливі класичні основні права не слід тлумачити як правові свободи. Одностороння зорієнтованість на свободу є навіть хибною для самої ліберальної традиції, оскільки найважливіше право, тобто право на життя та тілесну недоторканність, не належить до правових свобод. [41, ст. 145]

Як справедливо наголошується в літературі, у більшості випадків, коли йдеться про суб’єктивне право, передбачається наявність більш або менш визначеного суб’єкта, на якому лежить обов’язок, що відповідає даному праву (наприклад, право на охорону здоров’я повинне забезпечуватися мережею відповідних медичних установ). Коли ж ідеться про свободу, мається на увазі заборона цю свободу відкидати або обмежувати, звернена до невизначеного кола суб’єктів, зобов’язаних поважати дану свободу (наприклад, свобода слова передбачає право людини вимагати від держави захисту від будь-якого суб’єкту, що цю свободу порушує). Однак, дане розмежування між правом і свободою є досить умовним, оскільки є такі свободи, дотримання яких покладається на визначене коло осіб, наприклад, академічна свобода. [39, с. 225]

Проголосити те чи інше право свободою – означає визнати авторитет і компетентність суб'єкта права у даній діяльності беззаперечним і вищим, ніж авторитет і компетентність держави.

Реалізація права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність не може обійтись без позитивних дій з боку держави, якими необхідно нормативно закріпити специфічний механізм їх забезпечення та захисту, що підкреслює соціальну значущість даного права людини. Однак, негативний зміст даного права, а також сексуальна та гендерна автономія, як право вибору та

самовизначення, частина індивідуальної свободи кожного, передбачає беззаперечний авторитет людини щодо її власних сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, в реалізацію або нереалізацію яких ніхто не може втручатися і вони повинні здійснюватися вільно. Тому «право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності» передає більш повний та конкретний зміст правовідносин, що аналізуються в даній роботі.

Висновки до розділу 1

1. Серед передумов, які спричинили негативне сприйняття в сучасному суспільстві права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, варто виділити засудження зі сторони церкви, криміналізацію зі сторони держав в різні періоди, а також тривалу історію трактування нецісгендерності та негетеросексуальності як психічних захворювань.

2. Періодизація закріплення права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність полягає у виділенні наступних етапів:

а) період до розповсюдження християнства (сексуальна орієнтація здебільшого визнавалася, іноді пропагувалася; гендерна ідентичність не була предметом досліджень, однак перевдягання в іншу стать – звична справа);

б) період з часу розповсюдження християнства і аж до початку Нового часу (сексуальна орієнтація вважається гріховною і злочином, що тягнув за собою смертну кару, трансгендерність також каралася смертю);

в) Новий час (сексуальна орієнтація – поступово декриміналізовується та вирівнюється вік згоди на вступ в одностатеві відносини; здійснюється вивчення явища гомосексуальності та поширення громадських та культурних рухів в даній царині. Однак, не дивлячись на активізацію правозахисних рухів на початку 20-го століття, гендерна ідентичність не виступала як правова проблема);

г) Нацистський режим (сексуальна орієнтація – засуджувалась, переслідувалась, каралась, заборонялась, гомосексуали піддавались катуванням та «лікуванню»; гендерна ідентичність не виступала правовою проблемою);

д) період після ІІ Світової війни умовно можна розділити на дві частини: 1) СРСР (сексуальна орієнтація – криміналізована, з концентраційних таборів гомосексуалів перевели до в'язниць; гендерна ідентичність не була правовою проблемою); 2) окрім СРСР (сексуальна орієнтація декриміналізована, відбувається визнання прав одностатевих пар, приймаються антидискримінаційні закони; у питанні гендерної ідентичності – забезпечується можливість оперативної зміни статі);

е) сучасність (сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність визнаються недевіантними, наявна практика ЄСПЛ та національна законодавча практика, стосовно визнання та розширення змісту права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність).

3. Неефективність та недієвість таких методик конверсійної терапії, як «лікування» та «виправлення» негетеросексуальності та нецісгендерності, а також визнання сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності основоположними рисами особистості, які є незмінними та природньо обумовленими, стали причиною вилучення гомосексуальної орієнтації з Міжнародної класифікації хвороб як психічного розладу, а також трансгендерності як поведінкового та психічного розладу (останнє було вилучено влітку 2018 року, однак офіційно ще не затверджене уповноваженими органами ООН).

4. Термінологічно-понятійний апарат в даній сфері характеризується нечіткістю та невизначеністю, що є причиною проблем в праворозумінні та правозастосуванні у відповідній сфері загалом та в українській науці і законодавстві зокрема. Вітчизняні нормативні акти не містить визначень понять «сексуальна орієнтація» та «гендерна ідентичність», а судовими органами використовуються терміни «нетрадиційна сексуальна орієнтація». Обґрунтовано використання термінів «ЛГБТ», «ЛГБТІ», «сексуальні меншини», «гендерні меншини», «лесбійка», «бісексуал», «гей», «гомосексуал», «гомосексуальна жінка», «гомосексуальний чоловік», «негетеросексуал», «нецісгендер», «трансгендер», «транссексуал», «транс*», «інтерсекс» як найбільш вдалих.

5. На сучасному етапі розвитку суспільства, в зв’язку з розширенням рамок «суспільної моралі», тенденцій до індивідуалізації особистості, науково-технічного прогресу та розвитку інформаційно-комунікаційних технологій, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність особи, що відрізняються від гетеросексуальності та цісгендерності, починають дедалі більше виступати як морально-нормальні та прийнятні явища в соціумі, інформації та культурі. Розширення каталогу прав людини, виокремлення четвертого їх покоління, що

відображається і у позиціях міжнародних організацій та органів (в тому числі і судових), і у національних законодавствах багатьох демократичних країн Європи та світу, і у правозахисній діяльності спеціальних суб'єктів, дають підстави розглядати сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність як право людини.

6. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність характеризується такими ознаками як:

1) моральність, оскільки пов'язане з існуванням такої значущої моральної норми, як рівність, крім того, воно стосується таких моральних категорій як сім'я, сімейні цінності, любов, батьківство та материнство, фемінність та маскулінність тощо;

2) фундаментальність, оскільки незадоволення такого права призводитиме до загибелі або значних мук особи,

3) універсальність, оскільки право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність існує для кожного і стосовно всіх, без визначення чіткого переліку адресатів даного права, а також є критерієм, що визначає зміст позитивного права, а не навпаки.

4) абстрактність, дане право є абстрактним, по-перше, стосовно його адресатів, так як нема чітко визначеного переліку кола осіб, на яких воно спрямоване. По друге, дане право має модальний предмет – нема визначеності в тому, чи це право є лише правом на його необмеження, тобто воно є ліберальним негативним правом, чи воно також спрямоване на позитивну дію, на кшталт захисту від посягань чи створення якихось передумов для реалізації.

7. Сутність права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність розкривається через його якісні (зміст) та кількісні (обсяг та межі) показники.

Змістовні характеристики права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність проявляються як елементарні типи прав, як свободи та пов'язані з цим вимоги. Це можливість людини задовольняти свої потреби, що випливають з сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, вимагати від адресатів даного права відповідних діянь, а в окремих випадках – можливість державного захисту. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є негативним правом,

однак, наповнюється позитивним змістом, який формується шляхом нормативно-правового закріплення можливостей, направлених на задоволення особливих потреб, що випливають з сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи.

Серед кількісних показників права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність було досліджено його обсяг та межі. Обсягом цього права людини було встановлено можливість самовизначатися стосовно будь-яких видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та реалізовувати пов'язані з цим потреби на основі принципів рівності та недискримінації.

Межею права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність особи є інше право людини. Використовуючи формально-юридичний підхід до аналізу та враховуючи значний вплив неправових регуляторів на розуміння права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, межі даного права відрізняються в різних країнах. Однак природно-позитивістський підхід, міжнародні стандарти та практики деяких країн визначають, що межі досліджуваного права повинні визначатися на засадах рівності та недискримінації, порівняно з правами гетеросексуалів та цісгендерів. Це право також не може обмежуватися такими критеріями як суспільна мораль, публічний порядок, традиційні сімейні цінності чи інтереси дитини, оскільки міжнародні норми, практика ЄСПЛ та сучасні тенденції розвитку суспільства обумовлюють застарілість та неактуальність таких аргументів.

8. В ході аналізу змісту та обсягу права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність було доведено його соціальну значущість як права людини. Було зроблено висновок, що право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність містить в собі як духовні, так і фізичні елементи. Зокрема, воно є правом духовним, що випливає з інтимного внутрішнього характеру усвідомлення людиною своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та його зв'язком з емоційним світом; воно є правом фізичним, оскільки повноцінно реалізувати дане право можна лише в соціумі та суспільних інститутах, контактуючи з іншими людьми.

В розрізі класифікаційної моделі, де права людини поділяються на основні та конкретизуючи, то дане право можна вважати конкретизуючим, оскільки в рамках міжнародної судової практики, воно здебільшого розглядається як частина права на повагу до приватного та сімейного життя. Однак, його можна визначити і як основне право людини, оскільки воно є мінімумом розумних вимог кожного, звернених до людства.

У відповідності до генераційної концепції поділу прав людини, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є правом людини першого покоління у тому випадку, коли мова йде про сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність та їх вираження, як природні незмінні характеристики особи.

9. Зміст права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність включає право вибору особи стосовно того, чи виражати свої гендерні та сексуальні характеристики, чи ні. Право особи на вибір способів самовизначення та самоідентифікації відповідно або не відповідно до своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності було запропоновано визначити «сексуальною та гендерною автономією людини» і охарактеризовано як основний елемент права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність.

Саме це дало підстави прийти до висновку, що право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність можна вважати правом четвертого покоління в частині сексуальної та гендерної автономії, виходячи з дослідження концепцій окремих авторів щодо змісту прав четвертої генерації.

10. Зроблено висновок, що найбільш вдалим є термін «право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності», що пояснюється виключним авторитетом і компетенцією особи щодо своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, автономією та самовизначенням особи в даній сфері з одного боку, та фундаментальним характером даного права людини – з іншого.

РОЗДІЛ ІІ. СУТНІСНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПРАВА НА СВОБОДУ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ ТА ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ

2.1. Людська гідність та сутнісний зміст права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності

Людська гідність, як юридична концепція, ставить перед науковцями багато питань, на які не завжди знайдені відповіді, оскільки на сьогодні в доктринальних колах не існує цілісної концепції стосовно сутності та меж гідності особи. В різноманітних дослідженнях вчені констатують, що навряд існує категорія, природу якої важче осягнути в праві, ніж концепція гідності людини. В силу своєї багатогранності, нерідкими є випадки, коли гідність виступає предметом захисту протилежних сторін однієї дискусії. Яскравим прикладом в такому сенсі може слугувати дискусія щодо абортів, в якій суперечки точаться навколо гідності жінки та гідності ненародженого.

В умовах сьогодення, гідність є ключовим елементом транснаціональної лексики в сфері прав людини та конституціоналізму, що виражається при цьому у формі права людини, закріплюється у внутрішніх законодавствах як правовий принцип, або ж визнається різноматними Основними законами найвищою, основоположною цінністю.

Ідея гідності людини стрімко набрала обертів після Другої світової війни, коли після Нацистського терору, розрухи та смертей, цінність людського індивіда та необхідність реабілітації цілих народів були особливо актуальними. Сьогодні ж гідність людини часто є аргументом у дискусіях стосовно прав меншин, в тому числі, й ЛГБТІ спільноти. Як сучасна міжнародна практика, так і в національних законодавствах активно наголошується, що порушення, недотримання, невизнання даних прав є неповагою до гідності людини.

Як зазначає Джеймс К. Уітмен, людська гідність часто зустрічається в процесі переходу від «виключення до включення» [83]. Таке перетворення виникало під різними обличчями за останні два століття – «повне громадянство»,

повний захист законом, які раніше стосувалися лише «білих» чоловіків поступово почали поширюватися і на афро-американців, і на жінок, і на людей з фізичними вадами, а тепер – ще й на геїв та лесбійок.

Мішель Фінк в одній зі своїх праць зазначає з даного приводу, що гідність, концепція з неврегульованими правовими контурами, відіграє ключову роль у розвитку емоційних прав людини. Фінк стверджує, що це фактично робиться з огляду на її концептуальну гнучкість. Як поняття, позбавлене чіткого юридичного значення, але все ще привабливе на інтуїтивно зрозумілому рівні, гідністю можна легко маніпулювати та переноситись у ряд юридичних контекстів. [84]

Така концептуальна гнучкість гідності не могла не відобразитися на праві на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Як помітила Мішель Фінк, каталоги конституційних прав, як правило, не включають права ЛГБТ і, що більш важливо, в минулому, часто інтерпретувалися таким чином, що підсилювало їх дискримінацію. [84]

Так, в ухвалі Колегії в кримінальних справах ВСУ від 18 липня 2000 р. щодо вбивства гея, стосовно призначення покарання обвинуваченому сказано, що «гомосексуальні домагання» потерпілого «глибоко образили» обвинуваченого, це «не могло не викликати у нього, як у особи з нормальною сексуальною орієнтацією тяжкої образи, що принижувала його людську гідність і травмувала психіку» [85]. Документ можна знайти за назвою «Умисне вбивство, вчинене у стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок тяжкої образи з боку потерпілого, неправильно кваліфіковано за ст. 94 КК України».

Вектор співвідношення гідності та права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності дещо змінився за останні кілька десятиріч в позитивному напрямку для ЛГБТІ-спільноти. Якщо раніше гідність людини виступала об’єктом захисту від проявів негетеросексуальної орієнтації або нецісгендерної ідентичності, то зараз міжнародні стандарти прав людини та

правові системи більшості демократичних країн світу перевели акцент саме у сферу захисту гідності геїв, лесбійок, бісексуалів, трансгендерів та інтерсексів.

Як влучно визначив Нюссбаум стосовно прав геїв та лесбійок, гідність можна окреслити так званим переходом від «відрази» до «людяності» [86]. Якщо раніше до представників ЛГБТ ставилися з огидою і вважали представників даної спільноти недостойними деяких прав, то зараз можна помітити зростаючу переконаність в тому, що вони не повинні бути їх позбавлені, до прикладу, як у випадку права на шлюб, лише через їх сексуальну орієнтацію. Гомосексуалів все частіше розглядають як повноцінних людей, які заслуговують рівності у правах, а гідність в даному контексті виконує роль «словника», який перекладає такі соціо-культурні зміни в юридичний вимір.

Такий самий висновок можна зробити і з юридичної практики. Наприклад, в практиці Європейського Союзу можна спостерігати посилання на гідність людини в контексті права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Так, не дивлячись на той факт, що шлюбні та сімейні правовідносини відносяться до внутрішньої компетенції держав-членів Союзу, Генеральний адвокат Суду Європейського Союзу (CJEU) прокоментував, що не закріплюючи можливості вступати в одностатеві цивільні партнерства чи шлюби, держави-учасниці порушують «обов'язок поважати людську гідність гомосексуалів». [87]

У своїй резолюції про застосування Директиви 2004/38/ ЄС Європейський Парламент закликав держави-члени поважати права гомосексуалів на основі гідності. [88]

Під час обговорення в шотландському парламенті законопроекту Шлюбного Білю Шотландії, наголошувалося, що будь-які аргументи проти шлюбної рівності «…припускають, незалежно від того, на релігійних чи на інших умовах, меншу вартість, гідність, статус чи цінність представників ЛГБТ». [89]

Закон про рівне поводження Люксембургу передбачає, що посягання на особу на основі сексуальної орієнтації є посяганням на «гідність індивіда». [90]

В ході офіційного звернення Німецької влади до постраждалих від Нацистського режиму, зокрема, до негетеросексуалів, вибачення ґрунтувалися саме на основі втручання в гідність особи. В ході дебатів у французькому Парламенті стосовно рівності права на шлюб, один з депутатів наголошував, що рівність означає право людини жити гідно. В бельгійському Акті про дискримінацію вказано, що «небажане посягання ... відбувається з метою або є наслідком порушення права на гідність особи. . . .» Також цікаво, що ще у 1998 році, під час голосування про затвердження Закону Бельгії «Про цивільні партнерства», підтримка членами парламенту прийняття закону здійснювалася в зв'язку з визнанням права людини на гідність. [84]

У 2018 році Незалежний експерт з захисту від насилля та дискримінації на основі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності ООН, Віктор Мадрігал-Борлоз, привітав висвітлену Інтер-Американським судом з прав людини думку, що право на гендерну ідентичну та захист сім'ї стосується і одностатевих пар. Ним зазначено, що Advisory Opinion OC-24, видане Судом 9 січня 2018 року, є значним кроком для дотримання гідності та прав людини щодо осіб з різноманітними сексуальними орієнтаціями чи гендерними ідентичностями. [91]

У деяких країнах ЛГБТ-спільнота знаходиться під постійною загрозою тортур та жорстокого і принизливого ставлення. Всередині системи ООН, одним з ключових гвинтиків механізму протидії насильству на основі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності є Комітет проти тортур та Спеціальний Репортер з тортур. У Звіті Спеціального Репортера за 2001 рік сказано, що «представники сексуальних меншин активно піддаються тортурам та іншим формам нездорового ставлення, тому що вони не відповідають сформованим у суспільстві гендерним очікуванням». Звіт продовжується заявою, що «країни-члени (згідно Конвенції проти тортур) мають переконатися, що поки обов'язки, передбачені Конвенцією діють, вони повинні на практиці стосуватися всіх людей, незалежно від їх … сексуальної орієнтації чи гендерної ідентичності». [92]

Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання не містить переліку підстав дискримінації, однак у Статті 1, надаючи визначення катуванню, вказує також дискримінацію в широкому смислі. Крім того, у своїх Загальних рекомендаціях № 2, Комітет проти катувань зазначає, що зобов'язання Держав-учасниць щодо запобігання катуванням включає зобов'язання забезпечити, щоб «закони на практиці застосовувалися до усіх, незалежно від особистих характеристик, включаючи сексуальну орієнтацію і гендерну ідентичність». [93]

Таким чином, можна констатувати, що дедалі більше в заявах офіційних осіб та нормативних документах, сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність пов'язують з гідністю особи. Для встановлення характеру взаємозв'язку права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності людини з її гідністю, варто, перш за все, дослідити сутність останньої.

Досліджуючи наукову правову літературу, історичні джерела та нормативну базу, можна констатувати плюралізм, а іноді навіть двоякість підходів до розуміння концепції гідності людини. При цьому, діапазон таких тлумачень коливається від звужених визначень до всеосяжних та фундаментальних засадничих характеристик гідності. Так, багатьма науковцями «гідність» людини розглядається в контексті «заборони тортур чи іншого принизливого та нелюдського поводження», або ж, до прикладу, цивілістами «гідність» аналізується через призму «незаконного розголошення інформації про особу», тобто через порушення репутації особи. Інші ж вчені схиляються до позиції, що це право людини. Деякими національними законодавствами «гідність» людини визначається як принцип, іншими – як соціальна цінність, в національній та міжнародній судових практиках «гідність» кваліфікувалася, здебільшого, у звужених контекстах заборони тортур чи незаконного розголошення інформації про особу.

У позитивному аспекті, витоки концепції гідності людини сягають античності, коли дана категорія почала розглядатись як реально існуюча. Ще

римське право вивчало структуру гідності, відносячи до даної категорії «індивідуальну та групову честь».

Цицерон в рамках даної проблематики відзначав, що гідністю наділена кожна людина (dignitas), а тому все людство, вже лише в силу самого факту свого існування, має право на повагу до гідності. Людський рід, характеризуючись наявністю «вищого розуму», наділений здатністю мислити та пізнавати себе, а тому гідність є універсальною. [94, с. 74]

Слід відмітити, що за життя Цицерона, такі його погляди не були поширеними. Тепліше сприймалися Платоновські позиції стосовно класового суспільства та набутого характеру гідності, залежно від статусу особи.

Наукові погляди епохи Відродження нарешті відходять від тлумачення гідності людини як привілейованої чесноти найвищих ланок суспільства та починають визнавати її природність, вродженість та притаманність кожному. Вихідною ідеєю політичних і правових вчень в даний період була думка про необхідність утвердження в суспільній свідомості самоцінності особистості, визнання гідності і автономії кожного індивіда, забезпечення умов для вільного розвитку людини, надання кожному можливості власними силами досягти свого щастя. [95, с. 42]

Родоначальником сучасної концепції гідності людини вважається Іммануїл Кант з його філософсько-етичною «формулою категоричного імперативу». Основна ідея останньої полягала в тому, що люди повинні ставитися один до одного як до самоцінностей і ніколи як до засобів досягнення своїх власних цілей [96, с. 247]. І. Кант визначав гідність як абсолютну цінність, яка не має ні одного еквівалента, а тому є безцінною. На його думку, речі мають ціну, а людина – гідність, внутрішню і безвідносну, абсолютну цінність. [97, с. 114]

На перекнання Томаса Гоббса, гідність людини – це річ, яка є відмінною від вартості, цінності або заслуг і полягає у здатності до того, гідним чого її вважають. [98, с. 67]

Філософсько-правові погляди XIX століття, зокрема, «ідея абсолютної цінності» І. Канта та ідеї Гобса, лягли в основу сучасних вчень про концепцію гідності людини.

У процесі еволюції, спрямованої на більш повне уявлення про громадянство за останні півстоліття, гідність перетворилася на центральну цінність, що лежить в основі всього міжнародного права про права людини [99]. Ця концепція висвітлена в ряді міжнародних документів з прав людини, наприклад, Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права, Конвенції ООН про права дитини, Конвенції ООН проти катувань, Конвенції ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації стосовно жінок тощо.

Якщо звернутися до підготовчих документів, які були складені учасниками процесу з розробки тексту Загальної декларації, можна знайти відсилання до «людської гідності», як основи усіх природних прав людини. Одні делегації надавали гідності значення базису, основи, невід'ємної передумови прав людини; інші – бачили її в основі рівності всіх людей, а тому – рівності в їх правах. [100]

Остаточний варіант тексту Декларації не включив у себе настільки чітку дефініцію. Преамбула документу називає гідність людини поряд з іншими правами: «Беручи до уваги, що визнання гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру…». У Статті 1 також сказано: «Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і повинні діяти один щодо одного в дусі братерства» [101]. В цьому контексті, однак, гідність не знайшла єдиного юридичного розуміння.

В міжнародних організаціях гідність також не оминають увагою. До прикладу, Рада Європи згадує «гідність» в контексті прав людини та біомедицини, договори ЄС визначають «гідність» фундаментальним принципом ЄС у сфері прав людини. Європейський суд з прав людини систематично

посилається на «гідність особи» в тематиці порушення прав людини, а Суд Європейського Союзу визнав, що захист людської гідності є загальним принципом права ЄС [84]. Проте, до недавнього часу, в європейському праві, гідність в основному розумілася в контексті нелюдського та принизливого поводження.

Щодо українського законодавства, то тут теж відсутні чіткі визначення гідності. Так, вважається, що конституційне розуміння людської гідності корелюється з його змістовим наповненням, визначеним у вказаних вище міжнародних правових актах, зокрема у ЗДПЛ. Фактично синонімом поняття «гідність», яке вживається у міжнародних документах, а також у Конституції України, є поняття «цінності людської особистості» (від латинського – цінний, відповідний). [102, с. 76]

Як зазначає Савчин М.С., Конституція України двояко підходить до визнання людської гідності як соціальної цінності. Згідно зі статтею 3 Конституції України, гідність людини визначається у якнайширшому розумінні через формулу «найвищої соціальної цінності». Особливістю техніки викладу юридичної конструкції в статті 3 Конституції є те, що вона окрім гідності людини, охоплює й окремі засадничі права людини (право на життя, право на здоров'я, право на особисту недоторканність, які гарантують безпеку індивіда). Стаття 28 Конституції гарантує гідність людини у вузькому значенні, як суб'єктивне право особи висувати вимоги до держави захистити її від катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує її гідність, поводження чи покарання. Також встановлюється заборона проведення медичних, наукових чи інших дослідів над людиною без її вільної згоди. [103]

Вдовіченко С. та Кампо В. в продовження твердження Савчина М.С. і окрім статей 3 та 28 Конституції України, називають ще статті 21 та 68 Основного Закону.

Статтею 21 Конституції України гарантується свобода і рівність людей у гідності та правах. Тобто, з моменту народження кожного, його гідність є однаковою, «рівною» з гідністю інших людей. Усвідомлення цього всіма

зумовлює формування у кожної особи почуття власної гідності, очікування поваги до неї з боку інших людей, установку на відстоювання своїх прав, а також визнання нею рівних прав усіх інших людей. У зазначеній конституційній нормі, поняття «людської гідності» самостійного і незалежного значення не отримало, а тому на практиці органам публічної влади легко її ігнорувати. [104, с. 91]

Відповідно до положень статті 68 Конституції України, кожен зобов'язаний не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей.

Конституційний Суд України розглядає «гідність людини» через призму зв'язаності держави правом, за яким держава несе обов'язки перед людиною за свою діяльність, про що він неодноразово зазначав у своїх рішеннях шляхом прямого звернення до формули частини 1 статті 3 Конституції України. Таким чином, у конституційній юриспруденції гідність людини інтерпретується як принцип права, який переплітається із верховенством права і є найвищою конституційною цінністю. [103]

В контексті приватно-правових відносин, українське законодавство трактує поняття гідності переважно в розумінні близькому до латинського – «репутація», що підтверджується і аналізом судової практики України. Однак, таке тлумачення гідності відображає певне обмеження його змісту та соціального призначення. Зокрема, Головін А.С. стверджує, що таке логіко-граматичне тлумачення не дає уявлення про гідність як цілісний правовий інститут, а тому існує ризик невиправданого обмеження правового гарантування людської гідності [104, с. 94]. Саму ж «гідність» вищезгаданий науковець розглядає з точки зору суб'єктивного права, а саме, як правову можливість особи реалізувати свою моральну сутність за допомогою юридичних і неюридичних засобів, не заборонених законом. Дане право людини також передбачає утримання будь якої особи від його порушення щодо інших осіб, а у випадку такого порушення – держава гарантує захист «права на гідність». [104, с. 93]

В юридичній науці також має місце позиція стосовно того, що існує «принцип гідності», з якого випливає «право на гідність людини». Як зазначають українські дослідники В.В. Головченко та О.В. Головченко, гідність у правовій

системі – це не лише конституційний принцип, а й природне невід'ємне право кожної людини. На основі принципу гідності формується суб'єктивне право людини на гідність. [105, с. 55]

Н.Г. Шукліна також трактує «гідність людини» у загальносоціальному значенні, як сукупність різноманітних орієнтирів, соціальних і правових можливостей, а також «індивідуальної» культури держави, що визначають сутність людської гідності на певному етапі історичного розвитку цивілізації. У суто правовому значенні, дослідниця трактує гідність людини як сукупність особистих прав і свобод, реалізація яких дозволяє кожній людині стати, бути і залишатися особистістю. За таких умов гідність особи, на її думку, слід розглядати як фундаментальну норму існуючого державного ладу, яка більше того – утворює підвалину конституційно організованого суспільства. [106, с. 220]

Все вищезазначене дозволяє дійти висновку про відсутність консенсусу щодо однозначного місця гідності в системі прав людини. Однак в умовах сучасних процесів індивідуалізації особистості, зміни співвідношення між «правильним» та «неправильним» в суспільстві, найбільш вдалими та сучасними слід вважати визначення авторів, які розуміють гідність в якості основоположної моральної людської цінності, на якій базується сама сутність людського буття і, відповідно, вся система прав людини.

Безперечно, гідність є найвищою соціальною цінністю. Вона свідчить, в об'єктивному аспекті, про значущість людини для суспільства з погляду її моральних, духовних, фізичних (природних) якостей, тобто значущість індивіда як людини, як представника людства, незважаючи на належність до тієї чи іншої соціальної спільноти, групи й становища в суспільстві, а в суб'єктивному аспекті – про особистісну значущість для самої особи її моральних, духовних, фізичних (природних) якостей. [107, с. 42–43]

Саме таке розуміння феномену «гідності» можна вважати класичним, оскільки так його тлумачила ще кантівська школа. Але і до нині воно найбільш вдало передає тенденції, якими зумовлено відходження на другий план захисту та дотримання норм публічного порядку та суспільної моралі, які поступаються

першочерговістю повазі до різноманітності кожного окремого індивіда та його самовизначення.

Ще Кант визначав гідність людини тією її якістю, що характеризує її людськість. Із втратою гідності сучасна людина як особистість втрачає не лише статус особистості, а і якості людськості взагалі. [108, с. 302]

Сьогодні ж, професор П. Рабінович вбачає в гідності моральну категорію, якою визначається самоцінність людини як родової біосоціальної істоти, зумовленої існуючими суспільними відносинами та іншими факторами людського буття. На його думку, гідність людини є абсолютною, об'єктивно недоторканною, вона не може бути об'єктом порушення. [109, с. 8-9]

В літературі зустрічаються також думки про те, що гідність є моральним джерелом самовдосконалення особистості, оскільки завдяки їй, людина в змозі давати оцінку різним ситуаціям, обирати свою поведінку, способи досягнення цілі, а також передбачати можливі наслідки власних вчинків на основі розмежування реальних суспільних відносин. В такому сенсі, сформована гідність виступає регулятором людської поведінки, так як на її базі з'являються думки, які ґрунтуються на власних уявленнях про сенс життя, щастя, ставлення до інших людей. [110, с. 144]

Повністю погоджуючись з наведеним вище тлумаченням, слід додати, що сьогодні, в умовах розвитку четвертого покоління прав людини та науково-технічного прогресу, мова вже не йде про людину, як біосоціальну істоту. Сьогодні людину прийнято розуміти в поєднанні біологічного, соціального, а також психологічного компонентів, визнаючи повагу до унікальності кожного в поєднанні цих трьох елементів.

Тому, слушними видаються думки, що гідність – це визнання суспільством соціальної цінності, унікальності та неповторності людини, значущості кожної особи як частки людської спільноти. [110, с. 143]

Виходячи з всього вищесказаного, безумовно, можна стверджувати, що гідність становить собою особистісну цінність кожного, а визнання гідності найвищою соціальною цінністю означає, що забезпечення гідності не може

відбутись без поваги до особистісної гідності кожного з боку суспільства та окремих її членів. А тому, в рамках аналізу права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності це означає, що кожна особа на основі власних думок та переконань визначає ставлення до своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, обирає поведінку та спосіб життя відповідно або ж невідповідно таких її характеристик та індивідуальних уявлень про щастя. Це також означає, що суспільство та держава повинні поважати право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, як сферу автономії людини, незалежно від видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, в формі невтручання та толерантності щодо неї (автономії) з боку інших людей, а також шляхом забезпечення прав та захисту з боку держави.

Рівень глибинності та нерозривності гідності людини та права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності можна осягнути, проаналізувавши місце сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в структурі особистості.

Перш за все, слід відмітити, що дві дані категорії більшість вчених розглядають як характеристики сексуальності особи.

Сексуальність людини, як категорія є надзвичайно багатогранною та включає аспекти фізичної, психологічної, соціальної, емоційної та духовної сторін індивідуальності. Сексуальність людини зачіпає не лише біологічні, фізичні та репродуктивні функції, а й глибинні психологічні процеси, в ході яких формуються власні глибоко персональні гендерні та сексуальні ролі, стосунки, цінності, традиції. [111]

Тому «сексуальність людини» є предметом вивчення багатьох наук, які досліджують її з різних позицій. Медицина вивчає сексуальність через біологічні її критерії, а саме статеву систему людини, її анатомічні та фізіологічні особливості. З точки зору соціології та культурології, сексуальність та її вираження аналізується через призму звичаїв та традицій, що притаманні відповідним народові, країні або відрізку часу тощо. Психологи досліджують сексуальні бажання людини, думки та вчинки, почуття та їх вираження, а також

проблеми, що можуть при цьому виникнути. Є навіть окрема підкатегорія даної науки – «психологія сексуальності», яка є відносно новою гілкою загальної психології людини і тому чітко її предмет ще не визначений.

Довідник з сексології, сексопатології та андрології, а також його автор, лікар-уролог Олексій Люлько, розглядають «сексуальність» як характеристику сексуального потягу, сексуальних реакцій, сексуальної активності, а також бажання та вміння жити статевим життям відповідно до вимог суспільства. [112, с. 69]

Більшість вітчизняних та закордонних вчених-психологів визначають «сексуальність» як всеохоплююче поняття, яке торкається практично всіх сфер людського існування, окреслити перелік яких неможливо.

Так, до прикладу, американський дослідник Г.-Ф. Келлі пише, що сексуальність є дуже широким поняттям, пов'язаним з усіма аспектами людського буття. І щоб достеменно зрозуміти, що таке людська сексуальність, необхідно розглядати її в різноманітті її проявів. [113]

Вільям-Хавелл Мастерс та Вірджинія Джонсон наголошують, що сексуальність є комплексною характеристикою людини, а не лише її здатністю до еротичної реакції. Однак учені не пояснюють, у чому полягає ця комплексна характеристика, зазначаючи, що осягнути повністю сексуальність людини неможливо. [114]

На широкому розумінні терміну «сексуальність» наполягають і автори «Психологічної енциклопедії», гаванський психолог Раймонд Корсіні та канадський психолог Алан Ауербах, за твердженням яких, сексуальність людини - це «широка сфера функціонування, починаючи від основних фізіологічних відмінностей між чоловіками та жінками і закінчуючи якостями, що характеризують маскулінність та фемінність, латентну та маніфестну сексуальну поведінку». [115]

Отже, слід визнати, що сексуальність є невід’ємною частиною життя кожного. Без можливості виражати та проявляти її людина не може повноцінно існувати в світі.

І дійсно, якщо проаналізувати наукове надбання в психології, то можна побачити, що не дивлячись на безліч думок щодо структури особистості, практично всі вчені, починаючи від першопроходьця в цій сфері, В. Джеймса, включаючи З. Фрейда та К. Юнга, і аж до С.Л. Рубінштейна, Г. Олпорта та вітчизняного Г.С. Костюка, нерозривно пов'язують свої теорії з сексуальністю людини [116]. А це, в свою чергу, підтверджує факт, що сексуальність є одним із стрижневих елементів особистості.

Особистість людини становить унікальну нерозривну єдність біологічного, соціального та психологічного елементів. Це специфічна, складна та багаторівнева система, в якій поєднуються та переплітаються фізичне та психічне, природне і соціальне – людина володіє мовою і має здатність спілкуватися; вміє працювати і потребує взаємодії з іншими членами суспільства; має здатність відчувати фізіологічні потреби та бажання створювати сім'ю тощо.

Будучи елементом психології людини, її внутрішнім глибинним світом, сексуальність відбивається на способі життя людини, розкриваючись лише у взаємодії з іншими членами суспільства. Це, безумовно, передбачає зв'язки та контакти з людьми, вибір соціальної поведінки, гендерної ролі та вираження, сексуальної ідентичності та поведінки тощо. Людина за своєю природою схильна відчувати емоційні прив'язаності та кохання, сексуальні бажання та потреби і відповідно до них будувати сексуальні або почуттєві стосунки, вступати в шлюб, створювати сім'ю та заводити дітей.

З іншого боку, існує також зворотній взаємозв'язок: соціум так само відбивається на особистості, яка в ньому існує, функціонує і розвивається. На основі цього формується світогляд людини та її характер, які є вже набагато глибшими категоріями та складають глибинне сутнісне поняття особистості, психологічний стрижень, що стабілізує її форми активності. Йдеться про регулятивно-духовні потенції особистості, її самобутність, самосвідомість, самоідентифікацію, джерела волі, ядро характеру тощо. У цьому контексті особистість розглядається як міра цілісності людини. Без внутрішньої цілісності

немає особистості. Таке розуміння її сутності передбачає погляд на неї не тільки як на соціальну, а й як на індивідуально-самобутню істоту. [116]

Так, в частині сексуальності, кожна людина сама визначає, чи хоче вона вступати в законний шлюб, чи достатньо лише неофіційного союзу, своє ставлення до сім'ї та дітей, «традиційного» та «нетрадиційного» сексуального досвіду, чи можливо вона взагалі асексуальна, людина самоідентифікує свою соціальну гендерну роль, залежно від своїх маскулінності чи фемінності тощо. Неможливість особою повноцінно функціонувати в ході свого життя відповідно свого власного вибору, зробленого на основі самоідентифікації та самопізнання, не просто не відповідає критеріям цілісності людини, а й зумовить їнеповноцінність та страждання людини, відсутність її як особистості фізично та психологічно, зсередини та ззовні.

Без можливості реалізовувати своє право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, повністю нівелюється і формування індивідуальності людини, на повагу до якої націлені всі сучасні світові тенденції.

Індивідуальність формується сукупністю особистісних рис та особливостей людини, які притаманні лише їй. Індивідуальність (лат. – неподільність) – це сукупність особливостей і певних властивостей людини, які характеризують її неповторність і виявляються у рисах характеру, у специфіці інтересів, якостей, що відрізняють одну людину від іншої. [116]

Поняття «особистість» та «індивідуальність» не є тотожними, особистість є ширшим за індивідуальність, оскільки неодмінно повинне включати контакт людини з соціумом, в той час як індивідуальність існує самостійно і є інтимною стороною особистості.

Однак, індивідуальність є визначальною, неодмінною та найважливішою ознакою особистості [116]. Від того, наскільки людина вільно може визнавати та виражати свою сексуальність, залежить такий соціально-психологічний стан людини, як «щастя». Відповідно, така можливість або її відсутність, беззаперечно відбивається на гідності, як основній особистісній та соціальній сутності особи, що є ядром її «людяності».

Повертаючись назад у царину права, слід навести слова німецького дослідника П. Хєбєрлє, який в своїх роботах виносить гідність на першорядне місце в різних сферах інтимного, приватного та соціального життя: від того, яким чином людина стає особистістю, залежить і розуміння її гідності. Вчений зазначає, що сукупність індивідуально орієнтованих громадянських прав і обов'язків має дозволяти кожній людині стати, бути і залишатися особистістю. На думку П. Хєбєрлє, конституційна держава повинна через принцип гідності перетворити людей з об'єктів впливу на активно діючих суб'єктів. У цьому контексті еволюцію поняття «гідність людини» можна трактувати як реалізацію окремою особистістю, що склалася, її самостійних дій. Вищезгаданий дослідник також підкреслює, що про поняття «гідність людини» можна вести мову протягом всього її життя – від народження до смерті. [117, с. 14-15]

Таким чином, варто підсумувати, що сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність, за своєю природою є фундаментом нормального розвитку та існування кожної людини. Без можливості реалізувати особою такі внутрішні характеристики, які є природними та самі по собі є ознакою приналежності до роду людського, особа втрачає свою людяність, а отже, і гідність. При цьому, реалізовувати вона їх повинна не згідно рамок, встановлених моральними нормами та писаними правилами, а згідно власних бажань та вподобань, які можуть виходити за такі рамки, і які є унікальними для її особистості та індивідуальності, як психо-біо-соціальної істоти. Тому, обов'язковою умовою вищезгаданої реалізації повинна виступати можливість самоідентифікації особою самої себе в частині своєї сексуальності, самовизначення своєї ідентичності та неповторності стосовно неї, а також вибору власної сексуальної та гендерної поведінки, без будь якого зовнішнього втручання.

Отже, гідність людини, як основна людська цінність, може бути забезпечена лише за умови права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, сексуальної та гендерної автономії. Відсутність можливості сексуального та гендерного вираження означає відсутність гідного життя.

Посилаючись на тлумачення гідності О. Старовойтової, в контексті права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, ця концепція передбачає визнання неповторності людини, як психобіосоціальної істоти, включно з будь якими видами сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, а також їх зовнішнього вираження, так само як і невираження. Немає гідності без можливості формування власного духовного та морального світу, здатності до почуттів та емоцій, згідно своїх власних переконань про сексуальність, гендер, орієнтацію та ідентичність. Кожен повинен мати можливість самостійності стосовно своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, як можливості контролювати свої дії і нести за них відповідальність перед собою й оточенням. [118, с. 89]

Право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності повинне надавати можливість відчувати впевненість у своїй суспільній цінності, можливість усвідомлювати себе особистістю, поважати власні та чужі моральні принципи й етичні норми, наполягати на повазі до себе та своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності від інших людей. [119, с. 132]

Поняття гідності та свободи, а також рівності найчастіше використовуються авторами разом. Ще з часів Ренесансу та Нового часу, гідність часто розглядалася у тісному зв’язку з проблемою вільної волі (свободи). І. Кант, характеризуючи гідність, пов’язував її зі здатністю до самостійності та рівною повагою кожного до такої самостійності [108, с. 166]. Джон Локк та Жан-Жак Руссо, також трактували гідність разом з поняттями рівності та свободи. [120, с. 16; 121, с. 91]

Таке розуміння гідності лягло в основу і сучасних досліджень. Так, Дж. Доннелі зазначає, що концепція людської гідності ґрунтується, окрім іншого, на модерному трактуванні людської свободи як форми вираження гідності [122, с. 36-38]. Р.А. Крусян та А.А. Єзерова вважають, що гідність людини – це принцип, який інтегрує в собі рівність і свободу, тобто примирює юридичний і моральний аспект прав людини [39, с. 54]. З цим твердженням погоджується і Савчин М.В,

який також у свої працях називає гідність принципом, що інтегрує в собі рівність та свободу. [103]

А тому гідність в рамках права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності означає рівність правомочностей, незалежно від виду сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та свободу власного вибору, чим ще раз підкреслено сексуальну та гендерну автономію.

2.2. Принцип рівності та заборони дискримінації і право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності

Одним із найбільш фундаментальних основ реалізації прав та свобод людини та громадянина є принцип рівності. Маючи за спиною багатовікові традиції та історію становлення, принцип рівності являється одним із ключових засад демократичного суспільства.

Рівність у праві була та залишається і надалі однією з центральних категорій та є сферою наукових пошуків мислителів та вчених всіх епох.

Починаючи зі стародавніх часів, даному поняттю присвячувалися праці таких вчених як Аристотель, Демокрит, Марк Аврелій, Платон та Сократ. Вже тоді, «рівність» розглядалася у взаємозв'язку з природним правом та правом справедливості [123, с. 101; 124, с. 101; 125, с. 69]. В Період Середньовіччя питання «рівності» підіймалося Фомою Аквінським, Томазо Кампанеллою, Ніколо Макіавеллі, Томасом Мором. В епоху Нового часу, Френсіс Бекон констатував, що закон повинен бути справедливим і включати в себе «принцип формальної рівності» та «вимогу загальної справедливості», заклавши основу для сучасного принципу рівності перед законом. А Томас Гобс в своїх міркуваннях розвивав ідею «рівності в правах», стверджуючи, що природа створила людей рівними у відношенні фізичних та розумових якостей, а можлива природня різниця між людьми не настільки велика, щоб хтось міг претендувати на якесь благо, на яке з таким же правом не може претендувати інший. [126, с. 507; 127, с. 223].

Сучасне розуміння «принципу рівності» базується на визнанні його як в законі, так і в доктрині, загальним та основоположним правовим принципом, сукупністю основних ідей та засад, залежно від загальносуспільних потреб та інтересів, а також зумовлених рівнем розвитку суспільства, особливостями правосвідомості, правової культури та моральних цінностей.

В найширшому розумінні, «принцип рівності» означає неможливість застосування будь яких розрізнень, вийнятків, обмежень та переваг до однакових

суб'єктів через якісь певні їх властивості [128, с.27]. Визначення рівності також здійснюється через її завдання – рівномірно розподілити соціальні блага, з метою забезпечення потреб та інтересів індивіда. Вчені стверджують, що на практиці принцип рівності доволі часто слугує засобом вирівнювання можливостей індивідів, які наділені різними здатностями і кожен з яких є по-своєму унікальним. [39, с. 239]

Сьогодні практично всі конституції демократичних країн, а також міжнародні правові документи містять в собі норму, що закріплює принцип рівності.

Конституція України закріплює «принцип рівноправності» статтею 21, де сказано, що всі люди є вільні й рівні у своїй гідності та правах, а також загальний «принцип рівності» у статті 24, в якій зазначається, що громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. [25]

Досліджуючи проблематику «принципу рівності», можна помітити, що дане поняття нерозривно пов'язане з «принципом недискримінації». Адже там, де порушується принцип рівності, виникає дискримінація.

Дискримінація – це спосіб деформації рівноправності суб'єктів правовідносин або рівності їх юридичного статусу, шляхом зміни взаємозв'язків прав і обов'язків, їх забезпеченості, обсягу і сфер реалізації з метою встановлення (корекції) об'єктивно обґрунтованих або суб'єктивно мотивованих параметрів справедливості та волі в соціумі. [129]

Якщо звернутися до букви закону, то в Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації», дискримінація визначається, як 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 (далі - певні ознаки), зазнає обмеження у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, визначеній законом,

крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними. [130]

Конституція України, у статті 24, частиною першою якої закріплюється «рівність перед законом та рівноправність всіх громадян», у своїй частині другій містить «заборону дискримінації». Зокрема, в ній йдеться, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. [25]

Заборона дискримінації є частиною принципу недискримінації, визнаного як на національних рівнях (в тому числі і Україною), так і на рівні міжнародного права.

В ЗУ «Про засади запобігання та протидію дискримінації» закріплено «принцип недискримінації», який включає в себе:

1) забезпечення рівності прав і свобод осіб та/або груп осіб;

2) забезпечення рівності перед законом осіб та/або груп осіб;

3) повагу до гідності кожної людини;

4) забезпечення рівних можливостей осіб та/або груп осіб. [130]

У міжнародному праві на принцип рівності та недискримінації наголошується у міжнародних правових актах з питань захисту прав і свобод людини і громадянина. зокрема у статтях1,2,7 Загальної декларації прав людини 1948 р., у ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., у ст. 1 Протоколу № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., у статтях 14, 26 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 р.

У праві Ради Європи «принцип недискримінації» знайшов своє втілення у Статті 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, яка забороняє дискримінацію за будь якою ознакою у процесі користування визнаними в ній правами та свободами. Стаття 14 також визначає, що дискримінація має місце, якщо об'єктивно наявні три елементи: виявлені факти свідчать про упередженість (наявність різного ставлення та підходів); різний

підхід розумно не виправданий; відсутня належна пропорційність між використаними засобами і метою, що ставиться. Також, Протокол № 12 до Конвенції встановлює загальну заборону дискримінації за будь-якою ознакою [131]. Принцип недискримінації також включений до деяких інших правових документів Ради Європи, як, наприклад, Європейська соціальна Хартія, Загальна декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права та ін., встановлюють перелік ознак, за якими заборонено дискримінацію.

У відповідності до загальноприйнятих положень наук психології та сексології, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є рівнонормальними, недевіантними категоріями, які притаманні будь якій людині, є невід'ємними центральними частинами її особистості, незалежно від їх видів та форм. З цієї точки зору, право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності є природнім, невідчужуваним правом кожної людини, яке «апріорі», саме собою передбачається та диктує зміст позитивного права. А тому, будучи в даному контексті аналогічним таким правам, як право на расову приналежність, на біологічну стать тощо, право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та гідність людини в цій частині можуть бути повністю реалізовані як за змістом, так і за формою, лише за умови дотримання принципів рівності та недискримінації.

В умовах сучасного розвиту суспільства, держави, науки та розуміння людини, на забезпеченні принципів рівності та недискримінації для представників ЛГБТ-спільноти наполегливо наголошують міжнародно-правові організації як в своїх закликах, так і в нормативній діяльності.

Досліджуючи правові інструменти, запроваджені в міжнародному праві та, зокрема, Радою Європи для боротьби з дискримінацією, слід відмітити, що ні однин з них не називає прямо такі ознаки як «сексуальна орієнтація» та «гендерна ідентичність» серед заборонених. Однак, важливо відзначити, що всі названі документи мають відкритий перелік підстав, за якими можлива дискримінація. Так, використання фрази «та інші ознаки» дало можливість

Комітету з економічних, соціальних і культурних прав пояснити, що «характер дискримінації змінюється з плином часу й залежить від контексту. Гнучка формула «інших ознак» дозволяє охопити ті форми відмінного ставлення, які раніше не ставали предметом публічного дискурсу. Ці додаткові підстави набувають широкого визнання, коли вони відображають досвід соціальних груп, які є вразливими, страждали і продовжують страждати від маргіналізації». Тому сьогодні вони вважаються такими, що включають до захищених також і ознаки «сексуальної орієнтації» та «гендерної ідентичності».

Окрім цього, і судова практика ЄСПЛ, і Коментар до Протоколу №12 свідчать про невичерпний перелік антидискримінаційних ознак. А ЄСПЛ у своїх рішеннях починаючи з 1999 року, систематично підтверджує, що ознаки сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності підпадають під дію Статті 14 ЄКПЛ, за якою забороняється дискримінація [131]. ООН, Рада Європи та ЄС, в підтвердження вищезгаданого факту, мають за спиною величезний перелік тематичних роз'яснень, рекомендацій, звітів, доповідей та інших матеріалів, кількість яких систематично поповнюється.

Забезпечення принципів рівності та недискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності зроблено і на рівнях національних законодавств різних країн. У період з 1990 і до 2013 років, 59 країн прийняли закони, що забороняють дискримінацію в сфері праці на основі сексуальної орієнтації. [132]

В українському законодавстві сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність не вказані прямо в Конституції України, як ознаки, за якими заборонено дискримінацію. Однак, дані ознаки прийнято включати до поняття «інші ознаки» частини 2 статті 24 Конституції України. Окрім цього, Україною ратифіковані Загальна декларація прав людини, а також Протокол 12 до неї, згідно з якими Україна погоджується з офіційною міжнародною позицією щодо того, що термінологія антидискримінаційної норми ЄКПЛ «…та інші ознаки» включає «сексуальну орієнтацію» та «гендерну ідентичність». Щодо специфічних заборон дискримінації, то вітчизняне трудове законодавство прямо

забороняє будь-яку дискримінацію у сфері праці, зокрема «порушення принципу рівності прав і можливостей, пряме або непряме обмеження прав працівників», залежно від сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. [25; 133]

Фактично, це вся нормативно-правова база України у сфері забезпечення рівності та недискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Однак, наявність такого загального антидискримінаційного законодавства не означає дотримання принципу стосовно представників ЛГБТ-спільності в нашій країні. Вітчизняне законодавство містить положення, які самі по собі можна вважати дискримінаційними.

Серед позитивних змін в даному контексті варто відзначити реформування правил зміни статевої приналежності для транссексуалів. Мова іде про сумнозвісний Наказ МОЗ від 03.02.2011 №60, яким було затверджено «Порядок обстеження осіб, які потребують зміни (корекції) статевої належності» і який наразі втратив чинність. Згідно даного нормативного документу, особи, які виявили бажання змінити стать, повинні були проходити величезний ряд принизливих медичних та психічних оглядів, серед яких – стаціонарне обстеження в умовах психіатричної лікарні протягом 30-45 днів для підтвердження або виключення діагнозу транссексуалізм, а також отримати дозвіл спеціально створеної Комісії з питань зміни (корекції) статевої належності, яка вимагала пройти примусову стерилізацію.

Відповідно до «Медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності», що був затверджений цим же Наказом МОЗ, серед протипоказань для зміни (корекції) статевої належності є такі, як наявність дітей віком до 18 років, відсутність роботи, алкоголізм та інші, як видається, абсолютно нерелевантні умови [134]. Даним нормативним актом було врегульовано, що медико-біологічні та соціально-психологічні показники для зміни (корекції) статі можуть бути встановлені лише за умови відсутності гомосексуальності, трансвестизму або сексуальних розладів, як провідного мотиву для зміни (корекції) статевої належності.

В умовах руху до Європи, у 2016 році МОЗ України прийняло новий Наказ №1041 від 05.10.2016, яким відмінило існування Комісії, а серед медико-біологічних та соціально-психологічних підстав для зміни (корекції) статевої належності, визначило «психічний і поведінковий розлад «транссексуалізм» за Міжнародною класифікацією хвороб десятого перегляду, а також дискомфорт або дисстрес, що обумовлені розбіжністю між статевою ідентичністю індивідуума і статтю, встановленою йому при народженні (і пов'язаними з цим гендерною роллю та/або первинними і вторинними статевими ознаками)». Згідно нового законодавства, вже не потрібно стаціонарного обстеження в психіатричній клініці, однак фактична вимога стерилізації залишилася.

Протиправною та такою, що порушує право на повагу до приватного життя, таку практику визнано і ЄСПЛ у свої рішеннях проти Туреччини у 2015, проти Франції у 2017, а також у свіжому рішенні від 01.10.2018 року проти Чехії. Даними рішеннями Суд визнав протиправними не лише умову стерилізації для дозволу на проведення операції по зміні статевої приналежності, а також і обов'язок проходження такої операції, як умови для юридичного визнання зміненого статевого маркеру, оскільки, хірургічні процедури такого роду дуже ймовірно призведуть до вимушеного безпліддя особи.

Окрім цього, вітчизняні правила зміни статевої приналежності розроблені згідно Міжнародної класифікації хвороб №10, в якому «трансексуалізм» визначений «психічним, поведінковим та нейророзвиваючим розладом». Однак нова версія МКХ-11, представлена СОЗ в червні 2018 року (ще офіційно не затверджена ООН), більше не передбачає такого діагнозу, відносячи категорію «транссексуалізм» до «станів, пов'язаних з сексуальним здоров'ям». Такі зміни є знаковими, оскільки актуальними в світі є питання приниження гідності особи, шляхом самого факту та характеру процедури встановлення щодо трансгендерних осіб психічних діагнозів. [135; 136]

Щодо представників негетеросексуальної орієнтації, то слід відмітити, що Сімейним Кодексом України прямо заборонено усиновлення особами однієї статі, що згідно практики ЄСПЛ, а також міжнародних стандартів, можна

вважати дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації особи. Також, дискусійною залишається норма про право на шлюб, як виключну можливість для чоловіка та жінки, що продовжує бути актуальною не лише для української держави. [137]

Окрім активних способів, принцип рівності може порушуватися і опосередковано, шляхом бездіяльності. Так, українське законодавство не містить в собі абсолютно ніяких правомочностей, які б стосувалися позитивного змісту права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Тут слід згадати обмеження права людини. Обмеження права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, як і будь якого іншого права людини, можна вважати правомірним, згідно українського законодавства та міжнародних стандартів, лише у випадку наявності правомірної та об'єктивно обґрунтованої мети для такого обмеження, як способу її досягнення, який також повинен бути належним та необхідним. Перелік обставин, які можуть складати собою мету обмеження права людини є вичерпним і передбаченим як Європейською Конвенцією з прав людини, так і Конституцією України.

У випадку права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, найчастіше називаються такі підстави, як «традиційний інститут сім'ї», «суспільна мораль», «інтереси дитини», «публічний порядок» та деякі інші. За умов «юридичного вакууму» стосовно досліджуваної тематики, судова практика України не пропонує відповідей на такі запитання, містячи в собі, однак, окремі рішення, в текстах яких вищезгадані підстави для обмеження права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності трактуються як правомірні, пропорційні та недискримінаційні. З іншого боку, практика ЄСПЛ, давно обґрунтувала в своїх прецедентах, що такі аргументи не можуть бути використані як об'єктивна та правомірна мета обмеження досліджуваного права людини, а навіть якщо і можуть, то вони не витримують критики на основі «принципу пропорційності» або ж критерію «необхідності в демократичному суспільстві» на сучасному етапі його розвитку. Неодноразово наголошено, що самі по собі, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність, випливаючи з їх

природності та зв'язку з особистою автономією та цілісністю, не можуть бути використані як підстава нерівного ставлення чи будь якого обмеження, оскільки, ні за яких обставин, людина не повинна відмовлятись від таких своїх фундаментальних прав, як право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, та не може бути змушена обирати між ними та іншими своїми природніми правами.

А отже, українське законодавство не закріплює принципу рівності та недискримінації в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, що можна вважати, щонайменше, застарілим відносно міжнародних стандартів прав людини. Беручи до уваги визначення «прямої» та «непрямої» дискримінації, що наведені як в міжнародному праві, так і в Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», можна констатувати дискримінаційний характер нормативної бази України в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи, як прямо – в частині заборони усиновлення особам однієї статі та процедури зміни статевої приналежності, так і непрямо – стосовно відсутності закріплення специфічного позитивного змісту права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, як от в частині відсутності інституту одностатевих союзів, або ж неможливості зміни статі для інтерсексуальних осіб.

Особлива роль принципів рівності та недискримінації полягає в тому, що вони виступають умовою забезпечення гідності людини. Так, Кожан В.В. в своєму дисертаційному дослідженні, на прикладі расової дискримінації, трактує дане поняття як форму принижуючого гідність поводження, доказуючи свою думку прикладом з практики ЄСПЛ, а саме справи Abdulaziz, Cabalesand Balkandali v. The United Kingdom та East African Asians v. The United Kingdom. В тексті останньої, Судом вказано, що публічне виділення групи осіб для інакшого ставлення до них за расовою ознакою при певних обставинах, може бути особливою формою образи людської гідності і тим самим бути рівносильним поводженню, що принижує гідність. [138, с. 129]

Окрім недосконалості вітчизняної нормативної бази в сфері прав ЛГБТ, тематичні Звіти міжнародних організацій з прав людини продовжують називати Україну на перших позиціях серед країн з надзвичайно високим рівнем дискримінації, гомофобії та трансфобії серед населення. Різноманітними соціальними опитуваннями за останні 10 років, в тому числі і дослідженням ILGA, систематично засвідчується негативне ставлення до гомосексуальності, трансгендерності та одностатевих шлюбів в нашій країні, чим підтверджується «репутація» України, як однієї з найбільш гомофобних європейських держав. [139; 140; 141; 142; 143; 144; 145; 146]

З огляду на це все, дедалі більше в науковій літературі, а також в Звітах міжнародних організацій з прав людини, згадуються групи «сексуальних» та «гендерних» меншин, що зумовило необхідність детальніше зупинитися на сутності таких категорій.

Досліджуючи концепцію меншини та її розуміння в правовій науковій думці, можна констатувати, що ця проблематика була і є предметом пошуків багатьох вчених. Слід відмітити, що не дивлячись на розповсюдженість цієї теми в юридичній літературі, чіткого розуміння «правової меншини» так і нема. Здебільшого в літературі вивчаються різні категорії меншин (мовні, етнічні, національні тощо), в той час як загальній концепції меншини присвячено дуже мало уваги.

Як пише Батанов О.В., є безліч джерел, які пропонують різноманітні визначення та класифікації меншин, однак за загальним правилом, науковий інтерес становлять окремі категорії меншин. І тому, більшість сучасних досліджень, представлених в академічному дискурсі, як правило, присвячені окремим групам меншин – етнонаціональним, мовним, значно меншою мірою – гендерним та, особливо, сексуальним. [147]

З іншого боку, багато авторів схильні вважати, що визначити меншину в загальному неможливо і не потрібно. Так, на думку Липчука О., «меншина» є неоднозначною категорією, а велика їх видова різноманітність унеможливлює

шаблонність підходів до кожної з них або ж застосування однотипних методів та критеріїв. [148]

Якщо повернутися до історичних витоків поняття «меншини», то прослідковується нерозривний зв'язок його сутності з ознакою кількісної меншості. Тому, лексично, дана група і була названа «меншиною», від слова «меншість».

Вперше питання про права меншин було піднято в 1814 році під час Віденського конгресу, в контексті долі німецьких євреїв, а також поляків, яких в черговий раз розділили. Пізніше, у 1856 році, в ході Паризького конгресу обговорювався статус євреїв та християн в Османській імперії. Тематика дискримінації осіб окремих віросповідань та національностей продовжувала залишатися актуальною і в 1878 році на Берлінському конгресі, коли особливо гостро постало питання становища євреїв у Румунії, Болгарії та Сербії. Загалом, не дивлячись на актуальність проблеми меншин в ЗМІ, на законодавчому рівні помітних змін не відбувалося, права меншин були проголошені лише в Угорщині у 1849 році та, у 1867 році, – в австрійському законодавстві.

Найпершим серйозним кроком у правовому закріпленні прав меншин на міжнародному рівні було створення після І Світової Війни у 1919-1920 роках Ліги Націй. На той час виділялися лише «національні меншини» і мова велася у контексті прав народів. Після ІІ Світової Війни, а саме з 1948 року, ООН починає приймати правові акти, якими розширює класифікацію груп меншин від виключно національних, закріплюючи права інших видів меншин. Так, Конвенція ООН про запобігання та покарання за злочини геноциду (1948 рік) містить в собі визначення останнього, як переліку дій, що покликані повністю знищити «національну, етнічну або расову групу». [149]

Наступні стандарти в області прав людини, які систематизували права меншин включають: Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (стаття 27), Декларацію Організації Об'єднаних Націй про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних і мовних меншин, два договори Ради Європи (Рамкову конвенцію про захист національних

меншин та Європейську хартію регіональних мов або мов меншин), Копенгагенський документ Організації з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ) 1990 року, а також деякі інші.

На початку формування теорії меншин та боротьби за права народів після двох світових воєн, в правовій науці «меншина» в загальному розумінні визначалася і з точки зору кількості: «меншина» – це завжди меншість від основного населення.

В міжнародній доктрині стрижневим у царині права меншин вже багато років залишається визначення, запропоноване Спеціальним Репортером Комісії по запобіганню дискримінації та захисту меншин ООН, Франческо Капоторті у 1977 році. Згідно його дефініції, меншина – це група, яка є кількісно меншою від решти населення в державі, перебуває в недомінантному становищі, члени якої, будучи національностями держави, мають якісь етнічні, релігійні або мовні характеристики, які відрізняються від таких у решти населення і виражають, навіть неявно, солідарність щодо збереження їхньої культури, традицій, релігії та мови. [150]

Слідуючи за Ф. Капоторті, у 1985 році Джулз Дехенз почав власне дослідження теорії меншин за запитом вищезгаданої Комісії ООН. Дехенз пояснював «групу меншин» як «соціальну групу з недомінуючим статусом в кількісному розумінні стосовно решти населення держави, яка історично заселяє певні частини території такої держави, члени якої є її громадянами та характеризуються відмінними етнічними, релігійними, мовними чи культурними ознаками, порівняно з рештою населення, а також виражають приховану чи явну солідарність у захисті їх власної культури, традицій, релігії та мови. [150]

Отже, теорія меншин почала формуватися завдяки створенню та нормативній роботі ООН після І та ІІ Світових Воєн та розвивалася виключно як поняття, яке стосувалося національності та пов’язаних з нею особливостей, типу релігії, мови, раси тощо. Це відобразилося і в науці юриспруденції, де більшість вчених ще у 80-х роках 20 століття визначали «меншину» як соціальну групу, об’єднану певною національністю та пов’язаними з нею мовними, культурними,

релігійними та іншими особливостями, що складає кількісну меншість у відповідній державі.

Дослідивши наукову літературу по даній темі, можна констатувати, що значна частина як зарубіжних, так і вітчизняних правників продовжує використовувати запропоноване Капоторті визначення як основу своїх досліджень меншин і сьогодні. Попри це, за останні 60-70 років, поняття та сутність групи меншин в праві, так само, як і її видова різноманітність, еволюціонували, значно розширившись, ускладнившись та видозмінившись, актуалізовуючи таким чином необхідність у переосмисленні даної концепції в умовах сучасності.

Перш за все, слід відзначити, що коли виникала теорія меншин та дане поняття було введено в правовий обіг, мова йшла про права націй та народів. Аналіз західної політико-правової та наукової думки останніх десятиліть, а також нових стандартів міжнародного права засвідчує дедалі більше поширення і утвердження тези, що з прав народів та націй, основний їх епіцентр переноситься саме у царину особистих прав людини, де остання сприймається не лише як частина нації, або якоїсь народності, а як самостійний індивід, який має право на самобутність, самовираженість та індивідуальність, при цьому підкреслюючи роль принципу рівності, що має гарантуватися законом на державному рівні в сучасному демократичному суспільстві.

Особистий характер прав меншин підтверджується і в міжнародному праві. Зокрема, права меншин віднесено до особистих Міжнародним пактом про громадянські та політичні права; акцент на особистому характері таких прав поставлено і в Європейській конвенції про права меншин 1994 року.

Наступним вартим уваги є той факт, що в другій половині 20 століття, по всій планеті розгорнувся активний рух за права людини, що спричинило новий виток теорії прав людини, їх модернізацію та розширення. Зокрема, змінене було відношення до прав жінок, прав сексуальних меншин, прославлялися свобода та рівність тощо. В 21 столітті, в силу невпинного науково-технічного прогресу, з’явилися нові загрози для людини, що в свою чергу розширило перелік прав

людини новими, раніше неактуальними правами. Почало стрімко розвиватися четверте покоління прав людини.

На фоні всіх цих обставин починають формуватися нові групи меншин, що відображені в правових документах ООН, якими було розширено їх до нових видових груп. Дані зміни показали, що «кількісна меншість», як ознака приналежності до групи меншин, відійшла на задній план, поступившись місцем ряду інших ознак, серед яких на першому місці була ущемленість в правах. Так, поряд з меншиною за ознакою національності, почали з'являтися окремо мовні меншини, релігійні, расові меншини, з часом – сексуальні меншини та гендерні меншини. Було виділено такі вразливі групи, як інваліди, діти, мігранти тощо.

Не слід залишати осторонь і фактор розвитку та змін в розумінні демократії. Права меншості були одвічною проблемою в демократичних системах. І сучасна дефініція демократії передбачає, що в умовах демократичного суспільства воля більшості повинна поєднуватися з гарантіями прав особи, які у свою чергу служать для захисту прав меншості — чи то етнічна меншина, релігійна чи політична меншість. Права меншості не залежать від доброї волі більшості і не можуть бути скасовані більшістю голосів.

За таких умов, критерій кількісного визначення для меншини взагалі почав втрачати своє значення, оскільки не у всіх випадках він був критерієм, за яким особу можна віднести до групи меншин. Так, коли мова йде про національні меншини, кількість дійсно є визначальною ознакою. Так само, як і у випадку мовних меншин – якщо їх стане більше, то вони перестануть бути меншиною.

До слова, в угорському законодавстві є певна кількісна квота, яка встановлена для громадян певної національності для того, щоб вони згідно закону, могли вважатися національною меншиною. Цікавим є те, що встановлено і нижчу, і вищу кількісну межу. Наприклад, скажімо, для осіб-арабів, що проживають в Угорщині, однією з обов'язкових ознак буде національність, іншою – кількість. В той же час, якщо взяти інвалідів, то кількість значення вже не буде мати, враховуватиметься лише наявність фізичної вади. Аналогічно і щодо сексуальних чи гендерних меншин.

Також слід відмітити, що сама по собі, а не в сукупності з якоюсь іншою характеристикою, типу національності, кількісна меншість не може бути ознакою того, що особа належить до меншинної групи. Більше того, сьогодні багато груп меншин створюють свої спільноти на міжнародному рівні, тому інколи загальна кількість представників такої інтернаціональної спільноти може бути чисельно більшою, ніж населення тієї чи іншої окремої держави.

І дійсно, якщо звернутися до сучасних світлин правової науки, багато дослідників, роботи яких присвячено теорії меншин, погоджуються з тим, що в умовах сьогодення меншина теоретично може становити кількісну більшість і при цьому все одно залишатися меншиною.

Критикуючи визначення все того ж Капоторті, авторами зазначається, що в більшості випадків меншина дійсно є кількісно меншістю, однак наводяться все нові й нові приклади ситуацій, коли кількісна більшість також може потрапити у «меншинне» або недомінантне становище, так як чорні під час режиму апартеїду в Східній Африці. Окрім цього, за певних обставин, жодна з груп може не складати кількісної більшості, і меншини, щоб розвинути свої характерні риси, повинні бути достатньо багаточисельними. Також, в деяких ситуаціях, група, що детермінується як «більшість» в державі в загальному, може бути в недомінантному становищі в окремих регіонах держави. [151; 152]

Хоча сексуальні та гендерні меншини є кількісною меншістю, порівняно з рештою населення, дана ознака не може вважатися визначальною для кваліфікації таких меншинних груп. Визначальною для сексуальних та гендерних меншин слід вважати ознаку наявності обмеженості у правах. Якби кількість всередині таких груп виросла і почала б складати більшість за кількістю від якого-небудь цілого, сексуальні та гендерні меншини все одно залишалися б меншинами до тих пір, поки їх не перестали б ущемлювати в правах і свободах.

Таке обмеження у правах здійснюється за конкретною ознакою, яка і визначає вид групи меншин. Дані ознаки згадуються в правових документах та в напрацюваннях представників юридичної доктрини. Згідно Декларації ООН про

меншини, до таких груп відносяться особи, об’єднані національними, етнічними, культурними, релігійними та мовними ознаками.

Поряд з Декларацією про меншини, в ООН прийнято ряд документів, які покликані захищати права деяких груп населення – Конвенція прав інвалідів, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, Міжнародна Конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, Конвенція про права дитини та Міжнародна Конвенція про захист прав усіх працюючих-мігрантів і членів їхніх сімей, а також мали місце спроби прийняти Декларацію про права ЛГБТ, які закінчилися невдачею.

Юридична доктрина містить переліки груп меншин, які розширюють їх видову класифікацію ще більше. Так, Батанов О.В. стверджує, що групою меншин є такі спільноти, що піддаються дискримінації в своєму соціальному статусі, освіті, працевлаштуванні, медичній допомозі та політичних правах; ними можуть бути також суспільні прошарки, що пропагують якусь ідею в суспільстві або на певній території (зазвичай у державі), яка не підтримується більшістю населення; меншинами також є люди з фізичними вадами, вікові та сексуальні меншини тощо. [147]

В той же час, існує наукова суперечка стосовно того, чи повинні вважатися меншинами люди з фізичними вадами, ті які відносяться до якихось політичних груп або особи з негетеросексуальною орієнтацією та нецісгендерною ідентичністю, або ж різноманітні маргіналізовані групи в суспільстві, на кшталт уражених невиліковними чи пандемічними хворобами.

Отже, чіткого та вичерпного переліку ознак, за якими певну соціальну групу можна віднести до категорії меншин нема ні в юридичній доктрині, ні в вітчизняному та міжнародному законодавстві. Однак, такою ознакою не може бути будь-яка характеристика. На основі сказаного вище видно, що вона повинна робити з групи недомінуючу групу, ущемлену, обмежену в правах тощо. Іншими словами, за цією ознакою, група загалом та її представник зокрема, повинні

вважатися в суспільстві «не такими як всі». У випадку сексуальних та гендерних меншин такими ознаками виступають, відповідно, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність. Інакше кажучи, має існувати причинно-наслідковий зв'язок між ущемленням і причиною ущемлення.

Такий критерій, згідно вивчення наукової літератури, дає підстави для характеристики ЛГБТ-спільноти як вразливої або неблагополучної соціальної групи. Хоча у національній та іноземній правовій доктрині немає єдиного визначення «вразливої групи», згідно тлумачень різних вчених, в загальному її слід розуміти, як групу населення, об'єднану якоюсь ознакою, яка піддається негативному соціальному або іншому впливу; як таку, яка потребує додаткового захисту зі сторони держави; як групу, яка не може самостійно себе захистити та дати відсіч; як групу з великим ризиком дискримінації, включаючи насилля. [153, с. 116; 154; 155; 156]

Європейський Суд з прав людини також не дає визначення «вразливої групи», хоча і підкреслює необхідність такої дефініції через помітний ріст справ, в яких рішення приймалися з урахуванням факту вразливості групи. Якщо проаналізувати практику ЄСПЛ, то вразливими групами, кожної з яких стосувалося більше 20 справ, серед інших, виділяють національні меншини, ромське населення, дітей, а також психічно хворих осіб. [157]

Така громадська організація як EIGE визначає «disadvantage group» (те саме, що і вразлива група), як групу, що піддана вищому ризику бідності, соціальної ексклюзії, дискримінації та насилля, ніж загальне населення. Перелік таких груп є невичерпним, однак сюди можна віднести мігрантів, людей з вадами, ізольованих старших людей та дітей, інші схильні до дискримінації та маргіналізації верстви за певними економічними, соціальними, культурними, політичними тощо обставинами. [158]

Вчені, серед видів вразливих груп називають бездомних, родини в яких дитину виховує лише один із батьків, ВІЛ-інфікованих людей, осіб з фізичними вадами, затримками розвитку, ЛГБТІ-спільноту, нарко- та алкозалежних,

мігрантів та біженців, тих, хто став жертвами расизму, сексизму та інших форм дискримінації та ін.. [153, с. 48]

Отже, на основі вищесказаного, можна зробити висновок, що сексуальні та гендерні меншини – це вразлива суспільна група, вразливість якої обумовлена, відповідно, гомосексуальністю та трансгендерністю її членів. Поняття «група меншин» та «вразлива група» є взаємопов'язаними, але відмінними. Вони співвідносяться як загальне та особливе, де загальне – вразливе група, а особливе – група меншин. Тобто, меншина є вразливою групою, але не всі вразливі групи є групами меншинами.

У випадку вразливої групи, будь яка з них є слабшою в загальному населенні через наявність якоїсь ознаки – діти, економічно неблагополучні сім'ї, неповні сім'ї тощо. Тобто дана група може нормально сприйматися в суспільстві, однак вона не може повноцінно користуватися всіма правами або можливостями через власну суб'єктивну, внутрішню неспроможність. І всі ці обмеження є природніми, або правомірними. Наприклад, мігранти, що не мають права голосу, діти, працю яких не можна використовувати до досягнення ними певного віку тощо.

Щодо групи меншини, то така група є слабшою в загальному населенні не через власну неспроможність, а через те, як цю ознаку сприймають в суспільстві та державі. Наприклад, представники сексуальних меншин, якщо не можуть влаштуватись на роботу через свою гомосексуальну орієнтацію, або національні меншини, коли вони піддаються утискам через власну не таку поширену в суспільстві національність.

Тобто, особливістю меншини як вразливої групи окремої категорії є те, що вони піддаються неправомірному обмеженню з зовнішньої сторони – з боку суспільства, його членів або держави.

На фоні цього, в деяких науковців, у визначенні поняття меншини йде мова про домінування над нею іншої групи – домінуючої групи.

При цьому, в частині випадків акцентується увага, що термін «домінування» вживається у виключно кількісному розумінні. Наприклад, у визначенні Джулза Дехенза. [150]

В інших же визначеннях зі змісту можна зробити висновок, що домінування над меншинами здійснюється не у кількісному розумінні. Так, в своєму визначенні групи меншин, Батанов вказує, що це, як правило, соціологічна група, вага якої не є домінуючою серед загального населення у даному суспільному та часовому просторі. При цьому, соціологічна меншина зовсім не обов'язково має бути меншиною у кількісному відношенні. [147]

Домінування в кількісному відношенні є зрозумілим – воно має місце тоді, коли меншина є меншістю від іншої, домінуючої групи населення, тобто, більшості. Наприклад: «Термін «меншина» використовується праві ООН з прав людини, зазвичай, у відношенні до національних чи етнічних, релігійних чи мовних меншин, згідно Декларації меншин ООН. Всі держави мають одну чи більше групу меншин всередині її національних кордонів, яка характеризується своїми власними національною, расовою, мовною чи релігійною ідентичністю яка відрізняється від такої в більшості населення. [149; 151; 152]

Однак, домінування не в кількісному відношенні, потребує більш детального дослідження. Визначення такого оціночного поняття як домінування в правовій літературі не було знайдено. Однак, «Академічний тлумачний словник української мови» розуміє під домінуванням «мати перевагу, переважати, бути основним, головним, панувати». [159]

Американський дослідник, соціолог Р. Скермергорн дає наступне визначення домінуючої групи: «Домінуюча група – це спільнота всередині суспільства, члени якої мають найбільшу владу, щоб діяти як опікуни й захисники пануючої системи цінностей та головні розподілювачі винагород у суспільстві». [160, с. 155]

Пишучи про домінування, Батанов, згідно розуміння даного терміну, пише про те, що над меншинами переважає, панує, має перевагу загальне населення, що порушує принцип рівноправності. [147]

Погоджуючись з такою думкою, ключовою кваліфікуючою ознакою приналежності до групи меншин в її сучасному концептуальному трактуванні, є наявність порушення принципу недискримінації.

В ході дослідження поняття меншини в праві, практично всі науковці сходяться на тому, що це є категорія осіб, яка постійно піддається якимось несправедливим та несанкціонованим утискам, обмеженням в певних правах та можливостях. Однак, суть та природа цього так званого «обмеження» залишається туманною, і тут думки вчених розділяються. Хтось вживає термін «дискримінація», хтось – «утиск» і так далі.

Такий термінологічний плюралізм не є виправданим, так як наводить плутанину в понятійно-категоріальному апараті з точки зору правової науки, що спонукає на практиці нечіткість в праворозумінні, і, як результат, в правозастосуванні.

Дослідивши правову літературу, а також базуючись на положеннях Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації», можна зробити висновок про те, що практично всі синоніми, що використовувалися авторами для позначення негативного відношення до групи меншин (чи то утиск, чи обмеження чи дискримінація), підпадають під нормативно-закріплене поняття «дискримінації», її видів та принципу недискримінації. А тому, з метою оптимізації практичної правової діяльності та застосування Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації», доречніше використовувати саме такий термін.

З іншого боку, складність даного питання полягає в тому, що неможливо навести вичерпний перелік всіх можливих практичних проявів дискримінації. Вони можуть безкінечно варіюватися не лише від одного випадку до іншого, а і від однієї категорії меншин до іншої. На цьому фоні неможливо і чітко визначити, які саме, окрім дискримінації діяння можуть нанести шкоди правам меншин.

В даному контексті, також варто звернутися до дослідження Капоторті, який вважав, що обов’язковою ознакою належності до меншини є наявність так

званої «свідомості меншини». Капоторті пояснював цю концепцію наступним чином: «Так само, як класи в суспільстві не можуть існувати без класової свідомості, особи або групи не можуть формувати групу меншин, якщо не будуть усвідомлювати, що вони є іншими і не будуть сприймати цю відмінну рису як незамінну ознаку своєї ідентичності. Це є суб'єктивною умовою концепції меншин, яка має величезне значення. До прикладу, особа або група осіб, яка хоче уподібнитись більшості за власним бажанням (розчинитися в більшості), не є меншиною». [150]

У випадку права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, вищезгадана ознака яскраво підкреслює такий обов'язковий елемент змісту даного права як сексуальну та гендерну автономію. Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є внутрішніми категоріями, які не залежать від волі особи. Якщо навіть при гомосексуальній орієнтації чи трансгендерній ідентичності людина обирає відмінну від них сексуальну ідентичність, то таку особу не можна вважати сексуальною чи гендерною меншиною з правової точки зору. Так само і у випадку гомосексуальної або ж трансгендерної поведінки гетеросексуалів та цісгендерів – дані особи не є приналежними до відповідних груп меншин, оскільки не потребують захисту прав, не є вразливою групою та не підлягають дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Досліджуючи принципи рівності та недискримінації та проблематику прав сексуальних та гендерних меншин, не можна оминути увагою питання «позитивної дискримінації» (інколи іменується «політика позитивних дій»), яка часто застосовується для забезпечення прав меншин і являє собою, за визначенням Погребеняка С.П., юридичну розбіжність в підходах, яка реалізується як тимчасовий захід з метою створення сприятливих умов для певної категорії осіб на шкоду іншій категорії і таким чином компенсує існуючу між ними фактичну нерівність». Як стверджує вчений, така дискримінація покликана створювати позитивні умови для певних категорій осіб на шкоду

іншій категорії осіб для того, щоб компенсувати між ними фактичну нерівність. [161]

Протокол № 12 до ЄКПЛ, у Преамбулі також підтверджує, «що принцип недискримінації не стоїть на заваді Державам-учасницям уживати заходів для сприяння повній та реальній рівності, якщо ці заходи є об'єктивно й обґрунтовано виправданими». [162]

Сексуальні та гендерні меншини, в порівнянні з рештою населення не мають ніяких фактичних нерівностей, їх представники є абсолютно рівними та однаковими. Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є притаманними всім та кожному, незалежно від їх форм та різновидів, дані характеристики особистості не передбачають якихось недоліків, вад, хвороб або ж інших обставин, якими б обумовлювалось їх мінорне становище в суспільстві. Негетеросексуальність та нецісгендерність – не слабкість, а менш поширена нормативність.

Сексуальні та гендерні меншини є мінорними групами не через власні недоліки, а через високий рівень дискримінації, гомофобії та трансфобії зі сторони суспільства, а також відсутність адекватної відповіді з боку законотворця у вигляді забезпечення прав та захисту від насильства.

Погоджуючись з Товпеко Я.В., ЛГБТ не потребують ніяких привілейованих прав, особливих можливостей, оскільки не володіють ніякими недоліками. Замість цього, необхідно повноцінно закріпити принцип рівності та недискримінації щодо них, порівняно з гетеросексуалами та цісгендерами, вивести негативний зміст права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в площину нормативно-закріплених та захищених, існуючих в позитивному смислі, можливостей.

Вартою уваги вважається і практика багатьох європейських ліберально-демократичних країн у сфері соціального захисту гендерних меншин, а саме застосування «позитивної дискримінації більшості». Так, до слова, Віктор Портников, відомий демократичний журналіст, в одній зі своїх промов наголосив, що: «Потрібно зрозуміти одну просту річ: неприйнята депутатами

поправка до Трудового кодексу – це не відмова від дискримінації сексуальних меншин. Справжня відмова від дискримінації сексуальних меншин – це позитивна дискримінація більшості та введення кримінальної відповідальності за гомофобію. Те, до чого ми ще прийдемо». [163]

З метою забезпечення позитивної дискримінації більшості в контексті прав сексуальних та гендерних меншин, доречно нормативно закріпити належний захист ЛГБТ-спільноти у формі введення відповідальності за порушення їх прав, дискримінацію та насильство щодо них.

2.3. Співвідношення права на особисте та сімейне життя та права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності

Право на приватне та сімейне життя є складним та багатогранним явищем. Дослідження наукової, практичної та нормативної літератури, дозволяє констатувати, що є багато підходів як до термінологічного аспекту, так і до сутнісного аналізу даного права. Як справедливо відмічається з цього приводу, поняття права на приватне та сімейне життя в науці розуміється «і як предмет правового регулювання, і як субінститут права, і як елемент правового статусу людини, і як обов'язок держави та її органів не втручатися у це право, і як аспект особистої недоторканності, і як елемент правосвідомості». [164, с. 171]

Зміст та обсяг права на приватне та сімейне життя варіюється залежно від державного ладу, зокрема політичного режиму та форми правління. Правозахисна організація «ILGA» у своїх аналітичних збірниках відобразила також статистичну залежність рівня забезпечення прав ЛГБТ-спільноти від рівня економічного розвитку країни. Дані матеріали дають можливість стверджувати, що в країнах з прогресивною та стабільною економікою, рівень правового закріплення таких прав вищий, а ступінь дискримінації серед населення – нижча. [165]

Однак, специфікою права людини на приватне та сімейне життя справедливо можна назвати його більшу, порівняно з іншими правами людини, залежність від неправових регуляторів поведінки.

Вибір кожної окремої особи стосовно того, як проживати своє власне життя, формується на основі внутрішніх переконань, вірувань, страхів, бажань людини. А тому вагомий вплив на визначення сутності приватного та сімейного життя мають соціальні умови та норми, звичаї та традиції в тій чи іншій культурі, ставлення до меж морально прийнятного, релігійних особливостей в суспільстві тощо. Надиктовані цими категоріями правила поведінки є надзвичайно мінливими, варіативними, нестабільними та суб'єктивними, що не могло не відбитись і на доктринальному понятті приватного та сімейного життя, в тому

числі, і в правових науці, культурі та нормах, які є різними, а інколи й взагалі протилежними, як в розрізі часу, так і в територіальному аспекті.

Одним із найавторитетніших в такому сенсі факторів, для більшості жителів планети, сторіччями була і залишається релігія, яка є фундаментальною системою цінностей формування особисті, її переконань про добро і зло, основним збірником правил поведінки згідно того, що є «правильним», а що – «гріховним», трактатом «праведного» способу ведення приватного та сімейного життя.

Ще одним фактором, який, беззаперечно, є вагомим для розуміння приватного і сімейного життя є панівна суспільна мораль, яка значною мірою взаємозалежна також і з релігійними канонами, так як останні визначають ціннісні незмінні стовпи морального та аморального. Однак, на відміну від відносно усталеної та константної релігії, мораль постійно змінюється, деформовуючись та перероджуючись, і є більш різноманітною та багатогранною. Така нестабільність обумовлює постійну переоцінку та зміну якісного навантаження розуміння «правильного» та «неправильного» приватного та сімейного життя, а отже і природи відповідного права людини. Мінливість суспільної моралі можна легко прослідкувати в прецедентному праві ЄСПЛ, намагаючись приймати справедливі та актуальні рішення, саме перевороти суспільної моралі найчастіше використовувалися як аргумент зміни позицій Суду щодо різних тематик, включаючи і право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Культура та традиції в тому чи іншому соціумі є ще одним елементом різних націй, народностей та місцевостей, що зумовлює для них специфічні риси приватного та сімейного життя. До прикладу, в Індії «хіджра», як третя стать, вважається священною, східна культура передбачає можливість мати багатьох дружин, а в африканському племені Масаї люди вітають одне одного та висловлюють взаємну повагу стрибками.

Тому, згадані вище неправові регулятори поведінки особи та суспільства слід вважати визначальними для повноти сприйняття таких неоднозначних та неосяжних категорій як «приватне життя» та «сімейне життя».

Як відомо, права та свободи людини не є сталим явищем. Їх загальний перелік та конкретний зміст безупинно еволюціонують та змінюються з плином часу. В рамках цього, дефініція того чи іншого права людини не може бути завершеною без врахування нових актуальних умов, характерних для відповідного періоду часу.

Право на приватне та сімейне життя не є виключенням. Тому аналіз модернізованого змісту даного права важливо проводити через призму стрімкого науково-технічного прогресу і, як результат, масивної автоматизації суспільних та особистих відносин. В процесі дослідження взаємозв'язку права на приватне і сімейне життя разом з правом на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, особливо вагомою є тенденція до індивідуалізації людської життєдіяльності.

Вищезазначені тенденції, що диктують нові правила життя по всіх континентах останні кілька десятиріч спричинили помітне переплетення приватного життя з публічним життям, в світлі чого значущість права на приватне та сімейне життя дуже виросла. З одного боку, сучасними інформаційними технологіями створено безлімітні можливості ділитись та обмінюватись інформацією про своє приватне життя та особисті стосунки через «Інтернет», що зумовило появу практики «ведення свого приватного життя» публічно. З іншої сторони, за таких обставин, існує і зворотній зв'язок між публічним та приватним життям. Як правильно відмічається, з розвитком ІКТ, зростають і потенційні загрози втручання в приватне та сімейне життя. [166, с. 319; 167, с. 172]

Цим всім пояснюється необхідність перегляду акцентів в змісті права на приватне та сімейне життя, а також актуальність дослідження характеру співвідношення права на приватне та сімейне життя з правом на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в новітніх умовах.

В Конституції України, так само, я і в багатьох інших національних Основних законах, а також міжнародних документах з прав людини, право на приватне та сімейне життя закріплюється однією диспозицією. Однак, під питанням залишаються також межі та характер взаємозв'язку права на приватне життя з правом на життя сімейне. Тому необхідно визначити зміст кожного з двох елементів права на приватне та сімейне життя окремо.

Право на особисте (приватне) життя закріплене як в Конституції України, так і в міжнародних правових документах, таких як Загальна Декларація прав людини, Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ін.

Аналізуючи природу права на приватне життя, в першу чергу, слід відмітити неоднозначність термінів, що характеризують такі правовідносини. Нормативна та доктринальна база оперує термінами «приватне життя» та «особисте життя». Межа взаємозв'язку між такими категоріями диференціюється в думках різних авторів та ненормативних джерелах. [168, с. 37; 169, с. 36; 170, с. 985; 171, с. 257; 172, с. 501; 173]

Якщо проаналізувати міжнародні правові документи, а також практики міжнародних судових інстанцій, то можна помітити, що вони використовують термін «приватне життя», а Конституція закріплює подібні суспільні відносити під назвою «особисте життя». В силу цього, нами у даному дослідженні, приватне життя та особисте життя будуть використовуватися в однаковому змістовному навантаженні.

Немає єдиного варіанту також і назви самого права людини щодо приватного/особистого життя. В джерелах зустрічаються такі словосполучення, як «право на приватне життя», «право на недоторканність приватного життя», «право на невтручання в приватне життя», «право на повагу до приватного життя».

Конституція України закріплює право на невтручання в особисте та сімейне життя, вітчизняне законодавство також містить «право на особисте

життя» та «право на недоторканність особистого життя». В цей самий час ЄКПЛ використовує поняття «поваги до права на приватне та сімейне життя».

Представники вітчизняної юридичної науки пояснюючи право на особисте чи то приватне життя, користуються всіма названими термінами та словосполученнями, наділяючи їх при цьому різним змістом. Аналіз думок таких науковців показує, що здебільшого найширшим колом правовідносин характеризують «право на повагу до приватного життя». При цьому, словосполучення «право на недоторканність приватного життя» та «право на невтручання в приватне життя» найчастіше застосовується в дещо вужчому розумінні, охоплюючи здебільшого відносини стосовно інформації про особисте життя людини, однак іноді трактуються і у більш широкому сенсі.

Так, Бєляєва Н.Г. трактує право на недоторканність приватного життя як право на власні дії щодо самого себе, право на невтручання в приватне життя ззовні, а також як право, що межує з іншими правами – правом на недоторканність сімейного життя, правом на недоторканність житла, правом на недоторканність кореспонденції. [174, с. 102]

Поряд з дослідженнями прав щодо приватного життя науковцями з закордону активно розробляється суміжна концепція «прайвесі», яка не має однозначних меж в наукових колах. В українській доктрині, розробником даної концепції є Серьогін В.О., яким даний термін використовується в такому ж самому значенні, що і право на недоторканність особистого життя. [168, с. 144]

Словосполучення «право на особисте (приватне) життя» в юридичній літературі є загальним і часто використовується і як синонімічне до вищеперерахованих, і як всеохоплюючий термін, і в інших співвідношеннях. Для висловлення думки про те, яке з словосполучень є найбільш влучним, варто детальніше дослідити зміст права на приватне та сімейне життя.

Відсутність одностайності характеризує також і доктринальні позиції щодо сутності та змісту права на особисте (приватне) життя. Можна умовно розділити їх на наступні: по-перше, його розглядають в контексті інформації про особу та таємності такої інформації; по-друге, авторами аналізується зміст поняття

«приватного життя» на основі порівняння його з категорією «публічне життя»; по-третє, право на приватне життя досліджують за змістом як внутрішній світ людини та його вираження як майнові, культурні, моральні і інші зв'язки, які створюються на основі сімейних, дружніх, інших відносин між людьми в сфері особистого життя, продовження роду, влаштування житла, ведення домашнього господарства, хобі, участі у культурному житті, світогляду, думок, переконань; а також, по-четверте, в поєднанні різною мірою всіх або деяких із зазначених вище ракурсів.

З формально-юридичної точки зору, приватне життя пропонують розуміти як соціальне явище та інформацію про приватне життя.

В такому смисловому навантаженні право на приватне життя закріплене і в Основному Законі. Конституція України у статті 32 закріплює право на невтручання в приватне та сімейне життя людини також пов'язуючи його з інформацією про особу. [25]

Дане право людини роз'яснює і Конституційний суд України в Рішенні № 2-рп/2012 від 20.01.2012. Однак тлумачиться саме інформація про особисте життя, незаконне розголошення якої визнається порушенням прав на приватне життя, а не змісту самого права на особисте життя. [175]

Більш широке визначення особистого життя представлене в цивільному законодавстві. Так, положення коментаря до статті 301 ЦКУ про право на особисте життя визначають такі його складові: а) повноваження мати особисте життя, включає в себе можливість фізичної особи бути носієм даного особистого немайнового блага; б) повноваження визначати своє особисте життя. При цьому, закон не визначає переліку можливих чи необхідних діянь, якими б особа могла здійснити своє право на визначення свого особистого життя. Натомість, законодавець надає фізичній особі-носію можливість самостійно на власний розсуд вирішувати, яким чином визначати, організовувати та проводити своє особисте життя в залежності від власних інтересів та мети.

Конституційне право на невтручання в приватне життя особи забезпечується також можливістю застосування юридичних санкцій до

порушника. Так, цивільне законодавство містить норми щодо захисту приватного життя (повноваження вимагати захисту права на особисте життя здійснюється на підставах та в порядку, що передбачений Главою 3 та ст. ст. 275 - 280, 1166 - 1168 ЦК України). [176]

Кримінальне право містить норму, згідно якої, порушення права на приватне життя може бути кваліфіковане як злочин. Так, ст. 182 Кримінального кодексу України встановлює кримінальну відповідальність за порушення недоторканності приватного життя, яке здійснюється у наступних формах: незаконне збирання, зберігання, використання, знищення, поширення конфіденційної інформації про особу або незаконна зміна такої інформації. [177]

Таким чином, у вітчизняному законодавстві виділяються «право на невтручання в особисте життя», «право на особисте життя», а також «право на недоторканність особистого життя», співвідношення змістовного навантаження яких важко чітко визначити. З аналізу даних норм, логічним є висновок, що такі права не є одним і тим самим. Конституція України веде мову про право на невтручання в особисте життя як заборону неправомірних дій щодо інформації про таке життя, визначаючи якою має бути поведінка інших щодо інформації про чиєсь приватне життя, та права самої особи стосовно такої інформації. КК України передбачає відповідальність за порушення встановлених КУ правил поводження з інформацією про чуже приватне життя, однак використовує термін «недоторканність особистого життя особи», а не «право на невтручання в особисте життя особи».

ЦК України дає тлумачення права через повноваження особи, що випливають з самого особистого життя, а не інформації про нього - а саме, мати особисте життя та самостійно його визначати.

Таким чином, можна припустити, що «недоторканність особистого життя» та «невтручання в особисте життя» розглядаються законодавцем як частина та ціле, де невтручання є поняттям ширшим і включає ще й права людини щодо інформації про її особисте життя, що зазначені в частинах 2 і 3 статті 32 КУ.

В той же час, цивільним правом визначається саме право на особисте життя особи, а не право щодо інформації про таке життя, чим воно і відрізняється від конституційно-правової дефініції, в контексті чого, можна припустити ширший зміст права на особисте життя відносно невтручання в особисте життя. Хоча, співвідношення між цими двома визначеннями встановити важко.

Вищезгадані нормативні положення є предметом досліджень багатьох українських науковців, які на основі букви Закону, також пов'язували право на особисте життя з нерозголошенням інформації про особу. На думку одних дослідників, право на приватне життя розуміється як гарантована державою можливість спілкування без зовнішнього втручання, а також контролю інформації про себе та перешкоджання небажаному розповсюдженню такої інформації [178, с. 18]. На думку інших – дане право, окрім інформаційної та комунікаційної недоторканості, передбачає негативний обов'язок забезпечення ще й фізичної та психічної недоторканності, недоторканності житла та сімейного життя, а також можливість анонімності та усамітнення [179]. В наукових джерелах існує також позиція, що особисте життя – це певна сукупність гарантованих правом таємниць [180, с. 14]. На що В. О. Серьогін стверджує, що таке розуміння необґрунтовано звужує зміст права на приватне життя, залишаючи поза межами його змісту цілий ряд інших важливих елементів, як от «право на усамітнення, територіальна приватність, статева свобода тощо». [166, с. 145]

Акцент на певній мірі прихованого, таємного характеру права на приватне життя в своїх дослідженнях називають багато вчених, здебільшого тих, які розкривають сутність однойменного права через поняття «приватного життя». Так, у одному із дисертаційних досліджень приватне життя пояснюється як прихований від суспільства, до певної міри «втаємничений» бік людського буття, поза межами відкритої і доступної іншим особам соціальної царини. [164, с.119]

Багато вчених, аналізуючи приватне життя, характеризують його і як таке, що стосується лише самої особи, а не інших людей, держави або суспільства. До прикладу, на думку Т. Москалькової і Б. Безлепкіна, «приватне (особисте)

життя» стосується окремої особи, належить і дорога тільки їй, стосується лише її, а не суспільства та держави. [181, с. 24]. В. О. Серьогін також пояснює приватне життя як сферу життєдіяльності людини, що стосується тільки її, не пов'язані з виконанням нею публічних функцій і вилучені з поля зору громадськості». [168, с. 374]

Окреслюючи саме коло відносин, що покриваються приватним життям, вченими наводиться досить широкий та різнобарвний їх перелік, який об'єднаний спільною рисою нематеріальності даного права та його внутрішнього, духовного характеру. У деяких випадках приватне життя називається нематеріальним благом [182, с. 87]. А П. М. Рабінович, визначаючи приватний інтерес, акцентує його приналежність до внутрішнього та духовного життя, пов'язаного з інтелектуальними (нефізичними) діями, які не проявляються назовні. [183, с. 13].

Однак, розуміння приватного життя особи, ставлячи акцент саме на внутрішньому і духовному її світі неправильно, оскільки таке визначення не охоплює багато інших відносин, що так само стосуються приватного життя, а також зважаючи на той факт, що внутрішній світ людини потребує зовнішнього його вираження.

Останнє твердження яскраво проявляється у сфері реалізації права на свободу гендерної ідентичності, оскільки це право може бути реалізоване лише у можливості вираження своєї гендерної ідентичності назовні. Право на свободу сексуальної орієнтації, окрім такого зовнішнього вираження, потребує також контактів з іншими, як романтичних та тривалих, так і побутових, трудових та інших. Так Г. Б. Романовський, надаючи дефініцію особистого життя, окрім внутрішнього світу особи відносить до його змісту і родинні зв'язки та неформальне спілкування [182, с. 35]. Голландський професор порівняльного права на сексуальну орієнтацію, KeesWaaldijk, виділяє в цьому контексті «право на стосунки» ("righttorelate"), яке визначає як можливість створювати (починати, започатковувати) стосунки з іншими людьми та можливість розвивати такі відносини. [23]

Такої ж позиції притримується і ЄСПЛ. В своєму рішенні він, зокрема, зазначає, що: «……було б занадто суворо обмежувати до «внутрішнього кола» ті відноси, в які особа може вступити в його приватному житті, оскільки такі відносини відображаються вибором особи в зовнішньому світі. Повага до приватного життя повинна також стосуватися, до певної міри, права створювати та розвивати стосунки з іншими людьми. А тому, немає ніякої принципової причини для розуміння «приватного життя» як такого, яке виключає професійні чи бізнес-контакти, оскільки, як не як, в ході своєї трудової діяльності більшість людей мають значну, якщо не найбільшу, можливість розвивати стосунки із зовнішнім світом.» [184]

Необхідність спілкування, заведення стосунків та зв'язків з іншими людьми є зовнішнім проявом внутрішнього світу кожного і тому приватне життя виходить за рамки духовної царини і не може бути втаємниченим. Щодо гендерної ідентичності, то її приховати чи втаємничити ще важче, ніж сексуальну орієнтацію, якщо взагалі можливо. Гендерне вираження, як експресія того, ким особа є, просочується в публічну сферу в той момент, коли особа переступає поріг свого житла. Однак від цього ні сексуальна орієнтація, ні гендерна ідентичність, як і пов'язаний з цим спосіб життя людини, не стають менш особистими за характером.

Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є не лише частиною внутрішнього світу особи, її найінтимнішою духовною цариною, яка належить лише їй та контролюється лише нею. Водночас такі ознаки сексуальності людини можуть бути реалізовані повністю лише в зовнішньому світі. Більше того, будучи фундаментальними ознаками особистості особи, невід'ємною частиною її природи, цілісності та індивідуальності, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є орієнтирами всього життя людини та всіх можливих відносин, в яких ця особа приймає участь з моменту народження і до смерті – від найдрібніших буденних та побутових і до найбільш серйозних в житті людини. Тому зовнішнє вираження сексуальності особи передбачає функціонування в будь яких суспільних відносинах та соціальних інститутах. А сама сексуальна

орієнтація та гендерна ідентичність є ядром всього обсягу та змісту приватного життя особи, а отже і права на нього.

Якщо при цьому припустити, що проживаючи своє життя, людина вимушена приховувати свої справжні сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, або ж не має можливості поводитись у відповідності до неї взагалі, або жити відповідно своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, але таємно та приховано, а не вільно, то очевидно, що це призведе до серйозних негативних наслідків, як у формі внутрішніх психологічних страждань людини, так і шляхом зовнішнього дискомфорту, що безпідставно обмежує право на приватне життя в найбільш священній його частині, що іде в розріз з самою ідеєю гідності людини.

Це ж стосується і невтручання в сферу приватного життя ЛГБТ-спільноти. Однозначно, інформація про сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність особи є недоторканною та особистою. Будь яке незаконне застосування такої інформації іншими є неприпустимим та неконституційним. Однак це не означає, що така інформація повинна бути таємницею чи таємною. Це означає, що в світлі тенденцій до індивідуалізації, а також міжнародно-правового визнання рівності людей в їх різноманітності, в тому числі і стосовно будь яких видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, людина сама розпоряджається інформацією про свої сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, сама контролює таку інформацію та сама вирішує приховувати її чи ні, і якщо ні – то в яких межах.

Окрім цього, важливо враховувати трансформації, що відбулися в суспільстві з плином часу під впливом змін цінностей в суспільстві та науково-технічного прогресу. І хоча приватне життя – це особиста справа кожного, зміст, форми та межі якого особа встановлює на власний розсуд, сучасна реальність обумовлює необхідність переоцінки співвідношення понять «публічне – приватне». В результаті науково-технічного прогресу, різноманітних інноваційних технологій, а також розвитку суспільства та моралі, на сьогодні важко визначити межі між двома даними категоріями.

Щодо вітчизняних реалій, то в ході аналізу природи взаємин між приватним та публічним, варто також зважати на постсоціалістичне минуле України та його влив на сприйняття характеру таких взаємин в соціумі. Влучно тут згадати спостереження О. В. Ходуса, який стверджує, що «сучасні українці продовжують сприймати життя в традиційному (читай – радянському) сенсі як рівень приховування чого-небудь, насамперед від влади» [185, с. 157]. Приватне та публічне як у буденному, так і в науковому дискурсі зазвичай фігурують як тотожні опозиції «суспільне – особисте». Так приватне – це приватне життя вдома та сам дім – приватна власність. Відповідно, публічне – спільне, життя поза домом, осяжне та видиме для інших з їх спільними інтересами. [186]

Сьогодні помітною є значна тенденція до ведення свого приватного життя публічно. В результаті розвитку електронних мереж, стерлися і просторові кордони обміну інформацією та спілкування між людьми. Віртуальний світ сьогодні містить в собі всі можливі види та форми як публічної, так і інформації з обмеженим доступом. Персональні дані про особу містяться в електронних базах даних державних та недержавних органів, підприємств, установ, організацій, з якими щоденно кожна людина пересікається в процесі свого звичного функціонування.

У сучасних умовах розвитку суспільства приватне життя, взаємодіючи з публічним, починає набувати роль стрижня особистості, що формується повсякденним життям за різноманітних дій приватного, сімейного, домашнього та інтимного характеру. З цих позицій приватне життя перетворюється на особливий багаторівневий інститут, що включає людину не лише у спілкування з близькими у сфері побуту, але й у суспільну систему, у соціокультурне та природне середовище. Трансформації відбулися і з приватним життям, вивівши його із прихованої сфери, а відтак зробили особисте життя теж частиною суспільного життя. [187, с. 221-226]

Таким чином, сучасне приватне життя включає нові особливі за змістом відносини, які стосуються публічності приватного життя людини та інформації

про таке життя, що в свою чергу розширює і межі права людини на приватне життя.

Цим обумовлено думку про те, що акцент зі сторони правотворців повинен переміститися з частини забезпечення невтручання в приватне життя людини в сферу забезпечення гідності особи, шляхом створення можливостей людини вільно, автономно та безпечно ділитися інформацію про своє приватне життя в сфері публічної інформації. Така свобода і самодостатність кожної особи є ключовою для розуміння сучасного змісту приватного життя і зводиться до виключної компетенції людини особисто визначати сферу свого приватного. [187, с. 221-226]

Тому, на нашу думку, найбільш влучно визначають ядро змісту поняття приватного життя відповідно новітніх реалій ті автори, які визначають приватне життя як природний стан людини та громадянина, що надає йому можливість володіти та реалізовувати наявні в індивіда властивості; які пов'язують його з категоріями індивідуальної автономії, в якій люди прагнуть досягти самореалізації завдяки діям, що не стикаються зі свободою інших; особистого самоврядування, що є вільним від зовнішнього втручання; з верховною владою кожного щодо визначення та регулювання свого життя; духовною та фізичною сферою життя людини, що дозволяють їй реалізувати свої мотиви, потреби, бажання та інтереси, які вона сама собі установлює, розвиває й контролює та визначає ступінь її відкритості. [188, с. 226; 189, с. 26; 190; 191 с. 11; 192]

Визначення меж приватного життя та права на нього, залишаючись однаково актуальним та дискусійним питанням, потребує окремої уваги. Деякими авторами відстоюється позиція необхідності визначення таких меж, обумовлюючи це неможливістю адекватного врегулювання правом відносин, які не є чітко визначеними чи обмеженими. [193, с. 26-27]

Протилежною є позиція ЄСПЛ, який взагалі не вважає можливим встановити межі для такого поняття як «особисте життя», більше того, суд не вважає, що встановлювати такі межі необхідно для такого поняття.

Право на приватне життя своїм змістом охоплює чи не найширше коло відносин, які безупинно супроводжують людину від початку її життя і до самого його завершення, вони варіюються в різних людей в силу індивідуальності кожної людини за її природою, а також набувають найрізноманітніших форм та меж їх вираження в суспільствах та інститутах. Слабан М.М. з цього приводу відмічає: «Приватне (особисте) життя слід розуміти, перш за все, як життєдіяльність людини в особливій сфері відносин, яка зумовлюється конкретними проявами самого життя. Цю сферу неможливо визначити як константу, оскільки вона перебуває у постійному розвитку. Тому в юридичній літературі у поняття приватного (особистого) життя включається максимально широке коло відносин, які не підлягають прямому державному контролю». [164, с. 112]

Окрім відсутності константи змісту приватного життя, що випливає з самої природи людини, на даний момент, світові тенденції сприяють урізноманітненню таких відносин, що відбувається в силу зміни важелів на користь прав індивіда, росту поваги до автономії кожної окремої людини не як частини якоїсь групи, а як окремої особистості. Це тягне за собою розширення меж суспільної моралі, урізноманітнення відносин, що є прийнятними згідно останньої. На цій базі, відносини, що вчора вважалися ненормальними, нетрадиційними, гріховними, патологічними тощо, сьогодні являються абсолютно прийнятними різновидами особистого та суспільного життя. І визнання нормальними всіх видів та форм сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності може слугувати чи не найяскравішим прикладом таких процесів.

З іншого боку, дані категорії є новими і перебувають на найактивнішій стадії свого наукового змістовного дослідження, предмет якої постійно доповнюється все новими і новими проблемами, як потребують нових вивчень. Нова Міжнародна класифікація хвороб-11, що не називає трансгендерність поведінковим та психічним розладом, доповнений перелік прав, представлений в новій редакції Джокьякартських принципів +10, новітня проблематика прав інтерсексів та інші обставини можуть слугувати тому в доказ.

А тому, встановлення вичерпного переліку відносин, що становлять право на приватне життя може спричинити невиправдане його обмеження, особливо в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Таким чином, на основі проведених нами досліджень, можна зробити висновок, що приватне життя особи є особливою категорією з безлімітним та багатогранним змістом відносин, що до нього входять та постійно змінюються. Сучасне розуміння права на приватне життя в сфері відносин сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, слід розглядати з точки зору гідності особи, сформувати на фундаменті індивідуальної свободи та вибору особи щодо свого власного приватного життя, а також самостійного визначення меж вивільнення такої інформації в публічну сферу.

Право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності повністю покривається правом на приватне життя. Проблематика ж стосовно сімейних прав для ЛГБТ й досі залишається під питанням.

Остання третина 20 століття характеризувалася визнанням права на приватне життя сексуальних меншин в частині активної декриміналізації чоловічих одностатевих актів, а також вирівнювання віку згоди на такі дії для одностатевих та різностатевих пар по всьому світі. Право трансгендерів на особисте життя набуло свого розвитку та закріплення, перш за все, в формі можливостей оперативної зміни статевої приналежності, перших кроків легального визнання таких змін. Надзвичайно важливими стали науково-технічний та медичний прогрес, в силу яких негетеросексуальна орієнтація була визнана нормальною, було введено поняття «гендеру» та визначено, що воно є відмінним і ширшим за поняття «біологічної статі», а сексуальна орієнтація не обмежується виключно статевими зносинами, а включає до свого змісту глибинні почуттєві елементи та, відповідно, потреби щодо романтичних стосунків, емоційної близькості з іншою особою, і в перспективі – створення сім’ї.

В силу своєї законності, такі стосунки почали активно оприлюднюватись та більш вільно започатковуватись в соціумі. А на підставі визнання

недевіантності всіх видів сексуальної орієнтації, не повинно виникати і різниці в праві на сімейне життя для різностатевих та одностатевих пар, яке рівною мірою поширюється на всіх людських істот. І як результат в судовій практиці почали з'являтися перші справи стосовно правомірності одностатевих союзів, трансгендерних союзів, а пізніше і справи щодо шлюбних і батьківських прав таких осіб.

Тому необхідно більш детально зупинитися на сутності права особи на сімейне життя. Слід відмітити, що в рамках даного дисертаційного дослідження увага буде зосереджуватися на тій частині права на сімейне життя, що стосується прав між парою чи союзом, подружніх прав, а також прав на батьківство та усиновлення, залишаючи поза прицілом інші непов'язані види сімейних прав, так як не всі можливі сімейні права потребують свого дослідження в світлі права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Традиційно сімейне життя розглядається через призму різностатевих взаємин. Наука та практика неодноразово чітко давала зрозуміти, що такі стосунки можливі лише між чоловіком та жінкою, лише вони є моральними, безпечними для суспільного порядку.

Сімейне життя розуміється інтерпретується науковцями через визначення поняття «сім'ї». Однак, попри це, загальне розуміння понять сім'ї та сімейного життя в правовій науці та нормативній і практичній базі відсутнє.

Дослідження наукових джерел показують, що сім'я характеризується наступними ознаками: 1) спільне проживання; 2) тривалі, відносно стійкі, просторово зумовлені взаємовідносини між членами сім'ї на основі атракції і різних форм адикції; 3) взаємна моральна та матеріальна підтримка; 4) спільне виховання одне одного, а насамперед підростаючого покоління; 5) такі стосунки пов'язані шлюбними, родинними або іншими зв'язками, особи мають взаємні інтереси, піклуються один про одного; 6) частина особистого життя, яка включає відносини між членами специфічної соціальної групи; 7) наявність взаємних особистих немайнових і майновихправ та обов'язків; 8) спільний побут; 9) виникнення на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на

інших підставах, не заборонених законом, і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства та ін. [194, с. 12; 195, с. 50-51; 196; 197, с. 5]

Сімейний Кодекс України перелічує ознаки та підстави виникнення «сім'ї». Так, відповідно до його статті 3, сім'ю утворюють особи, котрі спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки [137]. При цьому, Сімейний Кодекс, практика, як національна, так і міжнародна, подібно і до наукових розробок, показує, що ці критерії можуть втрачати своє визначальне значення у процесі встановлення факту наявності сім'ї. Так, до прикладу, факт спільного проживання не є обов'язковим, інколи члени сім'ї можуть працювати чи навчатися, чи по інших причинах проживати окремо.

Сім'я, як вже зазначалося, є інститутом мінливим. Специфіка права на приватне та сімейне життя порівняно з багатьма іншими правами людини, полягає в його значній залежності від моралі, звичаїв, суспільних та релігійних норм, тієї чи іншої культури тощо. І тому розуміння сім'ї значною мірою залежить від плюралізму цінностей, що домінують в соціумі та різноманітності форм суспільної моралі. Як результат, при цьому і цінності сімейного життя отримують інший специфічний зміст – від найбільш традиційних до найбільш прогресивних моделей сімейного інституту.

Американського соціолог Р. Інглегарта в процесі своїх досліджень писав, що зміни поглядів на сім'ю відбуваються на основі «зрушень від традиційних до світсько-раціоналістичних цінностей і цінностей самовираження» (свободи, самоактуалізації, особистої незалежності) [198, с. 39, 53]. Якщо раніше даний інститут був пов'язаний з традиціями, священним релігійним союзом, а інколи навіть і моральним обов'язком з метою продовження роду, то сьогодні такі характеристики сім'ї відходять на задній план.

В наші часи відношення до моральних цінностей призводить до більш лібералізованих позицій щодо ролей чоловіків та жінок, спостерігаються зміни в гендерних відносинах в бік від ієрархічності до егалітарності, зростає толерантність до різних форм поведінки, відносно статевої моралі. За останній період часу формуються так звані «подружні» типи сім'ї у межах яких

«створюються умови для самореалізації кожного індивіда» [199, с. 179]; де провідними цінностями є морально-емоційна подружня автономія та інтимність. Це дає змогу чоловікам та жінкам реалізувати свої психологічні та евдемонічні потреби. При цьому, зміщуються ціннісні орієнтири, де на перше місце стає індивід, а не сім'я, інтереси особистості, а не суспільний порядок.

Однією з таких модернізованих форм сім'ї стала одностатева сім'я, що й спричинило виникнення питання, чому аналогічні відносини підпадають під категорію сім'ї для різностатевих пар, тобто є сімейними, а для одностатевих – приватними. Така постановка питання зумовлює необхідність більш детально зупинитися на дослідженні співвідношення прав на приватне та сімейне життя.

Беззаперечним є факт нерозривного зв'язку двох даних категорій прав людини, так як сімейне життя однозначно наділене приватним характером відносин між членами сім'ї. Тому багато науковців схильні розглядати сімейне життя, як частину приватного життя особи, співвідносячи права на них як частину та ціле відповідно. При цьому, як відмічається, не можна заперечити і специфічні риси права на сімейне життя та права на приватне життя, які є відмінними між собою. Такі характеристики, здебільшого випливають зі стосунків інституту шлюбу, а також кровного споріднення між членами сім'ї. [164, с. 121]

Деякі наукові джерела, зокрема, Сивухін В. С., говорячи про відмінності між правом на приватне життя та правом на сімейне життя розмежовують їх за суб'єктивною складовою, зазначаючи, що право на приватне життя стосується кожної окремої людини, в той час як суб'єктом права на сімейне життя є сім'я як інститут. [197, с. 5].

Однак, погодитись з такою позицією в повній мірі не можна. Зі згаданих нами вище переорієнтацій в сутнісному змісті сімейних стосунків, розширення даного поняття та його різновидів випливає, що межа між приватним та сімейним життям стає все більш розмитою та умовною. А тому можна стверджувати, що такі думки є все менш актуальними, так як і в сімейних стосунках і в приватних, на перше місце сьогоднішні ставляться інтереси індивіда. Сучасна сім'я є

способом самореалізації, свободи індивідуального вибору, вираженням особистої ідентичності. Посилаючись на Слабан М. М., і констатувати, що подружні відносини дедалі частіше постають «вищими» за батьківські, а в самому подружжі інтереси пари «підкорюються» інтересам індивіда. На її думку, сімейне життя є і важливим джерелом набуття власної ідентичності, і укриттям для захисту інтересів учасників сімейних відносин. [164, с. 125]

Таке розуміння сімейного життя потребує відображення і в праворозумінні та нормозакріпленні. За результатами деяких досліджень окремих науковців, це зумовлено новою сходинкою «соціально-культурної парадигми, яка тягне за собою створення етики нового праворозуміння, а також більш глибокі уявлення про саму людину та її права» [200, с. 5]. Становлення та поширення новітніх цінностей в суспільстві повинне стимулювати законотворців та законодавство до розширення меж прав та свобод людини, їх переліку, диференціації та змістовної конкретизації. На це, по суті, націлені чимало з прав «третього», «четвертого» і наступних поколінь [201, с. 16]. І це безпосередньо стосується прав сексуальних та гендерних меншин, як от одностатеві союзи, зміна статі та її легальне визнання, закріплення статевої небінарності в формі «третьої статі», «невизначеної статі» тощо.

В міжнародно-правовій практиці ЄСПЛ, Інтер-американського суду з прав людини, а також Африканського суду з прав людей та народів, визнано загальне право на сімейне життя для сексуальних та гендерних меншин, та тією чи іншою мірою закріплені певні пов’язані можливості. Найширше такі правомочності розкриті в ЄСПЛ, однак в той же час, запитань все одно залишається більше, ніж відповідей на них в прецедентному праві. Окрім цього, суд не спішить з висновками, часто в найбільш контраверсійних (а отже і важливих) частинах права на сімейне життя в контексті сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, обирає нейтральну позицію. Навіть саме право на сімейне життя для одностатевих пар визнавалось судом протягом років.

Щодо права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в частині вітчизняного розуміння права на сімейне життя, то варто відмітити

суттєві його невідповідності з тлумаченнями ЄСПЛ. Перш за все, на відміну від українського законодавства, Конвенція використовує словосполучення «право на повагу до приватного та сімейного життя» особи. Конституційним формулюванням в українській правовій системі, є «право на невтручання в сімейне життя», Сімейним Кодексом закріплено «право на повагу до сімейного життя». Останнє, тим неменше, не перестає стосуватися лише різностатевих пар.

ЄСПЛ загалом розглядає поняття «сімейного життя» в широкому розумінні. Поняття «сім'я» у практиці Суду «не зводиться лише до відносин між подружжям» і може охоплювати й інші зв'язки, що існують між особами defacto. Попри це, Суд неодноразово підтверджував підхід, згідно із яким поняття «сімейне життя» не обмежується виключно відносинами, заснованими на шлюбі, і може включати також інші «фактичні сімейні зв'язки, коли сторони спільно живуть поза шлюбом».

Практика ЄСПЛ офіційно закріпила і свою позицію стосовно одностатевих сімейних стосунків. Зокрема, відносини між партнерами, які перебувають в де-факто сімейних стосунках, так само як і в де-юре партнерствах та союзах є частиною права на сімейне життя. Рішеннями даної інстанції встановлено, що трангендерні особи мають право на сімейне життя, а також право на шлюб згідно їх перевизначеної статевої приналежності. Також, Суд вважає дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності будь-які нерівне відношення та/або неоднакове ставлення до батьківства та усиновлення геями, лесбійками, бісексуалами та трансгендерами, а також ЛГБТ-парами. (див. підрозділ 3.1)

Український законодавець розглядає право на приватне життя з позиції «традиційного підходу», визнаючи сімейними правовідносини через призму союзу чоловіка та жінки, не розглядаючи взагалі сімейне життя в контексті сексуальних чи гендерних меншин, при цьому напряму забороняючи можливість усиновлення одностатевими парами. Тому в межах української нормативної бази, права в гомосексуальних та трансгендерних союзах не покриваються змістом права на сімейне життя, а залишаються правовідносинами життя

приватного, при цьому майже повністю існуючи лише де-факто, без адекватного рівня об’єктивізації де-юре права на приватне життя в частині сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Актуальною на сьогодні вже більше десяти років була і залишається тема співвідношення права на сімейне життя та права на шлюб в контексті сімейних прав одностатевих та транссексуальних одностатевих пар.

Сімейним кодексом України шлюб визначено як сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану. Таке розуміння «шлюбу» базується на визначенні, що полягло в основу міжнародного права. Стаття 12 ЄКПЛ закріплює право на шлюб, а саме, що чоловік і жінка, що досягли шлюбного віку, мають право на шлюб і створення сім'ї згідно з національними законами, які регулюють здійснення цього права.

ЄСПЛ в існуючій на сьогодні практиці зачіпав питання щодо тлумачення права на шлюб в контексті сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, однак не дає чіткої відповіді щодо своєї позиції в даному контексті.

Перед ЄСПЛ питання реєстрації одностатевих шлюбів вперше постало у 2010 році у справі Schalk and Kopf v. Austria, пізніше ще в кількох справах. Не визнаючи за країнами членами РЄ обов’язку дозволяти одностатеві шлюби, він посилається на такі аргументи, як відсутність консенсусу в даному питанні серед країн Європи, значну залежність інституту шлюбу від глибоко вкорінених в суспільстві соціальних та культурних передумов в конкретному суспільстві, а тому питання такого роду варто залишити на розсуд національних органів, так як вони краще знають такі умови та традиції. Тому, суд відзначає, що стаття 12 про право на шлюб, виходячи з традиційних сімейних цінностей, не може бути застосована до одностатевих шлюбів. Однак, такими дослідженнями не робляться ніякі висновки стосовно інституту одностатевого шлюбу. Вони лише означають, що на думку Суду, право на шлюб не у всіх можливих випадках повинно суворо застосовуватися лише у відношенні до різностатевого союзу.

В рішеннях стосовно права на одностатевий шлюб, суд посилається також на факт, що не дивлячись на те, що якщо визначати зміст статті 12 ізольовано, то

може виникнути думка про легітимність застосування її стосовно шлюбів між двома чоловіками чи двома жінками. Однак, якщо глянути в загальному на всю Конвенцію, то стає зрозумілим, що її зміст завжди використовує такі невизначені прийменники, як «всім», «всім», кожен»», «ніхто» тощо. А тому, це дозволяє зробити висновок, що термінологія в Статті 12 була не випадково. Більше того, потрібно також взяти до уваги історичний контекст в той період, коли було прийнято Конвенцію. В 1950-ті шлюб сприймався в традиційному сенсі, як союз між партнерами протилежної статі.

Вартою уваги в світлі такого аргументу є історичні передумови закріплення права на шлюб в ЄКПЛ та зокрема формулювання тексту відповідної статті.

Визначення змісту прав, зазначених в Конвенції, було засноване, як і багато інших документів в сфері прав людини, нормами ЗДПЛ з 1948 року. Закріплення статті 12 Конвенції безпосередньо надихнула Стаття 16 ЗДПЛ. І за початковим задумом, вона повинна була практично дослівно її дублювати.

Найперший варіант тексту сучасної норми Конвенції про право на шлюб звучала наступним чином: «Сім'я, що виникає на основі шлюбу – природній та фундаментальний інститут в суспільстві. Чоловік та жінка повинні мати рівну свободу вступити в шлюб згідно закону. Шлюб та сім'я мають бути захищеними від держави та суспільства». [202]

Однією з основних змін було не використання терміну «сім'я, що започатковується шлюбом». Це було зроблено лише з мотивів забезпечити права дитини, народженої поза шлюбом. [203, с. 40] Окрім цього, виділення права на шлюб в окрему статтю ніколи не мало в собі ніякого релігійного підтексту. Навпаки, воно було направлення на забезпечення права на шлюб незалежно від релігійних переконань. [210]

Зазначення ж в тексті статті «чоловіка та жінки» було викликане мотивами забезпечити права жінок, так само як і термін «повнолітні». «Логіка, якою пояснюються такі дії, заключалась в недопущенні будь якого зовнішнього впливу з боку батьків, чи то іншого партнера, з боку влади чи будь кого іншого

на вільну волю вступити в шлюб. Стаття повинна булла припинити поширену практику примусових шлюбів для жінок та дівчат». Слово «повнолітні» повинне розумітися в поєднанні з цим фактом, закріплюючи мінімальний вік, в якому особа може надати добровільну згоду. Згідно travauxpréparatoires, даною нормою намагалися протистояти шлюбам з дітьми, використовуючи терміни «чоловік» та «жінка», які повинні були означати, що це вже дорослі особи, які досягли стану зрілості». [212]

Пізніше в процесі формулювання ЄКПЛ, текст постійно змінювався та скорочувався, в результаті чого, оригінальний зміст статті 12 був змінений до відомого сьогодні [204, с. 128]. Це за роки вилилось в активні дискусії в правових наукових колах щодо співвідношення права на шлюб та права на сімейне життя, стосовно права одностатевої пари на шлюб за статтею 12, а також за статтями 8 і 14 Конвенції.

Основними аргументами на користь того, що стаття 12, не дивлячись на визначення шлюбу як союзу «чоловіка та жінки», є в першу чергу стаття 1 ЄКПЛ, яка зазначає, що права в ній зазначені стосуються всіх без винятку людей. Інша інтерпретація базується на правилах застосування та тлумачення норм ЄКПЛ, що зазначена в процесуальних та статутних документах міжнародного права, якими визначається, що розуміння та тлумачення тексту норм може набирати новішого змісту в силу умов сучасності.

Важливо відмітити, що право на одностатевий шлюб, на думку багатьох вчених, є не лише таким, що закріплене статтею 12 Конвенції, воно також може, і навіть повинне розглядатися як частина права на сімейне життя, яке є визнаним таким, що покриває одностатеві відносини. Неможливість одностатевої пари в такому контексті закріпити свій союз як частину сімейного їх життя, на думку багатьох дослідників, є непрямою дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації.

Сам же Суд, згідно аналізу його рішень, визначальним фактором щодо наявності чи відсутності дискримінації права на сімейне життя одностатевих пар правом на шлюб виключно для пар різностатевих, називає наявність в певному

законодавстві альтернативного способу юридичного закріплення сімейних прав та обов'язків в одностатевій парі.

Така думка, зустрічається ще в вищезгаданій справі проти Австрії в 2010 році. Відсутність порушення статті про право на шлюб було підтверджено судом одноголосно. Однак, рішення у справі в частині порушення права на сімейне життя та дискримінацію, було не одноголосним. 3 з 7 суддів, що проголосували «проти», висловлюють позицію, а саме: «Заявники скаржилися не лише на дискримінацію від того факту, що їм відмовлено укласти шлюб, однак і через те, - і це важливо, - що в них не було ніякої іншої можливості формально закріпити свої стосунки.

Сьогодні є широко визнаною та прийнятною в суспільстві можливість одностатевими парами вступати в стабільні стосунки. Відсутність будь якого інституту в правовій системі, який пропонував би таким парам хоча б наближений до шлюбних перелік прав та свобод мусить мати дуже поважні причини, особливо враховуючи тренд в Європі до закріплення законних форм таких союзів». [205]

З цього випливає, що відсутність будь якої можливості у вітчизняному законодавстві, що забезпечила б право на офіційний союз для одностатевих пар, разом з виключним правом різностатевих пар на шлюб, можна вважати непрямою дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації.

З ходом більш детального вивчення сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності представниками різних наук, все активніше з правової точки зору в літературі піднімаються проблематичні питання про права людини, які випливають з розширення класифікацій гендерних ідентичностей та статевих маркерів. Тенденції до відхилення від бінарної системи поділу біологічної статі людини, та гендерні ідентичності, які не є повністю чоловічими або жіночими, зумовили виникнення в правовому полі норм про можливість закріплення «третьої статі», «невизначеної статі» тощо, для осіб, хто не ідентифікує себе ні як жінка, ні як чоловік. В правовому полі почали закріплюватися нові терміни, такі як «інтерсекс», «інтерсексуальні права», «сексуальні характеристики»,

«гендерне вираження» та інші. Це зумовило необхідність юридичного та практичного вивчення та закріплення правового статусу та можливостей для таких осіб.

Право на приватне та сімейне життя в такому контексті, в силу всеосяжності захищених ним правовідносин, є першочерговою тематикою досліджень вчених, оскільки виступає предметом дискусії чи не в кожному новому спорі в сфері новітніх сексуальних та гендерних прав.

Будь які правові та неправові уявлення про світ, права людини та громадянина, і в тому числі право на приватне та сімейне життя по всьому світу на протязі багатовікової історії формувалися та розвивалися згідно з бінарною системою статевих ролей. Актуальність правозахисних рухів в сфері прав щодо сексуальної орієнтації вже має результати, а саме правове визнання на внутрішньодержавних рівнях та в позиціях міжнародних спільнот на користь рівноправності для негетеросексуалів, закріплення все більшого позитивного змісту правових можливостей для таких осіб. Гендерна ідентичність, будучи дещо молодшою в наукових і правових колах, також стрімко розвивається та лібералізовується в нормативному праві. Права ЛГБТ-спільноти постійно пропагуються в правозахисних рухах, хвиля яких поширилася на весь світ.

Одностатеві союзи, транссексуальні сім'ї, шлюби та права в де-юре та де-факто таких партнерствах, можливості в сфері батьківства, материнства та усиновлення все частіше зустрічаються в національних законодавствах, повноцінніше вплітаються в закріплені міжнародними стандартами можливості та постійно перебувають предметами спорів в судах.

Однак права інтерсексів та представників третьої статі є «сліпою зоною», перебуваючи лише на перших колах своїх досліджень та імплементації в правові системи. В перспективі, наступні десятиріччя будуть ознаменовані значними деформаціями в теорії, практиці та законі загалом, і в найбільшій мірі, в частині права на приватне та сімейне життя для осіб невизначеної статі або гендеру.

Так, Хартія основоположних прав людини ЄС, прогнозуючи такі події, передбачливо змінила тест Статті 9 свого змісту, стосовно сімейних прав вже

сьогодні та викреслила з нього будь які маркерування щодо статі людини. Окрім цього, назва даної статті звучить, як «Право на шлюб та право на створення сім'ї», тим самим висвітливши позицію ЄС стосовно розуміння права на шлюб як частини права на сімейне життя. [206]

Таким чином, можна зробити висновок, що сучасне розуміння сімейного життя та сім'ї відходить від традиційної моделі та класичних ознак. Трансформовуючи та розширюючи свої рамки, суспільна мораль все більше відходить на другорядний план, поступаючись місцем ідеям цінності індивідуальності кожної окремої людської істоти, її природній неповторності, власним моральним уявленням та самовизначенні. Сім'я в ролі суспільного інституту втрачає свій актуальний зміст, все більше і частіше характеризуючись як особистий вибір особи. А роль сім'ї як суміжного інституту між суспільним та особистим життям замінюється її сприйняттям в ролі способу реалізації власних внутрішніх потреб та бажань індивіда. На основі цього формуються та сприймаються як «нормальні» різноманітні форми сімейних стосунків, умови створення яких все більше зводяться до взаємної згоди.

Тому сім'я на сучасному етапі, повинна розглядатися як форма індивідуального самовизначення, а право на сімейне життя, так само, як і право на приватне життя, слід розглядати з позиції автономії людини та її самовизначення.

В такому сенсі право на приватне та сімейне життя слід розуміти як якісне вираження гідності людини, яке може повноцінно бути досягнуте лише шляхом визнання її унікальності та вираження поваги до такої унікальності у вигляді можливості кожного «бути собою» та «бути з кимось» за власним вибором та в різноманітності всього людського роду. А отже, воно не повинне обмежуватися нічим іншим, окрім права іншої людини.

Таким чином, право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності передбачає забезпечення гідності людини в формі визнання її автономії та самовизначення щодо вибору власного приватного та сімейного

життя у відповідності з будь якою сексуальною орієнтацією та гендерною ідентичністю особи.

В рамках такого розуміння досліджуваної проблематики, а також під впливом тенденції до значного вплетення приватного та сімейного життя в публічний інформаційний простір, з врахуванням значного впливу на сприйняття приватного та сімейного життя зі сторони неправових регуляторів суспільних відносин, ми вважаємо, що нормативне забезпечення права на приватне та сімейне життя в розумінні нерозголошення (та ін.) інформації про таке життя, переходить на задній план. Тому «недоторканність», так само як і «невтручання» в особисте та сімейне життя, закріплені в українському законодавстві, є не зовсім актуальним.

Розуміння права на приватне та сімейне життя як вираження гідності людини є нерозривно пов'язаним з автономією та самовизначенням людини щодо свого приватного та сімейного життя. Завданням права є нормативне забезпечення толерантних та безпечних умов для реалізації такого права, а не обмеження його змісту формальними ознаками такого життя.

Посилаючись на позиції С. П. Рабіновича, соціальні цінності, які необхідно безумовно поважати, потребують офіційного визнання та забезпечення, а також правового захисту. А цінності, що базуються на переплетенні правових та моральних якоостей, можуть бути юридично забезпечені лише конструкцією «право на повагу». [207 с. 206]

Дефініція «поваги», що запропонована як в правозастосовній практиці ЄСПЛ, так і в Хартії основоположних прав та статутних документах Європейського Союзу пояснює її через призму категорії «гідності людини», повага до якої повинна бути абсолютною, неупередженою та об'єктивною. Це зумовлено тим, що «в основу самого інституту природних прав людини покладено ідею про людину як морального суб'єкта, повага до гідності якого має бути юридично забезпечена». [208, с. 83]

Концепція «поваги до права особи» вибудувана саме на врахуванні того, що кожна людина з огляду на свою особисту гідність має бути неупереджено

визнана як автономна й рівна з іншими у поводженні особа. У негативному сенсі повагу характеризують як «таку модель поведінки людини, згідно з якою з людьми не можна поводитися, як з неживими істотами чи з комахами, вбивати задля харчування, полювати на них, знущатися, вселяти відчуття меншовартості». У позитивному сенсі повагу визначають як зобов'язання «сприяти іншим розвивати власні можливості, вислуховувати думки інших, розуміти інших, вчиняти дії, прийнятні для обох сторін» [209, с. 27].

Тому в сучасному суспільстві доречно вести мову про право на повагу до приватного та сімейного життя в їх самобутності та різноманітності, а також повному покритті права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Висновки до розділу 2

Вивчення взаємозв'язку права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності з гідністю людини, принципами рівності та недискримінації та правом на особисте та сімейне життя, дали можливість дійти висновку про нерозривну взаємозалежність даних категорій та їх порушення у випадку неповаги до права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Гідність людини є основною соціальною цінністю, що визначає її людяність. В умовах змін в розумінні суспільної моралі та виведення на перший план особистості та її неповторності, найактуальнішими визначено такі тлумачення гідності людини, які характеризують її як соціальну цінність, що визначає значущість людини як частини суспільства, полягають в унікальності кожного індивіда, його моральних, духовних, фізичних та інших якостях. Це моральна категорія, якою визначається самоцінність людини як психо-біо-соціальної істоти.

Право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи є одним з центральних елементів концепції гідності людини на сучасному етапі розвитку суспільства, а неповага до даного права – є порушенням, в першу чергу, гідності кожного окремого індивіда. Це випливає з того, що:

- сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є основоположними компонентами сексуальності людини;
- відсутність можливості вільно реалізовувати такі внутрішні риси, незалежно від їх виду та форми, завдає людині страждань, а відсутність можливості вибору та самоідентифікації – унеможливлюють формування індивіда як повноцінної особистості та індивідуальності;
- втручання у особисту та нероздільну компетенцію, сексуальну та гендерну автономію людини зі сторони заперечує її можливість бути унікальною, ідентичною та цілісною.

Принцип рівності є одним з найважливіших серед принципів права та означає, що до суб'єктів не можуть застосовуватися ніякі розрізнення, обмеження чи переваги з огляду на окремі їх характеристики. Констатовано нерозривний зв'язок принципу рівності з принципом недискримінації, оскільки другий визначається як заборона необґрунтованого відмінного ставлення до осіб, що знаходяться в однакових ситуаціях або однакового ставлення до осіб, що перебувають в різних ситуаціях. У відповідності до такого розуміння принципу рівності, а також враховуючи природній та недевіантний характер сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, кожен є рівним перед законом та у правах і свободах людини і громадянина, незалежно від видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Всі особи повинні мати можливість повною мірою реалізовувати своє право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності на рівних засадах з аналогічними правами гетеросексуалів та цісгендерів.

Попри закріплення і в міжнародно-правових нормах, і у національному законодавстві принципу рівності та заборони дискримінації, в тому числі, і за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, вітчизняна нормативна база містить правила, що є самі по собі дискримінаційними. Це стосується умов зміни статі оперативним шляхом, а також прямої заборони усиновлення одностатевими парами. У відповідності до змісту поняття «дискримінація», що представлене в Законі України «Про запобігання та протидію дискримінації» та тлумаченнях ЄСПЛ стосовно «обґрунтованої мети» обмежень, такі дії можна вважати прямою та непрямою дискримінацією відповідно. Особлива роль принципів рівності та недискримінації полягає в тому, що вони є обов'язковою умовою забезпечення гідності людини в світлі її сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Також констатовано, на основі аналізу статистичної та аналітичної літератури, факт високого рівня щоденної дискримінації та несприйняття гомосексуальних жінок та чоловіків, а також трансгендерів в українському суспільстві, чим пояснюється меншинне становище даних осіб. Зроблено

висновок про зміни в теорії кваліфікації такої групи в суспільстві, як «група меншин». Доведено, що така ознака групи меншин, як «кількісна меншість», втрачає свою обов'язковість та не є визначальною у випадку сексуальних та гендерних меншин. Належність до певної групи меншин обумовлюється:

- наявністю певної характеристики, що робить з особи вразливу групу, тобто обмежену, ущемлену та ін. безпосередньо через цю ознаку;

- наявністю «свідомості меншини» (ця умова є суб'єктивною та означає для питання, що досліджується, що особа повинна ідентифікувати себе сама як така, що є членом ЛГБТ-спільноти);

- стосовно сексуальних та гендерних меншин відсутні фізичні чи психічні вади, які б обумовлювали їх мінорне становище; останнє викликане виключно несприйняттям та невизнанням прав ззовні.

В умовах розширення рамок суспільної моралі, тенденцій до індивідуалізації особистості, а також науково-технічного прогресу змінилося розуміння та способи ведення особистого та сімейного життя особи, що зумовило необхідність перегляду змісту права особи на приватне та сімейне життя. У вітчизняному законодавстві відсутній єдиний термінологічний апарат стосовно права на особисте (приватне) життя. Так, в Конституції йдеться про «право на невтручання в приватне життя», Цивільний Кодекс оперує терміном «право на особисте життя», кримінальне законодавство містить поняття «недоторканність» особистого життя.

В роботі обґрунтовано, що приватне життя особи не можна розглядати як втаємничений бік її життя (така специфіка тлумачення надиктована радянським минулим), оскільки в такому разі воно зводиться до інформаційної безпеки особи. В умовах розвитку інформаційно-комунікаційних технологій, посилення тенденцій до ведення особистого життя публічно через вираження інтимних складових особистості назовні у спілкуванні з іншими людьми, було б однобоким трактувати особисте життя винятково тільки як внутрішню духовну категорію. В той же час, неможливо встановити чіткі рамки відносин, що складають собою зміст приватного життя, а отже і зміст права на приватне життя.

Найбільш влучними є визначення, які пов’язують право на приватне життя людини з особистим самоврядуванням, індивідуальною автономією і свободою від зовнішнього втручання.

Сучасне розуміння сімейного життя та сім’ї відходить від традиційної моделі, першочергова роль сьогодні належить ідеї цінності індивідуальності кожної окремої людської істоти, її природної неповторності, власних моральних уявленнях та самовизначення. Сутність сім’ї виводиться не з того, що вона є основним суспільним інститутом, а, в першу чергу, являється способом особистісного становлення потреб індивіда.

Вітчизняне законодавство в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності не відповідає правовим стандартам ЄСПЛ, а відсутність будь-якого правового інституту, яким закріплювався б одностатевий союз та взаємні права в одностатевій парі, є непрямою дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Загалом, право на приватне та сімейне життя слід розуміти як якісне вираження гідності людини, що може повноцінно бути досягнуте лише шляхом визнання її унікальності та вираження поваги до такої унікальності, у вигляді можливості кожного «бути собою» та «бути з кимось» за власним вибором, а також у різноманітності всього людського роду. Тому у законодавчих актах, що врегульовують відносини у досліджуваній сфері, повинен бути переміщений акцент із невтручання та недоторканності приватного та сімейного життя у царину гідності людини.

Розуміння права на приватне та сімейне життя як вираження гідності людини нерозривно пов’язане з автономією та самовизначенням людини щодо свого приватного та сімейного життя. А отже, належна реалізація права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності передбачає нормативне закріплення «права на повагу до приватного та сімейного життя», замість «невтручання в особисте та сімейне життя».

Приведення вітчизняного законодавства до вимог та стандартів, що передбачені у міжнародних нормативно-правових актах та практиці ЄСПЛ, передбачає:

1. оптимізацію антидискримінаційного законодавства України, зокрема, закріплення в статті 24 Конституції України про заборону дискримінації, таких ознак як «сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність»;

2. запровадження інституту цивільного партнерства, валідного для одностатевих союзів, що зумовило б перенесення відносин одностатевих союзів у сферу захисту права на сімейне, а не на особисте життя особи, та яким би закріплювалися взаємні права та обов'язки в таких парах подібно до тих, що захищені шлюбом для різностатевих пар;

3. визнання частиною сімейних правовідносин також відносини у «де-факто» одностатевих та трансгендерних парах, що перебувають в стосунках; необхідність прямо передбачити в Сімейному Кодексі України можливість усиновлення дитини свого одностатевого партнера; закріплення заборони відмови особі чи парам в усиновленні, на основі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності;

4. зміну терміну «особисте життя» на поширене в міжнародно-правовій практиці «приватне життя», з метою уникнення термінологічних неточностей та різниці в трактуванні;

5. уточнення змісту «права на невтручання в особисте та сімейне життя», замінивши його «правом на повагу до приватного та сімейного життя» для того, щоб забезпечити розуміння даного права в умовах сучасних тенденцій до різноманітності та індивідуалізації, а також розширення захищених даним правом суспільних відносин, за прикладом статті 8 ЄКПЛ.

РОЗДІЛ ІІІ. СУДОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ПРАВА НА СВОБОДУ СЕКСУАЛЬНОЇ ОРІЄНТАЦІЇ ТА ГЕНДЕРНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ

3.1. Захист права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності у практиці Європейського суду з прав людини

У рамках дослідження міжнародно-правової практики, що стосується права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, невипадково було здійснено аналіз, в першу чергу, напрацювань Європейського Суду з прав людини. Це зумовлено наступними чинниками.

По-перше, дана міжнародна інстанція є найбільш активною, порівняно з іншими міжнародними судами, на кшталт Інтер-Американського Суду з прав людини чи Африканського суду з прав людини та народів. На сьогоднішній день, практика ЄСПЛ налічує більше 100 справ, які розглядалися чи й досі перебувають на розгляді Суду та стосуються предмету дослідження даної наукової роботи.

По-друге, Страсбурзький Суд, на період раніше (з 1950-х років) почав розглядати спори з питань сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Так, перша справа, яка стосувалася сексуальної орієнтації та її декриміналізації, хоча рішення по ній було негативним, була прийнята на розгляд у 1955 році, а саме W. B. v. Germany (No. 104/55). Перша позитивна справа мала місце у 1981 році, Dungeon v. The United Kingdom, постановою по якій чоловічі статеві акти було декриміналізовано у всій Великій Британії. Для порівняння, першим, стосовно права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності випадком в судовій практиці Європейського суду справедливості, була справа P. v. S. and Cornwall Country Council у 1996 році, а Інтер-Американського суду з прав людини – у 1999 році (Alvarez Giraldo v. Colombia).

По-третє, рішення та тлумачення цієї судової інстанції мають значення стосовно української правової системи, виходячи з очевидного факту юрисдикції

ЄСПЛ, що поширюється на всі держави-члени Ради Європи та стосується фундаментального документу про права людини – Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. А оскільки Україна не є членом ЄС, то ЄСПЛ є практично найважливішою міжнародною судовою інстанцією, яка забезпечує реалізацію статті 55 Конституції України про право кожного звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, після використання всіх національних засобів юридичного захисту.

Особливого значення рішення та тлумачення Європейського суду з прав людини набувають для України саме в сфері прав ЛГБТ. Таку думку можна обґрунтувати твердженням, що право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, хоч і є визнаним у вітчизняному праві, однак воно аж ніяк не є захищеним та забезпеченим ані нормами права, ані практикою правореалізації, в той же час, залишаючись однією з найактуальніших причин дискримінації на соціальному рівні. Проблематика прав сексуальних та гендерних меншин надзвичайно рідко виступає предметом пошуків та досліджень у сфері юридичної науки, і розвивається, здебільшого, лише за рахунок недоктринальних публікацій неурядових громадських організацій з прав ЛГБТ. Така ситуація виправдовує заслужену роль практики ЄСПЛ як чи не єдиного джерела права та правової культури у сфері сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

В ході аналізу практики ЄСПЛ, можна помітити, що активний розгляд органом скарг, стосовно права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, почався в другій половині 70-х – початку 80-х років 20 століття. Перше позитивне рішення щодо права на свободу сексуальної орієнтації було прийняте у 1981 році (як зазначалося вище, у справі Dungeon v. The United Kingdom), а стосовно права на свободу гендерної ідентичності – аж у 1992 році, у справі проти Франції стосовно відмови особі, що змінила свою стать у внесенні відповідних змін до Реєстру актів цивільного стану (B. v. France).

З того часу і до сьогодні рішеннями ЄСПЛ в різних справах були обґрунтовані порушення положень ЄКПЛ, що стосуються норми про заборону катування (стаття 3); права на свободу та особисту недоторканність (стаття 5); права на справедливий Суд (стаття 6); права на повагу до приватного та сімейного життя (стаття 8); свободи вираження поглядів (стаття 10); свободи зібрань та об'єднання (стаття 11); права на шлюб (стаття 12); права на ефективний засіб юридичного захисту (стаття 13). Також, в деяких випадках, порушення визнавалися Судом такими, що були вчинені з недотриманням принципу недискримінації, що закріплений в статті 14 ЄКПЛ.

На сьогоднішній день, прецедентне право ЄСПЛ містить ствердні рішення Суду щодо наявності порушень вищезгаданих статей ЄКПЛ, якими, в більшій чи меншій мірі, забезпечувалися права щодо сексуальної орієнтації особи, з наступних питань:

- криміналізації чоловічих гомосексуальних стосунків;
- рівного віку згоди на вступ до одностатевих відносин, порівняно з аналогічною в різностатевих відносинах;
- право на службу в армії, незалежно від сексуальної орієнтації особи;
- право на проведення мирних демонстрацій та зібрань, «прайдів» та маршів Рівності;
- права негетеросексуальних в'язнів під час відбування покарання, а саме, на відсутність несправедливого насилля на підставі їх сексуальної орієнтації;
- окремі права «де-факто» одностатевих пар;
- право на «де-юре» одностатеві союзи (цивільні партнерства та ін.), в тому числі, визнання шлюбу, укладеного закордоном;
- окремі правомочності щодо батьківських прав та обов'язків тощо.

Порівняно з сексуальними меншинами, коло прав транс*-осіб, що забезпечуються прецедентами аналізованої судової інстанції, є дещо вужчим за змістом, так як розглядалися вони, в своїй переважній більшості, як частина права на приватне та сімейне життя, а в окремих випадках – щодо права на шлюб

та справедливий суд (статті 8, 6 та 12 Конвенції відповідно). За матеріалами судових справ, що пов'язані з гендерною ідентичністю особи, та за результатами розгляду яких Європейським судом було встановлено порушення прав людини за ЄКПЛ, можна умовно виділити дві великі групи визнаних судом прав:

- такі, що стосуються процедури зміни статі (зокрема, Судом знайдено порушення у випадках: а) відсутності достатнього рівня законодавчого забезпечення процедури зміни статі; б) відмови страхових органів у покритті коштів на операцію по зміні статевої приналежності; в) зобов'язання особи до стерилізації, як обов'язкової умови для дозволу на операцію по зміні статі);
- такі, що стосуються юридичного закріплення та визнання зміненої статі особи (за різних обставин, суд знаходив недотримання прав людини щодо: а) можливості зміни статевого маркеру для транссексуалів в ідентифікаційних документах та сертифікатах про народження, як самостійну можливість, а також в поєднанні з обмеженнями щодо б) пенсійного забезпечення та деяких інших соціальних прав; в) можливості укладати шлюб; г) окремих аспектів батьківських прав та обов'язків).

Історія практики Страсбурзького суду в сфері ЛГБТ-прав налічує більше 35 років, в ході вивчення якої можна помітити різноманітність, неоднозначність та прогрес позицій Суду стосовно досліджуваної проблематики. Така ситуація обумовлює зроблений висновок про необхідність умовного поділу всього прецедентного надбання ЄСПЛ у сфері права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності на 3 етапи, які можна логічно виокремити на основі аналізу еволюції розуміння та сприйняття сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, процесу адаптації її соціумом, і як результат – збільшення пов'язаних випадків звернень до даної міжнародної інстанції, а отже, накопичення позитивних можливостей, охоплених правом на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Початковий етап охоплює приблизно перші 20 років практики ЄСПЛ з моменту першого задоволеного ним звернення, стосовно неправомірності криміналізації одностатевих чоловічих стосунків. В результаті судового

розгляду такі відносини були визнані Європейським судом частиною права на приватне життя, а заборона статевих актів між повнолітніми чоловіками за взаємною згодою – порушенням статті 8 ЕКПЛ, яка забезпечує кожному право на приватне життя.

В тексті рішення зазначається, що «…існування такого законодавства постійно та прямо впливає на приватне життя позивача: він або поважає закон і утримується від вступу … , або ж він вчиняє такі дії і таким чином піддається застосуванню щодо нього кримінальної відповідальності», «…сексуальне життя є частиною права на приватне життя не лише для різностатевих відносин, а і у випадку одностатевих відносин також». [210]

Тобто, можна зробити висновок, що на етапі імплементації проблематики сексуальної орієнтації правом ЄСПЛ, гомосексуальність визнавалася у звуженому контексті – виключно як приватні сексуальні одностатеві контакти.

Після першої прецедентної справи стосовно Великої Британії, аналогічних висновків ЄСПЛ дійшов у 1988 році – в справі Norris v. Ireland (декриміналізовано країною-відповідачем в 1993 році), і ,пізніше, у 1993 році – за заявою Modinos v. Cyprus (декриміналізовано країною-відповідачем в 1998 році).

Після визначення неправомірності кримінальної відповідальності за одностатеві чоловічі стосунки, наступним визнаним правом для гомосексуалів стало право на рівний вік згоди на такі дії, який в багатьох національних законодавствах був вищим, ніж вік згоди на такі ж акти між різностатевими партнерами.

Проблему віку згоди було піднято ще у згадуваній раніше справі Даджеона. Однак, тоді Суд не задовольнив позову в цій частині, визначивши що дане питання не стосується його компетенції, так як, не дивлячись на наявність норми про нерівний вік згоди раніше, на даний момент такого правила в діючому законодавстві Пн. Ірландії нема. Судом же можуть розглядатися питання відповідності Конвенції лише щодо актуального закону, а вносити зміни до національного законодавства може лише сама країна. [220]

Пізніше порушень не було знайдено і в 1984 році в справі Desmond v. The United Kingdom, і в 1992 році - Zukrigl v. Austria.

Лише через 15 років, у 1996 році (фактично тривала до 2001 року) у знаковій в даному аспекті справі Sutherland v. The United Kingdom, Страсбурзьким Судом було визнано, що різний вік згоди на одностатеві сексуальні стосунки для чоловіків та жінок, є порушенням права на приватне життя, а також принципу недискримінації, за статтею 14 Конвенції. [211]

В справі L. and V. v. Austria 2002 року, висновком Суду розтлумачено детальніше, що ним не знайдено ніяких об'єктивних та вагомих правових ознак, чому молоді чоловіки віком від 14 до 18 років потребували захисту проти сексуальних стосунків з дорослими чоловіками в той час, як жінки тієї самої вікової категорії такого захисту від стосунків з чоловіками та жінками не потребували. [212]

Право на службу в армії, незалежно від сексуальної орієнтації, було підняте на порядок денний Європейського суду з прав людини в ряді справ проти Великої Британії, перша з яких – B. v. The United Kingdom, – закінчилася негативним рішенням для позивача у 1983 році.

Заборона служіння в армії за ознакою гомосексуальної орієнтації почала розцінюватися порушенням статті 8 Конвенції в частині права на приватне життя з 1999 року, починаючи зі справи Lustin-Prean and Beckett v. The United Kingdom, а також в наступних рішеннях суду з аналогічних питань (деякі інші справи стосовно Великої Британії в 2002 році) [213]

Проблематика права на гендерну ідентичність на першому з окреслених етапів, не була настільки актуальною ані в науково-медичній сфері, ні в міжнародному та національному праві, чим логічно накладено відбиток на статистику розглядів подібних справ в судах. Робота ЄСПЛ в цій сфері була досить вузькою, і практично всі випадки звернень до нього стосувалися права на зміну статевого маркеру для транссексуалів в ідентифікаційних документах.

Перше таке звернення до Страсбурзького суду датується 1977 роком. Справа X. v. Germany не була допущена до розгляду Європейським Судом через неповне використання всіх можливих способів національного захисту. [214]

Кілька справ з обговорюваної тематики, були прийняті на розгляд Судом в другій половині 80-х – Rees v. The United Kingdom у 1986, W. v. The United Kingdom 1989, Cossey v. The United Kingdom у 1990 роках щодо порушення права на приватне життя. Однак? ні одне з них не закінчилося визнанням Судом таких порушень. Як було пояснено в його рішенні по першій справі, вимоги позивача, стосуються фундаментальних змін в реєстрі про народження, які будуть мати серйозні адміністративні наслідки і потягнуть нові обов'язки для решти населення. [215]

На етапі формування практики ЄСПЛ щодо гендерної ідентичності, останню було визнано єдиний раз частиною права на приватне життя у 1992 році у справі B. v. France. Справа стосувалася порушення права на приватне життя французькими органами, шляхом відмови особі, що змінила свою стать у внесенні відповідних змін до реєстру актів цивільного стану.

Однак, слід відмітити, що рішення по даній справі характеризувалося певною специфікою та носило здебільшого одноразовий характер. На його винесення повпливала особливість французького законодавства. Ним, зокрема передбачалася можливість змінювати статевий маркер особи протягом всього життя. В інших країнах таких прав законодавством не було визначено, тому дане рішення, по суті, в майбутньому не могло бути застосоване як прецедент стосовно інших країн.

В рішенні по справі, зокрема, сказано: «…мало місце порушення права на приватне життя, на основі відмінностей, які відрізняють дану справу від справ Rees v. The United Kingdom та Cossey v. The United Kingdom, які відображають різницю між французькою та британською реєстраційними системами цивільного стану. В той час як в Великій Британії існує багато перешкод, які заважають органам змінити систему реєстрів, у Франції вони підлаштовані під

зміни протягом всього життя особи…», «..тому відмова… в такій зміні поставила позивача в положення, яке не відповідає повазі до приватного життя». [216]

Таким чином, дане рішення несильно вплинуло на стан забезпечення права транссексуалів на зміну статі в документації про особу, визнавало порушення лише в рамках французького законодавства. І вже в 1998 році у справі Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, «…Суд не був переконаний, шо потрібно відхилятися від рішень у справах Rees and Cossey…». [217]

На етапі формування практики ЄСПЛ в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, також виникали перші випадки розгляду справ, пов'язаних з батьківськими правами.

Вперше такі проблеми були підняті у 1992 році у справі Kerkhoven and Hinke v. The Netherlands про усиновлення. Керкховен і Хінке – лесбійська пара, що тривалий час проживала разом, і після невдачі в національних судових інстанціях звернулася до Суду щодо усиновлення дитини однієї з жінок іншою. Висновок по справі був негативним, оскільки стабільні гомосексуальні стосунки між двома жінками не підпадають під дію права на повагу до сімейного життя, закріпленого в статті 8 Конвенції. Що стосується приватного життя, Комісія вважає, що правова неможливість першого позивача набути батьківського права над третім позивачем не передбачає ніяких обмежень приватного права заявників.

Окрім цього, рішення по справі містить також позицію стосовно рівності у батьківських правах між одностатевими та різностатевими парами: «Що стосується батьківства над дитиною, гомосексуальна пара не може бути рівною з чоловіком та жінкою, що проживають разом». [218]

На противагу описаній вище, може виступити справа Salgueiroda Silva Mouta v. Portugal, 1999 року, яка стосувалася недискримінації за ознакою сексуальної орієнтації в частині батьківських прав, чим значно випередила час. Обставини справи стосувалися гея, що проживав з іншим чоловіком. Його сексуальна орієнтація послужила причиною, по якій колишня дружина позивача порушила домовленість, досягнуту при розлученні і обмежила зустрічі батька зі

спільною донькою. Таку ситуацію суд розцінив як порушення права на приватне життя, а також визнав її дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації. В даній справі чоловік також скаржився, що його право на приватне життя було порушено ще й Апеляційною інстанцією Португалії, в частині зобов'язання приховувати свою сексуальну орієнтацію під час зустрічей з дитиною, аргументуючи це «традиційною португальською родиною». А це, на думку ЄСПЛ, є неприпустимим згідно Конвенції. [219]

Важливою є справа X, Y and Z v. The United Kingdom в 1997 році, яка стосувалася порушення права на сімейне життя. Зачіпала вона права транссексуала називатися в документах своєї дитини її «батьком» і хоча рішення по справі було негативним, однак в ньому Судом вперше визнано факт, що транссексуальне життя є сімейним життям: «Судом звертається увага на те, що «сімейне життя» в Статті 8 не обмежується виключно сім'ями, заснованими на шлюбі і може стосуватися і «де-факто» стосунків. В процесі дослідження, чи є певні стосунки «сімейним життям», враховується ряд факторів, в тому числі, чи пара проживає разом, тривалість стосунків, чи виражали вони свою відданість один одному народженням спільних дітей або іншими способами. В даній справі…X транссексуал…, жив з Y,… з 1979 року…. Y народила дитину Z. X приймав участь у всьому процесі і поводив себе як «батько» в усіх розумінням з самого народження Z. За таких обставин, Суд вважає, що «де-факто» сімейний зв'язок пов'язує заявників». [220]

Отже, дослідження в ході даної наукової роботи дають можливість зробити висновок, що першими у прецедентному праві Європейського суду з прав людини були закріплені права ЛГБТ, пов'язані з правом людини на приватне життя. На основі рішень на користь позивачів було декриміналізовано одностатеві чоловічі статеві акти за взаємною згодою, встановлено рівний вік згоди на вступ в такі стосунки, а також визнано незаконність заборон щодо воєнної служби за підставою гомосексуальної орієнтації. Рішенням суду також підтверджено, що право на зміну статевого маркеру в документах про особу є частиною права на приватне життя особи, а також представлено тлумачення

розуміння «сімейного життя» у відношенні до транссексуальної «де-факто» сім'ї.

При цьому, в силу відсутності поняття «гендеру», на той час стать особи сприймалася як виключно біологічний фактор, і, відповідно, справи, що розглядалися, були пов'язані з транссексуальністю, а не трансгендерністю. Слід також відмітити, що мова йшла не про весь змістовний спектр явища сексуальної орієнтації, а лише про одностатеве сексуальне життя за взаємною згодою між такими особами. Взаємні права та обов'язки «де-факто» гомосексуальних пар у аналізованому періоді формування судової практики не визнавалися в праві. ЄСПЛ неодноразово наголошував у своїх рішеннях, що такі стосунки не є частиною права на сімейне життя, а лише на приватне.

Першою в історії ЄСПЛ справою стосовно права на користування житлом та на соціальні та робочі пільги для осіб, що не перебувають у шлюбі, мала місце ще у 1986 році. Вона стосувалася чоловічої одностатевої пари, що тривалий час проживали разом у спільному помешканні. Після смерті одного з співжильців, інший вимагав права на це помешкання на підставі «громадянського шлюбу». Тоді Суд прийшов до висновку, що «стабільні гомосексуальні стосунки між двома чоловіками не стосуються права на повагу до сімейного життя, однак такі стосунки можуть бути питанням приватного життя».

Друга аналогічна справа мала місце через 10 років, у 1996 році в Німеччині. Справу було визнано недопустимою, оскільки: «Щодо сімейного життя, Комісія наголошує, що стабільні гомосексуальні стосунки між двома чоловіками не стосуються змісту права на повагу до сімейного життя, визначеного в статті 8 Конвенції».

Пояснення, що представлені ЄСПЛ щодо відмови у спадкуванні одностатевими де-факто парами, проливають світло на його позицію щодо принципу рівності та недискримінації стосовно одностатевих пар. Так, Судом зазначено, що: «щодо статті 14, Комісія наголошує, що різниця у відношенні є дискриміційною, якщо вона не має об'єктивного та резонного пояснення, тобто

якщо вона не переслідує легітимну мету, або якщо нема пропорційності між встановленими межами та метою, задля якої їх вжито.

Стосовно питання про доступ до орендованого житла свого партнера, ставлення до заявника на підставі чинного законодавства, відрізнялося від ставлення, яке він би отримав, якби партнери були різностатеві. Далі судом доводиться у тексті рішення, що публічна мораль в частині сімейних цінностей є легітимною метою для обмеження прав одностатевих пар, яка також відповідає принципу пропорційності в демократичному суспільстві. [221]

Одностатеві стосунки не були визнані частиною права на сімейне життя і в 2001 році в справі Mata Estevez v. Spain, в рішенні, у відповідності до якого Суд знову підкреслив, що сімейне життя – це прерогатива виключно чоловіка та жінки з легітимною та пропорційною ціллю захисту інституту сім'ї. [222]

Не визнавалося Судом, відповідно, і право на шлюб для гомосексуалів та транссексуалів. Наприклад, у справі Rees v. The United Kingdom, у частині щодо статті 12 Конвенції, ЄСПЛ не встановив порушення, оскільки: «традиційна концепція шлюбу заснована на союзі між особами протилежної біологічної статі». Даний аргумент практично дослівно дублюється і в інших рішеннях стосовно даної проблематики.

Другий перехідний період, відзначається першими значними зрушеннями стосовно права на свободу гендерної ідентичності, а також подальшим розширенням змісту права на свободу сексуальної орієнтації, здебільшого в частині взаємин між партнерами та батьківських прав.

Відправною точкою, умовно, можна вважати 2002 рік, що ознаменований такою справою про транссексуальні права, як Christine Goodwin v. The United Kingdom. За висновками справи, ЄСПЛ одноголосно виніс рішення про порушення як права на приватне життя, так і права на шлюб згідно статей 12 і 14 ЄКПЛ у випадку відсутності юридичного закріплення зміни статі та неможливості транссексуалу одружитися.

Заявником була транссексуалка, народжена як чоловік та яка у 1990 році змінила свою стать оперативним шляхом на жіночу. У своєму зверненні до

ЄСПЛ вона скаржилася на відсутність юридичного закріплення її «переходу». А саме, що її роботодавець не мав можливості відслідкувати її ідентичність, оскільки Відділ соціальної безпеки відмовився надати для неї новий Національний страховий номер, вона й досі значиться там як «чоловік», а її файл промаркований як «чутливий», що наносить їй практичної шкоди. Також її скарга включала пункт про неможливість отримання пенсії з віку, встановленого для жінок, який нижчий за чоловічий. І нарешті, вона заявляла, що така ситуація ставить її у вимушено незручне становище, оскільки вона не хотіла представляти свій сертифікат про народження, в якому значиться її стать на момент його реєстрації.

Окрім вищеперерахованих пунктів, які порушують право на приватне життя пані Гудвін, вона також скаржилась на порушення її права на шлюб (статті 8 і 12 відповідно). Суд також знайшов порушення статті 12 стосовно права на шлюб в даній справі, так як не є передбачено, що термін «стать», використаний у тексті статті, й досі визначається виключно за біологічним критерієм. Суд наголосив, що вирішувати види та формальності транссексуальних шлюбів, є внутрішньою компетенцією країни, однак «не бачить правомірності в обмеженні транссексуалів в користуванні правом на шлюб ні за яких обставин». [223]

Того ж самого дня Вищою Палатою ЄСПЛ було винесене подібне рішення, за статтями 8 і 12 ЄКПЛ у справі I v. The United Kingdom.

Справою Grant v. The United Kingdom у 2006 році, посилаючись на процес Крістін Гудвін, ЄСПЛ ще раз визнав порушенням норми Конвенції про право на приватне та сімейне життя відсутність законного визнання 68-річної транссексуальної жінки у частині пенсійного забезпечення, в результаті чого вона не могла отримувати пенсію з віку, встановленого для жінок. [224]

Цікавим в контексті забезпечення шлюбних прав транссексуалів є питання необхідності розлучення, як умови для легального визнання зміненої статі. ЄСПЛ у 2006 визнав недопустимими до розгляду дві справи стосовно цієї проблеми – Parry v. The United Kingdom; R. and F. v. The United Kingdom. За англійським законодавством, одностатеві шлюби не передбачені. Однак, право

Великої Британії, що містить в собі механізм закріплення зміненої статі особи, надає можливість продовження таких сімейних стосунків у формі цивільного партнерства, яке передбачає практично такі самі права та обов'язки, які передбачені і шлюбом.

Суд відмітив, що коли нова система була прийнята після рішення по справі Крістін Гудвін, законодавчий орган усвідомлював той факт, що існувала невелика кількість транссексуалів в існуючих шлюбах однак навмисно не передбачив ніяких засобів для продовження даних шлюбів у випадку проходження одним з партнерів процедури зміни статі. Суд вважає, що створювати дозвіл для такої малої кількості шлюбів не вимагається. [224]

Пізніше у 2014 цікава справа такого роду була розглянута ЄСПЛ. Hämäläinen v. Finland – справа, що стосувалася заявника, народженого як чоловік, одруженого на жінці з 1996 року. В 2002 році в пари народилася дитина. В вересні 2009 заявник пройшов зміну статі на жіночу оперативним шляхом. Не дивлячись на те, що її ім'я було змінене в 2006, вона не могла змінити свій ідентифікаційний номер так, щоб він відображав її жіночу стать без згоди її дружини на перекваліфікацію шлюбу в цивільне партнерство (що вона зробити відмовилася) або ж розлучення. Заявниця скаржилася на неможливість повного легального закріплення її жіночої статі без перетворення шлюбу на цивільне партнерство.

Однак і в цьому випадку Судом було винесено негативне рішення. На його думку, необхідність вищезазначених дій є пропорційною, оскільки за фінським законодавством була передбачена можливість одностатевих союзів, для забезпечення їхніх прав, який за змістом є практично ідентичний інституту шлюбу.

З часу справи Гудвін проти Великої Британії, ЄСПЛ винесено також кілька важливих рішень стосовно застосування медичного страхування для покриття операції по зміні статевої приналежності. Це, зокрема такі справи, як Vanc Kück v. Germany у 2003 та Schlumpf v. Switzerland, що датується 2009 роком, за розглядом яких Судом знайдено порушення права на приватне життя.

Перша зі справ містить в собі тлумачення права на приватне життя. Концепція «приватного життя» є широким поняттям без вичерпного визначення. Воно включає фізичну та психологічну цілісність особи. Інколи може відображати аспекти фізичної й психічної ідентичності. Такі елементи, як, до прикладу, гендерне визначення, ім'я, сексуальна орієнтація та статеве життя є особистою сферою, що захищена статтею 8 Конвенції. Вона також включає право на особистий розвиток, а також право створювати та розвивати стосунки з іншими людьми та зовнішнім світом. Хоча ні в одному з попередніх рішень суду самовизначення не включалося до змісту статті про приватне життя, поняття персональної автономії є важливим принципом, на якому засноване тлумачення гарантій цієї статті. Більше того, найважливіша суть Конвенції – повага до гідності та свободи людини, передбачає захист права транссексуалів на особистий розвиток та на фізичну і моральну безпеку.

Рішення по другій справі важливе тим, що в ньому напряму гендерну ідентичність віднесено до приватного життя. «Конвенція гарантує право на самозаповнення і наголошує, що концепція «приватного життя» може включати аспекти гендерної ідентичності. Воно відзначає надзвичайну важливість питань, що стосуються однієї з найбільш інтимних сфер приватного життя, тобто гендерної ідентичності, з метою балансування між загальним інтересом та інтересами особи.» [225]

У 2007 році, рішення по справі L v. Lithuania, визнало порушенням статті 8 Конвенції відсутність достатнього законодавчого регламентування для можливості особою проходити операцію по зміні статевої приналежності та зміни статевого маркеру в офіційних документах. «…Була прогалина в законодавстві в частині регулювання повної зміни статі оперативним шляхом. Дана прогалина поставила заявника в ситуацію виснажливої невпевненості стосовно його приватного життя і визнання його істинної ідентичності. [224]

Щодо сексуальної орієнтації, то визначальним на даному етапі, варто вважати факт зміни сприйняття одностатевих союзів співвідносно з правом на приватне життя та правом на сімейне життя, що обумовило орієнтир його

подальшого розвитку в міжнародно-правовій практиці та національних законодавствах.

Так, у 2003 році у ході розгляду справи про спадкування квартири померлого одностатевого партнера, Karner v. Austria, судом визнано наявність порушення статті 8, разом зі статтею 14 ЄКПЛ. Це рішення є знаковим одразу з кількох причин. По-перше, через те, що ним вперше визнано, що перебуваючи в стосунках, одностатеві пари повинні мати якісь взаємні права. А по-друге, ще й тому, що Суд не відносить такі стосунки більше до права на приватне життя, віддаючи прерогативу права на сімейне життя виключно різностатевим союзам, і кваліфікує статтю 8 Конвенції по даній справі у розумінні «права на повагу до дому». По-третє, з тексту рішення випливає нове розуміння Судом легітимних меж обмеження інших прав в цілях захисту інституту «традиційної сім'ї».

Він, зокрема, погоджується, що захист сімейних цінностей є вагомою та легітимною причиною, якою можна обумовити нерівне відношення. Однак залишається сумнівним, що в даних обставинах така різниця співвідноситься з принципом пропорційності. Ціль захисту традиційної сім'ї є скоріше абстрактною і тому вона може бути досягнута широкою різноманітністю меж. У випадках, коли власна компетенція країн-членів є вузькою, як і в ситуації, коли є нерівність у відношенні, на основі статі чи сексуальної орієнтації, принцип пропорційності не передбачає, що обрані межі в принципі відповідають реалізації передбачуваної цілі. Для цього потрібно довести необхідність виключення осіб, що перебувають в одностатевих стосунках, в даному випадку, з договорів про оренду квартири, для досягнення такої цілі.

Суд не вирішив однозначно, чи справа по даній заяві стосується «сімейного життя» чи до «приватного життя». [226]

У 2010 році було прийняте ще одне знакове рішення Kozak v. Poland, яке продовжує проштовхувати такі ідеї. Так, в тексті рішення висловлюється чітка позиція Суду щодо неправомірності та неприпустимості виключення з оренди одностатевого партнера в цілях захисту інституту сім'ї.

ЄСПЛ визнав, що захист сім'ї може вважатися легітимною причиною для виправдання різниці у ставленні. Однак, держава в ході захисту сім'ї та безпеки повинна враховувати розвиток суспільства та зміни в сприйнятті стосунків, включаючи той факт, що немає лише одного правильного способу приватного чи сімейного життя. ЄСПЛ вважає, що повне позбавлення особи, що проживає разом з іншою особою тієї самої статі, доступу до оренди не є обов'язковою дією для захисту сім'ї. [227]

P.B. and J.S. v. Austria цього ж року, до прав «де-факто» «сімейних» одностатевих пар додала також право на включення до страхування свого партнера, аргументуючи таке рішення аналогічно з використаними в попередніх двох справах, а також чітко зазначає, що «Суд вважає неправильним допускати, що на відміну від різностатевих пар, одностатеві пари не можуть насолоджуватися «сімейним життям», відповідно до змісту статті 8. А отже стосунки між заявниками, одностатева пара, що перебуває в стабільному де факто партнерстві, підпадає під зміст поняття «сімейного життя» так само, як і стосунки різностатевої пари в такій самій ситуації.» [228]

Щодо батьківських прав одностатевих осіб, у 2002 році Суд розглянув справу Fretté v. France про відхилення прохання про усиновлення гомосексуалом-одинаком, в якому Суд представляє вагоме роз'яснення щодо застосування принципу пропорційності. Враховуючи широкі можливості діяти на власний розсуд, що надано державам для захисту інтересів дітей, відмова у всиновленні гомосексуалом-одинаком не порушує принципу пропорційності. [229]

Важливою є справа E.B. v. France у 2008 році, що стосувалася відмови в одноособовому усиновленні лесбійкою дитини, на підставі того, що її співжителька не брала участі в цьому усиновленні та через занепокоєння стосовно нестачі патерналістської фігури в процесі виховання дитини. Судом знайдено порушення права на повагу до приватного та сімейного життя та дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації з огляду на те, що законом

дозволено одноособове усиновлення і відмова була заснована саме на факті гомосексуальності заявника.

Таким чином, найважливішим проявом розвитку у практиці ЄСПЛ стосовно права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності на даному етапі, можна вважати відхід Суду від переконання, що негетеросексуальна орієнтація є частиною права на приватне життя, а також визнання права на шлюб для транссексуалів, що в свою чергу потягнуло визнання «де-факто» одностатевих союзів, взаємних прав та обов'язків партнерів, а також необхідності закріплення зміненої статі в офіційних документах про особу. Також, в порівнянні з першим етапом, Суд визнав дискримінаційним розрізнення у правах щодо батьківства та усиновлення між одностатевими та різностатевими парами, засудивши такі дії держав в ряді своїх рішень.

Третій етап становлення права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в практиці ЄСПЛ характеризується розширенням змісту сімейних прав для одностатевих стосунків, важливими кроками в частині прецедентного забезпечення процедури зміни статі, а також помітним урізноманітненням каталогу правомочностей для ЛГБТ. Значних зрушень досягнуто у рішеннях Суду на шляху до рівного забезпечення прав і свобод ЛГБТ-спільноти.

Перш за все, в цей період з'явились перші прецеденти про право на усиновлення одностатевими парами. В 2012 і 2013 роках дві аналогічні справи мали місце.

Перша – Gas and Dubois v. France, прохання по якій до ЄСПЛ задоволеним не було. Факти другої справи X and Others v. Austria в більшості співпадали з фактами справи проти Франції. В обох випадках, загалом, мова йшла про право на усиновлення дитини одного з партнерів неодруженої одностатевої пари іншим партнером у цій парі. На відміну від справи проти Франції, у випадку процесу проти Австрії, суд виявив порушення принципу рівності в частині права на усиновлення на основі сексуальної орієнтації, що стало знаковим прецедентом.

Причина цьому – специфіка законодавств та рівня забезпечення цих двох держав (французьке законодавство забороняє усиновлення неодруженою парою в принципі – як для одностатевих, так і для різностатевих пар).

Ще одним важливим кроком даного періоду є рішення стосовно реєстрації одностатевих партнерств. Право на реєстрацію одностатевими парами постало на порядку денному Європейського суду з прав людини у 2010 році у справі Schalk and Kopf v. Austria. За результатами розгляду цієї справи, судом з відривом в 1 голос (4 проти 3), було прийнято рішення про відсутність у діях органів Австрії порушення статті 14 в поєднанні зі статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

В цьому рішенні Суд дуже детально обґрунтовує свою позицію, виходячи як із загальних принципів права, розтлумачуючи статтю 12 Конвенції про право на шлюб та створення сім'ї, так і з позиції права на приватне та сімейне життя і принципу недискримінації.

Загалом, це тлумачення можна назвати нейтральним, так як в ньому містяться аргументи як за, так і проти виставлених заявником претензій.

Рішення по справі знаходило в собі розуміння гендеру ЄСПЛ, яке має важливе значення і для трансексуальних прав: «В попередніх справах, Суд підтвердив прив'язаність до традиційної концепції сім'ї, яка визначена статтею 12 Конвенції, що стало вагомою причиною для масової адаптації відповідальними країнами біологічного критерію для визначення статі особи з метою вступити в шлюб. … В справі Крістін Гудвін, Суд відступив від такої позиції. Він визначив, що термінологія, яка використана у статті 12 стосовно права чоловіка та жінки на шлюб не обов'язково повинна розглядатися як така, що характеризує гендер виключно за біологічним критерієм. … Нарешті, Суд зазначив розповсюджене сприйняття шлюбу транссексуала в його визначеній статі. Тому Суд зробив висновок, що неможливість для пост-оперованого транссексуала вступати в шлюб в його визначеній статі порушує статтю 12 Конвенції.»

Ця справа на 5 років випередила справу Oliari and Others v. Italy, коли вперше ЄСПЛ виніс рішення, яким встановив, що неможливість одностатевої пари юридично закріпити свій союз є порушенням права на приватне та сімейне життя. Такого висновку суд дійшов на основі врахування того факту, що на відміну від справи Schalk and Kopf v. Austria у 2010 році, в якій судом прийнято негативне рішення за аналогічними обставинами, на момент процесу проти Італії у 2015, меншість країн Ради Європи залишилися такими, які ще не мають законної форми закріплення одностатевих союзів. Окрім цього, суд аргументував своє рішення тим фактом, що Конституційний Суд Італії, в твердженнях не по цій справі неодноразово наголошував на необхідності таких змін до італійського сімейного права, а в Італії статистично дуже багато представників одностатевої любові, які живуть парами та відкрито.

В ситуації відсутності мети захисту загального інтересу суспільства перед італійською владою, як передумови збалансування важливих інтересів заявників, в світлі висновків національних судів, що залишилися незрозумілими, італійський уряд переступив межі наданої їм власної компетенції і не виконав свого позитивного обов'язку забезпечити заявників наявністю спеціального правового регулювання для визнання та захисту одностатевого союзу. Таким чином, це порушує статтю 8 Конвенції (§ 185).

До слова, з 2016 року на розгляді суду перебуває справа Fedotova and Shipitko v. Russia, яка є об'єднаним позовом трьох одностатевих пар стосовно їх неможливості за російським законодавством вступити в шлюб. [230]

Особливої уваги в умовах найактуальніших проблем, що виникають на практиці в зв'язку з сексуальною орієнтацією, потребує справа Orlandi and Others v. Italy. Дана справа стосувалася шести італійських пар, які одружилися закордоном (Канада, США, Ніднрланди), однак повернувшись до Італії, не отримали дозволу від органів влади на визнання їх шлюбу в умовах італійських нормативних реалій.

Скарга виникла через відмову заявникам у реєстрації їхніх шлюбів, що були укладені закордоном, а також з врахуванням факту, що вони не могли укласти ні шлюб, ні інший вид сімейного партнерства за законодавством Італії.

Своє рішення Суд виніс в 2017 році, визнавши при цьому наявність порушення права на приватне та сімейне життя за статтею 8 ЄКПЛ, на підставі того факту, що Італія не могла обґрунтовано ігнорувати ситуацію заявників, що стосується сімейного життя, без надання їм можливості забезпечення їхніх стосунків. [231]

Також важливими є рішення, обидва з яких прийняті у 2016 році - Pajić v. Croatia та Taddeucci and Mc Call v. Italy – стосовно посвідки на проживання для одностатевих пар, один з яких живе закордоном, в обидвох з яких визнано порушення статей 8 та 14 Конвенції. У першій справі, згідно національного законодавства, була наявною можливість надання дозволу на проживання для іноземців з метою об'єднання сім'ї для різностатевих пар. Тому відмова в такому дозволі без наявних на те підстав одностатевій сім'ї піддає її нерівному ставленню.

У справі ж Taddeucci and Mc Call v. Italy 30 June 2016, національне законодавство передбачає можливість дозволу на проживання з метою об'єднання сім'ї лише для одружених пар. Однак вагомим фактором по справі послужила тогочасна відсутність інституту одностатевого союзу в Італії.

Суд вирішив, що відмова забезпечити дозвіл на проживання для аплікантів на основі сімейного зв'язку було неправомірною дискримінацією. В ситуації заявників, гей-пара не могла розглядатися в порівнянні з неодруженою різностатевою парою. Оскільки вони не могли одружитися, а також, на той момент, не мали можливості іншим чином узаконити свої стосунки в Італії, вони не могли бути класифіковані як подружжя за національним правом. Обмежувальна інтерпретація поняття «члена сім'ї» для гомосексуальних пар була непереборною перешкодою для надання дозволу на проживання на сімейних підставах. Таке обмежене тлумачення поняття «члена сім'ї», яке застосовується до другого заявника, не враховувало особисту ситуацію заявників

та, зокрема, їх нездатність отримати форму юридичного визнання їхніх стосунків у Італії. Тому, вирішивши розглядати гомосексуальні пари таким же чином, як і гетеросексуальні пари без подружнього статусу, Італія порушила право заявників на недискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації у користуванні правом на сімейне життя.

Прецедентне право ЄСПЛ насичене рішеннями стосовно права на свободу вираження (стаття 10 ЄКПЛ). У справі Mladina D.D. Ljubljana v. Slovenia 17 April 2014 та Kaos Gl v. Turkey 22 November 2016, Судом знайдено порушення права на свободу вираження в частині друкованих ЗМІ та їх розповсюдження.

У рішенні Bayev and Others v. Russia 20 June 2017, Судом визнаються такими, що порушують право на свободу вираження та є дискримінаційними за ознакою сексуальної орієнтації закони стосовно заборони «гей пропаганди». Такі закони не служать захисту публічних інтересів і їх прийняття стимулює стигматизацію, упередженість та підсилює гомофобію, що є неприпустимим в демократичному суспільстві.

На даний момент, в Суді на розгляді перебувають дві справи стосовно образливих коментарів на публіці – Beizaras and Levickas v. Lithuania (no. 41288/15), Minasyan and Others v. Armenia (no. 59180/15).

Важливим науковим питанням, яке стоїть в контексті аналізу зміни та розвитку практики ЄСПЛ у справах, що стосуються права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, є питання чинників та факторів, що впливають на зміну позицій Суду. Тексти рішень ЄСПЛ у частині обгрунтування рішень свідчать, що така зміна позицій здійснюється під впливом таких факторів, як суспільна мораль, зміна в соціальному та правовому сприйнятті; наявність або відсутність консенсусу серед країн-членів Ради Європи щодо відповідної проблематики та науково-технічний прогрес.

Тут слід проаналізувати кожен із наведених чинників окремо та їх вплив на різних етапах формування відповідної судової практики. Зокрема, «суспільна мораль» в рішеннях, що прийняті на першому етапі, в частині соціального сприйняття, традиційної сім'ї та сімейних цінностей, захисту вразливих груп та

публічного порядку та інші подібні категорії, визнаються Судом як пропорційна легітимна ціль, для обмеження права на приватне життя сексуальних та гендерних меншин, що може бути необхідною в демократичному суспільстві. Окрім прикладів, наведених вище, можна ще додати Sheffield and Horsham v. The United Kingdom 1998. Проте суд підтвердив, що проблематика повинна перебувати під постійним контролем Договірних держав, в контексті «посилення соціального прийняття цього явища та посилення визнання проблем, з якими стикаються транссексуали». [232]

В рішеннях другого етапу, з ростом соціального сприйняття, вищеперераховані фактори втрачають важливість для суду в ролі легітимної мети. Святість шлюбу поширилась і на транссексуалів, а тривалі одностатеві стосунки характеризуються як такі, що не відрізняються від відносин між різностатевими. Замість цінностей «традиційної сім'ї» в рішеннях вже йде мова про те, що нема єдино правильного варіанту сімейного життя. Наприклад, Schalk and Kopf v. Austria у 2010 році «Суд зазначив, що з часу прийняття Конвенції відбулися серйозні соціальні зміни в розумінні інституту шлюбу», « ... В кінці кінців Суд зазначив, що існує широке визнання шлюбу транссексуалів у визначеній статі». [215]

На третьому етапі, на перший план в рішеннях Суду виходить принцип рівності в усіх сферах, особистої автономії та ідентичності, а також гідності та цілісності особистості, як видно з тлумачень суду. Наприклад, у справі Орланді та інші проти Італії, у 2017 році, «…Суд зазначає, що, на відміну від інших положень Конвенції, стаття 8 не визнає поняття «громадського порядку» як легітимну ціль, в інтересах якої держава може втручатися в права людини».

Наявність або відсутність консенсусу серед країн-членів Ради Європи щодо відповідної проблематики як фактор впливу на позицію Суду протягомусього часу його діяльності в сфері права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності був одним з аргументів щодо аргументації позиції. ЄСПЛ бере до уваги фактор адаптації національними законодавствами

подібних правил, а також позицію щодо оспорюваної в справі проблеми з боку міжнародних організацій.

Вже в першій справі Dungeon v The United Kingdomв 1981 році в тексті пояснення свого рішення, суд посилався на «зростаючий консенсус між країнами-членами щодо запровадження рівного віку згоди для геїв, лесбійок та гомосексуальних стосунків».

В 1998 році у справі Sheffield and Horsham v. The United Kingdom «…Суд не був переконаний, що він повинен відхилитись від своїх рішень Rees and Cossey ... транссексуалізм продовжує посилювати складні наукові, правові, моральні та соціальні проблеми, щодо яких взагалі не існує спільного підходу між Договірними державами»

У 2003 році, позиція суду дещо міняється у ході розгляду справи з такими ж фактами Karner v. Austria. «Одностатевий партнер домагався права на спадщину (колишня квартира померлого партнера). Інтерв'юери зазначили, що дедалі більша кількість національних судів у європейських та інших демократичних суспільствах вимагає рівного ставлення до неодружених партнерів різних статей та незаміжніх одностатевих партнерів, і таку думку підтримують рекомендації та законодавство європейських установ».

У 2010 році висновок у справі P.B. and J.S. v. Austria містить рядки: «…приходячи до цього висновку, Суд зауважив, що, незважаючи на зростаючу тенденцію у ряді європейських держав щодо юридичного та судового визнання стабільних де-факто партнерських стосунків між гомосексуалами ... », « ... швидка еволюція соціального ставлення до одностатевих пар що відбулося в багатьох державах-членах. З тих пір значна кількість держав-членів надала юридичне визнання одностатевих пар. Деякі положення закону ЄС також відображають зростаючу тенденцію до включення одностатевих пар у поняття «сім'я».

У 2015 році у справі Oliari and Others v. Italy «…на основі врахування того факту, що на відміну від справи Schalk and Kopf v. Austria у 2013 році, в якій судом прийнято негативне рішення за аналогіними обставинами, на момент

процесу проти Італії у 2015, меншість країн Ради Європи залишилися такими, які ще не мають законної форми закріплення одностатевих союзів».

У 2017 році, у справі Garson and Nicot v. France зазначено, що: «…Це свідчить про те, що в останні роки у Європі з'являється тенденція до скасування цієї умови, яка зумовлена розвитком розуміння трансгендерності», а також «... Суд також зазначає, що численні європейські та міжнародні інституційні суб'єкти, залучені до поширення та захисту прав людини прийняли дуже чітку позицію на користь скасування критерію стерилізації, який вони вважають порушенням основних прав. До них відносяться Уповноважений з прав людини Ради Європи, Парламентська асамблея Ради Європи, Спеціальний доповідач Організації Об'єднаних Націй з питань катувань та інших жорстоких, нелюдського або такого, що принижує гідність поводження чи покарання, Всесвітня організація охорони здоров'я, Дитячий фонд Організації Об'єднаних Націй, Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини та його Офіс ООН, Жінки ООН, UNAIDS, Програми розвитку Організації Об'єднаних Націй та Фонду Організації Об'єднаних Націй в області популяції населення».

Не ігнорується Європейським судом і науково-технічний прогрес в сфері дослідження сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. В рішеннях неодноразово використовуються посилання на даний фактор.

Rees v. The United Kingdom 1986 «… Суд усвідомлює серйозність проблем, що торкаються транссексуалів та їх страждань, і рекомендує зберігати необхідність в належних заходах під переглядом, особливо з огляду на науковий та соціальний розвиток».

У 2002 Fretté v. France «Більш того, наукове співтовариство - зокрема, фахівці з дитинства, психіатри та психологи –розділяються стосовно можливих наслідків того, що дитина усиновлюється одним або декількома гомосексуальними батьками».

Значного впливу на визнання прав сексуальних меншин мало вилучення негетеросексуальної орієнтації з Міжнародної класифікації хвороб Світовою організацією здоров’я, що сталося на початку 90-х років. Крім того, вилучення з

Міжнародної класифікації хвороб – 11 діагнозу транссексуалізму, про що йшлося в першому розділі дослідження, стало б вагомим важелем для формування майбутньої практики ЄСПЛ. На даний час є велика вірогідність, що новітні рішення Світової організації здоров'я стануть поштовхом для суду у зміні своїх позицій і винесуть позитивні рішення щодо дій, які на сьогодні не визнаються ним як порушення Конвенції. Наприклад, стосовно рішення про медичний висновок як обов'язкову умову для зміни статі. Принижуючий гідність характер таких висновків щодо трансгендерів підтверджений і в рекомендаціях міжнародних організацій, які неодноразово звертаються до країн-членів з закликами спростити процедуру зміни статі до простого інформування влади про своє рішення. Суд вже згадував про це в своїх рішеннях стосовно стерилізації у 2015 і 2017 роках, а також навіть у справі VanKück v. Germany ще 2003 року містяться рядки: «З огляду на останні дослідження, тягар, що покладається на особу в формі доведення медичної необхідності лікування, включаючи незворотну хірургію, в одній з найбільш інтимних областей приватного життя, виглядає непропорційно». І на сьогоднішній момент, в ряді країн такі закони вже є прийнятими, їх кількість росте. А по логіці в рішеннях суду, яку видно з вищенаведених досліджень, шанси на визнання неправомірності вимогимедичних висновків є доволі високими.

Гіпотетично, таку ситуацію можна допустити і стосовно права на шлюб для одностатевих пар за статтею 12 Конвенції. Хоча тут, необхідно також враховувати релігію і «святість» інституту шлюбу, що однозначно буде грати уповільнюючу, щонайменше, роль.

Отже, на характер рішень міжнародного суду Страсбургу впливають різні моральні, політичні та правові фактори в інших країнах. Не дивлячись на це, не можна ігнорувати той факт, що вплив здійснюється і у зворотному напрямку. А саме, Європейський суд з прав людини своєю практикою впливає на національні законодавства країн-членів Ради Європи більше за інші судові (і не лише) інстанції. Адже позиції ЄСПЛ в частині його компетенції, є еталоном щодо сучасного розуміння прав та свобод людини. Це стосується не лише права на

свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, і стосується не лише тих країн, що брали участь в тому чи іншому процесі Суду. Тлумачення ЄСПЛ є свого роду «планкою», досягнення якої має бути ціллю, якщо країна прагне до найефектившого та актуального механізму захисту прав людини в умовах сучасної демократії. А тому, після встановлення судового прецеденту по певному питанню, навіть ті країни Ради Європи, що не були безпосередніми учасницями спору, однак характеризуються високим розвитком демократії, вносять подібні зміни до своїх законодавств.

Таким чином, в частині прав ЛГБТ, ЄСПЛ прискорює юридичне їх закріплення та розвиток. Зокрема, рішення Європейського суду з прав людини підвищують ймовірність того, що всі європейські країни, навіть країни, чиї закони та політика Судом не визнані як такі що повністю порушують Конвенцію, будуть приймати про-ЛГБТ реформи.

На основі статистичних досліджень Лоренс Р. Хелфер та Еріка Воутена в роботі «Міжнародні суди як агенти юридичних змін: докази стосовно ЛГБТ прав в Європі», а саме вивчення практики ЄСПЛ щодо сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності і подальшого закріплення відповідного права в національних законодавствах видно, що Суд заохочує, в середньому, вісім країн змінити свою політику протягом десяти років. Оскільки захист саме таких прав людини має суттєві наслідки для великої кількості європейців, це нетривіальний ефект. [233]

Аналізуючи практику ЄСПЛ у питаннях, що стосуються прав ЛГБТ, неможливо оминути окремігрупи справ, які не прямо стосуються прав ЛГБТ, але випливають із них. Серед таких, які становлять собою відокремлені категорії та пов’язані з досліджуваним питанням, та які варто розглянути окремо – це справи, що стосуються:

1) права на свободу зібрання та об’єднання (стаття 11 ЄКПЛ), що реалізується ЛГБТ-спільнотою; 2) насильства на ґрунті гомофобії; 3) так званих «трансгендерних прав»; 4) прав біженців та права на притулок.

У практиці ЄСПЛ багато уваги приділяється праву на свободу зібрання та об’єднання. Відлік було покладено у 1982 році у справі X. Ltd. and Y. v. The United Kingdom (no. 8710/79). З того моменту було розглянуто ще кілька позовів щодо вищезгаданої тематики (Morissens v. Belgium 1988, Müller and Others v. Switzerland 1988, Wingrove v. The United Kingdom 1996 та деякі інші), ні одна з яких не завершилася стверджувально. Така ситуація тривала аж до 2007 року, коли у справі Bączkowski and Others v. Poland - 1543/06, ЄСПЛ визнав незаконною та такою, що порушує статтю 11 Конвенції (свобода асоціації та зібрання), відмову в гарантуванні дозволу на проведення маршу та зустрічей з метою протесту гомофобії. [234]

Важливим в даному рішенні є, зокрема, твердження стосовно публічних зібрань: «Час публічного зібрання може відігравати першу чергову роль для досягнення політичного та соціального впливу. Якщо зібрання було організовано після того, як відповідна соціальна проблема втратила свою релевантність чи важливість для актуальних політичних та соціальних дебатів, вплив зустрічі може бути серйозно втрачений. Свобода зібрання – у випадку протистояння її проведенню в правильний час – може навіть видатись безглуздою.» [234]

Наступною була справа Alekseyev v. Russia 2010 року, про заборони проведення Маршів рівності в Москві. Дана справа є аналогічною до попередньої і також завершилася рішенням Суду на користь позивача. В ній, зокрема, детальніше розтлумачено поняття меж права на зібрання, а саме: «Будь яке обмеження свободи зібрання та виражання, окрім як у випадках закликів до насилля або заперечення демократичних принципів – якими б шокуючими або ж неприйнятними певні погляди чи слова не були на думку влади – працюють на шкоду демократії і часто навіть загрожує їй».

Свою позицію стосовно заборони проведення зібрань для ЛГБТ, ЄСПЛ ще раз підтвердив рішенням у справі Genderdoc-M v. Moldova у 2012 році, знайшовши порушення права на зібрання та об’єднання, а також дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації в забороні молдавськими органами

демонстрації у підтримку антидискримінаційного законодавства для сексуальних меншин.

Надзвичайно важливе практичне значення має судовий процес Identoba and Others v. Georgia, що датується 2015 роком. Висновок ЄСПЛ по даній справі знайшов порушення права на зібрання та об'єднання також і у випадку, коли органи влади не забезпечили безпеку в ході проведення такого зібрання. Зокрема, судом визнано, що органи влади не забезпечили безпечного проведення маршу в підтримку Міжнародного дня проти гомофобії. Враховуючи ставлення грузинського суспільства до сексуальних меншин, влада знала або повинна була знати про ризик напруги, пов'язаної з маршем. Таким чином, вони були зобов'язані застосувати всі можливі засоби, щоб забезпечити його мирне проведення.

У 2017 році, по ще одній справі проти Росії ЄСПЛ визнав також порушенням права на свободу зібрання дії влади щодо заборони плану проведення маршу рівності. Зокрема, органи влади встановили такі суворі обмеження щодо планів заявників на публічні заходи, що вони порушили їх право на свободу зібрань. Обмеження включали вимоги до місця, часу або способу поведінки, які підірвали саму мету події. Ці обмеження разом з широким рядом інших заходів, вжитих проти заявників, були непропорційними та необґрунтованими. Крім того, вони були засновані на законодавчих положеннях, які не захищали від свавільного та дискримінаційного зловживання владою.

Практика Європейського суду з прав людини містить в собі також прецедентний захист сексуальних меншин від насильства, а також відсутності/недостачі розслідування його випадків (Stasi v. France (no. 25001/07) у 2011; Aghdgomelashvili and Japaridze v. Georgia (no. 7224/11) у 2013 та M.C. and A.C. v. Romania в 2016 та ін.).

Прецедент за Статтею 3 та 14 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод було започатковано у 2012 році у справі X. v. Turkey. Згідно фактів даної справи громадянин Туреччини, який був геєм та перебував у в'язниці, піддавався несправедливому ставленню, яке завдавало йому фізичних

та психічних страждань. Такі дії стосовно позивача були вчинені без законних на те підстав, через його негетеросексуальну орієнтацію, що порушує статтю 3 Конвенції про право на свободу від нелюдського чи такого, що принижує гідність відношення чи покарання, а також статтю 3 в поєднанні зі статтею 14 Конвенції про заборону дискримінації, оскільки таке відношення щодо даного в'язня було обумовлене його гомосексуальністю.

У рішенні про задоволення позову по даній справі, Суд зокрема роз'яснює, що коли різниця у ставленні стосується інтимного та вразливого аспекту приватного життя, то лише дуже сильні аргументи будуть виправдані. Коли різне відношення ґрунтується на статі чи сексуальній орієнтації, то свобода власного розсуду, надана цій державі, дуже вузька. Принцип пропорційності вимагає не лише того, щоб заходи були прийнятними з урахуванням передбачуваної мети, а також те, щоб це було необхідним з огляду на обставини, про які йде мова. [235]

Однак, дане рішення трактує застосування Статті 3 стосовно лише сексуальних меншин, не згадуючи при цьому її застосування до меншин гендерних. Використано термінологію «стать та сексуальна орієнтація», а стать і гендер не одне й те саме.

В справі Identoba and Others v. Georgia, про яку мова вже йшла в світлі свободи зібрання, також знайдено порушення на заборони катувань на підставі сексуальної орієнтації. В світлі відомого дуже гострого негативного ставлення до ЛГБТ-осіб в Грузії, можливість насилля під час проведення демонстрації проти гомофобії була очевидною. Суд також встановив, що в оточенні злісного натовпу, який кількісно був більшим, викрикував серйозні загрози та безсистемно застосовував фізичне насильство, заявники повинні були відчувати страх, страждання та незахищеність, які несумісні з повагою до їх людської гідності. Крім того, влада, яка знала чи повинна була знати про ризики, пов'язані з демонстрацією, тому була зобов'язана - але не змогла - забезпечити належний захист. Більше того, ніяких дій для розслідування даного випадку, або затримок винуватців, з боку влади зроблено не було.

Неефективне розслідування у справі по випадку насильства на ґрунті гомофобії також є проаналізованим у судовій практиці ЄСПЛ. По справі M.C. and C.A. v. Romania (заява № 12060/12) 12 червня 2016, судом знайдено порушення заборони катування та заборони дискримінації зі сторони влади, так як розслідування скарг заявників про жорстоке поводження було неефективним, оскільки вони тривали надто довго, були затьмарені серйозними недоліками та не врахували можливих дискримінаційних мотивів.

В світлі найбільш дискусійних питань стосовно так званих «трансгендених прав» надзвичайно вагомими вбачаються справи Y.Y. v. Turkey у 2015, A.P., Garson and Nicot v. France у 2017 році. В даних справах піднімаються два важливих питання стосовно процедури зміни статі – а саме, обов'язкова стерилізація, а також необхідність медичного огляду та діагнозу транссексуалізму.

Перша права стосувалася турчанки, яка ідентифікувала себе як чоловік і намагалася отримати дозвіл від влади на зміну статі. Отримання дозволу від влади, що передбачено турецьким законодавством, на основі психологічних та медичних висновків про наявність діагнозу «транссексуалізм» затягнулось на два роки і закінчилось відмовою через той факт, що позивач і далі продовжував бути здатним до народження. Це рішення і стало предметом звернення до міжнародної інстанції в частині статті 8 ЄКПЛ.

Рішенням у даній справі ЄСПЛ знайдено порушення права на приватне життя в частині обов'язкової стерилізації, як умови для дозволу на зміну статі.

Окрім цього, рішення дає деякі важливі та актуальні тлумачення, а саме:

- відмова на прохання заявника безсумніво мала наслідки для його права на гендерну ідентичність та особистісний розвиток, як основний аспект права на повагу до приватного життя. Отже, ця відмова спричинила втручання у право заявника на повагу до його особистого життя; свобода заявника визначати його ґендерну ідентичність, одне з найбільш основних елементів самовизначення;

- щодо легітимних цілей обмеження права на приватне життя трансендерів, суд висловив позицію, що занепекоєння влади стосовно ризику перетворення операцій по зміні статі у щоденну справу може служити такою метою, зокрема, через незворотний характер операції зі зміни статі та небезпеки для здоров'я, спричинені цим видом операції;

- щодо обов’язкової умови стерилізації, Суд зазначає, що національні суди виправдовували свою первісну відмову забезпечити вимогу заявника виключно тим, що він зберіг свою здатність до пологів. Суд не розуміє, чому особи, які бажають пройти операцію зі зміни статі, повинні продемонструвати, що вони не здатні до народження ще до того, як фізичний процес гендерних змін може бути здійснений. [236]

Друга справа піднімала питання, що стосувалися зміни статі в сертифікаті про народження, примусової стерилізації, діагнозу про психічний розлад і була подана на основі порушення статті 3 і 8 ЄКПЛ.

В заяві по даній справі висловлювалися наступні скарги:

1. Заявники скаржились на відмову в їх прохання про зміну статевого маркеру в їхніх свідоцтвах про народження на тій підставі, що вони мали обґрунтовувати це, демонструючи, що вони фактично постраждали від розладу гендерної ідентичності, і що зміна в їх зовнішності незворотня. А це означає, що трансгендерні особи, які, як і вони, хочуть зазначити в ідентифікаційних документах свою виправлену стать, були змушені пройти попередню операцію або лікування, що спричиняє незворотну стерильність.

2. Другий заявник, окрім цього, скаржився на той факт, що перша вимога (довести, що вони страждали від розладів гендерної ідентичності) порушує гідність відповідних осіб, оскільки вона передбачає, що вони страждають від психічного розладу. Він посилався на згадану вище статтю 8.

3. Перший заявник також критикував той факт, що в національних судах корекція гендерних маркерів на його свідоцтві про народження була можлива за умови проходження ним травматичної експертної медичної оцінки. На його думку, експертні оцінки, необхідні в цьому контексті Касаційним судом

Франції, принаймні потенційно прирівнювалися до поводження, щопринижує гідність.

Рішення по даній справі було позитивним лише за пунктом першим скарги. Однак, в ньому містяться важливі позиції суду стосовно трансгендерних прав, в частині розуміння особистої автономії, юридичного визначення гендерної ідентичності трансгендерів тощо.

Зокрема пояснено, що поняття особистої автономії є важливим принципом, що лежить в основі тлумачення гарантій статті 8 Конвенції. Відповідно, в контексті застосування цього положення щодо трансгендерних осіб, даний принцип передбачає право на самовизначення, в якому свобода визначати свою сексуальну ідентичність є однією з найфундаментальніших основ. Він також встановив, що право трансгендерних осіб на особистий розвиток та на фізичну та моральну безпеку гарантується статтею 8.

Право на повагу до приватного життя згідно зі статтею 8 Конвенції повністю застосовується до гендерної ідентичності, як компоненту особистої ідентичності. Це стосується всіх людей. Найважливіший аспект інтимної ідентичності особистості, якщо не взагалі її існування, є предметом у даній справі. Це, по-перше, тому, що проблема стерилізації безпосередньо стосується фізичної недоторканності особи, а по-друге, гендерної ідентичності особи. У зв'язку з цим, Суд раніше наголошував, що «поняття особистої автономії є важливим принципом, що лежить в основі тлумачення гарантій статті 8».

До цього моменту, судові рішення щодо легального визнання гендерної ідентичності особи стосувались правового визнання її для транссексуалів, тобто для осіб, які зазнали операції по зміні статі. Проте з цього не можна зробити висновок, що питання про юридичне визнання гендерної ідентичності трансгендерів, які не пройшли процедуру перерозподілу гендерних категорій, схвалену владою або які не бажають пройти подібне лікування, не підпадають під сферу застосування статті 8 Конвенції.

Раніше Суд визнав порушення цих цінностей у справах про стерилізацію психічно здорових дорослих осіб, які не надали свою інформовану згоду.

Зокрема, він виявив, що оскільки стерилізація стосується фундаментальної людської тілесної функції, вона має вплив на багато аспектів цілісності особистості, включаючи її фізичне та психічне благополуччя та емоційне, духовне та сімейне життя. Він зазначив, що, хоча це може бути здійснено законно на прохання відповідної особи, наприклад, як засіб контрацепції, або в терапевтичних цілях, у випадку встановленої медичної необхідності, ситуація інша, коли стерилізація застосовується до психічно здорового дорослого пацієнта без його або її на те згоди. На думку Суду, такий порядок дій несумісний з повагою до свободи та гідності людини, що є одним із основних принципів Конвенції.

В частині обов'язкового медичного діагностування трансгендерів даний позов задоволений не був. Суд усвідомлює, що другий заявник відтворив позицію неурядових організацій, які працюють над захистом прав трансгендерних осіб, стосовно твердження, що трансгендерність не є хворобою, і що розглядання гендерної ідентичності з точки зору психологічного розладу стимулює стигматизацію трансгендерних осіб.

Тим не менш, Суд вважає, що ця вимога спрямована на захист інтересів трансгендерів як гарантія, що вони не діють нерозсудливо в ході легальної зміни їх ідентичності. [237]

Окреме місце займає категорія справ, що в різні періоди проходили через Страсбурзький суд та які стосувалися прав біженців та права на притулок.

Це, зокрема, X and Y v. The United Kingdom у 1983, W.J. and D.P. v The United Kingdom у 1987, C and L.M. v. The United Kingdom у 1989, Z.B. v. The United Kingdom у 1990, Sobhani v. Sweden у 1998, A.S.B. v. The Netherlands у 2012, M.K.N. v. Sweden у 2013, M.E. v. Sweden у 2014-2015, Pajić v. Croatia, Taddeucci and McCall v. Italy та A.N. v. France у 2016, M.B. v. Spain у 2016, I.K. v. Switzerland у 2017, Nurmatov (Ali Feruz) v. Russia, яка на даний момент перебуває на розгляді та ін. Однак, ні по одній з вищеперерахованих справ не було винесено позитивного рішення.

В сучасних умовах ці питання набувають надзвичайної актуальності і відсутність в практиці ЄСПЛ відповідей на ці питання є серйозним недоліком.

Вона починається з попереднього прецедентного права Європейського суду з прав людини з цього питання, зокрема рішення про неприйнятність у справі «Ф. проти Сполученого Королівства» (№ 17341/03) від 22 червня 2004 року. Ця справа стосується гей-шукача притулку, який намагався протистояти його поверненню до Ірану. ЄСПЛ відхилив скаргу як неприйнятну, оскільки наявні інформаційні джерела про Іран "не підтверджують ситуації активного переслідування з боку органів влади дорослих, що практикують одностатеві стосунки за взаємною згодою приватно. Виходячи з цього висновку, ЄКПЛ зазначає, що «ісламське право більше переймається суспільною аморальністю, а не тим, що відбувається в приватності дому». Коментуючи це рішення у М. Е., суддя Майор Форд правильно наводить на думку, що «в обгрунтуванні Суду є припущення, що заявник буде «непристойним» щодо своєї сексуальної орієнтації в Ірані поза межами приватності свого будинку».

Сьогодні такі питання є досить актуальним, оскільки проблематика причин, за якими ЛГБТ можуть просити притулку є дуже малодослідженими. Залишається спірним питання, чи лише кримінальне переслідування може слугувати підставою для надання притулку. Адже його відсутність не означає, як в наведеній вище справі, що особа не піддається утискам і обмеженням в своїй країні зі сторони влади. Це також не означає відсутність гомофобії та насилля на рівні населення.

В практиці ЄСПЛ є одна єдина справа, O.M. v. Hungary у 2016 році, що була пов’язана з питанням прав біженців, щодо якої ЄСПЛ виніс позитивне рішення. Однак вона стосувалась не на пряму права на притулок для ЛГБТ, а процедурних питань поводження з біженцями взагалі.

Новим для всієї правової системи є проблема прав інтерсексуальних осіб. Практика ЄСПЛ не містить жодної справи, що проливали б світло на цю наднову проблематику. Однак, на даний момент на розгляді суду перебуває справа щодо прав інтерсексів на зміну статі та її легальне визнання P. v. Ukraine, прецедент по

якій буде мати надзвичайно важливе значення для всієї Ради Європи і прямий вплив на законодавство України зокрема (більш детально в наступному підрозділі).

3.2. Захист права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності у судовій практиці України

Аналіз реєстру судових рішень України показує, що вітчизняна судова практика стикається зі скаргами щодо сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи. Такий досвід бере свій початок з 2007 року – для сексуальної орієнтації і з 2013 – в зв'язку з гендерною ідентичністю. Дані електронної бази свідчать, що на момент вересня 2018 року, в українських судових інстанціях незалежно від форм та видів перебувало або ж і досі перебувають кілька сотень справ. При цьому більшість справ стосується гомосексуальності, в той час як стосовно гендерної ідентичності винесено всього кілька судових рішень.

Загальною особливістю вітчизняного досвіду діяльності судів у сфері права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є той факт, що часто в текстах судових рішень згадки стосовно приналежності до груп ЛГБТ зазвичай не стосуються прав ЛГБТ, а часто містяться в показах свідків, як ознака особистого життя особи, яка не впливає ані на предмет спору,ані на сам хід судового процесу, і аж ніяк на саме судове рішення. Сексуальна орієнтація, окрім іншого, поширено застосовується в текстах рішень як цензурний спосіб сформулювати ті чи інші образи, що посилалися в адресу сторін спору або інших її учасників.

Судами загальної інстанції за останні 11 років здійснено розгляд спорів, які прямо чи опосередковано характеризувалися наявністю обставин щодо сексуальної орієнтації чи гендерної ідентичності особи у формах цивільного, кримінального та адміністративного судочинства. Загалом, коло оспорюваних правовідносин, стосувалося таких питань, як надання статусу біженця іноземцям та незаконний перетин державного кордону громадянами, неправомірна бездіяльність з боку органів владних повноважень, невідповідність нормативних актів положенням актів вищої юридичної сили, вбивство, хуліганство, розбій та крадіжка, порушення честі, гідності та ділової репутації осіб неправомірною

інформацією, права на недоторканність особистого життя, свободи мирних зібрань та об'єднань, деяких питань батьківських прав та опіки тощо.

При цьому, слід відмітити, що більшість рішень суду були прийняті не на користь прав ЛГБТ, або взагалі незалежно від таких ознак. А навіть при позитивних рішеннях прослідковується майже однозначнатенденція до зміни позиції судом в наступних чергових інстанціях. Причиною цього слід вважати низький рівень законного закріплення прав ЛГБТ спільноти, що не дає підстав для відкриття судових проваджень, а також відсутність специфічного захисту прав та інтересів осіб в зв'язку з їх нецісгендерністю чи негетеросексуальністю.

Вивчення судової практики та пов'язаних джерел в частині прав сексуальних та гендерних меншин показує в загальному, негативне сприйняття гомосексуальності та нецісгендерності, а також низький рівень правової культури, обізнаності стосовно міжнародних стандартів прав людини, а також про відсутність правильного наукового розуміння таких характеристик особистості, як сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність. При цьому, це стосується не лише населення, а також представників органів публічної влади та правосуддя.

Останнє дуже яскраво відображене в текстах рішень по різноманітних судових розглядах. Так, нерідко вживається термін «нетрадиційна сексуальна орієнтація», інколи застосовуються словосполучення «ненормальна», або ж «нестандартна» сексуальна орієнтація на противагу «традиційній», «правильній» та «нормальній» сексуальній орієнтації. А, відповідно, така термінологія загальноприйнятовизнана, як мінімум, некоректною стосовно геїв, лесбійок, бісексуалів.

Існують прецеденти, де гомосексуальність пропонується віднестидо пом'якшуючих обставин, називаючи фізичною вадою. Зокрема, в Ухвалі Вінницького міського суду Вінницької області по Справі 127/16253/15-к від 17 липня 2015 року: «…враховуючи те, що з моменту обрання даного запобіжного заходу (тримання під вартою) виникли нові обставини….досудовим слідством у справі допущені прояви упередженого відношення до його підзахисного, який в

силу його фізичних вад (нетрадиційної сексуальної орієнтації) … має право користуватися додатковими гарантіями для захисту своїх прав та законних інтересів, повагою до людської гідності, тоді як поміщення його під варту в умовах сьогодення є ніщо інше як свідоме сприяння здійсненню над ним фізичної та психологічної напруги зі сторони інших арештованих (що постійно вчиняється за його словами) може призвести до психічного розладу здоров'я (чому вже є прояви), суїциду чи до інших непередбачуваних наслідків.» У задоволенні, доречі, відмовлено. [238]

Про надзвичайно низький рівень розуміння судами в Україні суті та змісту понять гендер та стать, сексуальна орієнтація та гендерна ідентичністьсвідчить зміст формулювань текстів рішень, ухвал, постанов та вироків. Наприклад,

У рішенні Деснянського районного суду міста Києва від 29 жовтня 2015 року по справі № 754/7791/13-цсказано, що особа «…веде аморальний спосіб життя та за сексуальною орієнтацією є лесбіянкою, через що вона не розуміє і не сприймає нормально чоловіків, ненавидить їх, тому ненавидить і свого сина, ненависть до чоловіків є сутністю її поведінки в сім'ї». [239]

З тексту рішення Трускавецького міського суду Львівської області від 2 грудня 2016 року по справі № 457/1079/16-цговориться про те, що «чоловік поводив себе аморально у присутності малолітньої дитини, демонструючи у її присутності нетрадиційну сексуальну орієнтацію». [240]

В той же час, все-таки в Україні напрацьована певна судова практика стосовно права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. Справи, що розглядалися вітчизняними судами у порядку цивільного чи адміністративного судочинства, можна розподілити на групи, що стосуються :

1) міграційних прав та інституту біженців; 2) права на мирні зібрання; 3) свободи об’єднань; 4) прав транс*ів; 5)дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації; 6) порушення честі, гідності і ділової репутації.

Значний обсяг судової практики України стосовно права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності складають спори в сфері міграційних прав та інституту біженців на території України.

У 2013 році гендерна ідентичність вперше увійшла в судову практику України в формі незаконного перетину державного кордону громадянином України. Правопорушник заявив, що такі дії ним вчинені були, оскільки він зазнає в Україні переслідувань через свою гендерну ідентичність та вираження. [241]

Окружним судом не було визнано це достатньою підставою для виправдання дій порушника, і його було притягнуто до відповідальності за адміністративне правопорушення і в цьому випадку, і пізніше в цьому ж році, за вчинення незаконного перетину кордону України повторно. [242]

Пізніше в 2013 справа була передана на апеляційний розгляд, в якій заявником відмічалося, що він не мав умислу або протиправної мети обійти процедуру отримання відповідного дозволу на в'їзд до Республіки Польща та свідомо порушувати правила перетину державного кордону України. Позивач змушений був вчинити такі дії, оскільки «відчуває страх фізичного насильства через свою гендерну ідентичність, вираження своєї гендерної ідентичності у суспільстві та відсутності місця праці та коштів для існування у зв'язку з відмовою у наданні роботи на території України». Крім того, «відносно нього неодноразово застосовувалось фізичне насильство, що підтверджується його неодноразовими письмовими зверненнями до органів внутрішніх справ».

Однак Суд не був прихильним до таких аргументів, і в результаті апеляційна інстанція погодилася з попередніми рішеннями по даній справі, заявивши, що «Твердження апелянта про те, що він змушений був порушити правила перетину державного кордону України, оскільки відчуває страх фізичного насильства через свою гендерну ідентичність, відсутність роботи та коштів для існування у зв'язку з відмовою у наданні роботи на території України, апеляційний суд до уваги не бере і розцінює таку позицію правопорушника, як спосіб захисту». [243]

Після цього випадку наступний прецедент щодо гендерної ідентичності мав місце аж у 2018 році і стосувався міграційних правовідносин. Обставини справи розповідають про громадянку Росії, яка бажала визнання статусу

«біженки» на території України на підставі переслідувань в РФ через її трансгендерність та активістську діяльність в сфері прав ЛГБТ. Після відмови Головного управління Державної міграційної служби в України, заявниця і звернулася до суду з метою оспорити таке рішення. [244]

В ході розгляду справи позивачка представила цілий ряд доказів, які свідчили про порушення та переслідування, які здійснювалися на території Росії і зі сторони влади, і в частині гомофобних та трансфобних настроїв загальних мас в суспільстві. Докази, які постали перед судом свідчили про випадки фізичного насилля стосовно самої позивачки, а також висвітлювали загальну ситуацію в країні її походження стосовно прав ЛГБТ-спільноти.

Однак український орган справедливості не взяв до уваги ні один з них, засвідчивши непереконливість таких доказів, а також часткову їх не придатність та в окремих випадках відсутність, а аналіз обставин з життя громадянки Росії остаточно переконав суд щодо відсутності підстав для надання їй статусу біженця на території України. І таким чином, суд виніс рішення про відмову в її проханні. [244]

Сексуальна орієнтація, також виступала як підстава для заяви особами прохань щодо статусу біженців на українській території. Перелік таких спорів, порівняно з гендерною ідентичністю, є значно ширшим та більш тривалим. Десятки справ стосувалися відмов вітчизняними міграційними службами у проханнях про статус біженців громадянам таких країн, як, Демократична Республіка Конго, РФ (Чечні), Грузії, Узбекистану, Марокко та деяких інших країн у період з 2008 року і до сьогодні.

Першою була справа за проханням громадянки Конго, що звернулася до суду з адміністративним позовом про скасування рішення Управління міграції про відмову щодо надання статусу біженця, яку вона прохала в зв’язку з тим, що побоюється переслідувань через свою негетеросексуальність, тобто через приналежність до певної соціальної групи, яка переслідується в Демократичній республіці Конго.

Як встановлено в судовому засіданні причини, які змусили позивачку залишити Демократичну республіку Конго, носять особистий характер. За свідченнями представника позивача, подібні стосунки, засуджує тільки суспільство, тому враховуючи те, що держава Конго не переслідує осіб гомосексуальної орієнтації, підстав для звернення з заявами про набуття статусу біженця немає. Посилання представника позивача на те, що при поверненні позивача на Батьківщину можуть мати місце обґрунтовані побоювання зазнати переслідування, суд не може прийняти до уваги, оскільки вони не підтверджуються жодними достовірними доводами і носять характер припущення [245]. Пізніше, в апеляційній інстанції було прийняте по цій самій справі аналогічну ухвалу. [246]

У 2013 році київським адміністративним окружним судом було відхилено аналогічну скаргу громадянки РФ (Чечні) стосовно надання їй статусу біженки в Україні, потім у 2014 – цим же судом винесено таке саме рішення стосовно громадянина Грузії, продубльоване і апеляцією в цьому ж році. [247]

До слова, на початку осені 2018, Чечня заявила про себе на весь світ к перша країна з часів нацистського режиму, яка створила концентраційний табір для гомосексуалів, яких там піддають електрошоковим катуванням та забивають до смерті. [248]

У 2015 судами було винесено одразу кілька відмов особам з Узбекистану (пізніше підтверджених в окремих випадках і в апеляції) мотивуючи свої рішення також причинами, що свідчили про відсутність небезпеки за ознакою сексуальної орієнтації в країні позивача. Так, в першій справі вирок базувався на відсутності переконливих доказів подібної ситуації: «В даному випадку, враховуючи вищенаведене у сукупності, суд повністю погоджується з доводами, висновками та оскаржуваним рішенням відповідача, оскільки позивачкою не надано відповідачу та суду переконливих пояснень та доказів, які б свідчили про переслідування або загрозу переслідування позивачки в країні походження, а додана інформація по країні походження не містить відомостей, які б давали

підстави для висновків щодо можливого переслідування або утисків позивачки в країні її громадянської належності». [249; 250; 251]

У 2017-2018 роках відмовами закінчились судові процеси в тематичних міграційних питаннях стосовно визнання біженцем громадянина республіки Марокко, потім і у апеляції; стосовно громадянина Білорусії; у 2017 в першій і 2018 в другій інстанції відмовлено в позові гомосексуалу з такої арабської країни, як Халшимірське королівство. Останнім в даному аспекті було рішення стосовно уродженцю Ємену у 2018. [252; 253; 254; 255; 256]

Справи стосовно визнання статусу біженців, як за ознакою гендерної ідентичності, так і сексуальної орієнтації складають собою основний масив справ в формі адміністративного судочинства в сфері прав сексуальних та гендерних меншин. Аналіз юридичного та соціального рівнів закріплення та сприйняття прав сексуальних та гендерних меншин в країнах походження позивачів, доводить несприятливу для них ситуацію, яка, місцями, може сягати навіть кримінальної відповідальності за гомосексуальні стосунки. І на основі цього, абсолютна відсутність в українському судочинстві практики щодо надання статусу біженця особам за вищезгаданими ознаками свідчить, окрім іншого, про актуальність міжнародної проблеми надання притулків та статусу біженця для ЛГБТ-осіб і для нашої держави. (про міжнародне правове регулювання даного питання йшлося в розділі ІІ)

Наступною категорією справ є адміністративні справи стосовно права на мирні зібрання, що мали місце у 2016-2017 році в різних містах України, та продемонстрували відмінності позицій судових інстанцій при схожих обставинах справ.

Так, у 2016 році за позовом Виконавчого комітету Львівської міської ради до Громадської організації «Інсайт», перший просить заборонити відповідачам проводити у Львові будь-які масові заходи в рамках «Фестивалю рівності» та альтернативні заходи.В обґрунтування позовних вимог львівська влада зазначає, що організатори проведення масових заходів мають різні погляди, що, на думку позивача, може спричинити виникнення сутичок між представниками різних

громадських об'єднань та прихильниками різновекторних антагоністичних громадянських позицій, небезпеки заворушень та вчинення кримінальних правопорушень, загрози здоров'ю населення, правам і свободам учасників акцій та інших людей.

За результатами розгляду справи, суд вирішив, що обмеження права відповідачів у спірних правовідносинах буде пропорційним та спрямованим на захист більших цінностей, ніж ті, які обмежуються, оскільки проведення зібрань може бути небезпечним для людей. При цьому в тексті рішення суд робить кілька посилань на практику ЄСПЛ. Використані ним рішення стосувалися свободи зібрання загалом, однак не були специфічно пов’язані з мирними зібраннями щодо сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Так, мали місце згадки таких процесів, як Християнська демократична народна партія проти Молдови від 14 лютого 2006 року, Олінжер проти Австрії» від 29 червня 2006 року, Махмудов проти Російської Федерації» від 26 липня 2007 року, Бессарабська Митрополія та інші проти Молдови» від 13 грудня 2001 року, «Верєнцов проти України» від 11 квітня 2013 року. [251]

В той же час, право на свободу зібрання для ЛГБТ, починаючи з прийняття позитивного рішення по справі BączkowskiandOthers v. Poland в 2007 році, є предметом розглядів в ЄСПЛ. Зокрема це такі справи, як Alekseyev v Russia 2010 року, Genderdoc-M v. Moldova у 2012 році, IdentobaandOthers v. Georgia 12 May 2015 та інші. Справа про проведення «Маршу рівності» у Львові мала місце у 2016, тому доречніше було б робити відсилання саме на наведені справи, тим більше, що вони напряму стосувалися проведення маршів рівності, прайдів та інших зібрань в підтримку прав негетеросексуалів та нецісгендерів.

В Одесі, в цьому ж році суд так само обмежив право на мирні зібрання, так як: «з метою забезпечення правопорядку, запобігання вчиненню правопорушень, для охорони здоров'я населення, захисту прав і свобод мешканців м. Одеса, суд вважає за необхідне позовні вимоги задовольнити, та обмежити право на мирне зібрання». [258]

Однак вже цього ж року, Херсонський окружний суд за аналогічних обставин зайняв протилежну позицію, відмітивши, що: «Беручи до уваги ненадання позивачем доказів необхідності заборони мирних зібрань та враховуючи недоведеність реальної загрози національній безпеці та громадському порядку, небезпеки заворушень чи злочинів, загрози здоров'ю населення або правам і свободам інших людей під час проведення відповідачами мирних зібрань 17.05.2016 року, суд дійшов висновку про необґрунтованість позовних вимог». [259]

У Сумах у 2017 році судом винесено рішення у справі про свободу мирних зібрань, де позивач,мотивуючи необхідність заборони проведення маршу рівності, посилався на легітимну мету, так як «в місті розташовується 58-ма бригада мобільних сухопутних військ, яка налічує близько п’яти тисяч осіб особового складу, а це може призвести до виникнення конфліктних ситуацій», а також на той факт, що «забезпечення правопорядку силами міського відділу поліції також не виявляється можливим, оскільки в цей день відзначається свято медичного працівника, під час якого також необхідно забезпечувати громадський порядок.» В обґрунтуванні свого рішення по справі суд встановив неможливість обмеження права людини взагалі, і в даному випадку – зокрема, тим фактом, що влада не в змозі забезпечити правопорядок, оскільки забезпечення безпеки лежить на міській владі, а не у спосіб обмеження прав людини. [260]

Стосовно питання свободи об’єднань, то у 2015 році судом розглядалася справа стосовно реєстрації інформаційного агентства, метою якогобуло розповсюдження інформації на тематику прав ЛГБТ. Це рішення є важливим, оскільки є одним із небагатьох, що стосувалася актуального для України питання «суспільної моралі», яка часто виступає аргументом в практиці ЄСПЛ. У рішенні по справі суд відмітив, що: «Програмною метою діяльності товариства є забезпечення суспільства доступу до об'єктивної інформації про ЛГБТ життя і діяльність, створення толерантного відношення до гомосексуальних людей…Основними завданнями товариства зокрема є: висвітлення творчої

діяльності та здобутків ЛГБТ спільноти України та світу; інформаційна підтримка діяльності та розвитку культурних, спортивних заходів ЛГБТ спільноти в Києві та регіонах; формування толерантного та терпимого відношення суспільства до ЛГБТ спільноти; висвітлення проблем та складнощів ЛГБТ спільноти та просування ідей не дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.» А така інформація не є порушенням суспільної моралі. [261]

Наступною категорією справ, що аналізується в досліджуваному контексті, є справи,в сфері прав транс-персон. Зокрема, у 2015 році у справі щодо невідповідності правовим актам вищої юридичної сили та скасування п.3 Медико-біологічних і соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності, затверджених наказом Міністерства охорони здоров'я України від 03.02.2011 № 60 «Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності», в частині протипоказань: - наявність дітей віком до 18 років; - грубі порушення соціальної адаптації (відсутність роботи, постійного місця проживання) суд встановив, що встановлення державою протипоказань для зміни (корекції) статевої належностіне відповідає ч. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод та ст. 32 Конституції України.

Щодо захисту законних прав, свобод та інтересів дитини, колегія суддів зазначила, що обмеження у вигляді «протипоказання» мати дітей до 18 років втручається не тільки в сферу приватного, але й сімейного життя, що захищається Конституцією України, Конвенцією про захист прав і основних свобод та міжнародними та національними нормативними актами.

Наявність між батьком та дитиною сімейних відносин (сімейних зв'язків) не є підставою для обмеження в реалізації права на ідентичність шляхом корегування статевої належності. Разом з тим, необхідно відмітити, що права та інтереси дитини не порушуються, бо між батьком та дитиною зберігається сімейний зв'язок, права та обов'язки, передбачені чинним законодавством.

Що ж стосується нанесення моральної чи психологічної травми дитині внаслідок сприйняття факту зміни статевої належності одним з батьків, сказано, що статтею 29 Конвенції про права дитини, однією із засад державної політики у сфері виховання та освіти, згідно міжнародних зобов'язань України, є доводити до дитини інформацію стосовно розмаїття людей і людської поведінки та формування толерантного відношення до прав інших осіб, в тому числі батьків.Тому моральна чи психологічна травма у дитини, що належним чином виховувалась та отримувала освіту, не може бути викликана реалізацією одним з батьків свого права ідентичність, шляхом корегування власної статевої належності.

Стосовно протипоказання у вигляді грубих порушень соціальної адаптації (відсутність роботи, постійного місця проживання) суд встановив, що кожен має право на працю, кожен має право на житло, а конституційні права є рівними для всіх громадян, які є також рівними перед законом. Відсутність роботи та постійного місця проживання є ознаками майнового стану. Встановлення обмежень (у формі «протипоказань») за цими ознаками є порушенням Конституції України.

Вирішуючи дану справу, судом зокрема зроблено багато посилань на практику ЄСПЛ, а саме на рішення Гудвін проти ВБ, яке ми розглядали в минулому підрозділі. [262]

Однак в цьому ж році Апеляційним адміністративним судом м. Києва, це рішення суду першої інстанції було скасоване.В апеляції аргументується помилковість висновків суду першої інстанції і говориться, що оскаржуване обмеження у вигляді «протипоказання» мати дітей до 18 років втручається не тільки в сферу приватного але сімейного життя, оскільки вищезазначеними нормами передбачено, що виховання в сім'ї є першоосновою розвитку особистості дитини та на батьків покладено обов’язок виховувати дитину, піклуватися про її здоров'я, фізичний, духовний і моральний розвиток, навчання, створювати належні умови для розвитку її природних здібностей, поважати гідність дитини, готувати її до самостійного життя та праці. Тому корекція

(зміна) статевої належності одного з батьків може спричинити моральну чи психологічну травму у дитини, тобто порушити права та інтереси дитини.

Також суд зазначає, шо посилання на справу Гудвін проти Великої Британії, є недоречним оскільки спір у вищезазначеному рішенні стосується можливості отримання особою юридичного визнання свого сексуального перетворення.

В той самий час, колегія суддів визначаючи шкоду для дитини зміною статі її батьків, посилається на справу P.V. проти Іспанії від 30.11.2010 року, яка теж була іншою за змістом. В цій справі чоловіком (батьком) оскаржувалося рішення колишньої дружини (матері) обмежити його зустрічі зі спільною шестирічною дитиною в зв'язку з проходженням процедур по зміні статі. В даній справі ЄСПЛ визнав такі обмеження правовірними і покликаними захистити інтереси дитини. Однак захищалися ці інтереси не від транссексуалізму батька, а від його тимчасового емоційно нестабільного стану на етапі здійснення «переходу». [263]

Щодо соціальної адаптації (відсутність роботи, постійного місця проживання, алкоголізм, наркоманія, антисоціальна поведінка тощо) колегія суддів зазначає, що «грубі порушення соціальної адаптації (відсутність роботи, постійного місця проживання), як протипоказання є такими що прийняті Відповідачем на захист прав та інтересів осіб, які вирішили, використовуючи досягнення медицини, змінити (скорегувати) свою стать та покликані допомогти таким особам повністю адаптуватись у суспільстві, виключивши випадки суїциду після зміни статі та інші негативні явища». [264]

В частині прав, пов'язаних з гендерною ідентичністю, важливо зупинитися на справі П проти України, яка зараз перебуває на розгляді ЄСПЛ. Дана справа може стати важливим прецедентом та вплинути на реформи законодавства не лише для українського права, однак і стати першим прецедентом ЄСПЛ у сфері прав інтерсексів.

Даний випадок стосується інтерсексу, стать якого в сертифікаті про народження визначена як чоловіча, однак який ідентифікує себе як жінка. Медичні тести виявили, що на рівні хромосом, особа і є жіночої статі. Однак на

рівні біологічного розвитку, її тіло містить в собі як чоловічі так і жіночі ознаки, тому її було визнано інтерсексом.

Проблема виникла тоді, коли заявницею було подано прохання про зміну її статевої залежності в ідентифікаційних документах з чоловічої на жіночу. В такому проханні їй було відмовлено, оскільки зміна статевого маркеру в документах за вітчизняним законодавством можлива лише після відповідної операції. Однак таку операцію, за законом, можна проводити щодо особи лише за діагностування «транссексуалізму». Щодо інтерсексів, такої можливості не визначено. [265]

Такі обставини справи надиктовуютть надзвичайно актуальні у всьому світі питання сучасності, щодо прав гендерної ідентичності та прав інтерсексуальних осіб – особливості процедури зміни статі, діагностування «транссексуалізму», як обов'язкова умова такої зміни, третя або невизначена стать, а також легальне впізнання таких статевих маркерів.

Судова практика в адміністративних та цивільних справах судах різних інстанцій в частині захисту недоторканності особистого життя особи, а також захисту гідності, честі та ділової репутації громадян, є насиченою в цій частині висловами та інформацією, що свідчили про «нетрадиційну» сексуальну орієнтацію позивача. В порядку адміністративного судочинства така скарга була розглянута Печерським судом міста Києва у 2012 році. [266]

Справи про захист права на повагу до честі, гідності та недоторканності репутації, як самостійна вимога, або в поєднанні з відшкодуванням моральної шкоди, перебували на розгляді судів і у формі цивільного судочинства. Загалом в такій формі судового розгляду було розглянуто кілька десятків справ, в текстах рішень по яких згадувалася «сексуальна орієнтація», і переважна більшість таких справ була саме стосовно вищезгаданого права людини. Така практика по суті мало стосувалася права на свободу сексуальної орієнтації, а лише показує, що негетеросексуальна орієнтація часто використовується як образа і вважається порушенням честі, гідності та ділової репутації особи. У таких справах судом виносяться позитивні та негативні рішення в залежності від обставин справи,

однак не враховується та не трактується об’єктивний зміст права сексуальної орієнтації, а лише показується суб’єктивне ставлення.

Так, ще з першого позову у 2007 році і практично в кожному наступному, оскарження стосується поширення недостовірної інформації, яка стосується «мерзенних інсинуацій щодо сексуальної орієнтації позивача, безпрецедентних неправдивих вигадок про його неприродні сексуальні вподобання, повної неправди щодо надання дозволу виконавчим комітетом Ялтинської міської ради на забій домашніх тварин тощо». [267]

Чи не єдина справа, що напряму стосувалася дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації мала місце в 2015-16 роках, і третьою особою по даній справі виступала Уповноважений ВРУ з прав людини. Позивач скаржився на безпідставну відмову вступити в ряди партійців «Демократичного альянсу», з наявністю прямої дискримінації за ознакою сексуальною орієнтації, просивши при цьому відшкодувати моральну шкоду в символічному розмірі – 1 гривні. Відповідач же посилалась на аргумент, що позивачем не дотримано порядку передбаченого для вступу до Політичної партії "Демократичний альянс" .

В даній справі, при чому і в апеляції і в касації судом не було знайдено факту дискримінації. Рішення суду першої інстанції обґрунтовувалося тим, що «в судовому засіданні позивачем не доведено та не знайшло свого підтвердження те, що відповідачем по справі було прийнято рішення про відмову у прийнятті кандидата у члени Політичної партії "Демократичний альянс"». [268; 269; 270]

На жаль, вітчизняне судочинство в Україні містить практику по розгляду спорів, де позовні вимоги спрямовані проти негетеросексуальної орієнтації загалом. Прикладом може служити судовий спір за позовом Всеукраїнської громадської організації «Любов проти гомосексуалізму» до Кабінету міністрів України про визнання незаконним подання, визнання дій неправомірними, визнання бездіяльності неправомірною та зобов'язання вчинити певні дії, що супроводжував прийняття законопроекту «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання та протидії дискримінації в Україні», який, як відомо, включав поправки до антидискримінаційного

трудового законодавства в частині заборони дискримінації в сфері праці за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.Посилався позивач, окрім іншого, на те, що законодавча ініціатива Уряду є намаганням руйнації традиційної сім'ї та шлюбу в Україні, оскільки містить таке поняття «як сексуальна орієнтація» та порушує положення Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 р., Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 16.12.1966 р.

За результатами розгляду справи, суд дійшов до висновку про відсутність правових підстав для задоволення позовних вимог позивача, зазначаючи що Україна забезпечує рівність трудових прав усіх громадян незалежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин. [271]

В контексті досліджуваної проблеми показовою є цивільна справа 2018 року, що по суті стосувалася порушення честі, гідності і ділової репутації, однак, сам зміст позову, на нашу думку, показує рівень негативного сприйняття суспільством сексуальних меншин.Так, позов був поданий депутатом про захист честі, гідності, ділової репутації та визнання інформації, розміщеної на офіційному веб-сайті … у вигляді електронної петиції під назвою «Проти гей-параду, що планує провести даний народний депутат, недостовірною, а також її спростування. [272]

Такі і подібні їм приклади з діяльності місцевих рад, а також позовів до суду є непоодинокими. У Доповіді щодо ситуації з правами людини у Україні 16 травня 2017 – 15 лютого 2018 року Управління Верховного комісара ООН з прав людини зазначено, що УВКПЛ стурбоване проявами нетерпимості, висловленими деякими місцевими органами державної влади, як-от рішенням Івано-Франківської міської ради від 15 грудня, що закликає Верховну Раду України до дискримінації ЛГБТ-спільноти. [273; 274]

Аналогічну заяву з закликом до дискримінації 19 вересня 2017 р. прийняла Полтавська міська рада. (див. 20-ту доповідь УВКПЛ, п. 131). Такі заяви не

тільки суперечать основним зобов'язанням держав стосовно захисту прав людини представників ЛГБТ-спільноти, а й порушують антидискримінаційні норми, передбачені у національному законодавстві. УВКПЛ закликає всіх членів Уряду, включно з місцевими органами влади, а також усі політичні партії утримуватися від закликів до будь-яких форм дискримінації, нетерпимості та ненависті й застосовувати санкції за такі заклики, а також рішуче дотримуватися принципу недискримінації і на словах, і на ділі. [274]

На такому факті наполягає і Уповноважений ВРУ з прав людини в своєму звіті, зокрема: «…тенденцією 2017 року стало прийняття місцевими радами звернень до керівництва держави із закликами: «Заборонити пропаганду різних видів девіантної статевої поведінки, у тому числі у формі так званих «маршів рівності», «прайдів», «гей-парадів», «фестивалів квір-культури» тощо; вилучити словосполучення «сексуальна орієнтація» і «гендерна ідентичність» з Кодексу законів про працю України та з інших законів, законопроектів і урядових документів; не допустити ухвалення закону України «Про цивільне партнерство», що передбачено пунктом 6 статті Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року» тощо.

Слід відмітити, що значним недоліком в світлі вищесказаного, можна вважати відсутність практики Конституційного суду України щодо проблематики права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. У 2014 році Всеукраїнська благодійна організація «Точка опори» подала конституційне звернення стосовно офіційного тлумачення частини другої статті 24 Конституції України, що визначають перелік ознак, за якими не може бути привілеїв чи обмежень громадян у їхніх конституційних правах і свободах, в аспекті питань, чи належить ознака «сексуальна орієнтація» до інших ознак і, відповідно, чи забороняє Конституція України дискримінацію за цією ознакою. Однак, своєю ухвалою КСУ відмовив у відкритті провадження по даній справі через технічні недоліки скарги та порушення процедурних питань звернень до КСУ. [275]

З огляду на це, позитивною динамікою можна вважати введення інституту конституційної скарги у вітчизняний механізм захисту прав і свобод людини і громадянина. На кінець вересня 2018 року таких скарг на розгляді суду більше 500 (на 26.09.2018 513). Інститут конституційної скарги – це важливий інструмент тлумачення конституційних норм. Власне, це такий інструмент, в якому найбільше виражається принцип демократії, тому має стати ефективним інструментом захисту прав і свобод особи загалом, а також права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності зокрема.

Стосовно справ, які розглядаються судами в порядку кримінального судочинства та стосуються освітлюваного в дослідженні питання, то варто відзначити, що починаючи з 2007 року і до сьогодні, судами розглядалися і продовжують розглядатися такі справи щодо притягнення до кримінальної відповідальності за вбивство, грабіж та розбій, хуліганство, катування, порушення рівності громадян тощо.

Обширність подібної судової практики у кримінальних справах не є позитивним для прав ЛГБТ і показує їх вразливе положення в суспільстві, а також свідчить про необхідність оптимізації кримінального законодавства в цій частині.

Як приклад можна навести окремі справи, які є показовими та відображають загальні тенденції у відповідній сфері. Так, у 2015 році судом було засуджено групу осіб за вчинення хуліганства з гомофобних мотивів. Справа стосується показу в кінотеатрі фільму, який включає сцени одностатевої любові. Через це двоє осіб підірвали сеанс хуліганськими діями, використовуючи димові шашки та інші небезпечні засоби. Коментуючи свої дії, обвинувачені підтвердили, що їх скоїли такі дії через те, що фільми стосовно одностатевої любові вони вважають неприпустимими в суспільстві. [276]

Були інші випадки хуліганських дій, що вчинялися з мотивів ненависті відносно представників негетеросексуальної орієнтації. Так в 2018 році судом було винесено обвинувальний вирок стосовно групи осіб, щодо вчинення ними ряду злочинних дій, які «реалізуючи свій злочинний намір, направлений на

вчинення грубого порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації. Цього ж дня, продовжуючи реалізовувати свій злочинний умисел, направлений на вчинення грубого порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації, дані особи прибули за місцем, де збирались особи нетрадиційної орієнтації, та де із використанням балону з фарбою здійснила напис з текстом: «Сімейні цінності по перше. Правий сектор»». [277]

В іншому випадку, що мав місце також в 2018 році, потерпіла, маючи бажання потрапити на Марш рівності, не змогла це зробити, оскільки їй дорогу перегородила група людей, що вигукувала лайливі слова стосовно сексуальної орієнтації, також їй було нанесено удари, які не припинялися аж до приїзду поліції. [278]

За ознакою негетеросексуальної орієнтації регулярно вчиняються і інші злочинні посягання, серед яких також розбої та грабежі. У 2016 році мала місце справа щодо притягнення до кримінальної відповідальності за розбій, з тексту рішення по якій слідує, що: «…перебуваючи в приміщенні квартири…, обвинувачений розробив план та детальну схему вчинення злочинів, щодо вчинення розбійних нападів на осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією...». [279]

На жаль, також має місце судова практика по притягнення до кримінальної відповідальності через позбавлення життя осіб по причині їх негетеросексуальності. Так, в 2012 році було винесено обвинувальний вирок за вбивство та наругу над тілом особи: «…під час конфлікту з жертвою, який виник на ґрунті особистих неприязних відносин, пов'язаних з їх нетрадиційною сексуальною орієнтацією, та у вчиненні наруги над тілом померлого…позбавило її права проведення суспільно прийнятого ритуального обряду поховання в повній мірі». [280]

В деяких випадках, сексуальна орієнтація не виступала мотивом скоєння злочину, однак розкрившись в ході його скоєння, ставала причиною частини злочинних дій.У 2009 році судом Черкаської області було винесено

обвинувальний вирок стосовно двох осіб, які вчинили тяжке тілесне ушкодження, що призвело до смерті. Потерпілим був гомосексуал, і дізнавшись про це злочинці скоїли дії стосовно потерпілого, які обумовлені фактом його негетеросексуальної орієнтації. [281]

Ще в 2013 році, судом встановлено у трьох інстанціяхнаявність ознак катування в злочині, потерплим від вчинення якого був представник негетеросексуальної орієнтації. [282, 283, 284]

Окрім цього, численний масив кримінальних справвідображає ситуацію, коли сексуальна орієнтація виступила причиною раптового бажання завдати шкоди особі. Так, справа 2011 року № 1-130/2011т стосувалася вбивства з необережності, оскільки вбитий почав проявляти свою гомосексуальність, а обвинувачений ненавмисно його вбив, так як в нього «…раптово виникло почуття особистої неприязні… з метою вбивства останнього, на ґрунті раптово виниклих неприязних стосунків, діючи з прямим умислом… в результаті чого наступила смерть останнього». [285]

Аналогічний приклад з 2015 року, коли «…під час конфлікту з потерпілим, вчинив умисне вбивство в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок протиправної поведінки потерпілого, яка полягала у пропозиції вступити у сексуальні відносини, які підсудний сприйняв, як сильну образу його честі та гідності… Перебуваючи у бурхливому, емоційному стані…, …наніс останньому множинні проникаючі колото-різані поранення грудної клітки з ушкодженням серця та лівої легені, внаслідок чого наступила смерть потерпілого.» [286]

Ще в одній схожій за обставинами справі з практики наступного року: «Обвинувачений наполягав на тому, що наміру вбивати потерпілого він не мав, що його обурили непристойні розпусні дії, від яких від вимушений був захищатися, не усвідомлюючи при цьому, що робить». [287]

Також із висновку судово-медичної експертизи по кримінальній справі 2015 року: «…перед подією мав місце миттєвий, несподіваний, швидкоплинний міжособистісний конфлікт, оскільки потерпілий навмисно та свідомо сексуально

посягнув на чоловічу честь і гідність обвинуваченого, тобто зачепив глибоко особисто значимі життєві сенси: чоловічу честь, гідність, бачення себе, самооцінку, авторитет … дії обвинуваченого характеризуються як зворотно-захисні - тобто зумовлені ситуацією, яка характеризується зовнішніми ознаками реальної гомосексуальної спрямованості у бік обвинуваченого». [288]

Наведені вище приклади далеко не поодинокі, таких та подібних справ в судовій практиці з розгляду кримінальних справ ще багато [289, 290, 291] Ще однією особливістю кримінальних справ, що пов'язані із сексуальною орієнтацією є той факт, що окрім сприйняття її як фактору, що раптово викликає бажання вчинити вбивство, гомосексуальну орієнтацію часто використовують як важіль тиску, зокрема, існують десятки пов'язаних справ стосовно грабежу та розбою. Слід навести як приклад бодай кілька з них.

У справі №644/4550/18за 2015 рік Святошинського районного суду М. Харкова: «…вчинити розбійний напад на особу нетрадиційної сексуальної орієнтації, при цьому розповів останнім заздалегідь розроблений ним план скоєння вказаного злочину, суть якого полягала в тому, що … використовуючи всесвітню мережу Інтернет,…., мали познайомитись з особами нетрадиційної сексуальної орієнтації з метою подальшої зустрічі з останніми для вступу у статевий акт неприроднім способом. У подальшому, під час вказаних зустрічей … здійснюватимуть напад з метою заволодіння майном осіб нетрадиційної сексуальної орієнтацій» [292].

З матеріалів іншої справи Амур-Нижньодніпровського районного суду міста Дніпропетровська від 21 жовтня 2015 року по справі № 199/3106/15-к: «…переслідуючи мету на відкрите викрадення чужого майна…та розраховуючи, що потерпілий з приводу свого сорому відносно нетрадиційної сексуальної орієнтації не звернеться до правоохоронних органів…» [293]. Подібною є справа Святошинського районного суду м. Києва від 25 липня 2016 року№ 759/6076/15-к, де : «йдучи на розбій, … розраховували на те, що особа нетрадиційної сексуальної орієнтації, запросивши до себе іншу особу для сексуальних розваг, не буде про це нікому розказувати». [294]

Були також випадки, коли негетеросексуальність потерпілого використовувалася проти для вимагання, де замість вчинення розбійних нападів під час зустрічей проводився відеозапис, чим в подальшому обвинувачений шантажував потерпілого, погрожуючи розголосити подробиці його сексуальних уподобань і таким чином намагаючись незаконно заволодіти майном, або іншими матеріальними цінностями». [295]

В ході аналізу права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в Україні в частині вчинення злочинних дій, слід відмітити також значну кількісну різницю між випадками звернень до суду за захистом та випадками звернень до громадських правозахисних організацій з таких самих підстав. Останній показник є суттєвовищим.

Вперше, у 2016 році, поліція опублікувала звіт по злочинам ненависті за 2015 рік: з 157 інцидентів в загальному, 9 було з мотивів ненависті до ЛГБТ людей. Для порівняння, замість 9-ти випадків злочинів ненависті до ЛГБТ, опублікованих поліцією, «Наш світ» назвав 152 випадки, з яких 142 чоловіки, 9 жінок, 1 особа іншої статі. Загалом, моніторинг Центру прав людини «Наш Світ» показав 346 злочинів ненависті та інцидентів «промов ненависті» проти ЛГБТ-спільноти у період 2014-2016 років, що доказує факт не заявлення про випадки гомофобного насилля до відповідних органів. [296]

Варто наголосити, що за статистикою, представленою Правозахисним центром «наш Світ» станом на 2017 рік, переважну більшість постраждалих від злочинів/інцидентів ненависті, окрім інших, складають учні/студенти [297]. В той же час, найчастіше, за статистикою різнорідних організацій, злочини нетерпимості в Україні вчиняються саме неповнолітніми. Як зазначено в звіті щодо прав людини 2017 року, «Особливе занепокоєння викликає те, що під час інциденту мали місце прояви гомофобії і радикальних настроїв саме серед неповнолітніх, а також випадки втягування дітей у протиправну діяльність». [298]

Окрім неповної звітності стосовно таких випадків з боку Національної поліції, причиною є і той факт, що через високий рівень дискримінації (а такі

випадки є зареєстрованими навіть з боку самих поліцейських), а також відсутності дієвого механізму їх захисту, представники ЛГБТ намагаються залишатися в тіні.

В Доповіді про стан дотримання прав людини в країнах світу за 2017 рік, що виданий Державним департаментом США, щодо прав ЛГБТІ відзначено наявність випадків насильства проти ЛГБТ і сказано, що влада часто не розслідувала ці випадки належним чином і не притягала порушників до відповідальності. Випадки злочинів і дискримінації проти осіб ЛГБТІ, як і раніше, часто замовчувались, і органи правопорядку відкрили тільки 17 справ, пов'язаних з такими актами. [299]

Вищесказане та наявна кримінальна судово-практична діяльність в сфері права на свободу сексуальної орієнтації яскраво відображає несприятливу ситуацію в нашій країні для представників сексуальних та гендерних меншин, а також демонструє низький рівень механізму захисту цього права в судовій інстанції.

Висновки до розділу 3

Таким чином, аналізуючи базу практики ЕКПЛ, можна помітити еволюцію розумінь і поглядів щодо права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності протягом всіх етапів її формування та прийти до наступних висновків.

По-перше, судова практика стосовно ЛГБТ, зосереджена на кількох країнах, переважно Австрії, Німеччині та Великобританії, Франції. Це зумовлено, в першу чергу, високим розвитком суспільної моралі в цих країнах в порівнянні з іншими європейськими державами, а також наявністю суттєвих змін в соціальному та правовому сприйнятті проблеми, яка досліджується саме у цих країнах.

По-друге, дослідження практики ЄСПЛ у питаннях становлення права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність вказує, що її розвиток можна поділити на три умовні етапи, а саме:

- перший етап, розпочинається умовно зі справи Dungeon v. The United Kingdom 1982 року і завершився на початку нового тисячоліття. Його характеризує декриміналізація одностатевих чоловічих статевих актів за взаємною згодою, встановлення рівного віку згоди на вступ в такі стосунки, а також визнання незаконною заборони воєнної служби за підставою гомосексуальної орієнтації. Рішеннями суду цього періоду також підтверджено, що право на зміну статевого маркеру в документах про особу є частиною права на приватне життя особи, хоча в силу відсутності поняття «гендеру», на той час стать особи сприймалася як виключно біологічний фактор.

- другий етап, який умовно виділено в проміжку між 2000 (точніше, зі справи Goodwin v. The United Kingdom в 2002 році) та 2010 роками. Він характеризується обґрунтуваннями Судом права на свободу гендерної ідентичності, а також подальшим розширенням змісту права на свободу сексуальної орієнтації, здебільшого, в частині взаємин між партнерами та батьківських прав. В той же час, цей період є перехідним, оскільки повного

переліку прав Суд у рішеннях не передбачав, хоча вагомим поступом стало визначення відповідного права частиною права на сімейне життя.

- відліком третього (останнього) етапу можна вважати рішення по справі Schalk and Kopf v. Austria в 2010 році, даний період триває до теперішнього часу. Його відмінність від попереднього полягає в розширення змісту сімейних прав для одностатевих стосунків, забезпечення процедури зміни статі, а також розширенням каталогу правомочностей для ЛГБТ.

По-третє, на зміну рішень ЄСПЛ з негативних на позитивні стосовно права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності впливали такі аргументи, як «суспільна мораль», «наявність або відсутність консенсусу між країнами-членами Ради Європи», «науково-технічний прогрес».

На кожному з означених етапів формування судової практики ЄСПЛ у справах стосовно права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність по-різному позиціонується суспільна мораль та необхідність її захисту. В рішеннях, що прийняті на першому етапі, суспільна мораль в частині соціального сприйняття, традиційної сім'ї та сімейних цінностей, захисту вразливих груп та публічного порядку визнаються судом як пропорційна легітимна ціль, для обмеження права на приватне життя сексуальних та гендерних меншин, що може бути необхідною в демократичному суспільстві.

Другий етап характеризується прийнятими рішеннями, де цінності «традиційної сім'ї» замінені обґрунтуваннями, що нема єдино правильного варіанту сімейного життя. На третьому етапі розвитку судової практики стрижневими в рішеннях суду стає принцип рівності в усіх сферах особистої автономії та ідентичності, а також гідності та цілісності особистості, а легітимна ціль, в інтересах якої держава може втручатися в права людини поняття, стає не «суспільна мораль», «громадський порядок».

По-четверте, справи, що розглядаються Європейським судом та торкаються права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності стосуються також:

- права на свободу зібрання та об’єднання (стаття 11 ЄКПЛ), в яких суд встановлює важливість не тільки свободи самого зібрання, але і правильного часу, місця його проведення, свободи планування проведення подібних заходів та забезпечення органами влади безпеки в ході проведення маршів рівності та подібних заходів.
- прав біженців та права на притулок. У цій категорії справ судом жодного разу, на жаль, не було винесено позитивного рішення, що аргументувалося відсутністю активного переслідування з боку органів влади представників ЛГБТ-спільноти. В той же час, думається, що не лише кримінальне переслідування може слугувати підставою для надання притулку, а його відсутність ще не означає, що особа не піддається утискам і обмеженням в своїй країні зі сторони влади за ознакою сексуальної орієнтації.
- захист від насильства, а також відсутності/недостачі розслідування його випадків, де стороною є представники ЛГБТ-спільноти.

По-п’яте, простежується невідповідність вітчизняної судової практики в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності міжнародним стандартам, встановленим прецедентним правом Європейського суду з прав людини. Відповідна судова практика в Україні на сьогоднішній день знаходиться на рівні практики Європейського суду в даній царині на початковому етапі її формування, згідно запропонованої вище періодизації. Це проявляється в тому, що проблематика прав гендерних меншин практично не є причиною судового спору; право на свободу сексуальної орієнтації не передбачає ніяких правомочностей, що витікають з права на сімейне життя; традиційні сімейні цінності, інтерес дитини та суспільна мораль в деяких судових рішеннях виступають як аргумент для обмеження права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

Тому судово-практична діяльність українських інстанцій загальної юрисдикції в своїх рішеннях часто суперечить позиціям ЄСПЛ, а у випадку посилань на них часто використовує застарілі рішення, позиції Страсбурзького суду щодо яких були змінені в наступних аналогічних тлумаченнях.

По-шосте, спільними проблемами як для вітчизняної, так і для міжнародної судової практики в частині прав сексуальних та гендерних меншин залишаються:

- відсутність випадків винесення позитивних рішень стосовно інтерсексуальних прав;
- відсутність випадків винесення позитивних рішень стосовно деяких транссексуальних прав, зокрема протиправного характеру психічних діагнозів «транссексуалізм»;
- відсутність рішень судів стосовно права на притулок та надання статусу біженця за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

З огляду на вищесказане необхідно вжити наступних заходів:

1. виконати План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, затвердженому розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 №1393, яким передбачене запровадження інститутів цивільних одностатевих партнерств та злочинів ненависті, а також ряд заходів по підвищенню рівня освіти в частині прав людини серед населення;
2. злочинні дії, які навіть і не були обумовлені мотивами ненависті, або пов’язаними з сексуальною орієнтацію питаннями, могли змінювати свій склад і характер, якщо в ході його вчинення ставало відомо про негетеросексуальну орієнтацію потерпілого. А тому до норм, що закріплюють склади злочинів такі як «умисне вбивство», «вбивство з необережності», «розбій», «грабіж», «хуліганство», необхідно внести доповнення у вигляді обтяжуючої обставини, у вигляді скоєння таких дій з характером ненависті за ознакою сексуальної орієнтації;
3. враховуючи, що за статистикою більшість злочинів ненависті скоюється стосовно учнів/студентів, актуальною слід визнати американську практику закріплення складу злочину або правопорушення під назвою «bulling», направленого проти цькування вразливих учнів іншими їх сокласниками. З цією ж метою варто враховувати фактор нетерпимості до представників сексуальних та гендерних меншин при прийнятті на роботу вчителів та викладачів;

4. з огляду на те, що злочини ненависті вчиняються здебільшого неповнолітніми, відповідну програму освіти населення потрібно починати ще з шкільних загальноосвітніх рівнів. На це вказують медичні та психологічні дослідження, оскільки найчастіше розуміння своєї сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності приходить саме в підлітковому віці;

5. з огляду на факт поширеності дискримінаційних, стосовно ЛГБТ висловів зі сторони органів влади, варто вдосконалити цивільне законодавство шляхом введення заборони «промов ненависті» (з англ. «hatespeech»);

6. внести зміни до чинного законодавства, шляхом встановлення заборони дискримінації за ознаками «сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності» в Законі України «Про заспобігання та продидію дискримінації», а також в окремих суспільних інститутах, в першу чергу, в частині реалізації права на мирні зібрання та об’єднання, в сфері освіти.

ВИСНОВКИ

У дисертації наведено розкриття сутності, основних рис та реалізації права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, а також обґрунтовано основні напрями удосконалення законодавства в цій сфері з конкретними пропозиціями та рекомендаціями. За результатами дисертаційної роботи сформульовано такі основні висновки:

1. Серед передумов, які породили негативне сприйняття сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності суспільством, слід назвати засудження зі сторони церкви, криміналізацію за сторони права багатьох країн в різні періоди, а також тривалу історію діагностування негетеросексуальності та нецісгендерності як психічних захворювань.

2. Сутність права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність було розкрито через його якісні (зміст) та кількісні (обсяг та межі) показники Змістовні характеристики права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність проявляються як елементарні типи прав, як свободи та пов’язані з цим вимоги (можливість людини задовольняти свої потреби, що випливають з сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, вимагати від адресатів даного права відповідних діянь, а в окремих випадках – можливість державного захисту).

Обґрунтовано, що кількісні показники досліджуваного права людини повинні передбачати можливість самовизначатися стосовно будь яких видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та реалізовувати пов’язані з цим потреби на основі принципів рівності та недискримінації. Маючи своєю єдиною межею інше право людини, право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, відповідно сучасних правових тенденцій та практики ЄСПЛ, не може обмежуватися такими критеріями як суспільна мораль, публічний порядок, традиційні сімейні цінності чи інтереси дитини.

3. Запропоновано право особи на вибір способів самовизначення та самоідентифікації відповідно або не відповідно до своїх сексуальної орієнтації

та гендерної ідентичності визначати сексуальною та гендерною автономією людини.

Також зроблено висновок, що найбільш вдалим є термін «право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності», що пояснюється виключним авторитетом і компетенцією особи щодо своїх сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, автономії та самовизначення особи в даній сфері з одного боку, та фундаментальним характером даного права людини з іншого.

4. Обґрунтовано позицію, що на сучасній сходинці еволюції суспільства, право на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності особи виступає одним з центральних елементів концепції гідності людини, неповага до якого порушує, в першу чергу, гідність кожного окремого індивіда, оскільки:

- сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є основоположними компонентами сексуальності людини;
- відсутність можливості вільно реалізовувати такі внутрішні риси незалежно від виду та форми завдає людині страждань, а відсутність можливості вибору та самоідентифікації унеможливлюють формування індивіда як повноцінної особистості та індивідуальності;
- втручання у особисту та нероздільну компетенцію, сексуальну та гендерну автономію людини зі сторони заперечує її можливість бути унікальною, ідентичною та цілісною.

5. Враховуючи природній та недевіантний характер сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, принцип рівності та недискримінації в сфері права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності:

- означає, що всі особи повинні мати можливість рівною мірою користуватися будь якими правами та свободами, незалежно від видів сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності;
- передбачає, що всі особи повинні мати можливість повною мірою реалізовувати свої сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність на рівних засадах з аналогічними правами гетеросексуалів та цісгендерів;

- є обов’язковою умовою забезпечення гідності людини в світлі її сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності;
- не є належним чином закріплений та реалізований у вітчизняних праві та суспільстві, чим пояснюється виникнення груп сексуальних та гендерних меншин.

6. Обґрунтовано характерні ознаки групи меншин належність до яких ЛГБТ-спільноти обумовлюється а) наявністю певної характеристики, що робить особу вразливою саме через цю ознаку; б) наявністю свідомості меншини (ця умова є суб’єктивною та означає що особа повинна ідентифікувати себе сама як така, що є членом ЛГБТ-спільноти); в) мінорність становища стосовно сексуальних та гендерних меншин полягає у несприйнятті та невизнанні прав ззовні.

7. Обґрунтовано, що приватне життя особи не можна розглядати як втаємничений бік її життя; сучасне розуміння сімейного життя та сім’ї відходить від традиційної моделі, першочергова роль сьогодні належить ідеї цінності індивідуальності кожної окремої людської істоти, її природної неповторності, власних моральних уявленнях та самовизначення. Вітчизняне законодавство в частині права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності не відповідає правовим стандартам ЄСПЛ, а відсутність будь-якого правового інституту, яким закріплювався б одностатевий союз та взаємні права в одностатевій парі, є непрямою дискримінацією за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності.

8. Проведена періодизація практики ЄСПЛ упитаннях становлення права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, відповідно до якої її розділено на три умовні етапи. Це дало можливість встановити, що судова практика в Україні на сьогоднішній день у відповідній сфері знаходиться на рівні практики Європейського суду в даній царині на початковому етапі її формування, оскільки проблематика прав гендерних меншин практично не є предметом судових спорів; право на свободу сексуальної орієнтації не передбачає ніяких правомочностей, що витікають з права на сімейне життя;

традиційні сімейні цінності, інтерес дитини та суспільна мораль є аргументом для обмеження права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності тощо.

9. З метою забезпечення права на свободу сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, варто вжити таких заходів, як:

- виконати План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, яким передбачене запровадження інституту цивільних одностатевих партнерств, складу «злочину ненависті» за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності та підвищення рівня освіти населення в сфері прав людини;
- ввести зміни до сімейного законодавства, а саме: визнати частиною сімейних правовідносин відносини де-факто одностатевих та трансгендерних пар; прямо передбачити в Сімейному Кодексі України можливість усиновлення дитини свого одностатевого партнера та заборони відмови особі чи парам в усиновленні на основі сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності;
- ввести поправки до кримінального законодавства, а саме: норми, що закріплюють склади злочинів такі як «умисне вбивство», «вбивство з необережності», «розбій», «грабіж», «хуліганство», необхідно доповнити обтяжуючою обставиною, у вигляді скоєння таких дій з мотивів ненависті за ознакою гомосексуальної орієнтації; закріпити склад злочину або правопорушення під назвою «bulling», направленого проти цькування вразливих учнів іншими їх сокласниками;
- вдосконалити цивільне законодавство,шляхом введення заборони «промов ненависті» (з англ. «hatespeech»), що сприяло б підвищенню рівня судового захисту сексуальних та гендерних меншин;
- змінити поняття «право на невтручання на особисте та сімейне та життя» на «право на повагу до приватного та сімейного життя» для його точнішого розуміння в умовах сучасних тенденцій до різноманітності та індивідуалізації, а також розширення захищених даних правом суспільних відносин, за прикладом статті 8 ЄКПЛ;

- внести зміни до чинного законодавства, шляхом встановлення заборони дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в Законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні», а також в окремих суспільних інститутах, на зразок КЗпП, в першу чергу, в частині реалізації права на мирні зібрання та об’єднання, а також у сфері освіти.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Cohen S. Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers. New York: Routledge. 1972. 201 p.

2. Goode E. Moral panic: The social Construction of Deviance. Oxford.: Blackwell. 1994. 302 p.

3. Мейлахс П.А. Четвертая мировая война или очередная моральная паника. *Русский народный сервер против наркотиков*. URL: http://www.narcom.ru/ideas/common/36.html

4. Товпеко Я.К. Реалізація конституційно-правових норм про права людини щодо сексуальних меншин: порівняльно-правове дослідження: дис. … канд.юрид.наук: спец. 12.00.02. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ. 2017. 274 с.

5. Ilikbaev A. A Great Divide on Homosexuality in the Contemporary World: How Do Attitudes Change? University of Tampere. Master's Thesis. 2017. 84 p. URL: http://tampub.uta.fi/bitstream/handle/10024/102801/1517232671.pdf?sequence=1

6. The Rights of Lesbians, Gay Men, Bisexuals, and Transgender People: The Authoritative ACLU Guide to a Lesbian, Gay, Bisexual, or Transgender Person's Rights. Hunter N.D., Joslin C.G., McGowan M.Sh. Library of Congress. 2015. URL: https://catalog.loc.gov/vwebv/search?searchCode=LCCN&searchArg=2003010471&searchType=1&permalink=y

7. Proposed declassification of disease categories related to sexual orientation and the International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD-11). Cochran S., Drescher J., Giami A., García-Moreno C., Atalla E., Marais A., Meloni-Vieira E., Reed G.M. 2014. URL: http://www.who.int/bulletin/volumes/92/9/14-135541/en/

8. Spitzer R.L. The diagnostic status of homosexuality in the DSM-III: a reformulation of the issues. *Am. J. Psychiatry.* №138. 1981. P. 210–215.

9. Kamens S.R. On the proposed sexual and gender identity diagnoses for DSM-5: history and controversies. *Hum. Psychol.* 3937–59. 2011. P. 110-117.

10. Answers to Your Questions about Sexual Orientation and Homosexuality. *American Psychological Association. Official web page.* 2003. URL: http://www.apa.org/pubinfo/answers.html.

11. Pillard R. NPR Letters on the Biological Basis of Homosexuality. Online. 8 April 2003. URL: http://cas.bellarmine.edu/tietjen/RootWeb/ npr_letters_on_the_biological_ba.htm

12. Born That Way. The Biological Basis for Homosexuality. Available online. URL: http://bobhay.org/_downloads/_homo/02%20Born%20That%20Way.pdf

13. Bull J.J., Pease C.M. Biological Correlates of Being Gay. 2003. Available online. URL: http://www.utexas.edu/courses/bio301d/Topics/Gay/Text.html

14. Thorp J. The Social Construction of Homosexuality. 2003. Available online. URL: http://www.fordham.edu/halsall/med/thorp.html

15. Taylor T. Current Theories on the Genesis of Homosexuality. 2003. Available online. URL: http://www.dai.ed.ac.uk/homes/timt/ papers/twin_studies/theories.html.

16. McLeod S. A. Biological theories of gender. 2014. URL: www.simplypsychology.org/gender-biology.html

17. Definitions Related to Sexual Orientation and Gender Diversity in APA Documents, American Psychological Association. *American Psychological Association. Official web page.* 2014. URL: https://www.apa.org/pi/lgbt/resources/sexuality-definitions.pdf

18. Ethical guidelines for psychological practice with lesbian, gay, and bisexual clients. Australian Psychological Society (APS). 2014. 83p. URL: https://www.jennyellison.com.au/wp-content/uploads/2017/01/EG-Gay.pdf

19. Нестеренко М.О. Розвиток наукових уявлень про гендерну ідентичність і її структуру в психології. *Вісник Харківського національного*

педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. Психологія. 2011. Вип. 41. С. 128-137. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnpu_psykhol_2011_41_17

20. Діденко С.В., Козлова О.С. Психологія сексуальності. К.: Академвидав. 2009. 304 с. URL: http://pidruchniki.com/1821100136124/psihologiya/psihologiya_seksualnosti_nauka

21. Керівні принципи по заохоченню і захисту здійснення всіх прав людини щодо лесбійок, геїв, бісексуалів, трансгендерних і інтерсексуальних людей від 24 червня 2013 року. *Рада Європейського Союзу.* URL: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/14876_ru

22. Джокьякартські принципи. Принципи застосування міжнародно-правових норм про права людини стосовно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. 2007. URL: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-ru/

23. Waaldijk K. The Right to Relate: a Lecture on the Importance of "Orientation" in Comparative Sexual Orientation Law. *Duke Journal of comparative and International Law.* 2013. Vol. 24:161. P.161-199. URL: file:///C:/Users/victo/Desktop/гаага/Syllabus/2.%20the%20right%20to%20relate.pdf

24. Додаткові Джокьякартські принципи +10. Принципи застосування міжнародно-правових норм про права людини стосовно сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. 2017. URL: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf

25. Бедронь Р. Веселкова абетка, або (майже) все, що б ви хотіли знати про геїв та лесбійок: пер. з пол. К.: *Центр «Наш світ».* 2009. 154 с. URL: file:///C:/Users/victo/OneDrive/Документи/робота/моя%20дисертація/куча%20всякого/всього%20по-трошки/abc.pdf

26. Кравчук А. Традиційна орієнтація. Міфи та факти щодо ЛГБТ. Київ: *Центр «Наш світ».* 2015. 73 с.

27. Як писати про ЛГБТ. Курс для журналістів. *Громадська організація «Інсайт».* 2017. URL: https://www.insight-ukraine.org/uploads/files/on-line_kurs_ukr_web.pdf

28. Grollman E.A. What is «Sexual Identity»? Is it the same as «Sexual Orientation»? 2010. URL: http://kinseyconfidential.org/sexual-identity-sexual-orientation/ (дата звернення: 06.09.2015).

29. Whittle S.A Brief history of transgender issues. 2010. URL: https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2010/jun/02/brief-history-transgender-issues

30. *Офіційний сайт Світової організції здоров'я.* URL: http://www.who.int/

31. The Psychology of Cross-Dressing. Chapter 3. Relationships: sex. URL: https://www.theschooloflife.com/thebookoflife/the-psychology-of-cross-dressing/

32. The fundamental rights situation of intersex people. *European Union Agency for Fundamental Rights.* 2015. URL: http://fra.europa.eu/en/publication/2015/fundamental-rights-situation-intersex-people

33. Living free and Equal: What states are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people. The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights' (OHCHR). 2016. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/LivingFreeAndEqual.pdf

34. Ending Conversion Therapy: Supporting and Affirming LGBTQ Youth / *SAMHSA*. URL: http://store.samhsa.gov/shin/content//SMA15-4928/SMA15-4928.pdf (дата звернення: 11.09.2016).

35. Суковата В.А. Квір-теорія: соціокультурні підґрунтя виникнення й термінологічні дискусії. *Культура України.* 2010. Вип. 33. С. 83–92.

36. Суковата В.А. Квір-ідентичність у популярній культурі заходу й України: порівняльний аналіз. *Культура України.* 2010. Вип. 31. С. 63–73.

37. Barker C. Essentially Equality: International Legal Protection for Sexual Minorities. Oxford: International Write for Rights Movement. 2011. 87 p. URL: https://books.google.hu/books?id=1cq3M6ZalM4C&pg=PA2&lpg=PA2&dq=International+Write+for+Rights+Movement+camilla+barker&source=bl&ots=0EqqLh86Gq&sig=lV3G6Zpy5YiY1e2LQTy2EwH-

38. Ullerstam L. The Erotic Minorities: A Swedish View. London: Calder and Boyars. 1967. 146 p. URL: http://vivmedia.eu/download/erotic+minorities (дата звернення: 05.05.2015).

39. Проблеми сучасної конституціоналістики: *навчальний посібник*. Н.В. Аніщук, М.В. Афанасьєва, Н.М. Бакаянова та ін.; за заг. ред. А.Р. Крусян та А.А. Єзерова. Київ: Юрінком Інтер. 2018. 524 с.

40. De Gagne A. Queering the language of «sexual minorities» in Canada. 2011. URL: http://www.ideas-idees.ca/blog/queering-language-sexual-minorities-canada (дата звернення: 17.10.2014).

41. Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата, Г. Ломанна. Пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. К.: Ніка-Центр. 2008. 320 с.

42. Рабінович П.М. Основоположні права людини: соціально-антропна сутність, змістова класифікація. *Вісник Національної академії правових наук України*. №2(73). 2013. С. 10-16. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=vapny_2013_2_4

43. Рабинович П.М. Социалистическое право как ценность. Львов. 1985. С. 8-13.

44. Римаренко Ю.І. Приватне життя і поліція. *Теорія і практика*. К.: 2006. 40 с. URL: http://pidruchniki.com/15660212/pravo/prava_lyudini_zagalno-teoretichna_harakteristika

45. Фарбер И.Е. Права человека, гражданина и лица в социалистическом обществе. Изв. высш. учеб. зав. Правоведение. 967. № 1.

46. Бережнов А.Г. Права личности. Некоторые вопросы теории. М., 1991. 142 с.

47. Нерсесянц В.С. Права человека в истории политической и правовой мысли. От древних до Декларации 1789 г. *Права человека в истории человечества и современном мире*. М., 1989. С. 20-28.

48. Черниченко С.В. Права человека и гуманитарная практика в современной дипломатии. *Московский журнал международного права*. 1992. № 3. С. 33-48.

49. Henkin L. The Age of Rights. New York.: *Columbia University Press*. 1990. 224 p.

50. Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М. 1991. 160 с.

51. Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск. 1990. 200 с.

52. Мутагиров Д.З. Права и свободы человека: теория и практика. *Учебное пособие.* М. 2006. 544 с.

53. Права человека: учебник. Институт государства и права. 2-е изд. Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Норма. 2009. 560 с.

54. Kranston M. What are Human Rights? New York.: Taplinger, 1973.

55. Милн А. Права человека и человеческое многообразие. *Международное сотрудничество и права человека.* М. 1989. С. 37.

56. Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина: *Навчальний посібник.* К.: Атіка, 2000. 464 с.

57. Зайчук О.В., Оніщенко Н.М. Теорія держави і права. Академічний курс. Підручник. Київ.: Юрінком Інтер. 2006. URL: http://www.ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part2/404.htm

58. Медвідь О.А. Характеристика права людини на соціальне забезпечення: зміст, обсяг і межі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія: Право*. 2016. №3(53). С. 39-42. URL: http://www.law.stateandregions.zp.ua/archive/3_2016/9.pdf

59. Скакун О.Ф. Теорія держави і права: *підручник*. Х.: Кон-сум. 2001. 656 с. URL: http://politics.ellib.org.ua/pages-cat-51.html

60. Философия права: *учебник.* О.Г. Данильян, Л.Д. Байрачная, С.И. Максимов и др.; Под ред. О.Г. Данильяна. Х.: Прапор. 2005. 384 с. URL:

http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/4%20KURS/4/2/41Chast2Rozd6Paragraf2.htm

61. Горлач М.І., Кремень В.Г. Політологія: наука про політику. Підручник. Київ.: «Центр учбової літератури». 2009. 840 ст. URL: http://readbookz.net/book/186/6639.html

62. Спиркин А.Г. Философия. Издание второе. Москва.: Гардарики. 2006. 736 с. URL: http://stud.com.ua/43898/filosofiya/yakist_kilkist_mira

63. Рабінович П.М. Потребовий підхід – безальтернативний інструмент виявлення соціальної сутності права і держави. *Наукові праці Одеської національної юридичної академії*. Одеса. 2009. С. 45-53. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/3899/Rabinovich_P_M_Potrebovyy_pidhid.pdf?sequence=1&isAllowed=y

64. Віхров О.П. Теорія держави і права: курс лекцій: навчальний посібник. Чернігів: Десна Поліграф. 2015. 303 с. URL: http://pidruchniki.com/84593/pravo/obmezhennya_prav_svobod

65. Фігель Ю.О. Теоретичні аспекти обмеження прав людини. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки.* 2016. № 837. С. 357-361. URL: http://ena.lp.edu.ua/bitstream/ntb/32997/1/58-357-361.pdf

66. Добрянський С. До історії становлення сучасної концепції прав людини. *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи):* матеріали ІІІ Всеукраїнського круглого столу (Львів, 23–24 листопада 2007 р.). Львів: СПОЛОМ. 2008. 344с.

67. Klein D.A. Theory for Application of Customary International Law of Human Rights by Domestic Courts. *Yale Journal. International Law*. 1988. № 13. С. 116-136.

68. Антонович М.М. Еволюція поняття прав людини та проблема їх класифікації. *Наукові записки*. Т. 45. Політичні науки. 2005. С. 9−16.

69. Лищина И.Ю. Международные механизмы защиты прав человека. *Харьковская правозащитная группа*. Харьков: Фолио. 2001. 112 с.

70. Литвиненко І.Л. До питання класифікації конституційних прав та свобод людини та громадянина. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 55−63.

71. Бадальянц Ю.С. Права человека: *учебное пособие*. Москва−Рязань: Поверенный. 2006. 519 с.

72. Shue H. Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy. 2nd edition. Princeton University Press. Princeton.: 1996. 248 p.

73. Аврамова О.Є., Жидкова О.С. Четверте покоління прав людини: постановка проблеми. *Право України.* 2010. № 2. С. 101–107.

74. Ситар І.М. Релігійний аспект акультурації права (до проблеми десекуляризації). *Держава і право: збірник наукових праць*. 2014. Випуск 66. С. 12–19.

75. Авдеенкова М.П. Право на физическую свободу. *Государство и право*. 2005. № 3. С. 19–23.

76. Романовский Г.Б. К вопросу о праве на смерть как юридической основе легализации эвтаназии и самоубийства. *Медичне право України: проблеми управління та фінансування охорони здоров'я:* матеріали III Всеукраїнської науково-практичної конференції з медичного права (II Міжнародної науково-практичної конференції з міжнародного права) *«Медичне право України: проблеми управління та фінансування охорони здоров'я» (23–24 квітня 2009р., м. Львів)*. Упор. Сенюта Г.Я. Терешко Х.Я. Львів: ЛОБФ «Медицина і право». 2009. 332 с.

77. Головистикова А.Н. Права человека: *учебник.* М.: Эксмо. 2008. 327 с.

78. Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. М.: Юриспруденция. 2000. 478 с.

79. Рудинский Ф.М. Гражданские права человека: общетеоретические вопросы. *Право и жизнь.* 2000. № 31. С. 15–18.

80. Ковлер А.И. Антропология права: **учебник** для вузов. М.: НОРМА. 2002. 480 с.

81. Шебаніц Д.М. Сучасна проблематика теорії «поколінь прав людини» в умовах європейської міждержавної інтеграції. *Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія: Право*. Ужгород.: Гельветика. 2015. Т. 1. Вип. 31. С. 57–61.

82. Уварова О.О. Повага до сексуальної орієнтації і гендерної ідентичності людини як вимога толерантності. *Право і громадянське суспільство*. №4. 2015. С. 164-186. URL: http://lcslaw.knu.ua/index.php/item/253-povaha-do-seksualnoyi-oriyentatsiyi-i-gendernoyi-identychnosti-lyudyny-yak-vymoha-tolerantnosti-uvarova-o-o?fbclid=IwAR2WuHDltIcHzkaOBM2K34HmvufMNQEuYpyydmaLCgIdrAXGuiQ4E9BMM6Q

83. Whitman J. Q. “Human Dignity” in Europe and the United States: The Social Foundations. *Cambridge University Press.* 2005. URL: https://doi.org/10.1017/CBO9780511493904.008

84. Finck M. The role of human dignity in gay rights adjudication and legislation: A comparative perspective. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 14. 2016. P. 26–53. URL: https://academic.oup.com/icon/article/14/1/26/2526784

85. Умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання, що раптово виникло внаслідок тяжкої образи з боку потерпілого, неправильно кваліфіковано за ст. 94 КК України. Ухвала. Верховний Суд України від 18.07.2000. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0102700-00.

86. Nussbaum M.C. From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law. New York: Oxford University Press. 2010. 256 p. URL: https://genderlawjustice.berkeley.edu/wp-content/uploads/2011/04/Ericsson_Macro4.pdf

87. Рішення Суду Справедливості ЄС у справі № C-147/08 «Jürgen Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg». 10 травня 2011 року. URL: https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/jurgen_romer_v_freie_und_hansestadt_hamburg.pdf

88. Про право громадян Союзу і членів їх сімей вільно переміщатися і проживати на території країн-членів: *Директива Європейського Парламенту і Ради* від 29 квітня 2004 року № 2004/38\EC. URL: http://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuza/dokumenty-o-pravah-cheloveka-i-grazhdanina/normativnye-akty-o-svobode-peredvizheniya-tovarov-lits-i-uslug/direktiva-2004-38-es-evropejskogo-parlamenta-i-soveta-ot-29-aprelya-2004-g/

89. Patrick Harvie (Glasgow) (Green). The Scottish Parliament. Official Report. Meeting of the Parliament. 2013. URL: http://www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/report.aspx?r=9521&i=85624

90. Закон про рівне поводження. Люксембург. 2006. URL: http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2006/11/29/n1/jo#jo%20(in%20French)

91. Sexual orientation and gender identity: UN expert hails historic legal opinion issued in Americas, *United Nations Human Rights office of the High Commissioner.* 2018. URL: https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22582&LangID=E

92. Report of the Special Rapporteur, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights. Resolution 2000/43. No. E/CN.4/2001/66. 2001. P. 1142-1146. URL: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/106/83/PDF/G0110683.pdf?OpenElement

93. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 26.01.1987 № 3484-XI. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085

94. Glensy R. D. The Right to Dignity. *Columbia Human Rights Law Review*. 2011. № 43. P. 65–142.

95. Дробышевский С.А., Протопова Т.В. Идея человеческого достоинства в политико-юридических доктринах и праве: *монография.* Красноярск: ИПК СФУ. 2009.160 с.

96. Філософія права: словник / За ред. В. А. Бачинін, В. С. Журавський, М. І. Панов. К.: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре». 2003. 408с.

97. Сурия П. С. Юриспруденция. Философия права: краткий курс. Перевод с английского. М.: Изд. Центр «Академия». 1996. 302 с.

98. Гоббс Т. Левиафан или материя, форма и власть государства церковного и гражданского. М.: Мысль. 2001. 480 с.

99. Perry M.J. The Morality of Human Rights: A Non-Religious Ground? *Emory Law Journal*. Vol. 54. Issue 5. 2005. P. 97-150. URL: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/emlj54&div=45&id=&page=

100. Glensy R.D. The Right to Dignity. *Columbia Human Rights Law Review*. 2011. № 43. P. 65–142. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1775144

101. Загальна декларація прав людини: Декдарація, Міжнародний документ від 10 грудня 1948 року № 995_015. *Організація Об'єднаних Націй.* URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_015.

102. Власова О.В. Достоинство человека как нравственно-правовая ценность: общетеоретическое исследование: дис. … доктора юрид. наук: спец. 12.00.01. Югорский гос. ун-т. Ханты-Мансийск. 2011. 417с.

103. Савчин М.В. Права людини в світлі конституційної реформи. *Український часопис міжнародного права. Спеціальний випуск: Міжнародне право і Конституція України*. 2015. С. 67-79. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/7197

104. Головін А. С. Права і свободи людини і громадянина в Україні (доктрина Європейського суду з прав людини і Конституційного Суду України): *навчальний посібник.* За заг. ред. проф. Мартиненка П.Ф., Кампа В.К. К.:Юрінком Інтер. 2013. 376 с.

105. Головченко В.В. Правозастосування і захист прав людини в суверенній Україні: *монографія.* Чернігів: Видавець Лозовий В.М. 2012. 328 с.

106. Шукліна Н.Г. Конституційно-правове регулювання прав і свобод людини і громадянина в Україні (проблеми теорії та практики): *монографія*. К.: Центр навчальної літератури. 2005. 424 с.

107. Церковна А.О. Гідність і честь у цивільному праві України: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. К. 2003. – 53 с.

108. Кант И. Основы метафизической нравственности. Сочинения в 6 томах. Т. 4. Ч. 1. М. 1965. 544 с.

109. Рабінович П.М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). Харків: Право. 1997. 64 с.

110. Колесова Н.С. Личные (гражданские) права и свободы. Права человека: *учебник для вузов.* Отв. ред. А.Е. Лукашева. М. 2004. С. 142-151.

111. The Free Dictionary by Farlex «sexuality» definition. URL: https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/Human+sexuality

112. Люлько А.В. Справочник по сексологии, сексопатологии и андрологии. К.: Здоров'я. 2004. 687с.

113. Келли Г. Основы современной сексологии. Пер. с англ. Питер. 2000. 896 с. URL: https://www.twirpx.com/file/783985/

114. Основы сексологии. За заг. ред. У. Мастерс, В. Джонсон, Р. Колодни. Пер. с англ. М.: Мир. 1998. 692 с. URL: http://library.odmu.edu.ua/catalog/40024

115. Психологическая энциклопедия. 2-е изд. Под ред. Р. Корсини, А. Ауэрбаха. Питер. 2006. 1096 с. URL: http://yanko.lib.ru/books/psycho/psych-enc.htm

116. Орбан-Лембрик Л.Е. Соціальна психологія особистості і спілкування. Підручник. У 2 книгах. Книга 1. К.: Либідь. 2004. 576 с. URL: http://pidruchniki.com/1228112839094/psihologiya/sotsialno-psihologichni_problemi_osobistosti

117. Арним Г., Бартлишергер Р. и др. Государственное право Германии. М. 1994. Т.1. 320 с.

118. Старовойтова О.Э. Основы правовой соматологии. Фонд «Университет». 2006. 416 с.

119. Кекес Дж. Засадичні цінності лібералізму. Лібералізм: антологія. 2-ге вид. К.: Простір. Смолоскип. 2009. 1128 с.

120. Локк Д. Избранные философские произведения: в 2 т. / Д. Локк. М.: Издательство социально-экономической литературы. 1960. 532с.

121. Капицын В.М. Права человека и механизмы их защиты: *учеб. пособ.* М. : ЭКМОС. 2003. 288 с.

122. Доннелі Дж. Права людини у міжнародній практиці. Пер. з англ. Т. Завалій. Наук. ред. П.М. Рабінович. Львів: Кальварія. 2004. 279 с.

123. Лібералізм: Антологія. Упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. К.: Смолоскип. 2002. 1126 с.

124. Нерсесянц В.С. Философия права Гегеля. М.: Юристъ. 1998. 352 с.

125. Аристотель. Политика. Сочинения в 4 т. Т.4. Пер. с древнегреч. общая ред. А.И. Доватура. М.: Мысль. 1984. 830 с.

126. Бєкон Ф. Сочинения в 2-х томах. Общ. ред и А.Л. Субботина. Т.1. М.: Мысль. 1971. 588с.

127. Нерсесянц В.С. Право и закон. Из истории правовых учений. М.: Наука. 1983. 366 с.

128. Фулей Т. Загальнолюдські (загально цивілізаційні) принципи права: деякі теоретичні аспекти. *Право України*. 2003. № 7. С. 24-29.

129. Гузь О.Ю. Дискримінація як форма порушення прав людини. *Форум права.* 2012. № 2. С. 166–169 URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-2/12gojppl.pdf

130. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні: закон України від 30.05.2014 № 5207-VI. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17

131. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 № 995_004. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

132. Protection of Equal Rights across Sexual Orientation and Gender Identity: An Analysis of 193 National Constitutions. A. Raub, A. Cassola, I. Latz, J. Heymann. *Yale Journal of Law and Feminism*. Volume 28. Issue 1. 2017. URL:

https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ua/&httpsredir=1&article=1365&context=yjlf

133. Кодекс законів про працю від 10 грудня 1971 року № 322-VIII. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/322-08

134. Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності : Наказ Міністерство охорони здоров'я України від 03.02.2011 №60. (втратив чинність). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-11

135. Міжнародної класифікації хвороб №10. *Офіційний сайт Світової організації здоров'я.* URL: https://www.who.int/classifications/icd/icdonlineversions/en/

136. Міжнародної класифікації хвороб №11. *Офіційний сайт Світової організації здоров'я.* URL: https://www.who.int/classifications/icd/revision/en/

137. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14

138. Кожан В.В. Особисті права та свободи людини: загальнотеоретичне дослідження: дисер. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Національний університет «Львівська політехніка». Львів. 2016. 229 с.

139. Lipka M. Eastern and Western Europe divided over gay marriage, homosexuality. 2013. URL: http://www.pewresearch.org/fact-tank/2013/12/12/eastern-and-western-europe-divided-over-gay-marriage-homosexuality/

140. Kyiv hosts international LGBT forum including March of Equality on June 6. 2015. URL: https://en.interfax.com.ua/news/press-conference/269987.html

141. Большинство украинцев против однополых браков: опрос. BBC-News-Україна. 2013. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/ukraine_in_russian/2013/05/130517_ru_s_ukraine_homophobia

142. Nearly half of Ukrainians consider emigration. 2015. URL: https://web.archive.org/web/20150703004806/http://www.kyivpost.com/content/ukraine/nearly-half-of-young-ukrainians-consider-emigration-392521.html

143. Cross-cultural and socio-demographic correlates of homophobic attitude among university students in three European countries. G. Ciocca, C. Niolu, D. Dettore and others. *Journal of Endocrinological Investigation*. 2017. Vol. 40. P. 227-233. URL: https://link.springer.com/article/10.1007/s40618-016-0554-1

144. Rainbow Europe Annual Rewiew. 2016. *International Gay, Lesbian, Transgender and Intersex Association (ILGA).* URL: https://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/2016

145. Religious belief and National belonging in Central and Eastern Europe. 2017. URL: http://www.pewforum.org/2017/05/10/religious-belief-and-national-belonging-in-central-and-eastern-europe/

146. Global Attitudes Survey. 2017. *International Gay, Lesbian, Transgender and Intersex Association (ILGA)*. URL: http://ilga.org/what-we-do/ilga-riwi-global-attitudes-survey/

147. Батанов О.В. Права меншин в умовах глобалізації: проблеми становлення та реалізації. *Часопис Київського університету права*. 2013. №4. С. 7-12 URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Chkup_2013_4_3.pdf

148. Липчук О.І. Інституційні засади реалізації прав національних меншин в Україні. *Монографія.* Івано-Франківськ. 2009. 192 с. URL: http://194.44.152.155/elib/local/928.pdf

149. Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього: Конвенція Генеральної Асамблеї ООН від 9.12.1948 року № 995_155. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_155

150. Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation. *United Nations Human Rights Office of the High Commissioner.*

2010. 54 p. URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_en.pdf

151. Yardim M., Tecim E. Marginalized Minority Groups in Europe in the Context of the Clash of Civilisations: the Case of Muslims. *European Scientific Journal*. 2016. Vol.12. №11 URL: https://pdfs.semanticscholar.org/27c5/f0f25d288005f8dc4cabe241f44a83be0bed.pdf

152. Права меншин. Виклад фактів. Харківська правозахисна група. Харків: Фоліо. 2004. 20 с. URL: *http://library.khpg.org/files/docs/N18.pdf*

153. Семигіна Т.В., Грига І.М. та ін. Введення у соціальну роботу: навчальний посібник. К.: Фенікс. 2001. 288 с.

154. Rogers W., Meek Lange M. Rethinking the Vulnerability of Minority Populations in Research. Am J Public Health. 2013. Vol. 103(12). Published online. URL: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3828952/

155. Дотримання прав вразливих груп населення (наркозалежні та працівники комерційного сексу) у діяльності правоохоронних органів: [*аналіт. звіт за результатами дослідження*]. Авт. кол. Ю. Бєлоусов, З. Швець, В. Семенюк, В. Чупров, С. Швець. К.: Паливода. 2016. 96 с. URL: http://ecpl.com.ua/wp-content/uploads/2017/02/dotrymannja_prav_vrazlyvyh_grup.pdf

156. Eige's Online Cooperation and Consultation HUB. "vulnerable groups" definition. URL: http://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1429

157. Al Tamimi Y. The protection of vulnerable groups and individuals by the European Court of Human Rights. 2015. 80 p. URL: http://njb.nl/Uploads/2015/9/Thesis-The-protection-of-vulnerable-groups-and-individuals-by-the-European-Court-of-Human-Rights.pdf

158. Eige's Online Cooperation and Consultation HUB. "disadvantage groups" definition. URL: http://eige.europa.eu/rdc/thesaurus/terms/1083

159. Академічний тлумачний словник української мови. Електронна бібліотека «Українка». 2018. URL: http://sum.in.ua/

160. Гельнер Е. Нації та націоналізм: Перекл. з англ. К.: Таксон. 2003. 300 с.

161. Погребняк С.П. Закріплення основоположних принципів права в Конституції України. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. №4. С. 31-39 URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vapny_2009_4_4.pdf

162. Протокол №12 до Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод : Протокол, Міжнародний документ Ради Європи від 04.11.2000 № 12. *Офіційний вісник України.* 2006. №32. – ст. 2376.

163. Майданюк В. «Позитивна» дискримінація більшості. 2015. URL: http://vgolos.com.ua/articles/pozytyvna-dyskryminatsiya-bilshosti_198123.html

164. Слабан М.М. Правові позиції Європейського суду з прав людини щодо права на повагу до сімейного життя (загальнотеоретичний аспект): дисер. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Львівський національний університет імені Івана Франка. Львів. 2017. 259 с.

165. State Sponsored Homophobia report. *International Gay, Lesbian, Transgender, Intersex Association (ILGA).* 12th edition. 2017. URL: http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf

166. Серьогін В.О. Конституційне право особи на недоторканність приватного життя (прайвесі): проблеми теорії та практики: дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01, 12.00.02. Харк. нац. ун-т внутр. справ. Х. 2011. 437 с.

167. Сімейне право: *навчальний посібник* для студентів юрид. вузів та факультетів. За ред. О.В. Дзери. К.: Вентурі. 1997. 272 с.

168. Серьогін В.О. Право на недоторканість приватного життя у конституційно-правовій теорії та практиці: *монографія.* Харків: «ФІНН». 2010. 608 с.

169. Кириченко Ю. Конституційне закріплення права на невтручання в особисте і сімейне життя в Україні та європейських державах: порівняльно-

правовий аналіз. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2013. № 5. С. 34–40.

170. Прохоров А.М. Советский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия. 1988. 1600 с.

171. Даль В.И. Словарь живого великорусского языка: в 4 т. М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей. 1956. Т. 4. Р-Я. 628 с.

172. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Под ред. Н.Ю. Шведовой. 14-е изд. М.: Рус. яз. 1982. 763 с.

173. Стогова О.В. Особисте життя людини: проблема визначення поняття. *Правовий вісник Української академії банківської справи.* №1(10). 2014. С. 6-10. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pvuabs_2014_1_4.pdf

174. Беляева Н.Г. Право на неприкосновенность частной жизни и доступ к персональным данным. *Правоведение*. 2001. № 1. С. 101-114.

175. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України № 2-рп/2012 від 20.01.2012. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/card/v002p710-12

176. Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV // *Відомості Верховної Ради*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

177. Кримінальний кодекс України 05.04.2001 № 2341-III. Відомості *Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.

178. Котиева Л.И. Частная жизнь как юридическая категория. *Юридический мир*. 1997. № 9. С. 18–19.

179. Кочева О.Н. Уважение частной жизни в России: диагноз и прогноз. Проект «Будущее прав человека в России». Пермская гражданская палата. 2007. URL: http://www.pgpalata.ru/ reshr/privacy/art10.shtml

180. Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М.: Юридическая литература. 1989. 192 с.

181. Безлепкин Б.Т. Судебно-правовая защита прав и свобод граждан в отношениях с государственными органами и должностными лицами. М.: «ЮрИнфоР». 1997. 185 с.

182. Романовский Г.Б. Право на неприкосновенность частной жизни. М. : МЗ – Пресс. 2001. 382 с.

183. Рабінович П.М. Приватне і публічне у природному праві та у законодавстві. *Вісник Академії правових наук України*. 2004. № 3. С. 3–15.

184. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі Niemietz v. Germany від 16 грудня 1992 року № 13710/88. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57887%22]}

185. Ходус Е.В. Приватность как атрибутивная характеристика современного опыта субъектности: к постановке проблемы. *Грани.* 2013. № 8 (100). С. 156-161.

186. Горобець Н.О. Особисте життя: таємниця чи повага? *Юридичний науковий електронний журнал*. №3. 2016. С. 42-44. URL: http://lsej.org.ua/3_2016/12.pdf

187. Григорьев И.Б. Конституционные ограничения личного права на тайну корреспонденции, закрепленного во всеобщей декларации прав человека, как один из путей определения содержания данного права в отечественном законодательстве. *Права человека и роль правоохранительных органов в их обеспечении*: материалы Международной научно-практической конференции (9 октября 2008 г.). М.: ЮНИТИ-ДАНА. 2006. С. 221-226.

188. Абдрашитова В.З. Теоретико-правовые основы исполнения решений Европейского Суда по правам человека: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. М. 2008. URL: http://www.dissercat.com/content/teoretiko-pravovye-osnovy-ispolneniyareshenii-evropeiskogo-suda-po-pravam-cheloveka

189. Алексеев С.С. Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей. 2-е издание. М.: Норма. 2009. 176 с.

190. Алисиевич Е.С. Толкование норм Конвенции Совета Европы о защите прав человека и основных свобод как правомочие Европейского суда по правам человека: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Институт государства и права РАН. М. 2006. URL: http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1285141

191. Альбиков И.Р. Фактические брачно-семейные отношения мужчины и женщины: теория и практика правоприменения: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Ульяновский гос. ун-т. Ульяновск. 2014. 27 с.

192. Беляева Н.Г. Право на неприкосновенность частной жизни: соотношение международно-правовой и внутригосударственной регламентации: автореф. дис… канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Екатеринбург. 2000. URL: http://www.dissercat.com/content/pravona-neprikosnovennost-chastnoi-zhizni-sootnoshenie-mezhdunarodno-pravovoi-ivnutrigosud

193. Ємчук Л.В. Конституційно-правове регулювання особистого та сімейного життя людини і громадянина: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.02.02. Ужгородський національний університет. Ужгород. 2015. 225 с.

194. Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України. За ред. Ю.С. Червоного. К.: Істина. 2003. 464 с.

195. Воронина З.И. Семейное право: *учебное пособие*. 3-е изд., перераб. и доп. З.И. Воронина. Тюмень: Издание Тюменского государственного университета. 2009. 276 с.

196. Воронкова М.А. Правовое и религиозное регулирование семейной жизни: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.01. Юрид. ин-т Федер. службы исполнения наказаний. Владимир. 2007. URL: http://www.dissercat.com/content/pravovoe-i-religioznoe-regulirovanie-semeinoi-zhizni

197. Сивухін В.С. Конституційне право людини і громадянина на невтручання в їх особисте і сімейне життя та його забезпечення органами внутрішніх справ України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. К., 2007. – 16 с.

198. Инглхарт Р., Вельцель К. Модернизация, культурные изменения и демократия: Последовательность человеческого развития. М.: Новое издательство. 2011. 464 с.

199. Голод С.И. Семья и брак: историко-социологический анализ. Санкт-Петербург: ТОО ТК Петрополис. 1998. 272 с.

200. Альбиков И.Р. Фактические брачно-семейные отношения мужчины и женщины: теория и практика правоприменения: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.03. Ульяновский гос. ун-т. Ульяновск. 2014. 27 с.

201. Вечканова Н.В. Конституционное регулирование и судебная защита личных прав и свобод в странах СНГ: автореф. дис. … канд. юрид. наук: спец. 12.00.02. Российский государственный университет правосудия. Москва, 2014. 30 с.

202. Van der Sloot B. Between Fact and Fiction: an Analysis of the Case Law on Article 12 ECHR. *Child and Family Law*. 2014-4. URL: https://www.ivir.nl/publicaties/download/1561.pdf

203. Browning D. Meaning of Family in the Universal Declaration of Human Rights. *The Family in the New Millennium*. Vol. I. 2007. P. 39-44.

204. Robinson N. The Universal Declaration of Human Rights: its Origin, Significance, Application, and Interpretation. *World Jewish Congress. 1st edn.* 1958. 465p.

205. Рішення Європейського суду з прав людини від 24 червня 2010 року по справі № 30141/04 «Schalk and Kopf v. Austria». URL: https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/06/001-99605.pdf

206. Хартія основних прав Європейського Союзу: Хартія, Міжнародний документ від 07.12.2000 № 994_524. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_524

207. Рабінович С.П. Право на повагу до приватного життя у практиці Страсбурзького суду: інтерпретація з позицій герменевтики буття. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 206–212.

208. Рабінович С.П. Природно-правові підходи в юридичному регулюванні: *монографія.* Львів: ЛДУВС. 2010. 575 с.

209. Верланов С.О. Економічні і соціальні права людини: європейські стандарти та їх впровадження в юридичну практику України (загальнотеоретичне дослідження). Львів: Край. 2009. 196 с.

210. Рішення Європейського суду з прав людини від 22 жовтня 1981 року по справі № 7525/76 «Dungeon v The United Kingdom». URL: http://ceere.eu/wp-content/uploads/2016/03/CASE-OF-DUDGEON-v.-THE-UNITED-KINGDOM.pdf ст. 21 п.66

211. Рішення Європейського суду з прав людини від 27.03.2001 року по справі № 25186/94 «Sutherland v The United Kingdom». URL: http://www.refworld.org/pdfid/51e6b8ab4.pdf

212. Рішення Європейського суду з прав людини від 09.01.2003 року по справі № 39392/98, 39829/98 «L. And V. v Austria». URL: http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20L.%20and%20V.%20v.%20Austria%20_criminal%20conviction_.pdf

213. Рішення Європейського суду з прав людини від 25.07.2000 року по справі № 31417/96 «Lustig-Preak and Beckett v. The United Kingdom». URL: https://swarb.co.uk/lustig-prean-and-beckett-v-the-united-kingdom-article-41-echr-25-jul-2000/

214. Рішення Європейської комісії з прав людини від 15.12.1977 року по справі № 6699/74 «X v. Germany». URL: file:///C:/Users/victo/Downloads/X%20v.%20GERMANY.pdf

215. Рішення Європейського суду з прав людини від 17.10.19 року по справі № 9532/81 «Rees v. The United Kingdom». URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22dmdocnumber%22:[%22695441%22],%22itemid%22:[%22001-57564%22]}

216. Рішення Європейського суду з прав людини від 25.03.1992 року по справі № 13343/87 «B. v. France». URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57770%22]}

217. Рішення Європейського суду з прав людини від 30.07.1998 року по справі № 31–32/1997/815–816/1018–1019 «Sheffield and Horsham v. The United Kingdom». URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58212%22]}

218. Рішення Європейської комісії з прав людини від 19.05.1992 року по справі № 15666/89 «Kerkhoven and Hinke v. Netherlands». URL: http://echr.ketse.com/doc/15666.89-en-19920519/view/

219. Sexual orientation issues. *ECHR Press Unit.* URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Sexual_orientation_ENG.pdf

220. Рішення Європейського суду з прав людини від 22.04.1997 року по справі № 75/1995/581/667 «X, Y and Z v. The United Kingdom». URL: http://www.pfc.org.uk/caselaw/X,%20Y%20and%20Z%20v.the%20United%20Kingdom.pdf

221. Рішення Європейської комісії з прав людини від 15.05.1996 року по справі № 28318/95 «Roosli v. Germany». URL: http://echr.ketse.com/doc/28318.95-en-19960515/view/

222. Рішення Європейського суду з прав людини від 10.05.2001 року по справі № 56501/00 «Mata Estevez v. Spain». URL: https://swarb.co.uk/mata-estevez-v-spain-echr-10-may-2001/

223. Рішення Європейського суду з прав у людини від 11 липня 2002 року у справі № 28957/95 «Christine Goodwin v. The United Kingdom» URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-60596%22]}

224. Gender identity issues. *ECHR Press Unit.* URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_ENG.pdf

225. Рішення Європейського суду з прав людини від 09.01.2009 року по справі № 29002/06 «Schlumpf v. Switzerland». URL: https://genderidentitywatch.files.wordpress.com/2013/12/chamber-judgment-schlumpf-v-switzerland-08-01-09.pdf

226. Рішення Європейського суду з прав людини від 24.07.2003 року по справі «Karner v. Austria». URL: https://swarb.co.uk/karner-v-austria-echr-24-jul-2003/

227. Рішення Європейського суду з прав людини від 02.03.2010 року по справі № 13102/02 «Kozak v. Poland». URL: http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank//Microsoft%20Word%20-%20Kozak_v_Poland1.pdf

228. Рішення Європейського суду з прав людини від 2010 року по справі «P. B. and J. S. v. Austria». URL: http://www.menschenrechte.ac.at/orig/10_04/P.B._J.S..pdf

229. Рішення Європейського суду з прав людини від 26.02.2002 року по справі № 36515/97 «Fretté v. France». URL: http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/frette%20v%20france.pdf

230. Рішення Європейського суду з прав людини від 02.05.2016 року по справі № 40792/10 «Fedotova and Shipitko v.Russia». URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-163362%22]}

231. Рішення Європейського суду з прав людини від 14.12.2017 року по справі № 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12 «Orlandi and Others v. Italy». URL: https://www.olir.it/ricerca/getdocumentopdf.php?lang=ita&Form_object_id=6884

232. Рішення Європейського суду з прав людині від 30 липня 1998 року у справі № 31-32/1997/815-816/1018\1019. «Sheffield and Horsham v. The United Kingdom» URL: http://www.amicuscuriae.it/attach/superuser/docs/sheffield.pdf

233. Helfer L.R., Voeten E. International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe. 2014. 34 p. URL: ttps://www.cambridge.org/core/journals/international-organization/article/international-courts-as-agents-of-legal-change-evidence-from-lgbt-rights-in-europe/9200F9C1BD3559FCDA0D81B707DC73DE

234. Рішення Європейського суду з прав людини від 03.05.2007 року по справі № 1543/06 «Bączkowski and Others v. Poland». URL:

https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-2725&filename=002-2725.pdf&TID=ihgdqbxnfi

235. Рішення Європейського суду з прав людини від 09.10.2012 року по справі № 24626/09 «X. v. Turkey». URL: http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Case%20Summary%20X%20v%20Turkey.pdf

236. Рішення Європейського суду з прав людини від 24.08.2016 року по справі № 14793/08 «Y.Y. v. Turkey». URL: http://www.aimjf.org/storage/www.aimjf.org/Jurisprudence_CEDU/CASE_OF_Y.Y._v._TURKEY.pdf

237. Рішення Європейського суду з прав людини від 06.04.2017 року по справі № 79885/12, 52471/13, 52596/13 «A. P., Garson and Nicot v. France». URL: https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/A.P.,%20Gar%C3%A7on%20and%20Nicot%20v.%20Francia.pdf

238. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 17 липня 2015 року по справі 127/16253/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48165753

239. Рішення Деснянського районного суду м. Києва від 29 жовтня 2013 року по справі № 754/7791/13-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/45314771

240. Рішення Трускавецького міського суду Львівської області від 02 грудня 2016 року по справі № 457/1079/16-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63425138

241. Постанова Мостиського районного суду Львівської області від 15 квітня 2013 року по справі 448/584/13-п. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32342452

242. Постанова Мостиського районного суду Львівської області від 03 червня 2013 року по справі 448/580/13-п. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38252711

243. Постанова апеляційного суду Львівської області від 17 липня 2013 року по справі № 448/850/13-п. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32541826

244. Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 18 липня 2018 року по справі № 826/13714/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75381414

245. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 10 січня 2008 року по справі № 5/261. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1320473

246. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 23 квітня 2009 року по справі № 22-а-14610/08. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3690747

247. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 04 грудня 2014 року по справі № 826/10520/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41724743

248. Chechnya opens world's first concentration capm for homosexuals since Hitlet's in the 1930s. *United Humanists*. 2018. URL: https://unitedhumanists.com/2018/09/21/chechnya-opens-worlds-first-concentration-camp-for-homosexuals-since-hitlers-in-the-1930s/?fbclid=IwAR34cWPKf-HgdhkcrRxxqnA8QUU3AVPs-SwUJ19s5IMU4XmfyaMcUzUpmXc

249. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 14 січня 2015 року по справі № 826/18593/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42281150

250. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 07 жовтня 2015 року по справі № 826/8915/15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52142330

251. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 06 серпня 2015 року по справі № 826/8915/15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48139043

252. Постанова Чернігівського окружного адміністративного суду від 15 березня 2017 року по справі № 825/316/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65436653

253. Ухвала Київського апеляційного адміністративного суду від 17 травня 2017 року по справі № 825/316/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66548697

254. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 03 жовтня 2017 року по справі № 826/18132/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69312760

255. Постанова Харківського апеляційного адміністративного суду від 27 червня 2018 року по справі № 818/2188/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74991425

256. Рішення Чернігівського окружного адміністративного суду від 11 липня 2018 року по справі № № 825/2304/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75278992

257. Постанова Львівського окружного адміністративного суду від 19 березня 2016 року по справі № 813/913/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56552655

258. Постанова Одеського окружного адміністративного суду від 11 серпня 2016 року по справі № 815/3936/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59620618

259. Постанова Херсонського окружного адміністративного суду від 16 травня 2016 року по справі № 821/665/16. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57726559

260. Постанова Сумського окружного адміністративного суду від 02 червня 2017 року по справі № 818/745/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66900014

261. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 31 серпня 2015 року по справі № 826/7519/15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49419238

262. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 19 січня 2015 року по справі № 826/16044/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42383297

263. Рішення Європейського суду з прав людини від 30 листопада 2010 року у справі № 35159/09 «P.V. v. Spain» URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-3353755-3754421%22]}

264. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 30 червня 2015 року по справі № 826/16044/14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46189839

265. Рішення Європейського суду з прав людини від 5 травня 2017 року за заявою № 40296/16 про допуск справи до розгляду «P v. Ukraine». URL: http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-174001&filename=P.%20v.%20UKRAINE.pdf&logEvent=False

266. Постанова Печерського районного суду м. Києва від 24 вересня 2012 року у справі № 2-а-298/12. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26111522

267. Рішення Ялтинського міського суду Автономної Республіки Крим від 11 січня 2007 року по справі № null. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/1260295

268. Рішення Голосіївського суду м. Києва від 19 серпня 2015 року по справі № 752/8790/15-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49019900

269. Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 07 жовтня 2015 року по справі № 22-ц/796/12957/2015. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52401688

270. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 січня 2016 року по справі № 6-32748ск15. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55382253

271. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 29 травня 2013 року по справі № 826/4076/13-а. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31487897

272. Рішення Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу від 13 вересня 2018 року у справі № 214/4235/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76430079

273. Про звернення до Президента України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради України, Ради національної безпеки і оборони щодо захисту інституції сім`ї в Україні: рішення Івано-Франківської міської ради (17 сесфя) від 15.12.2017 № 394-17. URL: http://www.namvk.if.ua/dt/188112/.

274. Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні (16 листопада 2017 року – 15 лютого 2018 року). *Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини.* 2018. URL: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/ReportUkraineNov2017-Feb2018_UKR.pdf]

275. Ухвала Конституційного суду України про відмову в відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням Всеукраїнської благодійної організації «Точка опори» щодо офіційного тлумачення положення частини 2 статті 24 Конституції України №2-50/2014 від 23 квітня 2014 року. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/55-u/2014.pdf

276. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 05 жовтня 2015 року по справі № 752/1463/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52070109

277. Вирок Малиновського районного суду м. Одеси від 16 січня 2018 року по справі № 522/521/18916/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71821484

278. Вирок Комунарського районного суду м. Запоріжжя від 27 липня 2018 року по справі № 333/7688/17. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75535145

279. Ухвала Дарницького районного суду м. Києва від 26 травня 2016 року по справі № 753/6266/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57904947

280. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 14 травня 2012 року по справі № 11/2690/1015/2012. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24439215

281. Вирок Золотоніського міськрайонного суду Черкаської області від 25 листопада 2009 року у справі № 1-5/2009. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7579988

282. Вирок Решетилівського районного суду Полтавської області від 16 квітня 2013 року по справі № 1/546/11/13. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31259777

283. Ухвала Апеляційного суду Полтавської області від 08 серпня 2013 року по справі № 1626/1229/12. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35399533

284. Ухвала Колегії суддів судової палати в кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ від 11 квітня 2014 року по справі № 5-135км14. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38166230

285. Вирок Дніпровського районного суду м. Києва від 14 січня 2011 року по справі № 1-130/2011. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/15850039

286. Вирок Личаківського районного суду м. Львова від 13 травня 2015 року по справі № 463/827/14-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44114118

287. Вирок Корабельного районного суду м. Миколаєва від 14 червня 2016 року по справі № 488/5236/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58321564

288. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 27 березня 2015 року по справі №473/2527/13-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43349956

289. Вирок Тростянецького районного суду Сумської області від 25 лютого 2011 року по справі №1-40/11. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14081701

290. Вирок Жовтневого районного суду міста Запоріжжя від 1 жовтня 2013 року по справі №1-кп/331/492/13. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36103174

291. Ухвала Апеляційного суду Закарпатської області від 04 листопада 2014 року по справі №712/21515/12. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41195554

292. Ухвала Орджонікідзевського районного суду м. Харкова від 02 липня 2018 року по справі №644/4550/18. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75037828

293. Вирок Амур-Нижньодніпровського районного суду міста Дніпропетровська від 21 жовтня 2015 року по справі № 199/3106/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52628353

294. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 25 липня 2016 року по справі № 759/6076/15-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59402086

295. Вирок Київського районного суду м. Одеси від 20 травня 2015 року по справі № 520/11276/14-к. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44438213

296. Challenge Hate: Monitoring Anti-LGBT “Hate Speech” and Responses to it in Belarus, Kyrgyzstan, Moldova, Russia and Ukraine: Report. 2018. URL: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/LGBT-Hate-Speech-Report-Central-Asia_March2018.pdf

297. Обличчя ненависті. Злочини та інциденти на ґрунті гомофобії і трансфобії в Україні у 2014-2017 роках. Видання друге, виправлене та доповнене. *Правозахисний Центр «Наш світ».* К: Центр «Наш світ». 2018. 90 с. URL: http://gay.org.ua/publications/hate_crime_2018-u.pdf

298. Щорічна доповідь Уповноваженого ВРУ з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ. 2018. 661 с. URL: http://www.ombudsman.gov.ua/files/Dopovidi/Report-2018-1.pdf

299. Доповіді про стан дотримання прав людини в країнах світу за 2017 рік. *Державний Департамент США. Бюро з питань демократії, прав людини і трудових відносин.* 2017. URL: https://ua.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/151/HHR_2017_Ukr.pdf

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

В яких опубліковані основні наукові результати дисертації:

1. Гербут В.С. Поняття права на цілісність особистості. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* Випуск №16. Ужгород. 2011.

2. Гербут В.С. Правовідносини в сфері захисту персональних даних про стан здоров'я людини. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* Випуск № 18. Ужгород. 2012. С. 152-156.

3. Гербут В. Право на сексуальну орієнтацію в кримінальній судовій практиці України. *Visegrad journal on human rights.* 2016. № 6. Ч. 3.

4. Гербут В. Кількість як ознака приналежності до групи меншин в сучасному праві. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 6. Том 4.

5. Гербут В. Право на гендерну ідентичність в практиці Європейського суду з прав людини. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. № 1.

6. Гербут В.С. Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність в Європі та США періоду Середньовіччя та Ренесансу: історико-правовий екскурс. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* Випуск № 50. Ужгород. 2018.

Які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

7. Гербут В.С. Поняття національно-культурної автономії в Україні. *Актуальні питання законодавчого регулювання захисту прав національних меншин в Україні та шляхи їх реалізації в умовах полі етнічного регіону: аналіз, оцінки:* матеріали Міжнародного круглого столу (21 грудня 2011р.). Ужгород: Ліра. 2012. 328 с.

8. Гербут В.С. До питання захисту персональних даних в сфері охорони здоровя. *Державно-правовий механізм забезпечення прав і свобод людини: міжнародні стандарти публічного управління та український досвід:* матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (20-21 грудня 2012р.). Ужгород. 2012.

9. Гербут В.С. Нормативно-правове забезпечення прав осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією в Україні. *Закарпатські правові читання:* матеріали IX Міжнародної науково-практичної конференції. Том 2. Ужгород. 2017. С. 123-130.

10. Гербут В.С. Проблеми забезпечення права на гендерну ідентичність у світі. *Закарпатські правові читання:* матеріали X Міжнародної науково-практичної конференції (19-21 квітня 2018р.). Том 1. Ужгород. 2018. 432 с

11. Гербут В. С. Правове регулювання одностатевих стосунків в Європі: історико-правовий екскурс. Матеріали 72-ї підсумкової наукової конференції професорсько-викладацького складу юридичного факультету. (26 лютого 2018р.). Ужгород: Ужгородський національний університет. 2018. С. 24-28