

DOI: <https://doi.org/10.32839/2304-5809/2019-11-75-7>

УДК 342.7

Кенева О.О.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА СЕКСУАЛЬНУ ОРІЄНТАЦІЮ

Анотація. В статті розглянуто рівень забезпеченості конституційного права на сексуальну орієнтацію. Встановлено особливості відповідальності за одностатеві відносини в країнах близького Сходу. Проаналізовано судову практику України щодо реалізації громадянами права на сексуальну орієнтацію. Акцентовано увагу на положення щодо заборони дискримінації, що передбачає гарантування прав всіх категорій осіб, в тому числі і сексуальних меншин. Визначено основні завдання нашої країни щодо гарантування конституційного права громадян на сексуальну орієнтацію з акцентом на необхідності дотримання оптимального балансу в процесі реалізації цієї гарантії. Автор приходить до висновку, що в Україні станом на сьогодні право на вільний вибір сексуальної орієнтації не заборонене, але в той же час і не передбачене Основним законом нашої держави.

Ключові слова: цивільне партнерство одностатевих пар, сексуальна орієнтація, заборона дискримінації, сексуальні меншини, ЛГБТ.

Keneva Oleksandra

Yaroslav Mudryi National Law University

CONSTITUTIONAL RIGHT TO SEXUAL ORIENTATION

Summary. This article is about exploring the rights of persons belonging to the LGBT community. The article deals with the level of security of the constitutional right to sexual orientation. Features of responsibility for same-sex relations in the countries of the Middle East are established, which cannot but characterize these countries as legal, because discrimination is important in these countries. Also, the article analyzes current issues related to the restriction of human rights and freedoms on the basis of sexual orientation. Ukraine's jurisprudence on the exercise by citizens of the right to sexual orientation is analyzed. Attention is drawn to the anti-discrimination provisions, which guarantee the rights of all categories of persons, including sexual minorities. And also attention is drawn to the fact that lack of sexual orientation is in the list of features by which according to Part 2 of Art. 24 of the Constitution of Ukraine prohibits discrimination, creates a situation of legal uncertainty regarding the protected by the current legislation. In turn, fixing at the legislative level the direct prohibition of discrimination on the basis of sexual orientation is an important guarantee of the realization of fundamental rights and freedoms of the individual and the citizen. The main tasks of our country for guaranteeing the constitutional right of citizens to sexual orientation have been determined with the emphasis on the need to maintain the optimal balance in the process of implementation of this guarantee. The article states that respect for human rights and freedoms, equality are the highest criteria for the development of human civilization. It is important to emphasize that LGBT representatives do not demand that they be granted individual new rights, but are only trying to ensure that their rights are not violated. The author concludes that, as of today, the right to free choice of sexual orientation in Ukraine is not forbidden, but at the same time it is not foreseen by the Basic Law of our state.

Keywords: civil partnership of same-sex couples, sexual orientation, non-discrimination, sexual minorities, LGBT people.

Постановка проблеми. Уклавши Угоду про асоціацію з Європейським Союзом Україна взяла на себе зобов'язання привести своє законодавство у відповідність до вимог права ЄС. Тому, перед Україною постала чергова проблема – внести зміни до Конституції, законів та підзаконних нормативно-правових актів з метою закріплення права громадян на вільний вибір сексуальної орієнтації. Та чи готові Українці до цього кроку? Це питання залишається на сьогодні відкритим.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вивченням даної проблематики в певній мірі займалися такі дослідники як: Ботанов О.В., Булеца С.Б., Герц А.А. Пилипенко Ю.О., Ревуцька І.Є., Товпенко Я.К., Ходаківський М.Д. та ін.

Виокремлення невирішених раніше частин загальної проблеми. Незважаючи на активне обговорення в засобах масової інформації проблем щодо реалізації права на сексуальну орієнтацію в Україні, дане питання є мало дослідженим серед науковців. Зокрема, сьогодні

залишається недослідженим реальний стан забезпеченості конституційного права осіб на сексуальну орієнтацію, та судової практика України щодо реалізації громадянами даного права.

Метою даної статті є дослідження конституційного права громадян на сексуальну орієнтацію, а також аналіз судової практики щодо реалізації громадянами права на сексуальну орієнтацію.

Виклад основного матеріалу. На сьогоднішній день в Україні склалася така ситуація, коли одні особи занепокоєні відсутністю законодавчого визначення права на сексуальну орієнтацію, інші ж навпаки побоюються, що таке закріплення призведе до непоправних наслідків, зокрема таких, як повне руйнування традиційного інституту сім'ї.

У Конституції України відсутнє поняття «Сексуальна орієнтація». Науковці пропонують розуміти сексуальну орієнтацію у широкому сенсі як одну з природних властивостей людської особистості, яка полягає у спрямованості психоемоційної сфери людини, її еротичного (чуттєвого) потягу

та сексуальних потреб на представників виключно або майже виключно протилежного гендеру (гетеросексуальність), виключно або майже виключно свого гендеру (гомосексуальність) або на представників обох гендерів (бісексуальність) [1, с. 79].

В даній статті я не буду зупинятися на детальному аналізі сутності поняття «сексуальна орієнтація», та характеристики його видів. Дуже змістовно, як на мене, про це описано в посібнику Герц А.А. «Права людини, сексуальна орієнтація та гендерна рівність» [1]. Тому пропоную проаналізувати основні положення Конституції України щодо окресленого питання. Так, стаття 1 Основного закону нашої держави проголошує, що Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава [4]. А стаття 3 Конституції України визначає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [4]. Це означає, що в нашій державі закріплений та діє принцип свободи, рівності, та верховенства закону. Держава повинна забезпечити особі юридичну рівність та, в необхідних випадках, правовий захист.

У відповідності до ст. 24 Конституції, громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. 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 [4].

Частина 1 статті 51 передбачає, що шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка. Кожен із подружжя має рівні права і обов'язки у шлюбі та сім'ї [4]. Тобто, одностатеві шлюби не передбачені Основним законом нашої держави, а тому є забороненими.

Крім вищезазначених конституційних норм в Україні діє Закон України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» [10], який визначає організаційно-правові засади запобігання та протидії дискримінації з метою забезпечення рівних можливостей щодо реалізації прав і свобод людини та громадянина. Стаття 2 даного Закону визначає, що законодавство України ґрунтується на принципі недискримінації, що передбачає незалежно від певних ознак: забезпечення рівності прав і свобод осіб та/або груп осіб, забезпечення рівності перед законом осіб та/або груп осіб, повагу до гідності кожної людини, забезпечення рівних можливостей осіб та/або груп осіб [10].

З аналізу вищезазначених положень вбачається, що право на вільний вибір сексуальної орієнтації в Україні не заборонене, але в той же час і не передбачене Основним Законом нашої держави. Дуже важливим є положення щодо заборони дискримінації, що в принципі передбачає гарантування прав всіх категорій осіб, в тому числі і сексуальних меншин. Однак, в ЗМІ можна почути, що представників ЛГБТ обурює таких стан речей, оскільки вони нібито проживають

в демократичній та правовій державі, а реалізувати свої права не можуть. Тобто, фактично вони є незахищеними нашою державою. Це зумовило необхідність розроблення законопроекту «Про цивільне партнерство», однак на сьогоднішній день такий проект закону на офіційному веб-сайті Верховної Ради України не зареєстровано. Водночас прийняття такого закону дозволить так званім цивільним партнерам, в тому числі і особам однієї статі, офіційно реєструвати свої відносини, володіти майном на умовах спільної сумісної власності, успадковувати майно за законом, користуватися житлом на законних підставах, отримувати аліменти, усиновлювати або брати під опіку (підклування) дітей та багато чого іншого. До слова, аналіз судової практики свідчить, що в Україні відсутні позови щодо визнання права на цивільне партнерство одностатевих пар або ж визнання права на спадкування майна одного партнера іншим.

Варто зазначити, що в 2015 році Кабінет Міністрів України прийняв розпорядження «Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року» (далі – План) [11]. Пункт 3 підпункту 105 зазначеного плану одним із заходів визначає забезпечення покарання за злочини, скоєні з мотивів нетерпимості зокрема за такими ознаками, як раса, колір шкіри, сексуальна орієнтація, транссексуальність. З цього приводу цікавим є рішення Шостого апеляційного адміністративного суду 29 листопада 2018 року [8], яким залишено без задоволення апеляційну скаргу Громадської організації «Правозахисний ЛГБТ Центр «Наш світ» на рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 27 червня 2018 року у справі за адміністративним позовом Громадської організації «Правозахисний ЛГБТ Центр «Наш світ» про визнання протиправною бездіяльності та зобов'язання вчинити дії. Суть справи полягала в наступному: зазначена громадська організація звернулася до Окружного адміністративного суду міста Києва з позовом до Національної поліції України, Міністерства внутрішніх справ України, в якому просила визнати протиправною бездіяльність відповідача в частині невжиття заходів щодо виконання підпункту 3 пункту 105 Плану та зобов'язати його при виконанні підпункту 3 пункту 105 Плану в явній формі указати захищені ознаки сексуальної орієнтації і транссексуальності у законопроекті щодо забезпечення покарання за злочини, скоєні з мотивів нетерпимості, який має бути розроблений і поданий на розгляд Кабінету Міністрів України. Рішенням Окружного адміністративного суду міста Києва у задоволенні позову відмовлено. Відмовляючи в задоволенні апеляційної скарги громадської організації апеляційний суд, серед іншого, зазначив, що у зв'язку з проблематичністю та неоднозначністю підходів до переліку питань, визначених у підпункті 3 пункту 105 Плану, в останньому відсутній чіткий алгоритм дій, зокрема, з боку відповідачів. Водночас, матеріалами справи підтверджується вжиття Національною поліцією України заходів з метою виконання підпункту 3 пункту 105 даного Плану.

У судовій практиці наявні ще декілька цікавих рішень. Так, рішення Київського окружного

адміністративного суду від 25 липня 2019 року [13] було відмовлено в задоволенні адміністративного позову громадської організації «Правозахисне бюро «Ми – е!» до Київської обласної ради про визнання протиправними дій та скасування рішення. Громадська організація просила визнати протиправними дії щодо підтримки депутатського звернення до Президента України, Кабінету Міністрів України і міністрів, Верховної Ради України і народних депутатів України, Ради національної безпеки і оборони України щодо захисту інституції сім'ї в Україні як такі, що є пособництвом у дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та утиском. Відмовляючи в задоволенні даного позову суд, серед іншого, зазначив, що рішення «Про підтримку депутатського звернення депутатів Київської обласної ради VII скликання» приймалося Київською обласною адміністрацією з дотриманням порядку, визначеного Законом України «Про місцеве самоврядування» та Регламентом Київської обласної ради, а тому підстав для визнання протиправним та скасування такого рішення суд не вбачає.

А постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 20 березня 2019 року [9] було задоволено апеляційну скаргу Чернівецької обласної ради, скасовано ухвалу Окружного адміністративного суду м. Києва від 24 січня 2019 року, а справу направлено для продовження розгляду до Окружного адміністративного суду м. Києва. Суть справи полягала в тому, що громадська організація «Правозахисне бюро «Ми – е!» звернулося до суду з адміністративним позовом до Чернівецької обласної ради про визнання протиправними дій відповідача щодо звернення до Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України про захист інституції сім'ї в Україні, як такі, що є підбурюванням до дискримінації (прямої чи непрямої) за ознаками сексуальної орієнтації та утисками. Разом з позовною заявою позивачем було подано клопотання, в якому він просив суд звернутись до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини за приводу надання висновку у даній справі. Ухвалою даного суду було призначено експертизу, проведення якої доручено Уповноваженому Верховної Ради з прав людини. Однак, апелянт вважає, що Уповноважений Верховної Ради з прав людини не є експертом, тому у суду першої інстанції не було жодних правових підстав для призначення експертизи в даній справі з дорученням її проведення вказаному суб'єкту владних повноважень. Апеляційний суд погодився з доводами апелянта, тому задовольнив дану апеляційну скаргу. Тобто, як вбачається з проаналізованих рішень, громадська організація «Правозахисне бюро «Ми – е!» здійснює достатньо активну правозахисну діяльність, відстоюючи право її учасників на сексуальну орієнтацію.

До слова, в деяких країнах (як правило мусульманських) за нетрадиційну сексуальну орієнтацію карають смертною карою. Станом на 2019 рік відсутня достовірна інформація щодо дії смертної кари в цих країнах за дані злочини через широкий міжнародний осуд. Однак, ще в 2017 році смертна кара за вказані злочини активно застосовувалася в Афганістані,

Ірані, Мавританії, Нігерії, Саудівській Аравії та Судані. Крім того, за даними ЗМІ 3 квітня 2019 року у Брунеї набрав чинності закон, що базується на правилах шаріату та передбачає смертну кару, серед іншого і за гомосексуальні стосунки у вигляді побиття камінням до смерті [2]. Однак, пізніше повідомлялося, що султану Хассаналу Болкіаху довелося відмінити своє рішення та продовжити мораторій на смертну кару у зв'язку з вкрай негативною міжнародною реакцією на його дії [3].

З аналізу судової практики вбачається, що в Україні існує ряд рішень, в яких іноземці просять надати їм статус біженця або особи, що потребує додаткового захисту, обґрунтовуючи свої позовні вимоги, серед іншого тим, що у зв'язку з нетрадиційною сексуальною орієнтацією за етнічними традиціями арабської держави та релігії іслам, в їхній державі їм загрожує смертна кара. Так, рішенням Сумського окружного адміністративного суду від 20 лютого 2018 року [12] відмовлено в задоволенні адміністративного позову особи до Державної міграційної служби України про визнання протиправним та скасування рішення про відмову у визнанні біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, заяву про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту відмовити в зв'язку з необґрунтованістю. В обґрунтування позовних вимог позивач зазначив, що не може повернутися до країни походження через реальну загрозу життю та здоров'ю. За ісламськими традиціями за одностатеві стосунки застосовується покарання у вигляді смертної кари. Йорданське Хашимітське Королівство є арабською країною, ісламські традиції мають широке розповсюдження і загроза позивачу є реальною. Влада та правоохоронні органи в таких випадках не проявляють активності та не вживають заходів для захисту осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації. Відмовляючи в задоволенні позову суд наголосив, що Йорданське Хашимітське Королівство є світською державою. Наявною інформацією по країні походження позивача не підтверджується застосування покарань, передбачених релігійними текстами до осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації, тому надана позивачем інформація про переслідування країною походження осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації та застосування покарань аж до смертної кари є недостовірною. Крім того, суд зазначив, що повідомлені позивачем відомості про належність до осіб з нетрадиційною сексуальною орієнтацією є неправдоподібними, тому підстави для його скасування відсутні, а позов задоволенню не підлягає. Позивача не влаштувало дане рішення, тому він подав апеляційну скаргу на нього. Однак постановою Харківського апеляційного адміністративного суду від 27 червня 2018 р. [5] дану апеляційну скаргу залишено без задоволення, а рішення першої інстанції без змін. Аналогічне рішення було окружним адміністративним судом міста Києва від 06 серпня 2015 року [7] та п'ятим апеляційним адміністративним судом від 12 березня 2019 року.

Висновки. За результатом даного дослідження можна зазначити наступне. В Україні право на вільний вибір сексуальної орієнтації

не заборонене, але в той же час і не передбачене Основним Законом нашої держави. Важливим є положення щодо заборони дискримінації, що в принципі передбачає гарантування прав всіх категорій осіб, в тому числі і сексуальних меншин. Оскільки ми сьогодні стоїмо на шляху вступу до Європейського Союзу варто констатувати, що закріплення права на сексуальну орієнтацію на законодавчому рівні рано чи пізно все ж

таки відбудеться. Тому основним завданням нашої країни в майбутньому має бути винайдення оптимального балансу з тим, щоб не обмежувати право осіб на сексуальну орієнтацію, толерантно ставитися до їх вибору, не допускати проявів дискримінації за ознакою сексуально орієнтації, але одночасно і не пропагувати одностатеві відносини серед молоді для збереження в подальшому традиційних цінностей та інституту сім'ї.

Список літератури:

1. Герц А.А. Права людини, сексуальна орієнтація та гендерна рівність : навчальний посібник. Київ, 2018. 326 с.
2. Державна зрада, позашлюбний секс та богохульство. За які злочини засуджують до смертної кари у різних країнах світу. ТСН – 8 квітня. URL: <https://tsn.ua/svit/smertelna-in-yekciya-rozstril-ta-povishennya-de-ta-chomu-dosi-strachuyut-lyudey-1325481.html> (дата звернення: 29.10.2019).
3. В Брунее через місяць отменили смертну казнь за гомосексуалізм. ТСН – 7 мая. URL: <https://tsn.ua/ru/svit/v-brunee-chez-mesyac-otmenili-smertnyu-kazn-za-gomoseksualizm-1340868.html> (дата звернення: 29.10.2019).
4. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
5. Постанова Харківського апеляційного адміністративного суду від 27 червня 2018 р. Справа № 818/2188/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74991425> (дата звернення: 29.10.2019).
6. Постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 06 серпня 2015 року. Справа № 826/8915/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/48139043> (дата звернення: 29.10.2019).
7. Постанова П'ятого апеляційного адміністративного суду від 12 березня 2019 р. Справа № 815/1467/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80409616> (дата звернення: 29.10.2019).
8. Постанова Шостого апеляційного адміністративного суду від 29 листопада 2018 року. Справа № 826/16565/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78295126> (дата звернення: 29.10.2019).
9. Постанова Шостого апеляційного адміністративного суду від 20 березня 2019 року. Справа № 320/5975/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80579300> (дата звернення: 29.10.2019).
10. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України від 06.09.2012 № 5207-VI // *Відомості Верховної Ради*. 2013. № 32. Ст. 412.
11. Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України. від 23.11.2015 № 1393-р. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1393-2015-%D1%80> (дата звернення: 29.10.2019).
12. Рішення Сумського окружного адміністративного суду від 20 лютого 2018 р. Справа № 818/2188/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72773401> (дата звернення: 29.10.2019).
13. Рішення Київського окружного адміністративного суду від 25 липня 2019 року. Справа № 320/1696/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83700055> (дата звернення: 29.10.2019).

References:

1. Herc, A.A. (2018). Prava ljudyny, seksual'na orijentacija ta henderna rivnist': navchal'nyj posibnyk [Human rights, sexual orientation and gender equality: a textbook]. Kyiv, 326 p.
2. Derzhavna zrada, pozashljubnyj seks ta bohoxul'stvo. Za jaki zlochyny zasudzhujut' do smertnoji kary u riznyx krajinax svitu (The State of the Wicked, Posh-loving Sex is Boxox. For the strong crime of war to the death penalty in the rivers landscape). TSN – 8 kvitnya. URL: <https://tsn.ua/svit/smertelna-in-yekciya-rozstril-ta-povishennya-de-ta-chomu-dosi-strachuyut-lyudey-1325481.html> (accessed: 29.10.2019).
3. V Bruneye cherez mesyats otmenili smertnyu kazn' za gomoseksualizm. TSN – 7 maya. URL: <https://tsn.ua/ru/svit/v-brunee-chez-mesyac-otmenili-smertnyu-kazn-za-gomoseksualizm-1340868.html> (accessed: 29.10.2019).
4. Konstytucija Ukrainy (Constitution of Ukraine). *Vidomosti Verxovnoji Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141.
5. Postanova Xarkivs'koho apeljacijnoho administratyvnoho sudu (Resolution of the Kharkiv Administrative Court of Appeal) vid 27 chervnja 2018 r. Sprava № 818/2188/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74991425> (accessed: 29.10.2019).
6. Postanova Okruzhnoho administratyvnoho sudu mista Kyjeva (Resolution of the District Administrative Court of the city of Kiev) vid 06 serpnja 2015 roku. Sprava № 826/8915/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/48139043> (accessed: 29.10.2019).
7. Postanova Pjatoho apeljacijnoho administratyvnoho sudu (Resolution of the Fifth Administrative Court of Appeal) vid 12 bereznja 2019 r. Sprava № 815/1467/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80409616> (accessed: 29.10.2019).
8. Postanova Shostoho apeljacijnoho administratyvnoho sudu (Resolution of the Sixth Administrative Court of Appeal) vid 29 lystopada 2018 roku. Sprava № 826/16565/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78295126> (accessed: 29.10.2019).
9. Postanova Shostoho apeljacijnoho administratyvnoho sudu (Resolution of the Sixth Administrative Court of Appeal) vid 20 bereznja 2019 roku. Sprava № 320/5975/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80579300> (accessed: 29.10.2019).
10. Pro zasady zapobihannja ta protydiji dyskryminaciji v Ukraini (On the principles of preventing and combating discrimination in Ukraine). Zakon Ukrainy vid 06.09.2012 № 5207-VI. *Vidomosti Verxovnoji Rady Ukrainy*. 2013. № 32. St. 412.
11. Pro zatverdzhennja planu dij z realizaciji Nacional'noji stratehiji u sferi prav ljudyny na period do 2020 roku (On approval of the action plan for the implementation of the National Human Rights Strategy for the period up to 2020). Rozporjadzhennja Kabinetu Ministriv Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1393-2015-%D1%80> (accessed: 29.10.2019).
12. Rishennja Sums'koho okruzhnoho administratyvnoho sudu vid 20 ljutoho 2018 r. (Judgment of the Sumy District Administrative Court). Sprava № 818/2188/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72773401> (accessed: 29.10.2019).
13. Rishennja Kyjivs'koho okruzhnoho administratyvnoho sudu (Judgment of the Kyiv District Administrative Court) vid 25 lypnja 2019 roku. Sprava № 320/1696/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83700055> (accessed: 29.10.2019).