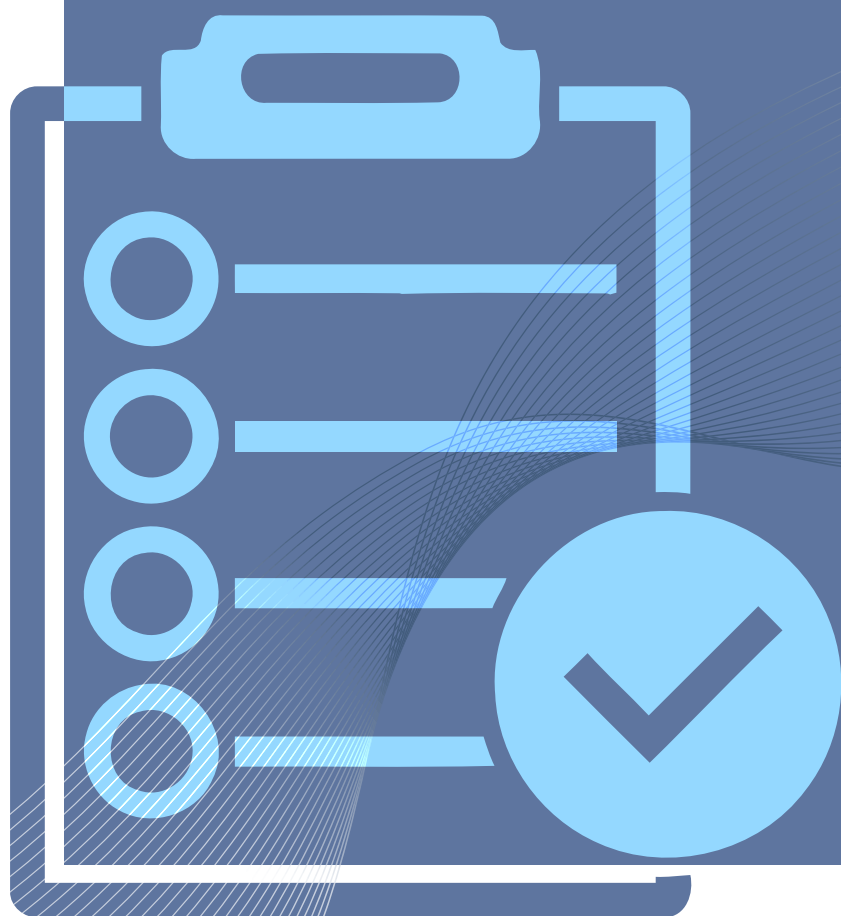


## Полісі бріф

# ЦІЛІ НА 2019-2020 РР. ЩОДО ЗАХИСТУ ОКРЕМИХ ПРАВ ПРЕДСТАВНИКІВ ЛГБТКІ-СПІЛЬНОТИ ТА ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ



КИЇВ 2019

## **ПІДГОТОВЛЕНО**

**Андрій Кравчук** – експерт правозахисного ЛГБТ центру «Наш світ»

**Оксана Гузь** – адвокатка, старша партнерка адвокатського об'єднання «Прове»

**Владислав Петров** – консультант проекту

**Оксана Покальчук** – рецензент

**Українська Гельсінська спілка з прав людини**



ЛГБТКІ-спільнота є однією з найбільш маргіналізованих соціальних груп в Україні, і правозахисна діяльність, спрямована на оборону прав ЛГБТКІ-осіб, є вкрай нагальною та потрібною роботою. У час, коли відбуваються системні зміни у державі та водночас посилюється гомофобний і трансфобний дискурси в Україні, важливо сфокусуватись на точних і конкретних цілях, які можливо досягти за найближчі два роки.

Цей текст є важливим документом, оскільки окреслює суттєві проблеми, з якими зіштовхуються ЛГБТКІ-люди у процесі захисту своїх прав. Він пропонує чіткі та досяжні цілі, що покликані змінити наявну ситуацію неможливості і надскладності для ЛГБТКІ-людей захистити свої права. Досягнення цілей, передбачених цим текстом, значуще вплине як на оборону прав ЛГБТКІ-спільноти, так і на ситуацію з правами людини в Україні в цілому.



**Оксана Покальчук,**  
виконавча директорка Amnesty International Ukraine

*Полісі бріф*

# ЦІЛІ НА 2019–2020 рр. ЩОДО ЗАХИСТУ ОКРЕМИХ ПРАВ ПРЕДСТАВНИКІВ ЛГБТКІ–СПІЛЬНОТИ ТА ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

## ЗМІСТ

РЕЗЮМЕ .....	4
I. ОПИС ПРОБЛЕМ ІЗ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛГБТКІ .....	5
II. ПЕРЕПОНИ З ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ ТА ПРОПОЗИЦІЇ З ЇХ ПОДОЛАННЯ .....	8
1. ПОДАННЯ ЗАЯВИ ПРО СКОЄННЯ ЗЛОЧИНУ ТА ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ДО ЄРДР .....	8
2. ДОСУДОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ .....	10
3. РОЗГЛЯД СПРАВ У СУДІ .....	15

## РЕЗЮМЕ

**ЗА ОЦІНКОЮ** Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, «В українському суспільстві і надалі зберігається високий рівень упередженого ставлення до представників ЛГБТІ-спільноти, що проявляється в непоодиноких випадках дискримінації, порушення права на особисту недоторканість, на повагу до людської гідності, свободу слова і мирних зібрань, а також у вчиненні злочинів на ґрунті нетерпимості за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності», що цілком збігається з думкою українських та міжнародних неурядових правозахисних організацій.

Хоча незалежні спостерігачі документують значно більше злочинів та інших правопорушень за мотивами гомофобії та трансфобії, ніж Національна поліція України, за даними обох сторін, мотиви нетерпимості за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності є одними з найбільш поширених для злочинів на ґрунті ненависті в Україні та найбільш поширеними серед усіх мотивів нетерпимості, не згадуваних у чинному українському законодавстві.

Відсутність сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності серед ознак, явним чином захищених від дискримінації та злочинів ненависті у кримінальному законодавстві України, дуже заважає ефективному розслідуванню та судовому розгляду злочинів із мотивів нетерпимості за цими ознаками. Не меншу проблему становить відсутність професійних навичок правоохоронних органів та суддівського корпусу, а також ефективних методичних рекомендацій для них у цій сфері.

Цей полісі бріф стисло описує наявні механізми юридичного захисту прав представників української ЛГБТКІ-спільноти та проблеми, які виникають при використанні цих механізмів. У ній виокремлено три етапи, на яких з'являються специфічні перепони з доступу до правосуддя для ЛГБТКІ-осіб в Україні: подання заяви про скоєння злочину та початок кримінального розслідування; досудове розслідування; розгляд справ у суді. Проблеми, що постають на кожному з цих етапів, ілюструються реальними прикладами. На основі зібраної та проаналізованої інформації надаються пропозиції з подолання виявлених проблем, а також формулюються основні цілі на 2019-2020 роки, що мають бути досягнені для поліпшення ситуації у цій сфері:

- ✓ **ЦІЛЬ № 1:** БЕЗПЕРЕШКОДНЕ ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ПРО СКОЄННЯ ЗЛОЧИНУ З УКАЗАННЯМ МОТИВІВ НЕТЕРПИМОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ СОГІ
- ✓ **ЦІЛЬ № 2:** ЕФЕКТИВНЕ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ ІЗ МОТИВІВ НЕТЕРПИМОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ СОГІ
- ✓ **ЦІЛЬ № 3:** ЕФЕКТИВНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД ЗЛОЧИНІВ ІЗ МОТИВІВ НЕТЕРПИМОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ СОГІ

# I. ОПИС ПРОБЛЕМ ІЗ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛГБТКІ

**ПОШИРЕНОЮ В УКРАЇНІ ФОРМОЮ** порушення прав ЛГБТКІ є **злочини та інциденти на ґрунті ненависті**. Згідно з визначенням, запропонованим ОБСЄ, злочини на ґрунті ненависті (або просто «злочини ненависті») – це злочинні діяння, викликані упередженим ставленням до певних груп людей. Злочини на ґрунті ненависті повинні містити склад злочину навіть без мотиву упередженого ставлення, тому їх слід відрізняти від **дискримінації та розпалювання ворожнечі та ненависті**, які не існують без мотивів упередженості. Інциденти на ґрунті ненависті (або просто «інциденти ненависті») – це дії, викликані упередженим ставленням до певних груп людей, що не складають кримінального злочину (наприклад, відповідні адміністративні правопорушення). Водночас, злочини на ґрунті ненависті можна розглядати як крайню форму дискримінації, а розпалювання ворожнечі та ненависті створює підґрунтя для скоєння власне злочинів та інцидентів ненависті, тому всі ці явища потрібно розглядати у комплексі.

Наявна офіційна статистика злочинів та інцидентів ненависті за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності (надалі скорочено – СОГІ) є дуже обмеженою і, вочевидь, не відображає реального стану справ у цій сфері. Тільки з 2016 року Головне слідче управління МВС України (надалі скорочено – ГСУ) почало збирати інформацію про випадки ймовірних злочинів ненависті за іншими мотивами, ніж ті три (расова, релігійна, національна/етнічна нетерпимість), згадані у Кримінальному кодексі України (надалі скорочено – ККУ). За даними Національного контактного пункту від України з питань злочинів, учинених на ґрунті ненависті, доступними на вебсайті ОБСЄ, у 2016 році в Україні Національною поліцією було зафіксовано 13 правопорушень із ймовірними мотивами нетерпимості за ознаками СОГІ, у 2017 році – 17 таких випадків. Водночас, за даними ОБСЄ, організації громадянського суспільства у 2016 році задокументували 67 випадків злочинів та інцидентів на ґрунті гомофобії/трансфобії, у 2017 році – 110.<sup>1</sup> Правозахисним ЛГБТ Центром «Наш світ» у 2016 році було задокументовано 70 випадків дій, які можна характеризувати як злочини на ґрунті гомофобії і трансфобії;<sup>2</sup> у 2017 році – 86 таких випадків,<sup>3</sup> у 2018 – 103.<sup>4</sup> Зокрема, у 2018 році були відзначені такі порушення прав ЛГБТКІ-осіб (включаючи інциденти на ґрунті ненависті; на один випадок могло припадати декілька різних порушень):

<b>ВИДИ ПОРУШЕНЬ</b>	<b>КІЛЬКІСТЬ ВИПАДКІВ</b>
<b>образи</b> , приниження людської гідності, погрози	<b>176</b>
<b>фізичне насильство</b> різного ступеня тяжкості	<b>93</b>
<b>незаконне збирання</b> , розголошення (або загроза розголошення) конфіденційної інформації	<b>38</b>
<b>здирство</b> та шантаж	<b>29</b>
<b>грабїж</b>	<b>16</b>
<b>напади</b> на ЛГБТ центри, акції або активістів/ок	<b>12</b>
<b>погрози</b> зброєю та її застосування	<b>11</b>
<b>ушкодження</b> майна	<b>7</b>
<b>перешкоджання</b> мирній акції	<b>7</b>
<b>розбій</b>	<b>6</b>
<b>насильство</b> сексуального характеру	<b>2</b>
<b>викрадення</b> людей	<b>2</b>
<b>тортури</b> або нелюдське поводження	<b>1</b>
<b>вбивство</b>	<b>1</b>

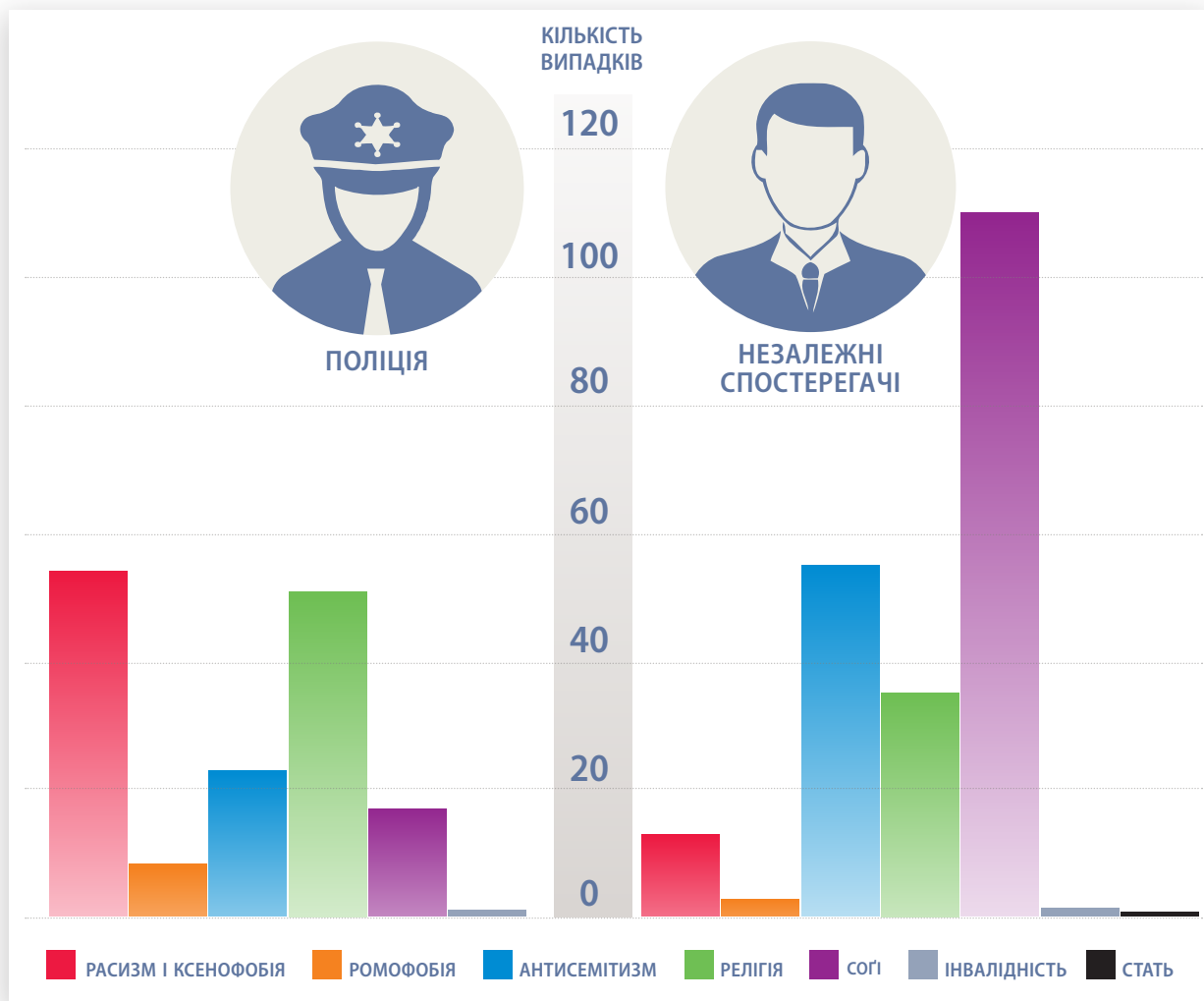
<sup>1</sup> <http://hatecrime.osce.org/ukraine>

<sup>2</sup> Центр «Наш світ», Новий початок. Становище ЛГБТІ в Україні у 2016 році, с. 35, [gay.org.ua](http://gay.org.ua).

<sup>3</sup> Центр «Наш світ», На піднесенні. Становище ЛГБТ в Україні у 2017 році, с. 32, [gay.org.ua](http://gay.org.ua).

<sup>4</sup> Центр «Наш світ», Долаючи перешкоди. Становище ЛГБТ в Україні у 2018 році, 2019, с. 38, [gay.org.ua](http://gay.org.ua).

За даними як незалежних спостерігачів, так і Національної поліції України, що були надані ОБСЄ, мотиви нетерпимості за ознаками СОГІ є одними з найбільш поширених для злочинів на ґрунті ненависті в Україні та найбільш поширеними серед всіх мотивів нетерпимості, які не згадані у чинному законодавстві (див. наступний рисунок).



**Кількість злочинів/інцидентів ненависті за різними ознаками, що були повідомлені ОБСЄ Національною поліцією України та незалежними спостерігачами у 2017 році.<sup>5</sup>**

У щорічній доповіді Уповноваженого ВРУ з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2018 рік повідомляється, що «із початку 2018 року Уповноваженим розглянуто 29 повідомлень про випадки дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, а також відкрито 28 ініціативних проваджень з цього питання». Також там відзначено, що «Результати здійснюваного Уповноваженим моніторингу стану забезпечення прав і свобод представників ЛГБТІ-спільноти свідчать, що ситуація у сфері запобігання та протидії дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності порівняно з минулими роками не зазнала суттєвих позитивних змін.

В українському суспільстві і надалі зберігається високий рівень упередженого ставлення до представників ЛГБТІ-спільноти, що проявляється в непоодиноких випадках дискримінації, порушеннях права на особисту недоторканість, на повагу до людської гідності, свободи слова і мирних зібрань, а також у вчиненні злочинів на ґрунті нетерпимості за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності. [...]

<sup>5</sup> Див. виноску 1.

Органи влади й надалі продовжують підтримувати рівність прав для представників ЛГБТІ-спільноти тільки на словах, не квапляться перейти до виконання власних зобов'язань, передбачених Планом [дій у сфері прав людини].

Зокрема, найбільш гострими питаннями є формування законодавства, яке належним чином врегулюватиме питання забезпечення та захисту прав ЛГБТІ-спільноти й зниження рівня гомофобії в українському суспільстві, що могло б зменшити кількість проявів дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності».<sup>6</sup>

Human Rights Watch у своєму огляді ситуації з правами людини в Україні, зокрема, відзначила: «2018-й рік в Україні характеризувався численними нападами на активістів і критиків влади. [...] Уряд не вживав достатньо активних дій для запобігання цим нападам і покарання винних, а також для приборкання зростаючого насильства щодо меншин, зокрема ромів і ЛГБТ [...] З боку угруповань, які проповідують насильство і дискримінацію стосовно меншин, зокрема ромів і ЛГБТ, мали місце десятки випадків нападів, погроз або залякування у кількох містах. У більшості таких випадків поліція не реагувала або не проводила ефективного розслідування».<sup>7</sup>

У доповіді Управління Верховного Комісару ООН з прав людини щодо ситуації з правами людини в Україні за період 16.08-15.11.2018 повідомляється: «Упродовж звітного періоду УВКПЛ задокументувало п'ять нападів на представників спільноти лесбіянок, геїв, бісексуалів, трансгендерних осіб, квірів та інтерсексуалів (ЛГБТКІ). У найбільш жорстокому інциденті, що трапився 6 вересня у світлий час доби на головній вулиці центру Києва, людина отримала удар ножем від групи нападників, які осипали її гомофобськими епітетами. Жертви таких нападів повідомили УВКПЛ, що поліція рідко (причому виключно на вимогу жертв або їхніх юристконсультів) кваліфікує такі напади, як злочини на ґрунті ненависті, приховуючи мотиви правопорушників і потреби у захисті осіб, які наражаються на небезпеку. [...] УВКПЛ продовжило документувати випадки зриву мирних зібрань крайніми правими групами. 11 і 12 жовтня два заходи ЛГБТКІ-спільноти, що мали відбутися один за одним у Харкові, були зірвані членами крайніх правих груп, які здійснювали фізичні напади на учасників заходів і залякували їх. Учасники першого заходу зазнали травм, які не становлять загрози для життя, і подали скарги до поліції».<sup>8</sup>

Таким чином, можна констатувати, що злочини та інциденти ненависті є дуже значимими та серйозними проблемами для ЛГБТКІ в Україні. Ці злочини та інциденти порушують різні права ЛГБТКІ-осіб та стосуються різних сфер їхнього життя. **Останніми роками різко зросла кількість випадків, коли такі правопорушення полягають у нападах на ЛГБТ-активістів чи заходи або блокуванні проведення таких заходів з боку ультраправих угруповань, що порушує права ЛГБТКІ на мирні зібрання та свободу вираження поглядів.**

Водночас, скарги на дискримінацію у руслі закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» зустрічаються досить рідко. Наскільки нам відомо, досі українські суди не ухвалювали рішень у справах про дискримінацію проти ЛГБТКІ-осіб.

Вочевидь, відсутність будь-якої правової форми визнання одностатевих сімейних пар сама по собі складає та породжує дискримінацію одностатевих сімейних партнерів, однак наразі вирішення цього питання наштовхується на несприйняття українського суспільства<sup>9</sup> та політиків, і не може бути здійснене у короткостроковій перспективі. Більш реалістичним здається вирішення проблем, пов'язаних з протидією дискримінації, розпалюванням ворожнечі та ненависті й злочинами на ґрунті ненависті за ознаками СОГІ.

<sup>6</sup> Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні, 2018 рік, 2019, с. 109-110, [ombudsman.gov.ua](http://ombudsman.gov.ua).

<sup>7</sup> Human Rights Watch, Україна: З наближенням виборів ситуація з правами людини погіршується, 17.01.2019, [hrw.org](http://hrw.org).

<sup>8</sup> Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні 16 серпня – 15 листопада 2018 року, 2018, пп. 83, 86.

<sup>9</sup> Див., наприклад, Pew Research Center, Most Central and Eastern Europeans oppose same-sex marriage, while most Western Europeans favor it, 24.10, 2018, [pewforum.org](http://pewforum.org).



## II. ПЕРЕПОНИ З ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ ТА ПРОПОЗИЦІЇ З ЇХ ПОДОЛАННЯ

### 1. ПОДАННЯ ЗАЯВИ ПРО СКОЄННЯ ЗЛОЧИНУ ТА ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ДО ЄРДР

Перепопи у доступі до правосуддя у випадку злочинів ненависті за ознаками СОГІ часто починаються ще на стадії спілкування з поліцейськими або подання заяви про скоєння злочину. При цьому працівники національної поліції не завжди поведуться коректно та професійно. Протягом останніх років представниками потерпілих спостерігалися такі проблеми, як: залякування потерпілого, використання гомофобної лексики, розголошення конфіденційної інформації, відмова у захисті або у прийнятті заяви про скоєння злочину.

Наступним етапом, на якому виникають проблеми, стає внесення відомостей про скоєне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (надалі скорочено – ЄРДР). Невнесення відомостей до ЄРДР тягне за собою неможливість початку досудового розслідування, встановлення винної особи та передачу справи до суду з обвинувальним актом. У такому випадку потерпілому або його представникам доводиться звертатися до слідчого судді, що, однак, теж не завжди допомагає вирішити проблему.

#### ЗАКОНОДАВСТВО

Порядок кримінального провадження на території України визначається Кримінальним процесуальним кодексом України (надалі скорочено – КПКУ). Відповідно до чинного законодавства, серед загальних засад кримінального провадження виділяються, зокрема, законність, рівність перед законом і судом, повага до людської гідності і доступ до правосуддя.

Статтею 21 КПКУ «Доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень» задеклароване право на справедливий розгляд та вирішення справи в розумні строки незалежним і неупередженим судом, створеним на підставі закону; право на участь у розгляді в суді будь-якої інстанції справи, що стосується його прав та обов'язків, у порядку, передбаченому цим кодексом. Здійснення кримінального провадження не може бути перешкодою для доступу особи до інших засобів правового захисту (якщо інше не передбачено КПКУ), якщо під час кримінального провадження порушуються її права, гарантовані Конституцією України та міжнародними договорами України.

Заявником у кримінальному провадженні є фізична або юридична особа, яка звернулася із заявою або повідомленням про кримінальне правопорушення до органу державної влади, уповноваженого розпочати досудове розслідування, і не є потерпілим. Заявник не обов'язково набуває в подальшому статусу потерпілого, але має право на отримання витягу з Єдиного реєстру досудових розслідувань та інформацію про закінчення досудового розслідування.

Потерпілий є стороною кримінального обвинувачення і наділений певними правами та обов'язками (статті 55-57 КПКУ). Потерпілим в кримінальному процесі може бути як фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, так і юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Права і обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого. Потерпілим може бути особа, яка не є заявником, але якій кримінальним правопорушенням завдана шкода, і у зв'язку з цим вона після початку кримінального провадження подала заяву про залучення її до провадження як потерпілого. Потерпілий має право на негайне прийняття і реєстрацію заяви про кримінальне правопорушення, визнання його потерпілим.



Відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань вносяться слідчим/прокурором невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається. Витяг з ЄРДР видається заявнику через 24 години з моменту внесення таких відомостей до реєстру.

## ПРИКЛАДИ ПЕРЕШКОДЖАННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

### Приклад 1:



07.06.2018 на адресу Чернівецького ВП ГУНП в Чернівецькій області направлено Заяву про кримінальне правопорушення – зрив радикально налаштованими особами Фестивалю рівності у місті Чернівці, який планувався до проведення 19.05.2018 (попередня правова кваліфікація – частина 2 статті 161 і стаття 170 Кримінального кодексу України). Заява була зареєстрована в журналі вхідної документації канцелярії та в журналі реєстрації звернень, але відомості до ЄРДР не були внесені.

06.07.2018 слідчий суддя Першотравневого районного суду міста Чернівці виніс ухвалу у справі №725/3577/18, якою відмовив у задоволенні скарги на невнесення відомостей до ЄРДР та зазначив, що, на думку суду, обставини, викладені у повідомленні, є суб'єктивним сприйняттям головою організації описаних подій та не містять складу кримінального правопорушення в розумінні статті 11 Кримінального кодексу України.

### Приклад 2:



01.05.2017 Наталія відпочивала на озері у Житомирській області зі своєю партнеркою Галиною, після чого вони повернулися до орендованого ними помешкання. У спільному дворіку відпочивала велика компанія. Один із чоловіків спитав у потерпілої “Де твій мужик?”, вона відповіла що не має мужика і що вона є лесбійкою. Чоловік накинувся на потерпілу зі словами: “Такі, як ти, не повинні жити, я тебе вб'ю та зарію”.

Поліцейський екіпаж прийняв виклик тільки з третього разу. По приїзді, дізнавшись причину інциденту та приймаючи у Наталії свідчення, співробітники національної поліції вели себе некоректно, насміхалися. Також вони всіляко тиснули на потерпілу та висували припущення на кшталт «вживали спиртні напої, вживали багато», не даючи їй змоги описати фактичні обставини інциденту. Потім потерпіла поїхала зафіксувати побої та давати показання слідчому. Під тиском працівників поліції вона підписала документ про відмову надання показань. Нападника поліція не заарештувала і навіть не запросила до відділку. Наступного дня потерпіла повернулася і таки наполягла на прийнятті заяви про злочин. Було відкрито кримінальне провадження.

### Приклад 3:



13.06.2018 на адресу Дніпровського УП ГУНП України в м. Києві надійшла заява про кримінальне правопорушення, вчинене за ознаками злочину, відповідальність за який передбачена ст. 161 Кримінального кодексу України – розміщення на сторінці у соціальній мережі оголошення про полювання на активістів перед Маршем рівності. Заява була зареєстрована в журналі вхідної документації канцелярії та в журналі реєстрації звернень, але відомості до ЄРДР не були внесені.

Ухвалою від 21.12.2018 слідчим суддею Дніпровського районного суду було зобов'язано уповноважену особу Дніпровського УП ГУНП в м. Києві вчинити дію, передбачену статтею 214 КПКУ (після подання заяви/повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення внести відомості до ЄРДР). Відомості до ЄРДР були внесені лише 22.02.2019 за частиною 1 статті 129 ККУ, через два місяці після ухвали, що також є порушенням.

Невнесення відомостей до ЄРДР тягне за собою неможливість початку досудового розслідування, встановлення винної особи та передачу справи до суду з обвинувальним актом, порушує статтю 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «Право на ефективний засіб юридичного захисту». На виконання заходу 1 пункту 109 Плану дій («затвердження протоколу/інструкції щодо прийняття заяви про вчинення кримінального правопорушення з урахуванням мотиву нетерпимості, зазначеного потерпілим»), до Протоколу прийняття заяви про вчинене кримінальне правопорушення або таке, що готується, було додано пункт 5, в якому заявник може вказати на обставини вчинення кримінального правопорушення, що можуть свідчити про мотиви нетерпимості. Поліцейський, який складає цей протокол, мусить запитати заявника про наявність таких обставин, однак, як відомо зі свідчень постраждалих, наразі це стається досить рідко. Хоч тепер МВС України збирає інформацію про випадки ймовірних злочинів ненависті, треба зауважити, що досі не ведеться їх окремого обліку. Статистика по них, яку наводить Національна поліція, складається шляхом пошуку у Єдиному реєстрі досудових розслідувань та Єдиному державному реєстрі судових рішень за ключовими словами та статтями ККУ.

## **ЦІЛЬ №1: БЕЗПЕРЕШКОДНЕ ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ПРО СКОЄННЯ ЗЛОЧИНУ З ВКАЗАННЯМ МОТИВІВ НЕТЕРПИМОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ СОГІ**

### **ПРОПОЗИЦІЇ**

1. **Розробити** порядок/алгоритм притягнення реєстратора за несвоєчасність, неповноту та необ'єктивність внесених до Реєстру відомостей згідно з чинним законодавством.
2. **Звернутися** щодо надання Верховним Судом узагальнення судової практики з оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування в частині невнесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до ЄРДР.

## **2. ДОСУДОВЕ РОЗСЛІДУВАННЯ**

Наразі нам невідомо про жоден випадок повноцінного досудового розслідування та винесення вироку у випадках злочинів з мотивів гомо- або трансфобії за статтею 161 – єдиною статтею Кримінального кодексу України, яка хоч якось стосується мотивів нетерпимості за ознаками СОГІ. Слідчі або прокурори жодного разу не порушували розслідування за цією статтею у випадках таких злочинів, а всі розслідування, порушені за рішеннями слідчих суддів, закривалися без їх судового розгляду.

Характерним для розслідувань злочинів із ймовірних мотивів нетерпимості до ЛГБТ-КІ-осіб є ігнорування слідчими цих мотивів, навіть коли вони відверто декларуються самими підозрюваними у скоєнні злочинів. Без уваги слідчих залишаються ознаки скоєння злочинів із мотивів нетерпимості, вказані у протоколах, складених патрульною поліцією; так само слідчі або не знають, або просто не шукають таких ознак самостійно. Напади на ЛГБТ-активістів і учасників ЛГБТ-заходів та перешкоджання їх проведенню майже завжди кваліфікуються як звичайне хуліганство (стаття 296 ККУ), без розслідування їх справжніх мотивів і застосування таких статей ККУ, як, зокрема, 293 «Групове порушення громадського порядку» та 170 «Перешкоджання законній діяльності професійних спілок, політичних партій, громадських організацій».

## ЗАКОНОДАВСТВО

Наразі явна заборона дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності міститься у статті 21 Кодексу законів про працю України, за ознакою сексуальної орієнтації – у статті 7 Закону України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти». Імплицитна, тобто неявна, заборона дискримінації за цими ознаками випливає з відкритого списку захищених від дискримінації ознак, який міститься у статті 6 закону «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Також можна вважати, що неявним чином забороняє дискримінацію за ознаками СОГІ стаття 24 Конституції України («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»), а також низка відповідних положень у інших законах України. Однак, без явної згадки сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності серед захищених ознак, слідство та суди щоразу мають окремо вирішувати, чи поширюється дія антидискримінаційних статей законодавства на ці ознаки.

Зараз конкретні покарання за дискримінацію передбачені лише у статті 161 Кримінального кодексу України «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками».

У ККУ міститься низка статей, які передбачають суворіше покарання за злочини, скоєні з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості: частини другі статей 115 «Умисне вбивство», 121 «Умисне тяжке тілесне ушкодження», 122 «Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження», 126 «Побої і мордування», 127 «Катування» та 129 «Погроза вбивством». Пункт 3 частини 1 статті 67 ККУ «Обставини, які обтяжують покарання» визнає такими обставинами «вчинення злочину на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої приналежності». Це дозволяє розглядати як злочин ненависті та призначати підвищене покарання за будь-який інший злочин, ніж передбачені у перелічених вище статтях ККУ, скоєний з мотивів упередженості до тих самих трьох стандартних ознак раси, національності (етнічності) та релігійних переконань, а також до ознаки статі. Частина 4 цієї статті передбачає, що кваліфіковані злочини (тобто скоєні за обтяжливих обставин, вказаних у відповідних статтях ККУ – таких, як перелічені вище частини другі статей 115, 121, 122, 126, 127 і 129) не підпадають під її дію. Водночас, частина 2 статті 67 вказує, що «Суд має право, залежно від характеру вчиненого злочину, не визнати будь-яку із зазначених у частині першій цієї статті обставин, за винятком обставин, зазначених у пунктах 2, 6, 6-1, 7, 9, 10, 12 такою, що обтяжує покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку». Таким чином, навіть доведення мотиву упередженості за переліченими чотирма ознаками ще не гарантує, що за скоєння такого злочину правопорушника буде покарано жорсткіше, ніж за скоєння звичайного злочину.

Якщо злочин був скоєний з гомофобних чи трансфобних мотивів, чинне українське законодавство не передбачає за нього суворішого покарання, і, таким чином, не визнає його як злочин ненависті. Наразі єдиною можливістю врахування мотивів упередженості / нетерпимості за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності є застосування статті 161 ККУ «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками», яка передбачає покарання за розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі (закритий список ознак), а також за дискримінацію – «пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками» (відкритий список ознак). Оскільки другий перелік ознак є відкритим, стаття 161 захищає від дискримінації за ознаками СОГІ, але не від розпалювання ворожнечі або образи почуттів громадян за цими ознаками.

Беручи до уваги, що злочини ненависті можна розглядати як крайню форму дискримінації, слідчі, прокуратура та суд, у принципі, можуть брати до уваги мотиви упередженості (нетерпимості) за ознаками, які є явно захищеними від дискримінації у статті 161, а також за іншими ознаками, що дозволяє формулювання цього положення. Втім, таке застосування цієї статті у випадках злочинів ненависті за ознаками СОГІ є вкрай сумнівним з правової точки зору.

Законом визначена підслідність здійснення досудового розслідування, і при розслідуванні злочинів ненависті досудове розслідування у справах здійснюється слідчими органів Національної поліції. Досудове розслідування, за загальними правилами, здійснюється слідчим того органу досудового розслідування, під юрисдикцією якого знаходиться місце вчинення кримінального правопорушення.

Строк досудового розслідування обчислюється з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань до дня звернення до суду з обвинувальним актом або до дня ухвалення рішення про закриття кримінального провадження. Строк досудового розслідування з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР до дня повідомлення особі про підозру становить: 6 місяців – у кримінальному провадженні щодо кримінального проступку; 12 місяців – у кримінальному провадженні щодо злочину невеликої або середньої тяжкості; 18 місяців – у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Під час досудового розгляду може бути оскаржено, протягом десяти днів з моменту прийняття рішення, вчинення дії або бездіяльності, а в разі, якщо рішення слідчого чи прокурора оформлюється постановою, строк подання скарги починається з дня отримання особою її копії.

Кримінальним провадженням у формі приватного обвинувачення є провадження, яке може бути розпочате слідчим, прокурором лише на підставі заяви потерпілого щодо кримінальних правопорушень, передбачених, зокрема, частиною 1 статті 122 ККУ (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження без обтяжуючих обставин); статтею 125 (умисне легке тілесне ушкодження); частиною 1 статті 126 (умисне завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій, без обтяжуючих обставин); частиною 1 статті 129 (погроза вбивством без обтяжуючих обставин); частиною 1 статті 139 (ненадання допомоги хворому медичним працівником без обтяжуючих обставин); статтею 145 (незаконне розголошення лікарської таємниці); частиною 1 статті 161 (порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань без обтяжуючих обставин).

Потерпілий має право подати до слідчого, прокурора, іншої службової особи органу, уповноваженого на початок досудового розслідування, заяву про вчинення кримінального правопорушення протягом строку давності притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення певного кримінального правопорушення.

## ПРИКЛАДИ ПЕРЕШКОДЖАННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

### Приклад 1



10.05.2018 було заблоковано та зірвано захід, організований Amnesty International. Агресивно налаштовані люди (близько 50 осіб) відверто заявляли, що заходи на подібну тематику (ЛГБТ) проводитися не повинні, висловлювали погрози на адресу учасників. Організаторами була викликана поліція, подана відповідна заява про вчинення кримінального правопорушення із зазначенням попередньої правової кваліфікації за статтями 161, 170 та 364 ККУ, але до ЄРДР відомості внесені не були. 12.07.2018 ухвалою слідчого судді Печерського районного суду міста Києва було зобов'язано уповноважених осіб Печерського УП ГУ НП України в м. Києві виконати вимоги статті 214 КПК України. Ухвала була виконана лише 31.10.2018, відомості внесені до ЄРДР, але як попередня правова кваліфікація визначена стаття 356 КК України.

### Приклад 2



11.05.2018 до Шевченківського УП в м. Києві було подано заяву про те, що 09.05.2018 на сторінці соціальної мережі «Телеграм» організація «Немезида» оприлюднила інформацію про здійснення вандалізму з мотивів ненависті до представників ЛГБТ-спільноти, ромів тощо. Під даним дописом містилися світліни таблички Amnesty International в Україні, на яку нанесено графічне зображення свастики та відеокамери домофону, залитого фарбою. Сам текст повідомлення містив в собі погрози, інформацію, спрямовану на розпалювання ненависті та ворожнечі. Відомості в ЄРДР було внесено лише 14.07.2018 на підставі ухвали слідчого судді від 19.06.2018. Попередня правова кваліфікація була визначена слідчим за статтею 296 ККУ. Досудове слідство тривало 14 днів після чого було винесено постанову про закриття кримінального провадження (навіть без допиту заявника) у зв'язку з відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення.



### Приклад 3



29.05.2017 на двох молодих хлопців, які цілувалися у відлюдному закутку на Гідропарку – традиційному місці зустрічі геїв у Києві – напали троє чоловіків приблизно їхнього віку. Нападники побили та пограбували постраждалих, вигукуючи гомофобні образи. В одного з жертв нападу залишився мобільний телефон, яким він негайно викликав поліцію. Патруль-на поліція діяла швидко та затримала нападників на мосту через протоку Дніпра.

Одного з постраждалих госпіталізували з множинними забоями та підозрою на перелам ребер. Того самого вечора, близько пів на десяту, до постраждалого у лікарню прийшли два слідчі Дніпровського управління поліції у м. Києві, щоб взяти у нього свідчення. Ці співробітники поліції поводитися неприпустимо грубо, із застосуванням гомофобної лексики та розкриттям конфіденційної інформації про сексуальну орієнтацію потерпілих у присутності медичного персоналу та інших хворих. У порушення законодавства, слідчі не внесли відомості про злочин до Єдиного реєстру досудових розслідувань, що було зроблено тільки після ухвали слідчого судді. Хоча гомофобний мотив нападу не приховувався самими порушниками, слідство відмовилося брати його до уваги та кваліфікувало злочин як звичайне хуліганство. Знову, тільки після ухвали слідчого судді за скаргою адвоката потерпілих, до ЄРДР були внесені відомості щодо можливого вчинення підозрюваними злочину, передбаченого статтею 161 ККУ.

Перелічені вище проблеми висвітлюють принципову невідповідність чинного українського кримінального законодавства для розслідування та покарання злочинів із мотивів нетерпимості за будь-якими іншими ознаками, ніж ті чотири, що прямо згадані у Кримінальному кодексі України – “раса”, національна/етнічна належність, релігія та стать. Очевидно, що ці проблеми неможливо вирішити без внесення поправок до ККУ, передбачених у заході 3 пункту 105 Плану дій у сфері прав людини: “забезпечення покарання за злочини, скоєні з мотивів нетерпимості за такими ознаками, як раса, колір шкіри, релігійні переконання, сексуальна орієнтація, транссексуальність, інвалідність, мова, (зміни до пункту 3 статті 67, частини другої статей 115, 121, 122, 126, 127, 129, статті 293)”. Однак, багато інших проблем досудового слідства у справах по злочинах з мотивів нетерпимості можуть бути вирішені без внесення змін до Кримінального кодексу України.

Також звертають на себе увагу не тільки загалом низький рівень роботи слідчих, недотримання ними процесуальних та етичних норм тощо, але й їхня явна неготовність та нездатність до розслідування злочинів за мотивами нетерпимості, незнання специфіки розслідування злочинів такого роду. Відповідно заходу 2 пункту 109 Плану дій у сфері прав людини («розроблення та включення до програм навчання, перепідготовки, підвищення кваліфікації працівників правоохоронних органів курсу з ефективного та належного розслідування злочинів на ґрунті нетерпимості»), у 2016 році фахівцями Львівського державного університету внутрішніх справ спільно з працівниками ГСУ були розроблені методичні рекомендації з розслідування злочинів ненависті, призначені для «керівників підрозділів органів досудового розслідування, слідчих, працівників оперативних підрозділів, спеціалістів, а також курсантів, студентів та науковців ВНЗ юридичної спрямованості».<sup>10</sup> Загалом, цей документ поєднує загальні рекомендації ОБСЄ/БДІПЛ у сфері злочинів ненависті з практичним досвідом розслідування таких злочинів в Україні. На жаль, він містить низку недоліків, які знижують його ефективність як методичного посібника для розслідування злочинів ненависті, а надто за ознаками СОГІ.

Насамперед, хоч у ньому й пояснюється, що «слідчому на початковому етапі розслідування необхідно з'ясувати, з яким проявом ксенофобії він працюватиме», після чого наводиться перелік таких проявів (расизм, етнофобія, релігійна нетерпимість, мовна антипатія, сексизм, нетерпимість за віковою ознакою або станом здоров'я, гомофобія), фактично в тексті скрізь йдеться винятково про розслідування злочинів, вчинених на ґрунті нетерпимості за ознаками раси, національної (етнічної) належності та релігійних переконань. Жод-

<sup>10</sup> Бурлака В.В., Крюков О.О., Корнієнко А.В. та ін., Злочини, вчинені на ґрунті нетерпимості: особливості розслідування: методичні рекомендації, Львів: ЛьвДУВС: ГСУ НПУ України, 2016.

ної згадки про злочини, вчинені на ґрунті нетерпимості за рештою перелічених ознак, у цих методичних рекомендаціях немає. Додаток 3 до цих рекомендацій, що містить перелік експертних установ у сфері розслідування злочинів ненависті, починається з Національної експертної комісії України з питань захисту суспільної моралі, яка була ліквідована ще у 2015 році, за рік до публікації рекомендацій. Додаток 5 містить, зокрема, «символи расистських, неонацистських, екстремістських та інших організацій у різних країнах» – Польщі, Італії, Росії, Хорватії, Румунії, Німеччині, Іспанії, Греції, Великій Британії – але ніде у тексті рекомендацій немає переліку українських організацій та груп такого роду.

Також викликають великі сумніви деякі практичні рекомендації слідчим. Наприклад, щодо правової кваліфікації насильницьких злочинів за мотивами нетерпимості на початковому етапі досудового розслідування. Автори рекомендацій, з одного боку, вважають, що така кваліфікація можлива лише з моменту «встановлення підозрюваного у вчиненні злочину, оскільки мотив злочину є елементом суб'єктивної сторони злочину, доказування якого практично неможливе без підозрюваного / обвинуваченого», тому «під час розслідування злочинів цієї категорії первинною кримінально-правовою кваліфікацією кримінального правопорушення завжди буде кваліфікація як злочину проти життя і здоров'я особи без будь-яких кваліфікуючих ознак чи за іншими кваліфікуючими ознаками, що є очевидними на момент внесення відомостей до Реєстру». З іншого боку, вони попереджають, що «жодним чином не можна допустити небажання вносити відповідні відомості до ЄРДР про скоєння злочину саме з мотивів расової, національної або релігійної нетерпимості». Отже, мотив нетерпимості є все ж таки не настільки неочевидним, але у будь-якому випадку слідчим рекомендують лишати його поза ЄРДР (що й стається на практиці у переважній більшості випадків). У ньому не згадуються об'єктивні ознаки/індикатори, наведені у публікаціях ОБСЄ/БДІПЛ, які дають підстави вважати, що мотив упередження (нетерпимості) мав місце, навіть без встановлення осіб конкретних правопорушників.

Питання протидії дискримінації були включені до тренінгів для суддів, працівників правоохоронних органів, навчальних програм окремих юридичних вишів, програм підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації працівників Державної прикордонної служби. Питання злочинів ненависті були включені до програм підготовки та підвищення кваліфікації окремих категорій поліцейських. Однак, залишаються питання щодо охоплення цільової аудиторії цими програмами та ефективності їхнього викладання. У 2018 році у слідчих апаратах головних управлінь Національної поліції в областях і м. Києві було призначено співробітників, відповідальних за здійснення контролю за станом досудового розслідування у кримінальних провадженнях, розпочатих за злочинами на ґрунті расової, національної, релігійної нетерпимості – тобто, фактично регіональних координаторів по злочинах ненависті.

## **ЦІЛЬ №2: ЕФЕКТИВНЕ РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ** ІЗ МОТИВІВ НЕТЕРПИМОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ СОГІ

### **ПРОПОЗИЦІЇ**

1. **Звернутися** щодо надання Верховним Судом узагальнення судової практики у справах по злочинах ненависті.
2. **Покращити** наявну методіку розслідування злочинів ненависті (з урахуванням міжнародних стандартів, зокрема рекомендацій БДІПЛ для України), приділивши особливу увагу мотивам нетерпимості за тими ознаками, які наразі не згадані в ККУ, зокрема, СОГІ.
3. **Узагальнити** інформацію про систематичну участь конкретних організацій та неформальних груп у злочинах із мотивів нетерпимості, створити базу даних по цих угрупованнях. Створити базу символіки, яка використовується радикальними угрупованнями в Україні (з включенням до неї символіки тоталітарних режимів, яка заборонена до використання та пропаганди на території України).

4. **Співпрацювати** з Головним слідчим управлінням МВС України у розробці службової інструкції з урахуванням міжнародних стандартів, зокрема, рекомендацій БДІПЛ для України та вказанням індикаторів ненависті для належної класифікації, яка має детально роз'яснити всі обов'язки слідчого згідно зі статтею 214 КПКУ (реєстрація заяви / повідомлення про вчинення правопорушення, внесення даних до ЄРДР, повідомлення про це заявника, обов'язкове опитування потерпілого, обов'язкове повідомлення заявника про закриття розслідування тощо).
5. **Національній поліції** України запровадити окрему статистичну класифікацію злочинів та інцидентів із ймовірними мотивами нетерпимості, що дозволить швидко та ефективно отримувати статистику по цих категоріях правопорушень. Регулярно публікувати таку статистику.
6. **Головному слідчому управлінню МВС** поширити офіційне роз'яснення для службового персоналу, що сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність є ознаками, захищеними від дискримінації, а мотиви нетерпимості за ними мають братися до уваги при розслідуванні злочинів.
7. **Внести зміни** до Кримінального кодексу України, передбачені у заході 3 пункту 105 Плану дій у сфері прав людини, а також до статті 161 ККУ щодо розпалювання ворожнечі з мотивів нетерпимості за ознаками СОГІ.

### 3. РОЗГЛЯД СПРАВ У СУДІ

У законі “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” не згадуються такі ознаки, як сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність, що ускладнює доступ до правосуддя постраждалим від дискримінації, ускладнює розгляд справ, дає можливість саботувати внесення змін до законів та нормативно-правових актів. Як вже було відзначено вище, нам невідомі прецеденти винесення вироку у випадках злочинів із мотивів гомо/трансфобії за статтею 161 – єдиною статтею Кримінального кодексу України, яка хоч якось стосується мотивів нетерпимості за ознаками СОГІ та карає за дискримінацію. Відсутність чіткої позиції судів, що ознаки СОГІ входять до «інших ознак», за якими відбувається обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян, призводить до того, що справи, в яких міститься мотив нетерпимості за ознакою СОГІ, розглядаються з іншою правовою кваліфікацією.

Слід також звернути увагу на неузгоджену позицію судів, які вирішують правомірність звернення до суду громадських організацій та об'єднань в інтересах своїх членів та інтересах інших осіб. Так, суди залишають поза увагою правову позицію, висловлену Конституційним Судом України у Рішенні № 12-рп/2013 від 28.11.2013 р., яка полягає в тому, що громадська організація може захищати в суді особисті немайнові та майнові права як своїх членів, так і права та охоронювані законом інтереси інших осіб, які звернулися до неї за таким захистом, лише у випадках, якщо таке повноваження передбачено у її статутних документах та якщо відповідний закон визначає право громадської організації звертатися до суду за захистом прав та інтересів інших осіб.

### ЗАКОНОДАВСТВО

Конституцією України передбачено, що усі люди є вільні та рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (стаття 21); 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 (стаття 24).

Законом України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» закріплені ознаки за якими може відбуватися дискримінація: раса, колір шкіри, політичні, релігійні та



інші переконання, стать, вік, інвалідність, етнічне та соціальне походження, громадянство, сімейний та майновий стан, місце проживання, мовні **або інші** ознаки (стаття 1); передбачено, що особа, яка вважає, що стосовно неї виникла дискримінація, має право звернутися із скаргою до державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини та/або до суду в порядку, визначеному законом (стаття 14); визначено, що особи, винні в порушенні вимог законодавства про запобігання та протидію дискримінації, несуть цивільну, адміністративну та кримінальну відповідальність (стаття 16). Конкретна правова відповідальність за дискримінацію наразі передбачена лише у статті 161 ККУ.

Порядок проведення підготовчого провадження у суді визначається Главою 27 Кримінального процесуального кодексу України, яка передбачає, що після отримання обвинувального акту суд призначає підготовче судове засідання, в якому може бути ухвалено рішення про повернення обвинувального акту або про можливість призначення судового розгляду на підставі обвинувального акту. Відповідно до частини 2 статті 303 КПКУ, в ході підготовчого провадження повинні розглядатися скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які не розглядаються під час досудового розслідування.

Де-юре, потерпілі можуть звернутися до суду зі скаргою про скасування постанови про зміну правової кваліфікації, про яку вони дізналися під час відкриття матеріалів кримінального провадження. Також, можливо заявити клопотання про повернення обвинувального акту у зв'язку з тим, що слідчим суддею було скасовано постанови про закриття кримінального провадження, про існування яких потерпіла сторона дізналася під час відкриття матеріалів досудового розслідування. Де-факто, суди відмовляють у задоволенні таких скарг або клопотань, мотивуючи це тим, що статтею 314 КПКУ визначено чіткий перелік питань, які вирішуються судом під час підготовчого засідання, і суд не має права розглядати такі скарги та клопотання. Вищезгадане призводить до того, що мотиви нетерпимості або ненависті за ознаками СОГІ, якщо їм не була надана належна правова оцінка під час досудового розслідування, залишаються поза увагою і під час судового розгляду.

Цивільним процесуальним кодексом України (надалі скорочено – ЦПКУ) визначено, зокрема, що: кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів; у випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах (стаття 3). Суд розглядає справи відповідно до Конституції України, законів України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, застосовує інші правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що встановлені Конституцією та законами України (стаття 8). При розгляді справ застосовується Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права (стаття 17 закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»).

Відповідно до статті 81 ЦПКУ, обов'язок доказування у цивільних справах про дискримінацію покладається на відповідача, а позивач має лише навести фактичні дані, які підтверджують наявність дискримінації. Незважаючи на це, наскільки нам відомо, українські суди продовжують у таких випадках вимагати від позивача доведення того, що саме певні ознаки (зокрема, СОГІ) є підставами для дискримінаційного ставлення. При цьому, враховуючи відсутність практичного досвіду ведення таких справ у більшості адвокатів, дискриміновані особи практично позбавлені можливості захистити свою позицію у суді.

Кодексом адміністративного судочинства України (надалі скорочено – КАСУ) визначено, що кожна особа має право звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або законні інтереси (стаття 5). Джерелами права для суду є, зокрема, Конституція та закони України, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України, інші правові акти, прийняті відповідним органом на підставі, у межах повноважень та у спосіб, визначені Конституцією та законами України (стаття 7). У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні судом перевіряється, чи прийняті (вчинені) вони, зокрема, з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації (стаття 2).

Стаття 77 КАСУ закріплює обов'язок доказування таким чином, що, за загальним правилом, кожна сторона повинна довести ті обставини, на яких ґрунтуються її вимоги та заперечення. Водночас, в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок щодо доказування правомірності свого рішення, дії чи бездіяльності покладається на відповідача. У справах щодо оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень адміністративні судом перевіряється, чи прийняті (вчинені) вони, зокрема, з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації.

## ПРИКЛАДИ ПЕРЕШКОДЖАННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

### Приклад 1



У 2018 році Правозахисний ЛГБТ Центр «Наш світ» звернувся до адміністративного суду з вимогами визнати протиправною бездіяльність Національної поліції України та Міністерства внутрішніх справ України в частині невжиття заходів щодо виконання підпункту 3 пункту 105 Плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року та зобов'язати їх виконати прийняті на себе зобов'язання. У задоволенні позову було відмовлено, зараз справа перебуває на розгляді у суді касаційної інстанції.

Ухвалюючи рішення, у мотивувальній частині суд зазначив, що обов'язковою умовою задоволення позову є доведеність позивачем порушення саме його власних прав та охоронюваних законом інтересів з боку відповідача, зокрема, наявність в особи, яка звернулася з позовом, суб'єктивного матеріального права або законного інтересу, на захист якого подано позов. Суд зазначив, що відсутні як докази вчинення злочинів чи замаху на злочин відносно членів Центру «Наш світ», так і докази звернення інших осіб до позивача за допомогою.

### Приклад 2



08.03.2018 у м. Ужгороді під час проведення акції, присвяченої Міжнародному дню боротьби за права жінок, група осіб зірвала проведення заходу, облила учасниць даного заходу фарбою та поширила листівки з негативною оцінкою фемінізму, ЛГБТ тощо. Досудове розслідування у відкритому кримінальному провадженні здійснювалося за статтями 161, 170, 296 ККУ. У листопаді 2018 року потерпілим стало відомо, що наприкінці вересня 2018 року слідчим було закрито провадження за статтями 161 та 170 ККУ, а правову кваліфікацію за статтею 296 ККУ було змінено на статтю 125, і саме за цією кваліфікацією справу було передано до суду. В ході підготовчого судового засідання суд залишив без уваги клопотання потерпілих про повернення обвинувального акту у зв'язку з тим, що постанови про закриття провадження за статтями 161 та 170 КК України були скасовані, та скаргу на постанову про зміну правової кваліфікації.

### Приклад 3



29 жовтня 2014 року двоє молодих людей вчинили підпал кінотеатру «Жовтень» у Києві пі час демонстрації фільму на ЛГБТ-тематику. Будівлі було завдано великих матеріальних збитків. Підозрювані у скоєнні злочину з самого початку не приховували своїх гомофобних мотивів, однак ці мотиви були цілковито проігноровані у процесі досудового слідства та судового розгляду, хоч і знайшли відображення у матеріалах справи. Дії зловмисників були кваліфіковані як звичайне хуліганство (стаття 296 ККУ), а також незаконне зберігання бойових припасів до вогнепальної зброї та вибухових пристроїв (стаття 263). Підсудні отримали дуже м'який вирок: 2 і 3 роки позбавлення волі з іспитовим строком у три роки. Голосіївський районний суд м. Києва не знайшов у діях підсудних жодних обставин, які б обтяжували покарання.

Як вже було зазначено вище, чинне українське кримінальне законодавство практично непридатне для розслідування та покарання злочинів із мотивів нетерпимості за будь-якими іншими ознаками, ніж ті чотири, що прямо згадані у Кримінальному кодексі України – “раса”, національна/етнічна належність, релігія та стать. Вирішення цієї комплексної проблеми потребує внесення відповідних поправок до ККУ. Так само, відсутність прямої згадки сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності серед ознак, захищених від дискримінації, у законі України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні» (а також більшості інших українських законів) вимагає від судів щоразу окремо розглядати питання про те, чи підпадають вони під визначення «інші ознаки», які захищені від дискримінації неявним чином.

Варто зауважити, що ці проблеми були згадані у коментарі (пункт 7) експертів Ради Європи К. Охлунда та В. Соргдрагер ще до проекту вищезгаданого закону (2012 рік): «Перелік ознак, за якими забороняється дискримінація, включає й «інші ознаки», що робить його невичерпним. Це є позитивним моментом. Проте, бажано було б додатково вказати такі ознаки як громадянство, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність. Такий крок надав би суддям необхідні додаткові орієнтири». Аналогічне положення міститься у заході 1 пункту 105 Плану дій у сфері прав людини: «розроблення та подання на розгляд Кабінету Міністрів України законопроекту про внесення змін до Закону України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні” щодо: приведення у відповідність з положеннями актів права ЄС переліку підстав, за якими забороняється дискримінація, включаючи заборону дискримінації на ґрунті сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності [...]». Однак, досі цього зроблено не було. Альтернативним варіантом вирішення цієї проблеми, що не потребує законодавчих змін, могло би бути офіційне роз’яснення цього питання з боку Верховного Суду України.

### **ЦІЛЬ №3: ЕФЕКТИВНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД ЗЛОЧИНІВ ІЗ МОТИВІВ НЕТЕРПИМОСТІ ЗА ОЗНАКАМИ СОГІ**

#### **ПРОПОЗИЦІЇ**

1. **Звернутися** щодо надання Верховним Судом рекомендації про використання ознак СОГІ при розгляді справ, зокрема за статтею 161 ККУ.
2. **Звернутися** щодо надання Верховним Судом рекомендації про використання положення статті 81 ЦПКУ щодо перекладення тягаря доказування у справах по дискримінації на відповідача.
3. **Звернутися** щодо надання Верховним Судом узагальнення судової практики з розгляду цивільних та адміністративних справ за позовами громадських організацій в інтересах захисту прав людини.
4. **Розробити**, затвердити та впровадити у використання цикл підвищення кваліфікації для суддів та адвокатів у справах, пов’язаних з дискримінацією за ознаками СОГІ.
5. **Внести зміни** до Кримінального кодексу України, передбачені у заході 3 пункту 105 Плану дій у сфері прав людини, а також до статті 161 ККУ щодо розпалювання ворожнечі з мотивів нетерпимості до СОГІ.