

Принцип гендерної рівності: Україна та міжнародний досвід

The principle of gender equality: Ukraine and international experience

Ганна Журавльова

Ключові слова:

гендерна рівність, гідність людини, заборона дискримінації, права людини, принцип рівності, самоідентичність.

Key words:

gender equality, human dignity, non-discrimination, human rights, principle of equality, self-identity.

Вступ. Упровадження стандартів захисту прав людини та недопущення дискримінації в Україні потребує дослідження досвіду України та зарубіжних країн. У цій статті буде зачеплена проблема забезпечення гендерної рівності в широкому розумінні. Адже гендерна рівність зачіпає не лише рівність між чоловіком і жінкою, а також рівність у правах лесбіянок, геїв, бісексуалів і транссексуалів (далі – ЛГБТ). Оскільки протягом тривалого часу ця проблема взагалі замовчувалася або навіть частково криміналізувалася (у формі кримінальної відповідальності за мужолозтво в радянські часи), а зараз якщо й регулюється, то регламентується неналежним чином – на рівні відомчих актів (наприклад, порядок зміни (корекції) статі), то вона є предметом гарячих наукових дискусій.

Метою цієї статті є визначення основних тенденцій у впровадженні засад гендерної рівності в Україні на основі порівняльного аналізу законодавства, міжнародно-правових актів, судової практики та аналітичних матеріалів правозахисних організацій. В основі дослідження лежить робоча гіпотеза про те, що засадничою цінністю в правовій системі є людська гідність, яка зумовлює самовизначення та вільний розвиток особистості в демократичному суспільстві.

Основна частина. Як зазначив Верховний суд США у справі «Обергефел та інші проти Ходжеса»¹, яка стосувалася питання про конституційність одностатевих шлюбів, ці питання слід вирішувати виходячи з чотирьох основоположних принципів права:

- 1) право на особистий вибір щодо шлюбу – це базовий елемент концепції індивідуальної автономії. Природа шлюбу полягає в тому, що через його міцні узи двоє людей отримують можливість виявити інші свободи, такі як самореалізація, близькість і духовність. І це працює для всіх незалежно від сексуальної орієнтації;
- 2) право одружуватися має фундаментальне значення, оскільки воно є передумовою до створення союзу з двох людей, найважливішого для них з усіх можливих союзів, у яких вони беруть участь. Шлюб дає надію на те, що тебе не залишать одного, він дає розуміння і впевненість, що, поки обоє живуть, у кожного завжди буде хтось, хто про нього подбає;
- 3) підставою для охорони права на укладення шлюбу є те, що він забезпечує правову основу дітям і сім'ям і, таким чином, черпає своє значення від пов'язаних із ним прав на народження, усиновлення та виховання дітей;
- 4) шлюб є наріжним каменем соціального порядку. Саме тому, так само як і подружжя клянуться підтримувати один одного, суспільство клядеться підтримувати пару, надаючи символічне визнання та матеріальні переваги щодо захисту і підтримки такого союзу. Хоча штати в цілому вільні у визначенні того, які конкретно переваги вони надають одруженим парам, вони, однак, завжди вважали шлюб підставою для надання ряду публічних прав, переваг і обов'язків.

¹ Obergeffel et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al. № 14-556, 14-562, 14-571, 14-574 / Supreme Court of United States [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

Правовий захист представників ЛГБТ-спільноти розпочинається з елементарних гарантій у ході кримінального процесу під час розслідування кримінальних проваджень, пов'язаних із ворожим ставленням до них з боку третіх осіб через певні життєві стереотипи, розподіл гендерних ролей у суспільстві чи стигматизацію такої поведінки тощо. Наприклад, Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ) під час розгляду справи «Сабаліч проти Хорватії» констатував, що уряд неналежним чином провів розслідування обставин нападу в барі на заявника, представника гомосексуальної меншини, який, власне, і був атакований із зазначених мотивів, чим було порушено право на заборону нелюдського та принижуючого гідність людини поводження, право на національний ефективний засіб правового захисту, а також заборону дискримінації у взаємозв'язку із правом на приватне життя та заборону нелюдського поводження².

Значних утискань зазнають представники ЛГБТ-спільноти, реалізуючи своє право на мирні зібрання. Часто органи місцевого самоврядування відмовляють у видачі дозволу на проведення акцій, гей-прайдів, парадів, зібрань, обґрунтовуючи це тим, що це рішення направлене на дотримання правопорядку та недопущення конфліктів на ґрунті моральних і релігійних почуттів мешканців міста, таким чином ставлячи почуття громадян України – мешканців міста вище, ніж почуття громадян України нетрадиційної сексуальної орієнтації та трансгендерів. Разом із тим держава, мотивуючи свою відмову можливим суспільним невдоволенням, не забезпечує виконання свого позитивного обов'язку – гарантувати безпеку мітингуючих задля профілактики виникнення конфліктів і насилля.

Проблеми в необґрунтованому різному ставленні до представників ЛГБТ проявляється в ході проведення прайд-парадів, які передбачають публічне вираження своєї гендерної приналежності, тобто своєрідний камінг-аут. Вони призначені для вираження свободи й толерантності до представників ЛГБТ-спільноти. Однак проведення прайд-парадів у Києві в 2015 році супроводжувалося зіткненнями та нанесенням тілесних ушкоджень деяким його учасникам. Це змусило владу посилити охорону під час проведення Маршу рівності в Києві, який відбувся 12 червня 2016 року, довести кількість представників правоохоронних органів майже до шести тисяч. Під час цього заходу було складено (згідно зі звітами Національної поліції) 10 протоколів про адміністративні правопорушення та затримано і доправлено до відділків поліції 57 чоловік за порушення громадського порядку³.

Іншою проблемою є визнання прав представників ЛГБТ-спільноти, які вони набувають під час спільного проживання. Як правило, це майнові права чи права, пов'язані з їхньою ідентичністю, що проявляється в ідентифікації їх у документах або ідентифікації їхніх дітей. Зараз ситуація така: згідно зі статтею 51 Конституції України⁴ шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. За статтею 64 Конституції України це аж ніяк не обмежує можливість встановлення інших форм спільного проживання та союзів між людьми, які б таким чином склали сім'ю. Тоді до них за аналогією можна застосувати юридичну формулу речення другого ч. 1 ст. 51 Конституції, яка визнає рівність у правах та обов'язках у сім'ї. Однак такі речі потребують законодавчого регулювання, оскільки тут виникає ціла низка питань, пов'язаних із офіційним оформленням статусу осіб в альтернативних сімейних союзах і комплексом прав і обов'язків, що впливають із їхнього змісту.

З цього приводу у справі «Савіні проти України» ЄСПЛ висловився так: «Стрес і відчуження, яке породжує невідповідність між роллю, прийнятої в суспільстві особою-транссексуалом, і умовою, встановленим правом, яке відмовляється закріпити сексуальні перетворення, не повинні розглядатися, на думку Суду, як дрібна перешкода, що впливає з формальності. Ми маємо конфліктну справу між соціальною реальністю та правом, яке поміщає транссексуала в аморальне становище, надаючи йому почуття уразливості, приниження і неспокою (Christine Goodwin, 7; I. c. Royaume-Uni, 57)»⁵. Тобто питання самоідентичності є критично важливим для людської особистості, оскільки, власне кажучи, виражає її гідність як людини.

Окремої уваги заслуговує питання зміни статті трансгендерами, що також виражає їхню самоідентичність і що пов'язано із життєвими ціннісними установками та орієнтирами щодо власної гендерної ролі в

² Pavla Sabalic v. Croatia, Application № 50231/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icj.org/submission-in-the-case-of-sabalic-v-croatia/>.

³ Марш рівності в Києві. Нацполіція підбила підсумки акції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tsn.ua/ukrayina/marsh-rivnosti-u-kiyevi-nacpoliciya-pidbila-pidsumki-provedennya-akcii-671288.html>.

⁴ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁵ Saviny v. Ukraine, Application № 39948/06, Judgment of 18 December 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.khpg.org/en/pda/index.php?id=1246097077>.

житті конкретних осіб. Слід відзначити, що в панівній доктрині сімейного права донедавна панували думки про неприродність такого стану речей, про те, що зміна статі взагалі є даниною моди тощо. Зокрема, спроби шляхом зміни статі узаконити шлюби в такий спосіб доводить до абсурду ідеї прав людини, що не відповідає моральним засадам суспільства, а тому приклад країн Західної Європи у цьому сенсі навряд чи може бути запозичений на український ґрунт, а одностатеві шлюби сьогодні є своєрідною даниною моді⁶. Водночас згідно з практикою ЄСПЛ особи, що змінили стать, мають право не лише на зміну статті, а також на певний цивільний статус. Зокрема, у справі «Л. проти Литви» було встановлено відсутність належного законодавчого регулювання порядку зміни статі, що залишає таку особу «у ситуації болісної невизначеності щодо її особистого життя та визнання її справжньої ідентичності», а тому держава має забезпечити справедливий баланс між суспільними інтересами та правами заявника⁷.

Сьогодні в Україні ці питання врегульовані на рівні наказу № 60 Міністерства охорони здоров'я⁸, що суперечить сутності змісту основного права та засадам правової визначеності, оскільки ці речі мають бути врегульовані на основі закону, а не відомчого правового акту. Що привертає увагу в наказі МОЗ № 60 від 03.02.2011 р., так те, що операція щодо зміни статі можлива, зокрема, за умови «відсутності гомосексуалізму, трансвестизму або сексуальних розладів як провідного мотиву для зміни (корекції) статевої належності», що є взагалі оксюмороном. Також привертає увагу відсутність правового регулювання процедури ухвалення рішення про зміну (корекцію) статі, що лише сприяє свавільному застосуванню цього положення та потенційному порушенню права особи на самовизначення всупереч засадам правової визначеності. Тому питання зміни (корекції) статі треба врегулювати на рівні закону, у якому слід передбачити підстави для такого медичного втручання, визначення складу комісії, до якої мають входити кваліфіковані лікарі відповідного профілю та юрист, порядок розгляду питання про зміну (корекцію) статі та ухвалення рішення, порядок його оскарження та відповідальності осіб, які здійснюють ці дії.

Розглядаючи одну справу, пов'язану з відмовою у зміні статі, Окружний адміністративний суд міста Києва констатував, що «встановлення державою протипоказань для зміни (корекції) статевої належності, таких як наявність дітей віком до 18 років, грубі порушення соціальної адаптації (відсутність роботи, постійного місця проживання) тощо, передбачених в п. 3 додатку № 1 «Медико-біологічні і соціально-психологічні показання для зміни (корекції) статевої належності» до наказу № 60, не відповідає ч. 2 ст. 8 Конвенції про захист прав і основних свобод та ст. 32 Конституції України, оскільки ніхто не може зазнавати втручання в його особисте та сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України»⁹. Однак пізніше ця постанова була скасована постановою Київського апеляційного адміністративного суду України від 30 червня 2015 року¹⁰.

Основною специфічною проблемою, яка викликає ряд незручностей і порушує права трансгендерів, є те, що неможливо забезпечити офіційне визнання зміни статі (і відповідної зміни імені в офіційних документах) без складних і дорогих хірургічних процедур. Хоча відповідне законодавство – Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» – не містить жодних вимог щодо застосування хірургії, перш ніж буде видане медичне свідоцтво про зміну статі, така вимога була встановлена наказом Міністерства охорони здоров'я. У результаті трансгендерна людина, яка не має бажання або коштів на проведення хірургічної операції або якій проведення такої операції протипоказане за станом здоров'я, змушена жити за документами, що не відповідають її психологічній статі, зовнішності та поведінці¹¹. Навіть трансгендер, який зважився на операцію, мусить роками чекати нових документів, адже процедура зміни/корекції статі дуже складна та довготривала.

Крім того, особа, яка бажає жити за притаманною їй гендерною ідентичністю, окрім величезної кількості підтверджувальних заяв, має пройти психологічні тести та отримати довідку у психіатра, що супроводжується зібраннями комісії лікарів-психіатрів. При цьому всі медичні витрати особа несе самостійно.

⁶ Ромовська З.В. Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / З.В. Ромовська. – К.: ВД «Ін Юре», 2003. – С. 65.

⁷ L. v. Lithuania, Application № 27527/03, Judgment 11 September 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1181023&Site=COE&direct=true>.

⁸ Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої приналежності: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 3 лютого 2011 року № 60 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0239-11>.

⁹ Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 19 січня 2015 року у справі № 826/16044/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42383297>.

¹⁰ Постанова Київського апеляційного адміністративного суду України від 30 червня 2015 року у справі № 826/16044/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46189839>.

¹¹ На межі: вирішення проблем дискримінації та нерівності в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.gay.org.ua/publications/antidi_report2015-u.pdf.

Разом зі специфічними проблемами трансгендери зазнають утисків і дискримінації за аналогічних у випадку з ЛГБТ обставин: сфера зайнятості, освіти, культури, сімейного та приватного життя, приниження честі та гідності.

Згідно з Конституцією України шлюб трактується як добровільний союз чоловіка та жінки (стаття 51). У свою чергу, відповідно до ч. 1 ст. 21 Сімецного кодексу (далі – СК)¹² шлюб трактується як «сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану». Отже, оскільки чинним законодавством чітко визначено, що шлюб є сімейним союзом саме жінки та чоловіка, тому одностатевий шлюб в Україні не має жодних правових наслідків. Проте в статті 26 СК, яка вказує на осіб, які не можуть перебувати у шлюбі між собою, не зазначено осіб однієї статі. Тобто формально закон не дозволяє (ст. 21 СК) і не забороняє (ст. 26 СК) одностатеві шлюби. У будь-якому разі одностатевий шлюб не може бути зареєстрований в органі державної реєстрації актів цивільного стану. Разом із тим законодавством не передбачено будь-яких інших форм союзів для одностатевих пар, що говорить про подальшу правову незахищеність такого союзу. Як наслідок такої правової невизначеності, одностатеве подружжя може прожити на спільні кошти, купуючи майно, протягом досить тривалого часу у повному взаєморозумінні та згоді. Однак у разі смерті одного з них, на ім'я якого оформлене це майно, інший може сподіватися на спадщину, тільки якщо на його користь був залишений заповіт. При цьому жоден з одностатєвого подружжя також не може розраховувати на утримання, розподіл обов'язків подружжя, набуття майна в спільну сумісну власність, зміну прізвища.

Слід написати про позицію Верховного суду США, висловлену в справі «Обергеффел проти Ходжеса»¹³: «Відсутність дозволу одностатєвим парам укласти шлюб, таким чином, суперечить основній передумові права на укладення шлюбу. Без формального визнання, стабільності та передбачуваності, які забезпечує інститут шлюбу, їхні діти будуть відчувати на собі стигму дитини з неправильною сім'єю. Вони також будуть страждати від більш високих витрат виховання в сім'ї неодружених батьків, від того, що їх прирекли на більш складну та невизначену сімейну ситуацію без їхньої вини». Зараз у європейських країнах юриспруденція лише проявляє тенденцію до цієї позиції, адже право на одностатєві шлюби ще не визнається однозначно.

У своєму рішенні в справі «Карнер проти Австрії» ЄСПЛ зазначив, що держава має забезпечувати захист прав традиційного подружжя, при цьому не порушуючи права гомосексуальних пар. Справа стосувалася тлумачення норми національного законодавства (секції 14 Закону про оренду житла), відповідно до якої родич або «супутник життя» основного наймача автоматично успадковує права за договором оренди у випадку смерті останнього. Заявник та його партнер проживали разом в орендованій квартирі; партнер заявника був основним наймачем помешкання і через якийсь час помер. Національні суди розуміли це положення так, що воно не розповсюджується на гомосексуальні пари, хоча розповсюджується на гетеросексуальні пари, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі. Уряд погоджувався, що це створює дискримінацію на підставі сексуальної орієнтації, однак наполягав на тому, що така дискримінація виправдана і покликана захистити осіб, що проживають у традиційних сім'ях, від втрати свого майна. ЄСПЛ зазначив, що хоча захист традиційної сім'ї може вважатися законною метою, «межі свободи розсуду <...> є вузькими <...> коли відмінність у поводженні залежить від статі чи сексуальної орієнтації особи». Далі ЄСПЛ вказав на те, що «принцип пропорційності не просто вимагає, щоб обраний захід загалом давав змогу досягти поставленої мети». Потрібно також продемонструвати, що для досягнення цієї мети необхідно виключити певні категорії людей – у цьому разі це особи, що перебувають в одностатєвих стосунках, – з осіб, на яких розповсюджуються положення розділу 14 Закону про оренду житла. На цих підставах ЄСПЛ вирішив, що ця норма є дискримінаційною, оскільки держава могла запровадити заходи для захисту традиційної сім'ї, не створюючи при цьому подібних перешкод для гомосексуальних пар¹⁴.

У справі «Шальк і Копф» проти Австрії ЄСПЛ зазначив: «Коли держава в межах своєї внутрішньої правової системи визначає режим деяких сімейних стосунків, то повинна продумано діяти так, щоб зацікавлені особи могли вести нормальне сімейне життя». Проте, хоч норми СК України містять поняття «фактичні шлюбні відносини», тобто спільне проживання однією сім'єю, ведення спільного господарства та виконання обов'язків подружжя без реєстрації у органі державної реєстрації актів цивільного стану, а ЄСПЛ ви-

¹² Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року № 2947-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.

¹³ Obergeffel et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al. № 14-556, 14-562, 14-571 and 14-574 / Supreme Court of United States [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

¹⁴ Karner v. Austria, Application № 40016/98, Judgment of 23 July 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://swarb.co.uk/karner-v-austria-echr-24-jul-2003/>.

знає стосунки в одностатевих парах «сімейними»¹⁵, за українським законодавством навіть ця форма партнерства не розповсюджується на представників однієї статі. Фактичний шлюб не тягне за собою правових наслідків законного шлюбу, проте утворює додатковий механізм захисту прав пар, що не перебувають у зареєстрованому шлюбі.

21 липня 2015 року ЄСПЛ у справі «Оліярі та інші проти Італії»¹⁶ ухвалив резонансне рішення, яким зобов'язав законодавчо створити форму союзу, відмінну від шлюбу, але таку, яка узаконює союз одностатевих пар, адже «право на союз має бути у всіх пар, включаючи одностатевих». Тому це рішення може створити підґрунтя для перегляду права ЛГБТ на шлюб / фактичні відносини / партнерство, визнане державою проживання. Зокрема, ЄСПЛ у цьому рішенні зазначив, що на момент його ухвалення в одинадцяти державах – членах Ради Європи було визнано шлюб між гомосексуальними парами, у вісімнадцяти – визнані певні форми цивільного партнерства (союзів) між ними; таким чином, 24 держави – члени Ради Європи визнають як цивільні шлюби, так і партнерства між одностатевими парами.

У своєму запереченні до цього звернення уряд Італії зазначив, що одностатеві пари вимушені звертатися до укладення угод про співжиття (*contratti di convivenza*). Такі угоди згідно зі звітом Національної ради нотаріату Італії дозволили одностатевим парам регулювати аспекти, пов'язані з:

- а) часто використовуваними загальними витратами;
- б) критеріями розподілу власності активів, придбаних у процесі спільного проживання;
- в) способами використання спільного проживання (незалежно від того, що належить одному або обом партнерам);
- г) порядком розподілу активів у разі припинення спільного проживання;
- ґ) положеннями, що стосуються прав у разі фізичного або психічного захворювання або втрати працездатності;
- д) актами заповідального розпорядження на користь співмешканця.

З цього звіту видно, яких утисків у порівнянні з гетеросексуальними парами зазнають під час спільного проживання особи однієї й тієї ж статі, що вимушені відшукувати та застосовувати вишукані юридичні форми визначення взаємних партнерських прав і обов'язків.

Виходячи з природи права на повагу до особистого життя Суд наголосив, що розсуд держави щодо втручання у його здійснення є обмеженим у світлі важливості аспекту людського існування як індивіда та його ідентичності, який має задовольняти критерії балансування між особистими та суспільними інтересами (п. 162). Виходячи із цього Суд констатував, що на момент вирішення справи Італія не може виконати позитивне зобов'язання забезпечити повагу до приватного та сімейного життя заявників, зокрема шляхом встановлення правової основи для визнання їхніх стосунків і їхнього захисту відповідно до національного законодавства (п. 164, 185).

Далі Суд дослідив питання щодо ставлення італійців до форм одностатевих союзів, серед яких цивільне партнерство підтримувалося 61,4%, а ідею шлюбу – 20,4% італійців. Відсутність законодавчого регулювання хоча б на рівні цивільного партнерства (замість різного роду цивільних правочинів, наведених вже у звіті Національної ради нотаріату, які можна розглядати лише як паліатив) лише «продовжує маргіналізувати і таврувати меншину на користь більшості, поглиблюючи дискримінаційну тенденцію», що є непропорційним обмеженням гарантованого конвенційного права на приватне життя (п. 190). Водночас Суд наголосив, що у світлі статті 12 Конвенції це зовсім не зобов'язує національні держави визнавати одностатеві союзи шлюбами, хоча спостерігається тенденція до їх визнання у ширшого числа держав – членів Ради Європи (п. 192).

Досить гостро постає питання стосовно усиновлення або спільного виховання дітей представниками ЛГБТ-спільноти. За даними соціальних опитувань, жителі України здебільшого виступають проти усиновлення дітей одностатевими парами чи самотніми особами, представниками ЛГБТ-спільноти, пов'язуючи усиновлення за таких обставин з наслідком у вигляді виникнення в дітей гомосексуальної орієнтації чи зміни гендерної ідентичності.

¹⁵ Schalk and Kopf v. Austria, Application № 30141/04, Judgment of 24 June 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.1cor.com/1315/?form_1155.replyids=1291.

¹⁶ Oliari and Others v. Italy, Applications № 18766/11 and 36030/11, Judgment of 21 October 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265&sa=X&ved=0CDDUQ9QEwD2oVChMlwiCr1bn2xgIV75yCh186Qh-#{\"ite-mid\":\[\"001-156265\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265&sa=X&ved=0CDDUQ9QEwD2oVChMlwiCr1bn2xgIV75yCh186Qh-#{\).

У звіті «Американського об'єднання за громадянські свободи» (American Civil Liberties Union) говориться, що велика кількість опублікованих соціологічних досліджень встановила ймовірність «порівняльної нормальності» дітей, які виростили в одностатевому оточенні. У ході порівняння таких дітей з дітьми різностатевих батьків не виявлено відмінностей «у ступені популярності, соціальної адаптованості, гендерної поведінкової ролі, гендерної ідентичності, кмітливості, самоприйняття, в емоційних проблемах, інтересі до шлюбу та виховання, у самоконтролі, моральному розвитку, незалежності, функціях, об'єктивних відносинах або самооцінці». У 2007 році соціологами Амстердамського університету було проведено дослідження 100 гетеросексуальних і 100 лесбійських пар, у яких діти 4–8 років виховувалися з самого народження. Кількість хлопчиків і дівчаток у досліджуваних групах була приблизно однаковою. У результаті дослідження виявилось, що виявити різницю між рівнем благополуччя дітей в цих сім'ях не вдається. Отримані дані узгоджуються з проведеними раніше американськими дослідженнями. Таким чином, не виявлено зв'язку між типом сім'ї та виникненням у дітей згодом гомосексуальної орієнтації чи зміни гендерної ідентичності.

Щодо законодавчого врегулювання питання усиновлення, то відповідно до положень СК дозволяється усиновлення дитини однією особою. При цьому державні органи не можуть відмовити в задоволенні клопотання про всиновлення дитини, посилаючись на сексуальну орієнтацію чи гендерну ідентичність особи-усиновлювача. Так, ЄСПЛ рішенням у справі «Е.Б. проти Франції» постановив, що гомосексуальність не може бути підставою для відмови в усиновленні дитини. Справа стосувалася того, що заявниці відмовили у задоволенні клопотання про всиновлення дитини на тій підставі, що в побуті заявниці відсутня рольова модель чоловічої поведінки. Відповідно до положень національного законодавства батьки-одинаки мають право на всиновлення дитини, тому ЄСПЛ дійшов висновку, що рішення державних органів пояснюється насамперед тим, що заявниця перебуває в стосунках з іншою жінкою. Також Суд зазначив: якщо сексуальна орієнтація є спірним питанням, то вона потребує особливо переконливих і вагомих причин для виправдання різниці в ставленні. Суд звернув увагу, що французьке законодавство (як і українське) передбачало можливість усиновлення дітей неодруженими особами, таким чином відкриваючи можливість усиновлення для неодружених гомосексуалістів. На цій підставі ЄСПЛ вирішив, що це рішення є дискримінаційним за ознакою сексуальної орієнтації¹⁷.

Така ж позиція висловлена у рішенні ЄСПЛ у справі «Фретте проти Франції», у якій Суд встановив, що французькі органи влади відмовили заявникові в наданні попереднього дозволу на усиновлення дитини, стверджуючи, що, враховуючи його очевидні особисті якості та здатність до виховання дітей, його спосіб життя, заявник не може забезпечити належних гарантій — з освітнього, психологічного та сімейного погляду — щодо усиновлення дитини, таким чином, посилаючись при цьому, хоча й не прямо, лише на його сексуальну орієнтацію. Отже, Суд дійшов висновку, що допущено дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації заявника¹⁸.

Згідно з пунктами 1 та 8 ст. 212 СК прямо заборонено всиновлення дітей особами, які страждають від хвороб, зазначених у списку, що затверджується Міністерством охорони здоров'я. Наказ Міністерства охорони здоров'я (№ 479 від 20 серпня 2008 р.) включає транссексуалізм у список захворювань, таким чином встановлюючи дискримінацію за ознакою гендерної ідентичності для кандидата в усиновлювачі¹⁹. Розгляд транссексуальності як хвороби є сумнівним.

Стосовно усиновлення дитини одностатевими парами ситуація складніша, адже в чинному законодавстві міститься пряма заборона на усиновлення дітей гомосексуальними парами. Згідно з ч. 3 ст. 211 СК України усиновлювачами не можуть бути особи однієї статі. Разом із тим 15 лютого 2011 року Верховна Рада України ратифікувала Європейську конвенцію про усиновлення дітей. При цьому деякі положення документа містять інформацію про усиновлення дітей одностатевими парами. Так, відповідно до ст. 7 Конвенції Держави можуть поширювати її дію на одностатеві пари, які одружені або перебувають у зареєстрованому партнерстві. Вони також можуть поширювати дію Конвенції на різностатеві й одностатеві пари, які

¹⁷ E.B. v. France, Application № 43546/02, Judgment of 14 Mart 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://swarb.co.uk/eb-v-france-echr-14-mar-2007/>.

¹⁸ Fretté v. France, Application № 36515/97, Judgment of 26 February 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://opil.ouplaw.com/oxlaw/entryview/viewoxlawoxchap>.

¹⁹ Про затвердження Переліку захворювань, за наявності яких особа не може бути усиновлювачем : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 20 серпня 2008 року № 479 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1022-08>.

разом проживають у постійних стосунках²⁰. Це положення вступає в конфлікт із чинним законодавством України. Проте відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» встановлює: якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору²¹. Таким чином, в одностатевих пар, які зареєстрували свій шлюб поза територією України, виникає можливість оспорювати відмову в задоволенні клопотання про всиновлення та наполягати на визнанні законних шлюбних відносин.

Зовсім не врегульовано питання виховання дитини одностатевими батьками. Особа може народити дитину самостійно чи скористатися методом екстракорпорального запліднення та виховувати дитину разом із партнером/партнеркою. Проте на законодавчому рівні правовий зв'язок буде існувати лише між біологічною матір'ю (батьком) дитини та дитиною. А так звані «соціальна мати» та «соціальний батько» не матимуть жодних прав чи обов'язків щодо таких дітей. Ні за яких обставин соціальна мати чи соціальний батько не може бути зареєстрований відповідно матір'ю чи батьком дитини в документах. Навіть у разі смерті біологічної матері (батька) така особа не зможе надалі самостійно піклуватися про дитину.

У цій проблематиці знаковою є рішення ЄСПЛ у справі «X, Y, Z проти Сполученого королівства». Згідно з обставинами справи, перший заявник, X, як транссексуал (за природою – жінка) проживав у тривалому постійному зв'язку з жінкою Y, яка в 1992 році народила Z, який був зачатий шляхом штучного запліднення донорською спермою за згодою лікарського комітету з питань етики. Однак виявилось, що тільки біологічний батько може бути зареєстрованим як батько дитини. Органи реєстрації відмовили X у проханні бути записаним батьком Z. У своєму рішенні Суд зазначив, що держава «мала підстави бути обережною в оновленні права, оскільки не виключалося, що такі зміни могли мати небажані або непередбачувані наслідки для дітей, які перебувають у такому ж становищі, як Z». Крім того, право могло стати відкритим для його критики як нестабільного, якщо б транссексуалу, який за природою є жінкою, була надана можливість стати «батьком» згідно з правом і при цьому бути трактованим в інших юридичних діях як жінка, мати можливість укласти шлюб з чоловіком. Суд визнав, що стаття 8 Конвенції не містить обов'язку для держави-відповідача офіційно визнати батьком дитини особу, яка не є біологічним батьком. Той факт, що право Сполученого Королівства не дозволяє визнання сімейних стосунків між X і Z, не складає порушення статті 8 Конвенції²².

Однак проблема не лише існує в аспекті права гомосексуалістів «стати батьками» та ідентифікації їхнього батьківства, але також торкається можливості реалізовувати батьківські права щодо власної, генетично спорідненої дитини представнику ЛГБТ-спільноти. Так, рішенням ЄСПЛ у справі «Сальгуйейро да Сільва проти Португалії» суд визнав порушення статті 8 разом зі статтею 14 Конвенції. Відповідно до обставин справи дружина заявника всупереч домовленості між ними під час розлучення не дозволяла йому зустрічатися з їхньою дочкою. Заявник звернувся до Лісабонського шлюбно-сімейного суду, який надав йому право опіки над дитиною. До 1995 року дочка проживала разом із заявником, коли, за його словами, колишня дружина викрала її. У результаті апеляційного провадження у справі щодо визначення опікуна дитини опіка була передана матері, однак заявнику гарантувалося право на систематичні зустрічі з дочкою. Серед аргументів на користь зміни опікуна дитини Лісабонський апеляційний суд послався на гомосексуальну орієнтацію заявника, його проживання з іншим чоловіком та безпосередній інтерес дитини. На думку Суду, аргументи, наведені внутрішнім судом, свідчать про те, що сексуальна орієнтація заявника під час прийняття рішення про позбавлення його опікунських прав мала вирішальне значення, що є дискримінаційним та неприйнятним з точки зору Конвенції²³.

Висновки. Сьогодні представники ЛГБТ в Україні відчують серйозну та систематичну дискримінацію, яка є наслідком негативних суспільних настроїв та слабкої правової бази. Хоча Україна була першою пострадянською державою, яка декриміналізувала одностатеві сексуальні стосунки ще в 1991 році,

²⁰ Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 року (ратифікована Україною 15 лютого 2011 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a17.

²¹ Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 року № 1906-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.

²² X, Y and Z v. United Kingdom, Application № 21830/93, Judgment of 22 April 1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/njsol/v3/n1/xyz-v-uk.brief>.

²³ Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Application № 33290/96, Judgment of 21 December 1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.internationalhumanrightsexicon.org/hrdoc/docs/echrmouta.htm>.

суспільна нетерпимість із того часу поступово зростала. Українським законодавством належним чином не врегульовано або чинні правові норми містять ряд дискримінаційних ознак стосовно права на шлюб чи визнання у певній формі одностатевого партнерства, укладеного в іншій країні; усиновлення та прав «соціальних» матері чи батька, прав біологічних матері чи батька, якщо вони є представниками ЛГБТ-спільноти; права спадкування, захисту права на мирні зібрання, права захисту честі та гідності; питання зайнятості, освіти, свободи слова, питання порядку зміни документів особи-трансгендера, яка не вдавалася до хірургічної зміни статі. Існують також значні проблеми з правоохоронними органами, соціумом від образ, домагань, шантажу і до нездатності захистити від дискримінаційного насильства.

У такому соціально-правовому контексті багато ЛГБТ вирішують не розкривати свою сексуальну орієнтацію або гендерну ідентичність, тому що, як показує практика, ті, хто не приховує особливості свого приватного життя, наштовхуються на дискримінацію у сферах зайнятості, освіти та охорони здоров'я. Особливо це стосується «камінг-аутів» звичайних осіб, а не представників сфери шоу-бізнесу, моди чи кіно. Тому на виконання загальних принципів права та забезпечення реалізації прав, гарантованих кожному громадянину України Конституцією України та законами, законодавець має модернізувати антидискримінаційне законодавство в розрізі питання про дискримінацію за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентифікації окремо від категорії дискримінації за ознакою статі, враховуючи наявні недоліки чинного законодавства та європейський досвід.

Звісно, ці проблеми долаються належними студіями проблем запобігання та боротьби з дискримінацією, відповідною підготовкою адвокатів і суддів, запровадженням реальної та ефективної антидискримінаційної експертизи проектів правових актів, дослідженням передових світових практики боротьби з дискримінацією та запобігання їй.

Тому ці питання ще потребують своєї ґрунтовної перевірки у світлі практики Європейського суду з прав людини та загальних тенденцій розвитку українського суспільства. За будь-яких умов права представників ЛГБТ стосуються їхньої самоідентичності, яка виражає їхній внутрішній світ, динаміку їхнього розвитку як особистості в умовах змінюваного суспільства. Така самоідентифікація може бути також рефлексією як на внутрішній світ цього індивіда, так і на змінювані умови життя суспільства, коло його життєвих інтересів і соціальних зв'язків. Тому інтерпретація чи заперечення прав ЛГБТ, їх штучна стигматизація, зокрема через певні законодавчі обмеження чи дискримінаційні практики, порушують також і цілісність особистості, що складає основу права на приватне життя особи.

Анотація

У статті розкривається еволюція поглядів на принцип гендерної рівності в українській юриспруденції на основі компаративного аналізу міжнародно-правових актів, зарубіжної й української правової науки та судової практики. Людська гідність розглядається як основа ідентичності особи, якій має бути гарантовано вільний розвиток у суспільстві та свободу вибору щодо своєї соціальної ролі.

Summary

The article reveals the evolution of the principle of gender equality in Ukrainian law on the basis of comparative analysis of international legal acts, foreign and Ukrainian legal scholar research and jurisprudence. Human dignity is considered as the basis of the identity of the person who has should be guaranteed the free development in the society and the freedom of choice regarding their social role.

Використана література:

1. Obergeffele et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health et al. № 14-556, 14-562, 14-571, 14-574 / Supreme Court of United States [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.
2. Pavla Sabalic v. Croatia, Application № 50231/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.icj.org/submission-in-the-case-of-sabalic-v-croatia/>.
3. Марш рівності в Києві. Нацполіція підбила підсумки акції [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://tsn.ua/ukrayina/marsh-rivnosti-u-kiyevi-naspoliciya-pidbila-pidsumki-provedennya-akcii-671288.html>.
4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
5. Savinyu. Ukraine, Application № 39948/06, Judgment of 18 December 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.khpg.org/en/pda/index.php?id=1246097077>.
6. Ромовська З.В. Сімейний Кодекс України: науково-практичний коментар / З.В. Ромовська. – К. : ВД «ІнЮре», 2003. – 528 с.
7. L. v. Lithuania, Application № 27527/03, Judgment 11 September 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=1181023&Site=COE&direct=true>.
8. Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої приналежності : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 3 лютого 2011 року № 60 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0239-11>.
9. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 19 січня 2015 року у справі № 826/16044/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42383297>.
10. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду України від 30 червня 2015 року у справі № 826/16044/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/46189839>.
11. На межі: вирішення проблем дискримінації та нерівності в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gay.org.ua/publications/antidi_report2015-u.pdf.
12. Сімейний Кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року № 2947-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
13. Karner v. Austria, Application № 40016/98, Judgment of 23 July 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://swarb.co.uk/karner-v-austria-echr-24-jul-2003/>.
14. Schalkand Kopf v. Austria, Application № 30141/04, Judgment of 24 June 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.1cor.com/1315/?form_1155.replyids=1291.
15. Oliari and Others v. Italy, Applications № 18766/11 and 36030/11, Judgment of 21 October 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265&sa=X&ved=0CDUQ9QEwD2oVChMlwICr1bn2xgIVi75yCh186Qh-#{\"itemid\":\[\"001-156265\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156265&sa=X&ved=0CDUQ9QEwD2oVChMlwICr1bn2xgIVi75yCh186Qh-#{\).
16. E.B. v. France, Application № 43546/02, Judgment of 14 March 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://swarb.co.uk/eb-v-france-echr-14-mar-2007/>.
17. Fretté v. France, Application № 36515/97, Judgment of 26 February 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://opil.ouplaw.com/oxlaw/entryview/viewoxlawoxchap>.
18. Про затвердження Переліку захворювань, за наявності яких особа не може бути усиновлювачем : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 20 серпня 2008 року № 479 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1022-08>.
19. Європейська конвенція про усиновлення дітей (переглянута) від 27 листопада 2008 року (ратифікована Україною 15 лютого 2011 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_a17.
20. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 червня 2004 року № 1906-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.
21. X, Y and Z v. United Kingdom, Application № 21830/93, Judgment of 22 April 1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/njsol/v3/n1/xyz-v-uk.brief>.
22. Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, Application № 33290/96, Judgment of 21 December 1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.internationalhumanrightsllexicon.org/hrdoc/docs/echrmouta.htm>.

Журавльова Ганна,

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри конституційного права
Запорізького національного університету