



UNHCR

United Nations High Commissioner for Refugees
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

Распространение: ОБЩЕЕ HCR/GIP/12/09

23 октября 2012 г.

Язык оригинала: АНГЛИЙСКИЙ

РЕКОМЕНДАЦИИ ПО МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТЕ № 9

Ходатайства о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью в контексте статьи 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.

УВКБ ООН издает эти Рекомендации на основании мандата, полученного в соответствии с Уставом Управления Верховного комиссара ООН по делам беженцев, а также со статьей 35 Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и статьей II Протокола к ней 1967 г. Эти Рекомендации являются дополнением к разработанному УВКБ ООН «Руководству по процедурам и критериям определения статуса беженцев» (переиздано в Женеве, 2011 г.). В частности, их следует применять совместно со следующими документами УВКБ ООН: «Рекомендации по международной защите № 1: Преследования по гендерному признаку в контексте статьи 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.» (май 2002 г.); «Рекомендации по международной защите № 2: «Принадлежность к определенной социальной группе» в контексте статьи 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.» (май 2002 г.); «Рекомендации по международной защите №6: Ходатайства о предоставлении статуса беженца по религиозным мотивам в соответствии со статьей 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.» (апрель 2004 г.). Настоящие Рекомендации заменяют собой «Пояснительную записку УВКБ ООН по ходатайствам о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью» (ноябрь 2008 г.).

Целью данных Рекомендаций является разъяснение правовых принципов для правительственных органов, юристов, сотрудников, принимающих решения, и представителей судебных органов, а также для сотрудников УВКБ ООН, задействованных в процедуре определения статуса беженца согласно мандату Управления.

Сборник, в котором опубликованы «Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженца» и «Рекомендации по международной защите», доступен по ссылке <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>.

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Во многих регионах мира люди сталкиваются с серьезными нарушениями прав человека и другими формами преследования по причине их действительной или предполагаемой сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. Несмотря на то, что преследование лесбиянок, геев, бисексуалов, трансгендерных лиц и интерсексуалов (далее – ЛГБТИ)¹, а также лиц, считающихся таковыми, – явление не новое², во многих странах убежища стали лучше осознавать тот факт, что люди, спасающиеся от преследований по признаку сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности, могут соответствовать критериям статуса беженца согласно статье 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г. (далее – Конвенция 1951 г.)³. Тем не менее, определение понятия «беженец» в данном контексте применяется все еще непоследовательно.
2. Существуют многочисленные документальные свидетельства того, что во всех регионах мира ЛГБТИ-лица становятся жертвами убийств, сексуального и гендерного насилия, нападений, пыток, произвольного задержания, обвинений в аморальном или не соответствующем общественным нормам поведении; им отказывают в осуществлении права на свободу собраний, выражение убеждений и получение информации, а также подвергают дискриминации в сфере занятости, здравоохранения и образования⁴. Во многих странах действуют законы, предусматривающие уголовную ответственность за однополые отношения по взаимному согласию, причем во многих случаях в качестве наказания применяются такие меры, как лишение свободы, телесные наказания и (или) смертная казнь⁵. В этих и других странах органы власти, возможно, не хотят или не могут защитить людей от жестокого обращения и преследования со стороны негосударственных субъектов, что приводит к безнаказанности виновных и скрытой – а порой и явной – терпимости к такому жестокому обращению и преследованиям.
3. Сопутствующими факторами, которые могут способствовать и усугублять насилие и дискриминацию, являются пол, возраст, гражданство, этническое происхождение/раса, социальное или экономическое положение и ВИЧ-статус. Подвергаясь дискриминации на многих уровнях, ЛГБТИ-лица часто вытесняются из общественной жизни и изолируются от своих общин и семей. Некоторые люди зачастую испытывают чувство стыда и (или) внутренней гомофобии. Эти и другие факторы могут помешать им сообщить сотруднику, принимающему решение, о том, что их действительные опасения стать жертвой преследования связаны с их сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью.
4. Жизненный опыт ЛГБТИ-людей очень разный и во многом зависит от их культурного, экономического, семейного, политического, религиозного и социального окружения. Происхождение

¹ Термины обсуждаются ниже в разделе III «Терминология». В контексте данных Рекомендаций термин «гендерная идентичность» включает также понятие «интерсексуал».

² Конвенция 1951 г. о статусе беженцев была подготовлена не в последнюю очередь в ответ на преследования, происходившие в ходе Второй мировой войны, во время которой нетерпимость и насилие забрали жизни тысяч ЛГБТИ. См. UNHCR, “Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity” [УВКБ ООН, «Заключительные выводы: лица, ищущие убежища, и беженцы, обращающиеся за защитой на основании своей сексуальной ориентации и гендерной идентичности»], ноябрь 2010 г., круглый стол экспертов, организованный УВКБ ООН, Женева (Швейцария), 30 сентября – 1 октября 2010 г. (далее – УВКБ ООН, Заключительные выводы круглого стола), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cff99a42.html>, п. 3.

³ Генеральная Ассамблея ООН, Конвенция о статусе беженцев, 28 июля 1951 г.; Протокол, касающийся статуса беженцев, 31 января 1967 г.

⁴ См. UN Human Rights Council, “Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity” [Совет ООН по правам человека, «Доклад Верховного комиссара ООН по правам человека о дискриминационных законах и практике и актах насилия в отношении лиц по признаку их сексуальной ориентации и гендерной идентичности»], 17 ноября 2011 г. (далее – УВКПЧ, Доклад о сексуальной ориентации и гендерной идентичности), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ef092022.html>. Обзор судебной практики и доктрины см. также в публикациях Международной комиссии юристов (далее – МКЮ): *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System* [«Сексуальная ориентация и гендерная идентичность в законодательстве в области прав человека, ссылки на судебную практику и доктрину системы ООН в области прав человека»], 2010, четвертое дополненное издание, см. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c627bd82.html>; *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union* [«Сексуальная ориентация и гендерная идентичность в законодательстве в области прав человека: ссылки на судебную практику, законодательство и доктрину Совета Европы и Европейского Союза»], октябрь 2007 г., см. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a54bbb5d.html>; *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: References to Jurisprudence and Doctrine of the Inter-American System* [МКЮ, «Сексуальная ориентация и гендерная идентичность в праве в области прав человека: ссылки на судебную практику и доктрину Межамериканской правозащитной системы»], июль 2007 г., см. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ad5b83a2.html>.

⁵ См. публикацию Международной ассоциации лесбиянок, геев, бисексуалов, трансгендерных лиц и интерсексуалов “State-sponsored Homophobia, A World Survey of Laws Prohibiting Same-Sex Activity between Consenting Adults” [«Спонсируемая государством гомофобия. Всемирный обзор законов, запрещающих однополые отношения между взрослыми по взаимному согласию»], май 2012 г., см. http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.pdf.

заявителя может влиять на то, как он или она выражает свою сексуальную ориентацию и (или) гендерную идентичность, или объяснять причины, по которым данный человек скрывает от окружающих, что он – ЛГБТИ. Важно, чтобы решения по ходатайствам ЛГБТИ-лиц о предоставлении статуса беженца не основывались на поверхностных суждениях о жизненном опыте ЛГБТИ-лиц или на ошибочных, неверных с культурной точки зрения или стереотипных предположениях. Данные Рекомендации содержат практические и процедурные рекомендации по вопросу определения статуса беженца на основе сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности заявителей и призваны обеспечить надлежащее и унифицированное толкование термина «беженец», установленного Конвенцией 1951 г.⁶.

II. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

5. Статья 1 Всеобщей декларации прав человека устанавливает, что «все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах», а статья 2 гласит, что «каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами, провозглашенными настоящей Декларацией»⁷. Все люди, включая ЛГБТИ-лиц, имеют право пользоваться защитой, предусмотренной международным законодательством в области прав человека, на основе равенства и недискриминации⁸.
6. Хотя в основных международных договорах в области прав человека право на равенство на основе сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности прямо не признано⁹, международное законодательство в области прав человека запрещает дискриминацию по этим признакам¹⁰. Например, признаки «пол» и «другой статус», упомянутые в положениях о недискриминации основных международно-правовых актов в области прав человека как недопустимые, включают сексуальную ориентацию и гендерную идентичность¹¹. Поскольку соблюдение основных прав и принцип недискриминации являются ключевыми моментами Конвенции 1951 г. и международного законодательства о беженцах¹², то определение термина «беженец» должно толковаться и применяться с их должным учетом, включая запрещение дискриминации на основании сексуальной ориентации и гендерной идентичности.
7. Джокьякартские принципы применения международно-правовых норм в сфере прав человека в отношении сексуальной ориентации и гендерной идентичности, принятые в 2007 г. группой экспертов по правам человека, не являются юридически обязывающими, но отражают прочно устоявшиеся принципы международного права¹³. В них изложены основные принципы защиты прав человека, применимые в контексте сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. В Принципе 23 устанавливается право на поиск и получение убежища от преследований, связанных с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью:
Каждый человек имеет право искать и получать в другой стране убежище от преследований, в том числе связанных с сексуальной ориентацией или гендерной идентичностью. Ни одно

⁶ Эти Рекомендации дополняют документ УВКБ ООН «Рекомендации по международной защите № 1: Преследование по гендерному признаку, в контексте статьи 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.», 7 мая 2002 г. (далее – УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному признаку), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>

⁷ Генеральная Ассамблея ООН, Всеобщая декларация прав человека, 10 декабря 1948 г.

⁸ УВКПЧ, Доклад о сексуальной ориентации и гендерной идентичности, п. 5.

⁹ Вместе с тем, в некоторых региональных документах дискриминация по признаку сексуальной ориентации прямо запрещена. См., например, Хартию основных прав Европейского Союза, ст. 21, 18 декабря 2000 г., и Резолюцию Организации американских государств о правах человека, сексуальной ориентации и гендерной идентичности, AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 июня 2012 г.

¹⁰ «Термин «дискриминация» в том смысле, в котором он используется в Пакте [о гражданских и политических правах], подразумевает любое различие, социальное исключение, ограничение прав или привилегированное отношение, которое основано на признаках расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждениях, национального или социального происхождения, имущественного положения, статусе при рождении или иных факторах, целью или последствием чего является непризнание или ограниченное признание прав и свобод, а также ограниченное пользование или осуществление таких прав и свобод всеми лицами на равных началах», Комитет ООН по правам человека, Замечание общего порядка к МПГПП № 18: Недискриминация, 10 ноября 1989 г., п. 7, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fa8.html>.

¹¹ Комитет ООН по правам человека в 1994 г. постановил в своем принципиально значимом решении по делу «Тунен против Австралии» (*Toonen v. Australia*), что Международный пакт о гражданских и политических правах (принятый Генеральной Ассамблеей ООН 16 декабря 1966 г., далее – «МПГПП») запрещает дискриминацию по признаку сексуальной ориентации; см. ССР/C/50/D/488/1992, 4 апреля 1994 г. (далее – Тунен против Австралии), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>. Впоследствии это было подтверждено еще рядом договорных органов ООН в области прав человека, включая также признание того, что гендерная идентичность относится к признакам, дискриминация по которым запрещена. См. также УВКПЧ, Доклад о сексуальной ориентации и гендерной идентичности, п. 7.

¹² Конвенция 1951 г., Преамбула, п. 1, ст. 3.

¹³ Международная комиссия юристов (МКЮ), Джокьякартские принципы – Принципы применения международно-правовых норм о правах человека в отношении сексуальной ориентации и гендерной идентичности (далее – Джокьякартские принципы), май 2007 г., см.: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

государство не должно выдворять, высылать или выдавать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания опасаться, что ему могут угрожать там пытки, преследования или иное жестокое, бесчеловечное или унижающее достоинство обращение или наказание по мотивам сексуальной ориентации или гендерной идентичности.

III. ТЕРМИНОЛОГИЯ

8. Настоящие Рекомендации были разработаны с тем, чтобы охватить все возможные аспекты данного вопроса, применимые к широкому спектру ходатайств, касающихся сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. Понятия сексуальной ориентации и гендерной идентичности очерчены в Джокьякартских принципах, и приведенная там терминология также используется и в целях данных Рекомендаций. Понятие «сексуальная ориентация» определяется как «способность того или иного лица к глубокой эмоциональной, признанной и сексуальной привязанности к лицам другого пола или того же пола или обоих полов, а также к вступлению с такими лицами в интимные отношения»¹⁴. Понятие «гендерная идентичность» определяется как «глубокое осознание тем или иным лицом внутренних и индивидуальных особенностей гендерной принадлежности, которая может как совпадать, так и не совпадать с полом по рождению, включая индивидуальное ощущение своего тела и другие проявления, такие как одежда, речь и особенности поведения»¹⁵.
9. Сексуальная ориентация и гендерная идентичность – широкие понятия, предоставляющие пространство для самоопределения. Исследования, проведенные за несколько десятилетий, продемонстрировали, что сексуальная ориентация может иметь широкий диапазон, включая как влечение исключительно к своему или противоположному полу, так и бисексуальность¹⁶. Гендерная идентичность и ее выражение также могут принимать множество форм, при этом некоторые люди не идентифицируют себя ни как мужчину, ни как женщину либо идентифицируют себя и как мужчину, и как женщину. Хотя сексуальная ориентация человека определяется, в том числе, генетическими, гормональными, связанными с развитием, социальными и (или) культурными факторами (либо же их сочетанием), большинство людей не ощущают свободы в выборе своей сексуальной ориентации¹⁷. В то время как у большинства людей сексуальная ориентация или гендерная идентичность определяются в раннем возрасте, у остальных они могут продолжать формироваться на протяжении всей жизни. Разные люди на разных жизненных этапах осознают, что они принадлежат к ЛГБТИ и что их сексуальное и гендерное самовыражение может меняться с возрастом и в зависимости от других социальных и культурных факторов¹⁸.
10. Ходатайства о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью часто поступают от представителей конкретных подгрупп, т.е. лесбиянок, геев, бисексуалов, трансгендерных лиц, интерсексуалов и квиоров¹⁹ (обычно их обозначают сокращением «ЛГБТ», «ЛГБТИ» или «ЛГБТИК»²⁰). Жизненный опыт представителей этих различных групп зачастую отличается; при этом, как отмечалось выше в п. 4, он бывает разным и у представителей *одной группы*. Поэтому важно, чтобы сотрудники, принимающие решения, понимали как контекст каждого ходатайства, так и рассказ каждого конкретного заявителя, которые не всегда легко вписываются в общие рамки или подходят под общепринятые понятия²¹.

Лесбиянка

¹⁴ Джокьякартские принципы, Преамбула.

¹⁵ Там же.

¹⁶ См. American Psychological Association, “Sexual Orientation and Homosexuality” [Американская ассоциация психологов, «Сексуальная ориентация и гомосексуальность»] (далее – ААП, Сексуальная ориентация и гомосексуальность), <http://www.apa.org/helpcenter/sexual-orientation.aspx>.

¹⁷ Среди ученых нет единого мнения о точных причинах, по которым у человека развивается та или иная сексуальная ориентация. См. ААП, Сексуальная ориентация и гомосексуальность.

¹⁸ Заявление № 76175, Апелляционная инстанция Новой Зеландии, 30 апреля 2008 г., п. 92, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482422f62.html>.

¹⁹ *Квир* (*queer*) традиционно считается словом с отрицательным значением, однако некоторые ЛГБТ-люди используют его применительно к себе.

²⁰ УВКБ ООН решило придерживаться термина «ЛГБТИ-лица», который, как подразумевается, охватывает широкий спектр лиц, опасных преследований по причине своей сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. См. также UNHCR, *Working with Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender & Intersex Persons in Forced Displacement* [УВКБ ООН, «Работа с лесбиянками, геями, бисексуалами, трансгендерными и интерсексуальными людьми в условиях принудительного перемещения»], 2011 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e6073972.html>. Дополнительную информацию о терминологии можно найти, например, в публикации Альянса геев и лесбиянок против клеветы “Media Reference Guide: A Resource for Journalists” [«Справочное руководство по СМИ: ресурс для журналистов»], дополненное издание, май 2010 г., <http://www.glaad.org/reference>.

²¹ Соображения, касающиеся каждой группы, приводятся и в других разделах настоящего документа.

Лесбиянка – это женщина, испытывающая стойкое физическое, романтическое и (или) эмоциональное влечение к другим женщинам. Лесбиянки часто подвергаются многочисленным формам дискриминации по причине своей гендерной принадлежности и часто низшего социального и (или) экономического статуса наряду со своей сексуальной ориентацией. Лесбиянкам нередко причиняют вред негосударственные субъекты, что выражается в таких действиях, как «исправительное изнасилование», насилие с целью возмездия со стороны бывших партнеров или мужей, принудительный брак и преступления, совершаемые во имя «чести» членами семьи. Некоторые лесбиянки, подающие ходатайства о предоставлении статуса беженца, не сталкивались в прошлом с преследованиями; например, если их лесбийские связи были малочисленными или совсем отсутствовали. У лесбиянок могли быть гетеросексуальные отношения – зачастую, но не обязательно – из-за общественного давления по поводу замужества и рождения детей. Они могут лишь на более поздних этапах жизни вступать в лесбийские отношения или идентифицировать себя как лесбиянки. Как и в отношении всех ходатайств о предоставлении статуса беженца, важно обеспечить ориентированную на будущее оценку опасений лесбиянки стать жертвой преследований, а также принятие решений, не основывающихся на стереотипных представлениях о лесбиянках.

Гей

Термин *гей* часто используется в отношении мужчины, испытывающего стойкое физическое, романтическое и (или) эмоциональное влечение к другим мужчинам, однако этим словом можно называть как мужчин, так и женщин (лесбиянок). По численности мужчины-геи преобладают среди заявителей, ходатайствующих о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью, однако их ходатайства не следует считать «шаблоном» для других дел, связанных с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью. Во многих обществах мужчины-геи часто более заметны в общественной жизни, нежели представители других групп ЛГБТИ, и поэтому могут становиться объектом негативно направленных политических кампаний. Важно, однако, избегать предположений о том, что все мужчины-геи открыто заявляют о своей сексуальности или что все мужчины-геи женоподобны. Поскольку мужчины-геи отказались от привилегии быть мужчиной, приняв на себя роли и характеристики, рассматриваемые как «женские», то их могут считать «предателями» независимо от того, женоподобны они или нет. Они могут подвергаться особому риску жестокого обращения в тюрьмах, на военной службе²² и в других сферах и местах работы, где традиционно преобладают мужчины. У некоторых мужчин-геев также могли быть гетеросексуальные отношения из-за общественного давления, в том числе по поводу женитьбы и (или) детей.

Бисексуал

Бисексуал – это человек, который испытывает физическое, романтическое и (или) эмоциональное влечение и к мужчинам, и к женщинам. Термин «бисексуальность» обычно интерпретируют и применяют непоследовательно, часто в очень узком его понимании. Бисексуальность не обязательно предполагает влечение одновременно к обоим полам, как не предполагает она и одинаковое влечение к обоим полам или одинаковое число связей с представителями обоих полов. Бисексуальность – это уникальная идентичность, которая требует изучения само по себе. В некоторых странах преследования могут быть направлены непосредственно на гомосексуальное или лесбийское поведение, но при этом, однако, охватывать и действия лиц, идентифицирующих себя как бисексуалы. Бисексуалы часто описывают свою идентичность как «изменчивую» или «гибкую» (см. тж. ниже п. 47).

Трансгендерное лицо

Трансгендерные лица – это те лица, чья гендерная идентичность и (или) гендерное самовыражение отличается от биологически заданного при рождении пола²³. Трансгендерность – это гендерная идентичность, а не сексуальная ориентация, и трансгендерный человек может быть гетеросексуалом, геем, лесбиянкой или бисексуалом²⁴. Трансгендерные лица одеваются или ведут себя не так, как того обычно ожидает общество, исходя из их пола, заданного при рождении. Хотя они не всегда выглядят или ведут себя подобным образом. Например, человек может принять решение выразить избранный им гендер только в определенное время и в

²² См., например, дело № 060931294, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT Case No. 060931294*), [2006] RRTA 229, Австралия, RRT, 21 декабря 2006 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a707ebd.html>; и дело «MS (риск-гомосексуализм-военная служба), Македония против SSHD» (*MS (Risk - Homosexuality - Military Service) Macedonia v. SSHD*), CG [2002] UKIAT 03308, Суд по делам предоставления убежища и иммиграции, Великобритания, 30 июля 2002 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aba0.html>, где было установлено, что «ужасающие условия содержания в тюрьмах» конкретной страны нарушают права апеллянта согласно Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), ст. 3. Лесбиянки также могут подвергаться риску в этих условиях. См. дело «Смит против Министра по вопросам гражданства и иммиграции» (*Smith v. Minister of Citizenship and Immigration*), 2009 FC 1194, Канада, Федеральный суд, 20 ноября 2009 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b3e7b8c2.html>.

²³ Этот термин может включать транссексуалов (это более старый термин, возникший в сообществах медиков и психологов), трансвеститов и других гендерно-вариантных людей – но не только. См. публикацию ААП “Answers to Your Questions about Transgender People, Gender Identity and Gender Expression” [«Ответы на вопросы о трансгендерных лицах, гендерной идентичности и гендерном самовыражении»], <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>.

²⁴ См. также дело № 0903346, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT Case No. 0903346*), [2010] RRTA 41, Австралия, RRT, 5 февраля 2010 г. (далее – дело RRT № 0903346), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b8e783f2.html>, которое касалось трансгендерного заявителя, опасавшегося преследований из-за своей гендерной идентичности.

определенных условиях, в которых он/она чувствует себя в безопасности. Не вписываясь в общепринятую систему бинарного восприятия – либо мужчина, либо женщина – такие люди могут рассматриваться как угроза общественным нормам и ценностям. Это несоответствие подвергает их опасности причинения вреда. Трансгендерные лица часто испытывают крайнюю степень отчуждения, и их ходатайства могут отражать факты перенесенного ими жестокого физического, психологического и (или) сексуального насилия. Если их самоопределение и внешний вид не соответствуют полу, указанному в официальной документации и документах, удостоверяющих личность, трансгендерные лица подвергаются особому риску²⁵. Процесс изменения пола, заданного при рождении, является многоэтапным и может включать целый ряд личных, юридических и медицинских изменений. Не все трансгендерные лица избирают путь медицинского вмешательства или иные шаги для того, чтобы их внешний вид соответствовал их внутренней идентичности. Важно поэтому, чтобы сотрудники, принимающие решения, избегали излишнего акцента на операции по изменению пола.

Интерсексуал

Термин *интерсексуал* или «расстройства полового развития» (РПР)²⁶ относится к ситуации, когда человек рождается с такими репродуктивными или половыми признаками и (или) наборами хромосом, которые не соответствуют типичным биологическим понятиям «мужчина» или «женщина». Эти признаки могут быть очевидны при рождении, появляться в период полового созревания или обнаруживаться только при медицинском обследовании. Раньше людей с такими признаками называли «гермафродитами», однако этот термин считается устаревшим и не должен использоваться, если только его не использует сам заявитель²⁷. Интерсексуал может идентифицировать себя как мужчина или женщина, а по сексуальной ориентации быть лесбиянкой, геем, бисексуалом или гетеросексуалом²⁸. Интерсексуалы могут подвергаться преследованиям по причинам, связанным с их нетипичной анатомией. Они могут сталкиваться с дискриминацией и жестоким обращением по причине физической неполноценности или состояния здоровья либо же из-за несоответствия их внешнего вида общепринятым представлениям о том, как должны выглядеть женщины и мужчины. Некоторых интерсексуальных детей власти не регистрируют при рождении, вследствие чего может возникать целый ряд соответствующих рисков и лишение этих людей их прав. В некоторых странах интерсексуалов считают злом или плодом колдовства, из-за чего объектом жестокого обращения может стать вся семья²⁹. Как и трансгендерные лица, интерсексуалы могут подвергаться опасности причинения вреда в случае перехода к избранному ими полу, потому что, например, в их документах, удостоверяющих личность, избранный ими пол не указан. Люди, идентифицирующие себя как интерсексуалы, могут рассматриваться другими как трансгендерные лица, потому что в данной культуре попросту может отсутствовать понятие интерсексуальности.

11. Не все заявители идентифицируют себя с помощью вышеизложенной ЛГБТИ-терминологии и конструктов либо же и вовсе с ними не знакомы. Некоторые знают лишь термины (в оскорбительном их значении), используемые их преследователем. Поэтому сотрудникам, принимающим решения, необходимо быть осторожными, чтобы их анализ не был ограничен жесткими терминологическими рамками, поскольку подобное использование терминов может привести к отрицательным результатам оценки правдоподобия либо к признанию ходатайства необоснованным. Например, бисексуалов часто классифицируют при рассмотрении ходатайств о предоставлении статуса беженца как геев, лесбиянок или гетеросексуалов, в то же время интерсексуалы могут вообще не идентифицировать себя как

²⁵ Европейский суд по правам человека постановил, что органы власти должны юридически признавать измененный гендер. См. дело «Гудвин против Соединенного Королевства» (*Goodwin v. United Kingdom*), заявление № 28957/95, Европейский суд по правам человека, 11 июля 2002 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4da9f762.html>, где Суд выявил нарушение права заявителя на неприкосновенность частной жизни, отметив, что «стресс и отчуждение, ставшие результатом несоответствия между положением в обществе, занимаемым транссексуалом, перенесшим операцию, и статусом, установленным законом, который не признает изменение пола, не может, по мнению Суда, рассматриваться как незначительное неудобство, вытекающее из формальности» (п. 77), и что «согласно, в частности, ст. 8 Конвенции, понятие личной независимости является важным принципом, понятие в основе толкования ее гарантий, поэтому обеспечивается защита личной жизни каждого человека, включая право на установление деталей его идентичности как индивида» (п. 90). См. также Рекомендацию Комитета Министров Совета Европы CM/Rec (2010)5 государствам-членам о мерах по борьбе с дискриминацией по признаку сексуальной ориентации или гендерной идентичности, где признано, что «государства-члены должны принимать надлежащие меры для гарантирования полного юридического признания смены пола человека во всех сферах жизни, в частности, обеспечивая возможность быстрого, прозрачного и доступного изменения имени и пола в официальных документах» (п. 21).

²⁶ Отметим, что некоторыми людьми (и (или) в их медицинской документации) используется название конкретного заболевания, например, врожденная гиперплазия надпочечников или синдром нечувствительности к андрогенам, а не термин «интерсексуал» или «РПР».

²⁷ US Citizenship and Immigration Services, “Guidance for Adjudicating Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugee and Asylum Claims” [Служба США по вопросам гражданства и иммиграции, «Руководство по рассмотрению ходатайств лесбиянок, геев, бисексуалов, трансгендерных лиц и интерсексуалов (ЛГБТИ) о предоставлении статуса беженца и убежища»], 27 декабря 2011 г. (далее – Служба США по вопросам гражданства и иммиграции, Руководство по принятию решений по ходатайствам ЛГБТИ), стр. 13, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f269cd72.html>.

²⁸ См. также веб-сайт организации «Адвокаты за осознанный выбор» (Advocates for Informed Choice): <http://aiclegal.org/faq/#whatisintersex>.

²⁹ Jill Schnoebelen, *Witchcraft Allegations, Refugee Protection and Human Rights: A Review of the Evidence*, UNHCR, New Issues in Refugee Research, Research Paper No. 169, January 2009 [Джилл Шнебелен, «Обвинения в ведьмовстве, защита беженцев и права человека: анализ доказательств», УВКБ ООН, «Новые вопросы исследований в отношении беженцев», исследовательская работа № 169, январь 2009 г.], <http://www.unhcr.org/4981ca712.pdf>.

ЛГБТИ (например, они могут не считать свои анатомические особенности частью своей идентичности), а мужчины, практикующие секс с мужчинами, не всегда идентифицируют себя как геи. Важно также четко проводить различие между сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью. Это отдельные понятия, и, как пояснялось выше в п. 8, они отражают разные аспекты идентичности каждого человека.

IV. АНАЛИЗ ВОПРОСА ПО СУЩЕСТВУ

A. Общие положения

12. Надлежащий анализ вопроса о том, является ли заявитель-ЛГБТИ беженцем согласно Конвенции 1951 г. необходимо начинать с того, что заявители имеют право жить в обществе такими, какие они есть, не скрывая своей идентичности³⁰. Согласно позиции, принятой в ряде стран, сексуальная ориентация и(или) гендерная идентичность являются основополагающими аспектами идентичности человека, которые либо присущи ему от рождения, либо неизменны, и человек не должен быть принужден отказываться от своей идентичности или скрывать ее³¹. Хотя сексуальная ориентация и(или) гендерная идентичность может проявляться в сексуальном поведении или при половом акте, во внешнем виде или одежде, о ней может свидетельствовать и целый ряд других факторов, например то, как заявитель живет в обществе или как он (она) выражает (или желает выразить) свою идентичность³².
13. Сексуальная ориентация и (или) гендерная идентичность заявителя может иметь важное значение для ходатайства о предоставлении статуса беженца, где он или она высказывает опасение в отношении вреда, который может быть нанесен вследствие его или ее действительной или воспринимаемой как таковая сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности, которая не соответствует или не считается соответствующей господствующим политическим, культурным или социальным нормам. Такие факторы, как гендер, сексуальная ориентация и гендерная идентичность являются неотъемлемой частью процесса рассмотрения ходатайств, в которых поднимаются вопросы сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. Вред, причиняемый в результате несоответствия ожидаемым гендерным ролям часто является центральным элементом этих ходатайств. В Рекомендациях УВКБ ООН по вопросу преследования по гендерному признаку указано:

Ходатайства о предоставлении статуса беженца на основании нетрадиционной сексуальной ориентации содержат гендерный компонент. Сексуальность или сексуальная практика заявителя может играть важную роль в ходатайстве о предоставлении статуса беженца, если он/она подвергались преследованиям (в том числе дискриминации) в связи со своей сексуальностью или сексуальной практикой. Во многих подобных случаях заявитель отказывается выполнять социально или культурно обусловленные роли или следовать формам поведения, приписываемых его/ее полу³³.

³⁰ УВКБ ООН, дело «НД (Иран) и НТ (Камерун) против Государственного секретаря Министерства внутренних дел – Вмешательство УВКБ ООН в качестве третьей стороны с самостоятельными исковыми требованиями» (UNHCR, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department – Case for the First Intervener (United Nations High Commissioner for Refugees)*), 19 апреля 2010 г. (далее – дело УВКБ ООН, НД и НТ), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html>, п. 1. Сравнение с другими основаниями согласно Конвенции приведено в п. 29 вышеупомянутого документа. См. тж. дело «НД (Иран) и НТ (Камерун) против Государственного секретаря Министерства внутренних дел» (*HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*), Великобритания [2010] UKSC 31, Верховный Суд, 7 июля 2010 г. (далее – дело НД и НТ), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c3456752.html>.

³¹ См., например, дело «Канада (Генеральный прокурор) против Уорда» (*Canada (Attorney General) v. Ward*), [1993] 2 S.C.R. 689, Канада, Верховный суд, 30 июня 1993 г. (далее – Канада против Уорда), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>; дело «Джованни Эрнандес-Монтель против Службы США по вопросам гражданства и иммиграции» (*Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*), US, 225 F.3d 1084, A72-994-275, (9th Cir. 2000), 24 августа 2000 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html>, решение по которому было позже подтверждено в деле «Моралес против Гонзалеса» (*Morales v. Gonzales*), US, 478 F.3d 972, No. 05-70672, (9th Cir. 2007), 3 января 2007 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4829b1452.html>; дело «Заявители S395/2002 и S396/2002 против Министра по делам иммиграции и межнациональным отношениям делам» (*Appellants S395/2002 and S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*), [2003] HCA 71, Австралия, Верховный суд, 9 декабря 2003 г. (далее – дело S395/2002), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>; апелляция беженца № 74665, Апелляционная инстанция Новой Зеландии, 7 июля 2004 г. (далее – апелляция беженца №74665), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42234ca54.html>; дело НД и НТ (сноска 30, пп. 11, 14, 78).

³² Принцип 3 Джекьякартских принципов подтверждает, что сексуальная ориентация и гендерная идентичность, самостоятельно определяемые каждым человеком, являются неотъемлемыми элементами его личности и относятся к фундаментальным аспектам самоидентификации, достоинства и свободы. См. далее S395/2002, п. 81; «Вопрос Тобосо-Альфонсо» (*Matter of Toboso-Alfonso*), Апелляционный совет по иммиграционным делам США, 12 марта 1990 г. (далее – вопрос Тобосо-Альфонсо), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b84.html>; дело «Нассер Мустафа Каруни против Альберто Гонзалеса, Генерального прокурора» (*Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*), US, No. 02-72651, (9th Cir. 2005), 7 марта 2005 г. (далее – дело Каруни), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html>, at III [6]; дело «Лоуренс и др. против Техаса» (*Lawrence, et al. v. Texas*), Верховный суд США, 26 июня 2003 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f21381d4.html>, по которому было определено, что «если сексуальность явно выражается в интимном поведении с другим лицом, то такое поведение может быть лишь одним из элементов более стойкой личной привязанности», стр. 6.

³³ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному признаку, п. 16.

14. Гендерный фактор является значимым для ходатайств о предоставлении статуса беженца, подаваемых как мужчинами-ЛГБТИ, так и женщинами-ЛГБТИ³⁴. Сотрудникам, принимающим решения, необходимо внимательно относиться к различиям в жизненном опыте вышеупомянутых лиц, обусловленным полом/гендером. Например, нормы или информация о стране касательно гетеросексуалов или мужчин-геев может быть неприменимой к опыту лесбиянок, положение которых может в данном контексте быть схожим с положением других женщин в их обществе. Необходимо всесторонне учитывать многообразные и формирующиеся идентичности и их выражение, а также фактические обстоятельства данного лица, культурный, правовой, политический и социальный контекст³⁵.
15. Общественное осуждение разнообразных сексуальных идентичностей или их выражения – это обычно нечто большее, нежели просто неодобрение сексуальной практики. Оно часто подчеркивается реакцией на несоблюдение ожидаемых культурных, гендерных и (или) социальных норм и ценностей. Общественные нормы в отношении того, кто такие мужчины и женщины и как они должны себя вести, обычно построены на гетеронормативных стандартах. И мужчины, и женщины могут подвергаться актам насилия, направленным на то, чтобы заставить их соответствовать принятым в обществе гендерным ролям и (или) запугать других, показав «пример». Такой вред может «сексуализироваться» как средство дальнейшего унижения, овеществления или наказания жертвы за ее сексуальную ориентацию и (или) гендерную идентичность, а также принимать другие формы³⁶.

В. Вполне обоснованные опасения стать жертвой преследования

16. Термин «преследование» в Конвенции 1951 г. четко не определен, однако можно считать, что он охватывает серьезные нарушения прав человека, в том числе угрозу жизни или свободе и другие виды серьезного вреда. Кроме того, менее серьезные формы вреда могут в совокупности составлять преследование. Классифицируются ли те или иные действия как преследование, будет зависеть от обстоятельств дела, включая возраст, гендерную принадлежность, убеждения, чувства и психологическое состояние заявителя³⁷.
17. Дискриминация – общий элемент жизненного опыта многих ЛГБТИ-людей. Как и в других ходатайствах о предоставлении статуса беженца, дискриминация равносильна преследованию, если дискриминационные меры по отдельности или в совокупности приводят к последствиям, наносящим существенный ущерб данному лицу³⁸. Оценку того, является ли совокупное действие такой дискриминации преследованием, надлежит проводить на основе достоверной, важной и актуальной информации о стране происхождения³⁹.
18. Не все заявители-ЛГБТИ, возможно, в прошлом подвергались преследованиям (см. ниже пп. 30-33 о сокрытии как форме преследования и п. 57 о ходатайствах о предоставлении статуса беженца «на месте»). Факт преследования в прошлом не является обязательным условием для получения статуса беженца и, по сути, обоснованность опасений стать жертвой преследований должна строиться на оценке той сложной ситуации, с которой заявителю придется столкнуться по возвращении в страну происхождения⁴⁰. Заявителю не нужно доказывать, что власти знали о его (ее) сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности до того, как он (она) покинул (покинула) страну происхождения⁴¹.
19. Поведение и деятельность могут касаться ориентации или идентичности лица в самых разных аспектах. Они могут выражаться или проявляться во множестве нюансов, едва уловимо или очевидно, через

³⁴ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, п. 3.

³⁵ УВКБ ООН, Заключительные выводы круглого стола, п. 5.

³⁶ УВКБ ООН, Заключительные выводы круглого стола, пп. 6, 16.

³⁷ УВКБ ООН, Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев согласно Конвенции 1951 г. и Протоколу 1967 г. к ней, HCR/1P/4/ENG/REV. 3 (далее – Руководство УВКБ ООН), пп. 51–53.

³⁸ Там же, пп. 54–55.

³⁹ Дело «Молнар против Канады (Министр по вопросам гражданства и иммиграции)» (*Molnar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), 2005 FC 98, Канада, Федеральный суд, 21 января 2005 г. (далее – Молнар против Канады), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fe81df72.html>.

⁴⁰ См., например, дело «Бромфилд против Мукасея» (*Bromfield v. Mukasey*), US, 543 F.3d 1071, 1076-77 (9th Cir. 2008), 15 сентября 2008 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498b08a12.html>; дело № 01102877, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT Case No. 1102877*), [2012] RRTA 101, Австралия, RRT, 23 февраля 2012 г. (*RRT Case No. 1102877*), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html>, п. 91.

⁴¹ Руководство УВКБ ООН, п. 83.

внешний вид, речь, поведение, одежду или привычки либо же вообще не проявляться таким образом. Хотя определенный вид деятельности, в котором выражается или проявляется сексуальная ориентация и (или) гендерная идентичность человека, иногда может считаться обычным, предметом спора являются последствия такого поведения. Другими словами, деятельность, связанная с сексуальной ориентацией, может просто обнаружить или выявить идентичность, подвергающуюся стигматизации, она не приводит к преследованиям и не создает для них основу. По мнению УВКБ ООН, в силу этого различие между формами выражения, которые относятся к «основной сфере» сексуальной ориентации, и другими формами не играет важной роли для целей оценки существования вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований⁴².

Преследование

20. Угрозы жестокого обращения и насилия повсеместно упоминаются в ходатайствах ЛГБТИ-лиц. Физическое, психологическое и сексуальное насилие, в том числе изнасилование⁴³, как правило, означало бы предельный уровень, необходимый для констатации факта преследования. Изнасилование, в частности, признано формой пыток, которая «причиняет жертве глубокие психологические травмы»⁴⁴. Изнасилование используется в таких целях, как «запугивание, унижение, наказание, контроль или уничтожение человека. Как и пытки, изнасилование является ущемлением человеческого достоинства»⁴⁵.
21. Во многих обществах, к примеру, гомосексуальность, бисексуальность и (или) трансгендерное поведение лиц до сих пор считаются различными проявлениями психического расстройства или морального падения, и поэтому различные меры могут приниматься для того, чтобы изменить или откорректировать сексуальную ориентацию и (или) гендерную идентичность такого человека. Насильственные или принудительные действия по изменению сексуальной ориентации и гендерной идентичности человека могут быть равносильны пыткам, бесчеловечному или унижающему достоинство обращению и означать другие серьезные нарушения прав человека, в том числе прав на свободу и безопасность личности. Наиболее яркие примеры, которые по формальным признакам достигают уровня преследований, - это принудительное помещение в исправительное учреждение, принудительная операция по изменению пола, принудительная электрошоковая терапия, принудительное введение лекарственных препаратов или гормональная терапия⁴⁶. Медицинские и

⁴² Дело «Федеративная Республика Германия против Y (C-71/11), Z (C-99/11), C-71/11 и C-99/11» (*Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11), C-71/11 and C-99/11*), CJEU, 5 сентября 2012 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/505ace862.html>, п. 62; дело «RT (Зимбабве) и др. против Государственного секретаря Министерства внутренних дел» (*RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department*), [2012] UKSC 38, Великобритания Верховный суд, 25 июля 2012 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/500fdacb2.html>, пп. 75–76 (лорд Керр); Заявление УВКБ ООН о религиозных преследованиях и толковании п. 1 ст. 9 Квалификационной директивы; УВКБ ООН, дело «Государственный секретарь Министерства внутренних дел (апеллянт) против RT (Зимбабве), SM (Зимбабве) и AM (Зимбабве) (ответчики) и Верховного комиссара ООН по делам беженцев (вступающая сторона) – дело вступающей стороны» (*Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener*), 25 мая 2012 г., дело №2011/0011, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, п. 12(9).

⁴³ Международные уголовные трибуналы в своей практике расширили перечень преступлений, связанных с насилием, которые могут классифицироваться как изнасилование, включив в него оральный секс и вагинальное или анальное проникновение с использованием предметов или какой-либо части тела виновника. См., например, дело «Прокурор против Анто Фурунджия (судебное решение)» (*Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment)*), IT-95-17/1-T, Международный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ), 10 декабря 1998 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40276a8a4.html>, п. 185; дело «Прокурор против Драголюб Кунарача, Радомира Ковача и Зорана Вуковича (решение по апелляции)» (*Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment)*), IT-96-23 & IT-96-23/1-A, МТБЮ, 12 июня 2002 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3debaafe4.html>, п. 128. См. также International Criminal Court, Elements of Crimes, 2011 [Международный уголовный суд, «Состав преступлений»], <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff5dd7d2.html>, ст. 7 (1) (g)-1 и 8(2)(b)(xxii)-1. Пример судебной практики в отношении беженцев см. в деле «Айяла против Генерального прокурора США» (*Ayala v. US Attorney General*), US, No. 09-12113, (11th Cir. 2010), 7 мая 2010 г. (далее – Айяла против Генерального прокурора), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6c04942.html>, где было определено, что оральное изнасилование является преследованием.

⁴⁴ Дело «Айдин против Турции» (*Aydin v. Turkey*), 57/1996/676/866, Совет Европы, Европейский суд по правам человека, 25 сентября 1997 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7228.html>, п. 83. См. также дело «HS (гомосексуалисты: несовершеннолетние, риск после возвращения) (Иран) против Государственного секретаря Министерства внутренних дел» (*HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department*) [2005] UKAIT 00120, Суд по делам предоставления убежища и иммиграции, Великобритания (АИТ), 4 августа 2005 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdafae0.html>, пп. 57, 134, где было признано пытками посягательство сексуального характера, которому заявитель подвергся, находясь под стражей; решение № 36 527, Бельгия: Conseil du Contentieux des Etrangers, 22 декабря 2009 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad94692.html>, где пытки и грубые нарушения физической неприкосновенности заявителя во время нахождения его в местах лишения свободы были признаны преследованиями.

⁴⁵ Дело «Прокурор против Жана-Поля Акаешу (судебное решение)» (*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgment)*), ICTR-96-4-T, Международный трибунал по Руанде, 2 сентября 1998 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40278fbb4.html>, п. 687.

⁴⁶ Джокьякартские принципы, Принцип 18: «Вне зависимости от любой классификации в пользу обратного ни сексуальная ориентация, ни гендерная идентичность того или иного лица сами по себе не являются медицинскими показаниями и не подлежат лечению, излечению или подавлению». См. также дело «Алла Константинова Пичерская против Службы иммиграции и натурализации США» (*Alla Konstantinova Picherskaia v. Immigration and Naturalization Service*), US, 95-70887, (9th Cir. 1997), 24 июня 1997 г. (далее – Пичерская против СИН), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4152e0fb26.html>.

научные опыты без согласия человека также прямо обозначены как форма пыток или бесчеловечного или унижающего достоинство обращения в Международном пакте о гражданских и политических правах⁴⁷. Некоторых интерсексуальных лиц могут принуждать к хирургической операции, которая бы сделала их «нормальными», и там, где это осуществляется без их согласия, такие действия могут составлять преследование. Важно также различать в этих случаях хирургическое вмешательство, необходимое для сохранения жизни или здоровья, и хирургическое вмешательство в косметических целях или в целях соответствия социальным нормам. При проведении оценки необходимо обратить особое внимание на то, было ли хирургическое вмешательство или лечение добровольным и осуществлялось ли оно по осознанному согласию данного лица⁴⁸.

22. Содержание под стражей, в том числе в психологических или медицинских учреждениях, только лишь по причине сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности считается нарушением международного запрета на произвольное лишение свободы и обычно представляет собой преследование⁴⁹. Более того, как отмечено Специальным докладчиком ООН по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, в местах содержания под стражей обычно существует строгая иерархия и лица, находящиеся в нижней ее части, такие как ЛГБТИ-задержанные, подвергаются многочисленным формам дискриминации. Трансгендерные лица, изменившие пол с мужского на женский, подвергаются особой опасности физического и сексуального насилия, если их помещают вместе с общим мужским контингентом заключенных⁵⁰. Административное разделение, или одиночное заключение, только лишь по той причине, что человек относится к категории ЛГБТИ, также может привести к серьезной психологической травме⁵¹.
23. В ходатайствах ЛГБТИ-лиц о предоставлении статуса беженца обычно тесно переплетаются социальные нормы и ценности, включая так называемую «честь семьи». Хотя «простое» неодобрение со стороны семьи или общины не будет представлять собой преследования, оно может быть важным фактором в общем контексте ходатайства. Если неодобрение со стороны семьи или общины проявляется, например, в угрозах тяжкого физического насилия или даже совершения убийства членами семьи или всей общиной во имя «чести», то оно, несомненно, будет классифицировано как преследование⁵². Среди других форм преследований – принудительный брак или брак до достижения совершеннолетия, принудительная беременность и (или) изнасилование супругом (об изнасиловании см. выше в п. 20). В контексте сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности такие формы преследований часто используются как средство отрицания или «исправления» несоответствия. Лесбиянки, бисексуальные женщины и трансгендерные люди подвергаются особой опасности такого

⁴⁷ МПГПП, ст. 7: «... В частности, ни одно лицо не должно без его свободного согласия подвергаться медицинским или научным опытам». Как подтверждено, например, Комитетом ООН против пыток и Специальным докладчиком ООН по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, такие действия включают проведение у мужчин, подозреваемых в гомосексуальном поведении, анальных обследований без их согласия с целью доказать их гомосексуальность. См. далее УВКПЧ ООН, Доклад о сексуальной ориентации и гендерной идентичности, п. 37.

⁴⁸ См. Комитет ООН по ликвидации дискриминации в отношении женщин (КЛДЖ), *Сообщение № 4/2004*, 29 августа 2006 г., CEDAW/C/36/D/4/2004, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fdb288e2.html>, в котором рассматривается вопрос о принудительной стерилизации как нарушении прав женщин на осознанное согласие и достоинство (п. 11.3). В отношении проведения хирургических операций при рождении главным фактором является обеспечение наилучших интересов ребенка с учетом прав и обязанностей его родителей, опекунов или других лиц, несущих за него ответственность по закону (Конвенция о правах ребенка (КПР), ст. 3). Если операция по изменению пола или пластическая операция предполагается в более поздний детский период, то «государства-участники обеспечивают ребенку, способному сформулировать свои собственные взгляды, право свободно выражать эти взгляды по всем вопросам, затрагивающим ребенка, причем взглядам ребенка уделяется должное внимание в соответствии с возрастом и зрелостью ребенка» (КПР, ст. 12 п. 1).

⁴⁹ См. Рабочая группа ООН по произвольным задержаниям, Заключение №22/2006 (Камерун) и №42/2008 (Египет); A/HRC/16/47, приложение, п. 8(е). См. также УВКБ ООН, «Руководство по применяемым критериям и стандартам в отношении задержания лиц, ищущих убежища, и альтернатив содержанию под стражей», 2012 г. (далее – УВКБ ООН, Руководство по содержанию под стражей), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵⁰ УВКПЧ ООН, Доклад о сексуальной ориентации и гендерной идентичности, п. 34.

⁵¹ Как отмечено в Руководстве по содержанию под стражей, «одиночное заключение не является подходящим решением для обеспечения защиты таких лиц» (п. 65).

⁵² Комитет ООН по правам человека и Межамериканская комиссия по правам человека пришли к выводу о том, что бездействие государства в отношении угроз смерти представляет собой нарушение права на жизнь. См. тж. дело № 0902671, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT Case No. 0902671*), [2009] RRTA 1053, Австралия, RRT, 12 ноября 2009 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b57016f2.html>, где было определено, что «вероятность для заявителя подвергнуться серьезному вреду, возможно смерти путем убийства во имя чести, в случае его возвращения [в страну происхождения] в данный момент или в разумно обозримом будущем реальна и представляет собой серьезный вред... в том, что он является умышленным или преднамеренным и является преследованием по причинам, предусмотренным Конвенцией». См. тж. дело «Маккетт против Министра по вопросам гражданства и иммиграции» (*Muckette v. Minister of Citizenship and Immigration*), 2008 FC 1388, Канада, Федеральный суд, 17 декабря 2008 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989a27e2.html>. Дело было возвращено на пересмотр, так как низшая инстанция «не рассмотрела вопрос о том, были ли угрозы смерти реальными для них, и фактически прекратила дело, потому что никто не пытался убить заявителя».

вреда из-за повсеместного гендерного неравенства, которое ограничивает самостоятельность в принятии решения о сексуальности, деторождении и семейной жизни⁵³.

24. ЛГБТИ-лица могут также не иметь возможности в полной мере пользоваться своими правами человека в вопросах частного и семейного права, включая наследование, опеку, права на посещение детей и право на пенсию⁵⁴. Их права на свободу выражения мнения, объединения и на свободу собраний могут быть ограничены⁵⁵. Кроме того, им могут отказывать в осуществлении ряда экономических и социальных прав, в том числе в отношении жилья, образования⁵⁶ и здравоохранения⁵⁷. Молодые люди-ЛГБТИ могут быть лишены возможности ходить в школу, могут подвергаться домогательствам, запугиванию и (или) изоляции. Остракизм со стороны общества может оказывать разрушительное влияние на психическое здоровье его объектов, особенно если он продолжается в течение длительного периода времени и сопровождается безнаказанностью или игнорированием. Совокупный эффект таких ограничений осуществления прав человека может в данном случае представлять собой преследование.
25. ЛГБТИ-люди могут также подвергаться дискриминации в вопросах трудоустройства и сохранении рабочего места⁵⁸. Их сексуальная ориентация и (или) гендерная идентичность могут проявляться на рабочем месте, результатом чего становятся домогательства, понижение в должности или увольнение. В частности, для трансгендерных лиц лишение работы, часто в сочетании с отсутствием жилья и поддержки со стороны семьи, во многих случаях является фактором, который вынуждает их заниматься проституцией, где они подвергаются серьезной физической опасности и риску для здоровья. Хотя увольнение с работы обычно не считается преследованием, даже в случае его дискриминационного или несправедливого характера, если человек может доказать, что его или ее ЛГБТИ-идентичность сделает получение какой-либо оплачиваемой работы в стране происхождения в высшей степени маловероятным, то такое увольнение может быть равносильно преследованию⁵⁹.

Законы, предусматривающие уголовную ответственность за однополые отношения

26. Многие заявители из числа лесбиянок, геев или бисексуалов прибывают из стран, где за однополые отношения по взаимному согласию предусмотрена уголовная ответственность. Общеизвестно, что такие уголовные законы являются дискриминационными и нарушают международные нормы в области прав человека⁶⁰. Там, где люди подвергаются опасности преследований или наказаний, например, в форме смертной казни, лишения свободы или жестокого телесного наказания, включая порку, особенно очевидно, что такие законы по своему характеру являются преследованиями⁶¹.
27. Даже если уголовные законы, запрещающие однополые отношения, применяются нерегулярно, редко или вообще не применяются, они могут привести к невыносимым условиям для ЛГБ-лиц, которые в совокупности равносильны преследованиям. В зависимости от контекста страны криминализация

⁵³ УВКПЧ ООН, Доклад о сексуальной ориентации и гендерной идентичности, п. 66.

⁵⁴ Там же, пп. 68–70.

⁵⁵ Там же, пп. 62–65.

⁵⁶ Там же, пп. 58–61.

⁵⁷ Там же, пп. 54–57.

⁵⁸ Там же, пп. 51–53.

⁵⁹ Служба гражданства и иммиграции США, Руководство по принятию решений по ходатайствам ЛГБТИ, стр. 23. См. тж. дело «Кадри против Мукасея» (*Kadri v. Mukasey*), США, Nos. 06-2599 & 07-1754, (1st Cir. 2008), 30 сентября 2008 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498b0a212.html>. Дело было возвращено на пересмотр с целью учета нормы в отношении экономических преследований, упомянутой в деле *T-Z- v. I & N*, Dec. 163 (Апелляционный совет по иммиграционным вопросам США, 2007), где было постановлено, что «[нефизический] вред или страдания... такие как умышленное создание экономически невыгодного положения либо лишение свободы, питания, жилья, работы или других жизненно необходимых элементов, могут составлять преследование».

⁶⁰ См., например, Туен против Австралии (сноска 11 выше), где было установлено, что закон о мужеложестве, действующий на упомянутой в деле территории, нарушает право на неприкосновенность частной жизни и право на равенство перед законом.

⁶¹ Европейский Союз, Европейский Парламент, Директива 2011/95/ЕС Европейского Парламента и Совета от 13 декабря 2011 г. по стандартам для квалификации граждан третьих стран или лиц без гражданства в качестве бенефициаров международной защиты и по единому статусу для беженцев или для лиц, имеющих право на дополнительную защиту, и по содержанию предоставляемой защиты (переработанная) (далее – Квалификационная директива), ст. 9; COC and Vrije Universiteit Amsterdam, *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe* [COC и Свободный Амстердамский университет, «Спасаясь от гомофобии: ходатайства о предоставлении убежища в связи с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью в Европе»], сентябрь 2011 г. (далее – Доклад «Спасаясь от гомофобии»), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ebba7852.html>, стр. 22–24. См. тж. дело *Arrêt n° 50 966*, Бельгия, Conseil du Contentieux des Etrangers, 9 ноября 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad967f2.html>, в отношении лесбиянки, где было установлено, что лишение свободы за гомосексуальное поведение сроком на 1-5 лет и штрафы в размере от 100 тыс. до 1500 тыс. франков и гомофобные настроения в обществе являются достаточными основаниями для того, чтобы в обстоятельствах данного дела можно было сделать вывод о существовании факта преследования (п. 5.7.1). Аналогично в решении №50967, Бельгия, Судебный Совет по делам иностранцев (Conseil du Contentieux des Etrangers), 9 ноября 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad97d92.html>, в отношении мужчины-гея.

однополых отношений может создать или способствовать созданию атмосферы нетерпимости и провоцировать угрозу преследований за такие отношения. Существование таких законов может использоваться органами власти или негосударственными субъектами в целях шантажа и вымогательства. Такие законы могут способствовать политической риторике, подвергающей ЛГБ-людей опасности вреда, связанного с преследованиями. Кроме того, они могут препятствовать обращению ЛГБ-людей за защитой государства и получению ими такой защиты.

28. Оценивая «вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований» в таких случаях, необходимо основываться на фактах, обращая внимание как на заявителя, так и на контекстуальные обстоятельства дела. Необходимо изучить правовую систему соответствующей страны, в том числе действующее законодательство в данной области, его толкование, применение и фактическое влияние на заявителя⁶². Элемент «опасения» касается не только лиц, к которым такие законы уже применены, но и лиц, которые хотят избежать опасности применения к ним таких законов. Если информация о стране происхождения не позволяет установить, применяются ли фактически в ней такие законы, и в какой степени, то свидетельством того, что ЛГБТИ-людей, тем не менее, преследуют, может быть всепроникающая и всеобщая атмосфера гомофобии в стране происхождения.
29. Даже если однополые отношения по взаимному согласию не закреплены как уголовное преступление конкретными положениями законодательства, нормативно-правовые акты общего действия, например, законы об общественной морали или общественном порядке (например, о праздношатании), могут избирательно применяться к ЛГБТИ-лицам и иметь дискриминационный характер, делая жизнь заявителя невыносимой и являясь, таким образом, преследованиями⁶³.

Скрытие сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности

30. ЛГБТИ-люди часто хранят определенные аспекты, а иногда и значительную часть своей жизни в тайне. Многие из них не живут открыто как ЛГБТИ в стране происхождения, а у некоторых, возможно, не было никаких интимных связей. Многие подавляют свою сексуальную ориентацию и (или) гендерную идентичность, чтобы избежать серьезных последствий огласки, включая опасность суровых уголовных санкций, произвольных налетов на дома, дискриминацию, общественное осуждение или изгнание из семьи.
31. То, что заявитель может избежать преследований, скрывая свою сексуальную ориентацию или гендерную идентичность либо проявляя «благоразумие» в этом отношении, как и то, что он уже так поступал, не является веским основанием для отказа в предоставлении статуса беженца. Как подтверждают многочисленные решения во многих странах, человеку нельзя отказывать в предоставлении статуса беженца, апеллируя к тому, что он может изменить или скрывать свою идентичность, убеждения или характеристики, дабы избежать преследования⁶⁴. ЛГБТИ-люди имеют такие же права на свободу выражения и собраний, как и другие⁶⁵.

⁶² Руководство УВКБ ООН, п. 45.

⁶³ Дело № 01102877, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT дело № 1102877*), [2012] RRTA 101, Австралия, RRT, 23 февраля 2012 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html>, пп. 89, 96; дело № 071862642, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT дело № 071862642*), [2008] RRTA 40, Австралия, RRT, 19 февраля 2008 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4811a7192.html>.

⁶⁴ Например, дело НД и НТ, см. выше сноску 30; дело УВКБ ООН, НД и НТ, см. выше сноску 30, пп. 26–33; дело S395/2002, см. выше сноску 31; апелляция беженца № 74665, см. выше сноску 31; дело Каруни, см. выше сноску 32; дело *KHO:2012:1*, Финляндия, Верховный административный суд, 13 января 2012 г. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f3cdf7e2.html>. См. также УВКБ ООН, «Рекомендации по международной защите №2: «Принадлежность к определенной социальной группе» в контексте ст. 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.», 7 мая 2002 г., HCR/GIP/02/02 (далее – УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу принадлежности к социальной группе), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html>, пп. 6, 12; УВКБ ООН, «Рекомендации по международной защите №6: заявления о предоставлении статуса беженца по религиозным мотивам в соответствии со ст. 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.», 28 апреля 2004 г., HCR/GIP/04/06 (далее – УВКБ ООН, Рекомендации по религиозному мотиву), п. 13; УВКБ ООН, дело «Государственный секретарь Министерства внутренних дел (заявитель) против RT (Зимбабве), SM (Зимбабве) и AM (Зимбабве) (ответчики) и Верховного комиссара ООН по делам беженцев (третья сторона) – Вмешательство УВКБ ООН в качестве третьей стороны с самостоятельными исковыми требованиями (*Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener*), 25 мая 2012 г., дело №2011/0011, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, п. 9.

⁶⁵ Как отметил Верховный суд Великобритании в решении по делу НД и НТ (сноска 30): «Основополагающая идея Конвенции состоит в том, ... что люди должны иметь возможность жить свободно, не опасаясь, что им может быть причинен вред определенной силы или продолжительности из-за того, что они, скажем, имеют черный цвет кожи либо являются потомками какого-то бывшего диктатора или же имеют нетрадиционную сексуальную ориентацию. В случае отсутствия свидетельств об обратном, подразумевается, что они не должны бояться жить открыто, в данном случае, не опасаясь преследований. Позволяя им жить открыто и без таких опасений, принимающее государство предоставляет им защиту взамен той защиты, которую им должно было предоставить их собственное государство», п. 52.

32. С учетом этого общего принципа следует рассмотреть вопрос о том, с какими трудностями заявитель столкнулся бы в случае возвращения в страну происхождения. Это требует изучения возможных последствий возвращения заявителя в страну гражданской принадлежности или постоянного местожительства, основанного на конкретных фактах, и рассмотрения вопроса о том, равносильны ли эти последствия преследованию. Вопрос заключается не в том, мог ли бы заявитель, проявляя благоразумие, жить в этой стране без негативных последствий. Важно отметить, что даже если заявителям до данного момента, возможно, удавалось избежать вреда, скрывая свою ориентацию или идентичность, обстоятельства со временем могут измениться и скрытность нельзя рассматривать как решение на всю жизнь. Риск огласки также не обязательно ограничивается их собственным поведением. Почти всегда есть вероятность огласки против воли человека, например, случайно, из-за слухов или возрастающего подозрения⁶⁶. Важно также понять, что даже если ЛГБТИ-люди скрывают свою сексуальную ориентацию или гендерную идентичность, они все равно могут подвергаться риску раскрытия и сопутствующего вреда из-за несоблюдения установленных социальных норм (например, в отношении брака и рождения детей). Отсутствие определенных ожидаемых действий и поведения выявляет различие между ними и остальными людьми, что может подвергнуть их опасности причинения вреда⁶⁷.
33. Вынужденное сокрытие своей сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности может также привести к значительному психологическому ущербу и другим формам вреда. Дискриминационное и осуждающее отношение, нормы и ценности могут иметь серьезные последствия для психического и физического здоровья ЛГБТИ-людей⁶⁸ и в отдельных случаях приводить к невыносимым трудностям, равносильным преследованию⁶⁹. Необходимо учитывать, в том числе в долгосрочной перспективе, такой фактор, как чувство самоотречения, страдания, стыда, отчужденности и даже ненависти к самим себе, возникающее как реакция на невозможность открыто заявлять о своей сексуальности или гендерной идентичности.

Агенты преследования

34. В определении термина «беженец» предусмотрена возможность признания преследований, исходящих как от государственных, так и от негосударственных субъектов. Преследования со стороны государства могут выражаться, например, посредством введения уголовной ответственности за однополые отношения по взаимному согласию и реализации соответствующих законов либо же посредством нанесения вреда государственными чиновниками или лицами, которые находятся под контролем государства, такими как полицейские или военнослужащие. Отдельные действия «неконтролируемых» сотрудников могут также рассматриваться как государственное преследование, особенно если речь идет о сотрудниках полиции и других ведомств, задача которых – защищать население⁷⁰.
35. В ситуациях, где угроза причинения вреда исходит от негосударственных субъектов, факт преследования считается установленным, если государство не может или не желает обеспечить защиту от подобного вреда. Негосударственные субъекты, в том числе члены семьи, соседи или вся община, могут принимать непосредственное или косвенное участие в актах преследования, включая запугивание, домогательства, бытовое насилие и иные формы физического, психологического и сексуального насилия. В некоторых странах вооруженные или агрессивно настроенные группировки, например, различные военизированные и повстанческие группы, а также преступные банды и

⁶⁶ Дело S395/2002, сноска 31, пп. 56–58.

⁶⁷ Дело «SW (заявительницы - лесбиянки –НЛ и НТ) (Ямайка) против Государственного секретаря Министерства внутренних дел» (*SW (lesbians - NL and NT applied) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department*), Великобритания, CG [2011] UKUT 00251(AC), Суд высшей инстанции (Палата по делам иммиграции и убежища), 24 июня 2011 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e0c3fae2.html>.

⁶⁸ Дискриминация в отношении ЛГБТИ-лиц связана с проблемами психического здоровья. Исследования показали, что субъективное отрицательное отношение к негетеросексуальности ЛГБ-людей связано с трудностями самооценки, депрессией, психосоциальными и психологическими расстройствами, физическим здоровьем, интимной сферой, социальной поддержкой, качеством отношений и карьерным ростом. См. APA, “Practice Guidelines for LGB Clients, Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients” [Американская ассоциация психологов, «Практические рекомендации для ЛГБ-клиентов, рекомендации по психологической практике работы с ЛГБ-клиентами»] (далее – ААП, Практические рекомендации для ЛГБ-клиентов), <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx?item=3>.

⁶⁹ Дело «Патмакантан против Холдера» (*Pathmakanthan v. Holder*), США, 612 F.3d 618, 623 (7th Cir. 2010), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d249efa2.html>.

⁷⁰ См. дело «Айяла против Генерального прокурора США», сноска 42. Отношение со стороны группы полицейских (грабег и сексуальное насилие) представляло собой преследования и было связано с сексуальной ориентацией заявителя.

«комитеты бдительности», могут направлять свою деятельность непосредственно на преследование ЛГБТИ-лиц⁷¹.

36. В сценариях, в которых участвуют негосударственные агенты преследований, защита со стороны государства от предполагаемых опасений должна быть доступной и эффективной⁷². Защита со стороны государства не может рассматриваться как доступная или эффективная, если, например, полиция не реагирует на просьбы о защите или если органы власти отказываются с надлежащим усердием расследовать случаи насилия в отношении ЛГБТИ-лиц, привлекать к ответственности или наказывать виновных (негосударственных субъектов)⁷³. В зависимости от ситуации в стране происхождения законы, предусматривающие уголовную ответственность за однополые отношения, обычно указывают на то, что ЛГБ-лица не получают надлежащую защиту. Если в стране происхождения продолжают действовать подобные законы, то было бы неразумно ожидать, что заявитель сначала обратится за защитой государства от вреда, вытекающего из того, что, согласно закону, является преступным деянием. В таких случаях есть основания предполагать, при отсутствии доказательств обратного, что соответствующая страна не может или не желает защитить заявителя⁷⁴. Как и в других видах ходатайств, заявителю не нужно доказывать, что он (она) обращался (обращалась) к органам власти за защитой перед бегством из страны. Заявителю нужно просто констатировать, что после возвращения защита не была или не будет доступна или эффективна.
37. Если правовое и социально-экономическое положение ЛГБТИ-лиц в стране происхождения улучшается, то доступность и эффективность защиты со стороны государства необходимо тщательно оценить на основе достоверной и актуальной информации о стране происхождения. Реформы не должны носить исключительно промежуточный характер. Если отменены законы, устанавливающие уголовную ответственность за однополые отношения, или приняты другие позитивные меры, то такие реформы в ближайшем или обозримом будущем могут не повлиять на то, как общество в целом относится к людям с иной сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью⁷⁵. Существование определенных элементов, таких как антидискриминационные законы или функционирование ЛГБТИ-организаций и проведение соответствующих мероприятий, не обязательно ослабляет обоснованность опасений заявителя⁷⁶. Несоответствие общественного поведения закону, а также глубоко укоренившаяся система предубеждений могут послужить причиной того, что опасность для ЛГБТИ-лиц будет сохраняться в том случае, если власти не смогут добиться реализации законов, призванных защищать этих лиц⁷⁷. Необходимы изменения де-факто, а не просто де-юре, и обязательным компонентом является анализ обстоятельств каждого конкретного дела.

⁷¹ Дело «P.S., или S.J.P., против Холдера, Генерального прокурора» (*P.S., a/k/a S.J.P., v. Holder, Attorney General*), США, No. 09-3291, Agency No. A99-473-409, (3rd Cir. 2010), 22 июня 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fbf263f2.html>, касалось мужчины-гея, ставшего объектом травли со стороны негосударственной вооруженной группировки. См. тж. дело № 98/22948, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT Case No. 98/22948*), [2000] RRTA 1055, Австралия, RRT, 2 ноября 2000 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b7a97fd2.html>, где было установлено, что заявитель подвергается опасности преследований со стороны «комитетов бдительности». Определение бедных мужчин-геев как «расходного материала» подвергало их опасности стать жертвами операций по «социальной зачистке».

⁷² Руководство УВКБ ООН, пп. 97–101; Комитет ООН по правам человека, Замечание общего порядка № 31 [80], Характер общего юридического обязательства, налагаемого на государства-участники Пакта, 26 мая 2004 г., CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b26ae2.html>, пп. 8, 15–16; КЛДЖ, Общая рекомендация № 28 – Основные обязательства государств-участников по статье 2 Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, 19 октября 2010 г., CEDAW/C/2010/47/GC.2, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d467ea72.html>, п. 36.

⁷³ См., например, UK Home Office, “Sexual Orientation Issues in the Asylum Claim” [Министерство внутренних дел Великобритании, «Вопросы сексуальной ориентации в ходатайстве о предоставлении убежища»], 6 октября 2011 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4eb8f0982.html>, стр. 6.

⁷⁴ УВКБ ООН, Заключительные выводы круглого стола, п. 8.

⁷⁵ В деле № 0905785, Трибунал по пересмотру отрицательных решений по вопросам предоставления убежища (*RRT Case No. 0905785*), [2010] RRTA 150, Австралия, RRT, 7 марта 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c220be62.html>, было установлено, что отмена уголовной ответственности за гомосексуальные действия в конкретной стране вряд ли сразу же повлияет на то, как люди относятся к гомосексуализму (п. 88).

⁷⁶ Служба гражданства и иммиграции США, Руководство по принятию решений по ходатайствам ЛГБТИ, стр. 25. См. тж. дело «Герреро против Канады (Министр по вопросам гражданства и иммиграции)» (*Guerrero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), 2011 FC 860, Канада, Федеральный суд, 8 июля 2011 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fa952572.html>, по которому было отмечено, что присутствие множества неправительственных организаций, борющихся с дискриминацией по признаку сексуальной ориентации, само по себе является показательным фактором при рассмотрении ситуации в стране.

⁷⁷ См. Решение № 616907, К (*Judgment No. 616907, K*), Франция, Cour nationale du droit d'asile, 6 апреля 2009 г., краткое содержание приведено в *Contentieux des réfugiés: Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile - Année 2009*, 26 октября 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9db02.html>, стр. 61–62. В этом решении мужчина-гей родом из определенной территории был признан беженцем на том основании, что, несмотря на то, что законом 2004 г. была запрещена любая дискриминация по признаку сексуальной ориентации, лица, публично демонстрирующие свою гомосексуальность, регулярно подвергаются домогательствам и дискриминации, не имея возможности воспользоваться защитой органов власти.

С. Причинно-следственная связь («в силу»)

38. Как и в случае с другими видами ходатайств о предоставлении статуса беженца, вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований должны базироваться на одном или нескольких из пяти мотивов, приведенных в определении термина «беженец» в статье 1А(2) Конвенции 1951 г. Мотив, указанный в Конвенции, должен быть сопутствующим фактором возникновения вполне обоснованных опасений стать жертвой преследования, однако он не обязательно должен быть единственной и даже преобладающей причиной.
39. Лица, совершающие насилие в отношении ЛГБТИ-людей, могут обосновывать его намерением «исправить», «исцелить» или «вылечить» такого человека⁷⁸. Намерение или мотив лица, совершающего такое насилие, может быть важным фактором, но не предпосылкой для установления «причинно-следственной связи»⁷⁹. Для того, чтобы установить причинно-следственную связь, не обязательно доказывать карательные намерения преследователя⁸⁰. Внимание, прежде всего, следует уделять причинам того тяжелого положения, в котором боится оказаться заявитель в рамках общего контекста дела, а также тому, какие именно последствия такой вред будет иметь для заявителя, а не на образ мыслей преследователя. Тем не менее, если можно доказать, что виновник насилия вменяет или приписывает заявителю один из мотивов, указанных в Конвенции, то этого достаточно для установления причинно-следственной связи⁸¹. Когда насилие совершает негосударственный субъект, то причинно-следственную связь можно установить либо в том случае, если этот субъект может причинить вред ЛГБТИ-лицу по мотиву, предусмотренному Конвенцией, либо в том случае, если государство вряд ли защитит это лицо по признаку, предусмотренному Конвенцией⁸².

Д. Признаки по Конвенции

40. Пять признаков, предусмотренных Конвенцией, а именно раса, вероисповедание, гражданство, принадлежность к определенной социальной группе и политические убеждения, не являются взаимоисключающими и могут существовать одновременно. В конкретном деле могут фигурировать несколько таких мотивов. Ходатайства, связанные с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью чаще всего классифицируются по признаку «принадлежность к определенной социальной группе». Вместе с тем, в зависимости от политического, религиозного и культурного контекста ходатайства другие мотивы также могут иметь важное значение. Например, активисты ЛГБТИ-движения и правозащитники (либо лица, считающиеся таковыми) могут обосновывать одно или оба ходатайства своими политическими убеждениями или вероисповеданием, если, к примеру, их деятельность считается противоречащей преобладающим политическим или религиозным взглядам и (или) практике.
41. Лица могут подвергаться преследованиям в связи со своей фактической или предполагаемой сексуальной ориентацией или гендерной идентичностью. Убеждения, вероисповедание или принадлежность к группе могут приписываться заявителю государством или негосударственным агентом преследований, даже если заявитель не является ЛГБТИ, и на основании этого суждения заявитель может в результате подвергаться преследованиям. Например, к числу ЛГБТИ-лиц могут отнести женщин и мужчин, чей внешний вид и роль в обществе выходят за рамки устоявшихся стереотипов. При этом вовсе не обязательно, чтобы они действительно были таковыми⁸³. Трансгендерным лицам часто причиняют вред из-за приписываемой им сексуальной ориентации. Партнеров таких людей могут воспринимать как геев или лесбиянок либо просто как лиц, которые не

⁷⁸ Джокьякартские принципы, Принцип 18.

⁷⁹ Руководство УВКБ ООН, п. 66.

⁸⁰ В деле «Пичерская против СИН» (сноска 45) было установлено, что выдвинутое к заявителю требование доказать карательное намерение виновника не было обоснованным.

⁸¹ УВКБ ООН, «Толкование статьи 1 Конвенции 1951 года о статусе беженцев», апрель 2001 г., п. 19, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>.

⁸² УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу принадлежности к социальной группе, п. 23.

⁸³ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, п. 32; UNHCR, *Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation*, 3 September 2004 [УВКБ ООН, Консультативное заключение для Токийской коллегии адвокатов в отношении ходатайств о предоставлении убежища в связи с сексуальной ориентацией], п. 5, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html>. См. тж. Дело «Квази Аманфи против Джона Эшкрофта, Генерального прокурора» (*Kwasi Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General*), США, Nos. 01-4477 and 02-1541, (3rd Cir. 2003), 16 мая 2003 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb2c1a.html>, которое касалось заявителя, утверждавшего о наличии преследований в связи с приписываемой ему гомосексуальностью.

соответствуют общепринятым гендерным ролям и моделям поведения или имеют связь с трансгендерными лицами.

Вероисповедание

42. Если человек считается не соответствующим учениям конкретной религии в силу своей сексуальной ориентации или гендерной идентичности и подвергается вследствие этого серьезному вреду либо наказанию, то данное лицо может иметь вполне обоснованные опасения стать жертвой преследований по признаку вероисповедания⁸⁴. Учения основных религий мира по вопросу сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности различаются – от открытого осуждения, включая толкование гомосексуализма как «мерзости», «греха», «беспорядка» или отступничества, до полного принятия многообразия сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. При этом некоторые из этих учений с течением времени или в конкретных контекстах изменились. Лица, не относящиеся к ЛГБТИ, также могут подвергаться преследованиям по религиозным мотивам, например, если их считают (ошибочно) ЛГБТИ-людьми или если они поддерживают – или считается, что они поддерживают – этих людей или их права.
43. Отрицательное отношение религиозных групп и общин к ЛГБТИ-лицам может варьироваться от порицания однополых отношений, трансгендерного поведения или выражения идентичности до активного противодействия, включая протесты, избиения, действия, направленные на то, чтобы заклеймить/опозорить ЛГБТИ-людей, отлучение от церкви и даже казнь. Ходатайство может основываться одновременно на двух признаках - вероисповедании и политических убеждениях - в том случае, если в стране отсутствует четкое разделение религиозных и государственных органов⁸⁵. Религиозные организации могут приписывать ЛГБТИ-лицам противодействие их учениям или власти, причем независимо от того, правда это или нет. ЛГБТИ-заявители могут продолжать исповедовать веру, в которой они подвергаются вреду или угрозе причинения вреда.

Принадлежность к определенной социальной группе

44. В Конвенции 1951 г. нет конкретного перечня определенных социальных групп. «Термин «принадлежность к определенной социальной группе» должен толковаться с учетом эволюционных процессов, многоплановой и меняющейся природы групп в различных обществах, а также развития международных норм в области прав человека»⁸⁶. УВКБ ООН дает такое определение понятию «определенная социальная группа»:

группа лиц, имеющих общую характеристику, иную, нежели риск подвергнуться преследованиям, либо воспринимаемых обществом как группа. Такая характеристика часто бывает врожденной, постоянной либо такой, которая по иным причинам имеет основополагающее значение для идентичности, самосознания человека или для осуществления им своих прав⁸⁷.

45. Два принципа выявления «определенных социальных групп», - «неотъемлемые характеристики» и «общественное восприятие» - отраженные в этом определении, являются *альтернативными*, а не совокупными подходами. В рамках подхода, основанного на «неотъемлемых характеристиках», рассматривается вопрос о том, объединяет ли группу постоянная характеристика либо характеристика, имеющая столь основополагающее значение для человеческого достоинства, что человека нельзя принудить отказаться от нее. В рамках же второго подхода, основанного на «общественном восприятии», рассматривается вопрос о том, являются ли представители группы носителями общей характеристики, позволяющей считать их отдельной группой или выделяющей их из общества в целом.
46. Широко признан тот факт, что при надлежащем применении любого из этих подходов лесбиянки⁸⁸, мужчины-геи⁸⁹, бисексуалы⁹⁰ и трансгендерные лица⁹¹ будут классифицироваться как члены

⁸⁴ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, п. 25. См. по аналогии дело S-A, промежуточное решение № 3433, Апелляционный совет по иммиграционным делам США, 27 июня 2000 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6f224.html>.

⁸⁵ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, п. 26.

⁸⁶ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу принадлежности к социальной группе, п. 3.

⁸⁷ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу принадлежности к социальной группе, п. 11. Выделено авторами.

⁸⁸ См., например, «Пичерская против СИН», сноска 45; Решения VA0-01624 и VA0-01625 (в закрытом заседании), Канада, Совет по делам иммиграции и беженцев, 14 мая 2001 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246f092.html>; дело «Ислам (А.Р.) против Государственного секретаря Министерства внутренних дел по обвинению Иммиграционного апелляционного суда и других, Ишмени Шаха (А.Р.)» (*Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*), Великобритания, Палата лордов (Судебный комитет), 25 марта 1999 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>, стр. 8–10.

«определенных социальных групп» в значении определения термина «беженец»⁹². Заявителями-интерсексуалами подается относительно меньшее число ходатайств, но они на первый взгляд также подпадают под любой из этих подходов.

47. Сексуальная ориентация и (или) гендерная идентичность считаются врожденными и постоянными характеристиками или характеристиками, имеющими настолько основополагающее значение для человеческого достоинства, что лицо нельзя принуждать отказаться от них. Если идентичность заявителя все еще развивается, то заявитель может описывать свою сексуальную ориентацию и (или) гендерную идентичность как динамичную или же выражать замешательство либо неопределенность в отношении своей сексуальности и (или) идентичности. В обеих ситуациях эти характеристики в любом случае следует считать основополагающими для развивающейся идентичности заявителя и по праву рассматривать их в рамках принадлежности к социальной группе.
48. В целях определения термина «беженец» члены социальной группы не обязательно должны быть связаны друг с другом или выделяться в обществе. «Общественное восприятие» не предполагает наличия чувства общности или отождествления с группой, которое может присутствовать у членов организации или объединения. Таким образом, члены социальной группы могут не знать друг друга⁹³.
49. Сотрудникам, принимающим решения, не следует полагаться на стереотипы или предположения, включая видимые признаки или их отсутствие, поскольку это может вводить в заблуждение при определении принадлежности заявителя к определенной социальной группе. Не все ЛГБТИ-лица выглядят или ведут себя в соответствии со стереотипными понятиями. Кроме того, хотя признак или характеристика, выражаемые визуально, могут подкреплять вывод о том, что заявитель принадлежит к социальной группе ЛГБТИ, такой признак или характеристика не является предварительным условием для признания данной группы⁹⁴. По сути, группа лиц может стремиться не проявлять своих общих характеристик в обществе именно с целью избежать преследований (см. выше пп. 30-33)⁹⁵. Подход, основывающийся на общественном восприятии, не требует ни того, чтобы общий признак был заметен буквально невооруженным глазом, ни того, чтобы этот признак могла легко распознать широкая общественность⁹⁶. Кроме того, не обязательно, чтобы конкретные члены группы или их общие характеристики были широко известны в обществе. Определение основывается исключительно на том, является ли группа «узнаваемой» или «выделяющейся в обществе» в более общем, абстрактном смысле.

Политические убеждения

50. Термин «политические убеждения» следует толковать широко как включающий все мнения по любым вопросам, в которых могут быть задействованы государственный аппарат, общество или политика⁹⁷. Политические убеждения могут включать также мнение касательно гендерных ролей в семье,

⁸⁹ См., например, вопрос Тобосо-Альфонсо, сноска 32; апелляция беженца № 1312/93 по делу GJ, Апелляционная инстанция Новой Зеландии по вопросам статуса беженца, 30 августа 1995 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>.

⁹⁰ См., например, дело «VRAW против Министра по делам иммиграции, межнациональным делам и делам коренных народов» (VRAW v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs), [2004] FCA 1133, Австралия, Федеральный суд, 3 сентября 2004 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dada05c2.html>; Решение T98-04159, Канада, Совет по делам иммиграции и беженцев, 13 марта 2000 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dada1672.html>.

⁹¹ См., например, дело СПСБ № 09033346, сноска 24; CE, SSR, 23 июня 1997 г., 171858, Ourbih, 171858, Франция, Conseil d'Etat, 23 июня 1997 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b67c14.html>.

⁹² Сексуальная ориентация и (или) гендерная идентичность прямо включены в определение термина «беженец» в ряде региональных и национальных законодательных актов. Например, Европейский Союз принял определение термина «определенная социальная группа», признав, что «в зависимости от обстоятельств в стране происхождения, определенная социальная группа может включать группу, основывающуюся на такой общей характеристике, как сексуальная ориентация». Квалификационная директива, ст. 10.

⁹³ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу принадлежности к социальной группе, пп. 15-16.

⁹⁴ Решение № 634565/08015025, С, Франция, Cour nationale du droit d'asile, 7 июля 2009 г., краткое изложение приведено в Contentieux des réfugiés: Jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour nationale du droit d'asile - Année 2009, 26 октября 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9db02.html>, стр. 58-59. Этим решением беженцем был признан мужчина-гей, который никогда открыто не заявлял о своей гомосексуальности и не проявлял ее.

⁹⁵ УВКБ ООН, НЖ и НТ, п. 26, см. сноску 30.

⁹⁶ См., например, дело «УВКБ ООН, Валдивьезо-Гальдамес против Холдера, Генерального прокурора; выступление Верховного комиссара ООН по делам беженцев как консультанта суда в поддержку заявителя» (UNHCR, Valdiviezo-Galdamez v. Holder, Attorney General. Brief of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae in Support of the Petitioner), 14 апреля 2009 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49ef25102.html>; дело «Гатими и др. против Холдера, Генерального прокурора» (Gatimi et al. v. Holder, Attorney General), № 08-3197, Апелляционный суд седьмого округа США, 20 августа 2009 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4aba40332.html>.

⁹⁷ «Канада против Урда», сноска 31.

образования, работы и других сфер жизни⁹⁸. Выражение различной сексуальной ориентации и гендерной идентичности при определенных обстоятельствах можно рассматривать как выражение политической позиции, особенно в тех странах, в которых подобное несоответствие противоречит государственной политике или воспринимается как угроза для преобладающих общественных норм и ценностей. Заявления, направленные против ЛГБТИ-людей, могут быть частью официальной риторики государства, как, например, отрицание существования гомосексуальности в стране или утверждение о том, что мужчины-геи и лесбиянки не считаются частью национальной идентичности.

Е. Альтернатива бегства или перемещения внутри страны

51. Понятие «альтернатива бегства или перемещения внутри страны» (АВБ) относится к вопросу о том, может ли человек быть перемещен в конкретную зону страны, где у него бы не было вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований и где, учитывая конкретные обстоятельства дела, можно было бы ожидать, что данный человек сможет осесть и вести нормальную жизнь⁹⁹. В таком случае доступная защита должна быть реальной и эффективной. Агентства ООН, неправительственные организации, гражданское общество и другие негосударственные субъекты не могут заменить защиту, предоставляемую государством.
52. В ходе проведения всесторонней оценки ходатайства о предоставлении статуса беженца важно оценить возможность АВБ с помощью двух видов анализа: (i) анализа обоснованности¹⁰⁰ и (ii) анализа целесообразности¹⁰¹. При рассмотрении обоснованности и целесообразности предлагаемого места бегства или перемещения следует учитывать гендерные факторы.
53. Что касается анализа обоснованности, то, если в рассматриваемой стране предусмотрено уголовное наказание за однополые отношения путем реализации соответствующего законодательства, можно предположить, что такие законы действуют и на всей территории данного государства. Если опасения заявителя стать жертвой преследований связаны с подобными законами, то АВБ не является целесообразной. Законы, не позволяющие трансгендерному или интерсексуальному лицу обращаться за надлежащей медицинской помощью и получать ее в случае обращения либо изменять данные о гендере в своих документах, тоже, как правило, применяются в общегосударственном масштабе и должны учитываться при рассмотрении предлагаемого места перемещения.
54. Кроме того, проявления нетерпимости к ЛГБТИ-лицам, как правило, распространены по всей стране, поэтому альтернатива бегства внутри страны часто бывает недоступна. Перемещение не является обоснованной альтернативой в том случае, если оно подвергает заявителя угрозе стать жертвой тех же или иных форм преследования. Не следует рассматривать вариант АВБ и в случаях, когда перемещение предполагает (повторное) сокрытие сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности лица с целью обеспечения его безопасности (см. пп. 30-33)¹⁰².
55. Некоторые страны достигли социального и политического прогресса, который иногда локализуется в городах, и эти населенные пункты при определенных обстоятельствах могут представлять собой альтернативу перемещения. В этом контексте важно напомнить, что бремя доказательства того, что анализ обоснованности проведен с полным учетом всех обстоятельств данного конкретного дела, включая определение предлагаемого места перемещения и сбор о нем данных в контексте информации о стране происхождения, лежит на соотруднике, принимающем решение (см. ниже п. 66)¹⁰³.

⁹⁸ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, п. 32.

⁹⁹ См. УВКБ ООН, «Рекомендации по международной защите № 4: Альтернатива бегства или перемещения внутри страны согласно ст. 1A(2) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.», 23 июля 2003 г., HCR/GIP/03/04 (далее – УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу об альтернативе бегства внутри страны), п. 6.

¹⁰⁰ В рамках этого анализа необходимо изучить следующие аспекты: является ли зона перемещения доступной для данного лица с точки зрения практики, безопасности и права? Является ли агент преследований государственным или негосударственным субъектом? Подвергся бы заявитель опасности стать жертвой преследований или иного серьезного вреда после перемещения?

¹⁰¹ В рамках этого анализа необходимо изучить следующий критерий: может ли заявитель жить относительно нормальной жизнью, не испытывая чрезмерных тягот?

¹⁰² См., например, дело «Околи против Канады (Министр по вопросам гражданства и иммиграции)» (*Okoli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), 2009 FC 332, Канада, Федеральный суд, 31 марта 2009 г., пп. 36–37, 39, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5b4bfa2.html>, по которому было установлено, что сокрытие постоянной характеристики, т.е. сексуальной ориентации заявителя, является «недопустимым требованием» для оценки альтернативы бегства внутри страны; дело НТ и НТ, п. 21., см. сноску 30.

¹⁰³ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу об альтернативе бегства внутри страны, пп. 33-34.

56. Определяя целесообразность бегства внутри страны, сотрудник, принимающий решение, должен оценить, вызовет ли возвращение в предлагаемое место перемещения излишние тяготы, в частности, изучить личные обстоятельства заявителя¹⁰⁴; факт преследования в прошлом; безопасность и защищенность; соблюдение прав человека; возможность экономического выживания¹⁰⁵. У заявителя должна быть возможность воспользоваться основными политическими, гражданскими и социально-экономическими правами. У женщин может быть меньше экономических возможностей, нежели у мужчин, либо они могут быть не в состоянии жить отдельно от членов семьи мужского пола, что следует учитывать в общем контексте дела¹⁰⁶.

Г. Ходатайства о предоставлении статуса беженца «на месте»

57. Основания для ходатайства о предоставлении статуса беженца «на месте» возникают после прибытия в страну убежища – либо в результате деятельности заявителя в этой стране, либо как следствие событий, которые произошли или происходят в стране происхождения заявителя после его или ее отъезда¹⁰⁷. Ходатайства о предоставлении статуса беженца «на месте» могут также быть следствием изменения идентичности или гендерного самовыражения заявителя после его или ее прибытия в страну убежища. Следует отметить, что некоторые заявители из числа ЛГБТИ-лиц могли не идентифицировать себя как ЛГБТИ до прибытия в страну убежища или же, возможно, сознательно решили не проявлять свою сексуальную ориентацию или гендерную идентичность в стране происхождения. Поэтому их опасения стать жертвой преследования могут возникнуть или выразиться во время пребывания в стране убежища, что дает основания для ходатайства о предоставлении статуса беженца «на месте». Многие подобные ходатайства подаются в случаях, когда ЛГБТИ-лицо начинает заниматься активной политической деятельностью либо работать в СМИ или когда информацию о его сексуальной ориентации разглашает кто-нибудь другой.

V. ПРОЦЕДУРНЫЕ ВОПРОСЫ

Общие замечания

58. ЛГБТИ-людям необходимо создавать благоприятные условия на протяжении всей процедуры определения статуса беженца, включая предварительный этап рассмотрения дела, чтобы они могли представить свои ходатайства в полном объеме и без опасений. Безопасная среда в равной степени важна во время проведения консультаций с законными представителями.
59. Дискриминация, ненависть и насилие во всех его формах могут отрицательно сказываться на способности человека представить свое ходатайство. На некоторых могут сильно влиять чувство стыда, внутренняя гомофобия и психологические травмы, вследствие чего их способность изложить надлежащим образом свое дело может значительно снизиться. Если заявитель до сих пор свыкается со своей идентичностью или боится открыто выразить свою сексуальную ориентацию и гендерную идентичность, то он или она может не очень охотно раскрывать истинные масштабы преследований, которые это лицо перенесло или которых оно опасается¹⁰⁸. Не следует делать отрицательных заключений относительно лиц, не заявивших о своей сексуальной ориентации или гендерной идентичности на стадии предварительного отбора или на ранних этапах собеседования. Поскольку ходатайства в связи с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью часто носят сложный характер, то они, как правило, не могут рассматриваться в ходе ускоренной процедуры или с применением концепции «третьей безопасной страны»¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Дело «Боэр-Седано против Гонзалеса» (*Boer-Sedano v. Gonzales*), США, 418 F.3d 1082, (9th Cir. 2005), 12 августа 2005 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821a2ba2.html>, по которому было установлено, что состояние здоровья заявителя (положительный ВИЧ-статус) делает перемещение нецелесообразным.

¹⁰⁵ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу об альтернативе бегства внутри страны, пп. 22-30.

¹⁰⁶ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу.

¹⁰⁷ Руководство УВКБ ООН, пп. 94, 96.

¹⁰⁸ Некоторые заявители из числа ЛГБТИ-лиц могут, к примеру, вносить изменения в свои ходатайства в процессе их рассмотрения: например, сначала заявить, что их сексуальную ориентацию им приписывают, либо подать ходатайство на основании, не связанном с их сексуальной ориентацией или гендерной идентичностью, а затем в конечном итоге сообщить, что они являются ЛГБТИ.

¹⁰⁹ UNHCR, “Statement on the right to an effective remedy in relation to accelerated asylum procedures” [УВКБ ООН, «Заявление о праве на эффективное средство правовой защиты в связи с ускоренными процедурами предоставления убежища»], 21 мая 2010 г., пп. 11–12, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bf67fa12.html>.

60. Для того чтобы обеспечить надлежащее рассмотрение ходатайств о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью в процессе определения статуса беженца, необходимо учитывать следующие меры:

- i. Открытая и ободряющая атмосфера часто играет важнейшую роль для установления доверия между сотрудником, проводящим собеседование, и заявителем, а также помогает последнему представлять информацию личного и деликатного характера. В начале собеседования сотрудник, проводящий собеседование, должен заверить заявителя в том, что все аспекты его или ее ходатайства будут рассматриваться в конфиденциальном порядке¹¹⁰. Переводчики также обязаны соблюдать конфиденциальность.
- ii. Сотрудникам, проводящим собеседование и принимающим решение, следует придерживаться объективного подхода и не делать заключений на основании стереотипных, недостоверных или некорректных представлений о ЛГБТИ-людях. Не следует делать выводов о той или иной сексуальной ориентации или гендерной идентичности заявителя, ссылаясь лишь на наличие или отсутствие определенных стереотипных моделей поведения или внешнего вида¹¹¹. Не существует универсальных характеристик или качеств, которые представляли бы ЛГБТИ-людей в большей степени, чем гетеросексуалов. Их жизненный опыт может быть очень разным, даже если они происходят из одной и той же страны.
- iii. Сотрудник, проводящий собеседование, и переводчик должны воздержаться от высказывания – в устной форме или форме жестов – суждений о сексуальной ориентации, гендерной идентичности, сексуальном поведении или характере отношений заявителя. Сотрудники, проводящие собеседование, и переводчики, испытывающие неловкость в отношении многообразия сексуальной ориентации и гендерной идентичности, могут непреднамеренно проявлять отчуждение или отвращение в своих жестах. Поэтому осознанный подход к собственному поведению и специальная подготовка (см. iv.) являются чрезвычайно важными аспектами для объективного определения статуса беженца.
- iv. Важную роль играет специальная подготовка сотрудников, принимающих решения и проводящих собеседование, переводчиков, адвокатов и законных представителей по конкретным аспектам ходатайств ЛГБТИ-лиц о предоставлении статуса беженца.
- v. Необходимо использовать лексику, не являющуюся оскорбительной и демонстрирующую позитивное отношение к многообразию сексуальной ориентации и гендерной идентичности, особенно на родном языке заявителя¹¹². Использование ненадлежащей терминологии может помешать заявителям изложить истинный характер их опасений. Использование оскорбительных выражений может быть элементом преследований, например, в актах запугивания или враждебного отношения. Даже на первый взгляд нейтральные или научные термины могут иметь такое же воздействие, как и уничижительные слова. Например, несмотря на то, что термин «гомосексуалист» широко используется, в некоторых странах он считается оскорбительным.
- vi. Конкретные просьбы заявителя в отношении того, с сотрудником и переводчиком какого пола он/она может беседовать, должны быть удовлетворены. Это может помочь заявителю как можно более открыто говорить о деликатных вопросах. Если переводчик из той же страны, того же вероисповедания или того же культурного происхождения, что и заявитель, это может усилить у заявителя чувство стыда и помешать ему или ей в полной мере изложить все важные обстоятельства ходатайства.
- vii. Расспросы о случаях сексуального насилия необходимо проводить с такой же деликатностью, как и при работе с другими жертвами посягательств сексуального характера, независимо от

¹¹⁰ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, пп. 35, 36.iv.

¹¹¹ Этот вопрос рассматривался рядом судов США: см. дело «Шахинадж против Гонзалеса» (*Shahinaj v. Gonzales*), 481 F.3d 1027, (8th Cir. 2007), 2 апреля 2007 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821bd462.html>; дело «Разкане против Холдера, Генерального прокурора» (*Razkane v. Holder, Attorney General*), № 08-9519, (10th Cir. 2009), 21 апреля 2009 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5c97042.html>; дело «Тодорович против Генерального прокурора США» (*Todorovic v. US Attorney General*), № 09-11652, (11th Cir. 2010), 27 сентября 2010 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cd968902.html>.

¹¹² Предлагаемая терминология освещена выше в пп. 9-12.

того, мужчины это или женщины¹¹³. Руководящим принципом неизменно остается уважение человеческого достоинства лица, ищущего убежища¹¹⁴.

viii. Дополнительные правовые гарантии в отношении ходатайств, основывающихся на сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности, подаваемых женщинами, изложены в «Рекомендациях по вопросу преследования по гендерному принципу» УВКБ ООН¹¹⁵. Например, с женщинами, ищущими убежища, собеседование следует проводить отдельно, без присутствия членов семьи мужского пола, чтобы обеспечить им возможность изложить обстоятельства своего дела.

ix. Особые процедурные гарантии применяются в отношении заявителей-детей, включая рассмотрение ходатайств в первоочередном порядке и назначение уполномоченного опекуна, а также законного представителя¹¹⁶.

61. Если лицо ищет убежища в стране, где за однополые отношения установлена уголовная ответственность, то существование таких законов может препятствовать доступу к процедуре убежища или удерживать его или ее от упоминания своей сексуальной ориентации или гендерной идентичности во время собеседования для определения статуса беженца. В таких ситуациях УВКБ ООН, вероятно, придется непосредственно принимать участие в деле, в том числе путем проведения определения статуса беженца согласно своему мандату¹¹⁷.

Правдоподобность и установление сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности заявителя

62. Определение ЛГБТИ-принадлежности заявителя – это, по сути, вопрос правдоподобности. Оценку правдоподобности в таких случаях необходимо проводить в индивидуализированном порядке и со всей возможной тактичностью. Изучение сотрудником, принимающим решения, элементов, касающихся личного восприятия и чувств заявителя, его(ее) восприятия своего отличия, стигматизации и стыда обычно является более эффективным подходом для установления сексуальной ориентации или гендерной идентичности заявителя, нежели анализ его сексуального поведения¹¹⁸.

63. Открытые и конкретные вопросы, сформулированные без ноты осуждения, могут позволить заявителю разъяснить свое ходатайство в атмосфере, свободной от враждебности. Составление перечня вопросов в процессе подготовки к собеседованию может быть полезным, однако важно помнить, что не существует никакой «волшебной формулы» для формулировки вопросов, как нет и набора «правильных» ответов на эти вопросы. Продуктивными могут быть вопросы, касающиеся следующих аспектов:

i. Самоопределение. Определение заявителем себя как ЛГБТИ-лица следует воспринимать как отражение сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности заявителя. Социально-культурное происхождение заявителя может влиять на то, как этот человек определяет себя. Некоторые ЛГБ-лица, к примеру, могут испытывать глубокий стыд и (или) внутреннюю гомофобию, из-за чего они отрицают свою сексуальную ориентацию и (или) перенимают элементы вербального и физического поведения, соответствующего гетеросексуальным

¹¹³ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, пп. 36 viii, xi.

¹¹⁴ UNHCR, “Summary Report, Informal Meeting of Experts on Refugee Claims relating to Sexual Orientation and Gender Identity” [УВКБ ООН, «Сводный отчет о неофициальной встрече экспертов по ходатайствам о предоставлении статуса беженца, обусловленным сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью»], 10 сентября 2011 г. (далее – УВКБ ООН, Сводный отчет о неjabwbfbkmyj встреча экспертов), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fa910f92.html>, п. 34.

¹¹⁵ УВКБ ООН, Рекомендации по вопросу преследования по гендерному принципу, пп. 35–37.

¹¹⁶ УВКБ ООН, «Рекомендации по международной защите №8: Обращения детей за предоставлением убежища в соответствии со статьями 1(A)2 и 1(F) Конвенции 1951 г. о статусе беженцев и (или) Протокола к ней 1967 г.», 22 декабря 2009 г., HCR/GIP/09/08, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b2f4f6d2.html>, пп. 65–77.

¹¹⁷ Как правило, УВКБ ООН может быть призвано для проведения индивидуальной процедуры определения статуса беженца и признания человека беженцем согласно своему мандату только в том случае, если государства еще не присоединились к международному законодательству в сфере предоставления убежища либо присоединились, но еще не сформировали соответствующие национальные процедуры, либо же если эти процедуры функционируют не надлежащим образом. Следовательно, эту процедуру можно осуществлять либо в государстве, подписавшем или не подписавшем международное законодательство в сфере предоставления убежища. В подобных случаях УВКБ ООН проводит определение статуса беженца в целях защиты (для защиты беженцев от принудительной высылки (*refoulement*) и взятия под стражу, например) и (или) с целью нахождения долговременного решения. См., например, дело «УВКБ ООН, ММ (Иран) против Государственного секретаря Министра внутренних дел – письменное представление от имени Верховного комиссара ООН по делам беженцев» (UNHCR, *MM (Iran) v. Secretary of State for the Home Department - Written Submission on Behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees*), 3 августа 2010 г., C5/2009/2479, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6aa7db2.html>, п. 11.

¹¹⁸ УВКБ ООН, Сводный отчет о неофициальной встрече экспертов, п. 32.

нормам и ролям. Заявители из стран, где отсутствует толерантность по отношению к ЛГБТИ-лицам, например, могут очень неохотно определять себя как таковых. Один лишь этот факт не должен исключать того, что заявитель мог подать ходатайство в связи с сексуальной ориентацией или гендерной идентичностью при наличии других оснований.

- ii. **Детство.** В некоторых случаях, прежде чем ЛГБТИ-лица придут к полному пониманию собственной идентичности, в детстве они могут чувствовать себя «другими». В отдельных случаях выяснение подобного опыта «отличия» может быть использовано для установления идентичности заявителя. Объекты влечения, которые формируют основу для сексуальной ориентации взрослого, могут возникать начиная с детских лет и до ранней юности¹¹⁹, хотя некоторые могут не испытывать влечения к своему полу до более поздних жизненных этапов. Аналогичным образом люди могут не полностью осознавать свою гендерную идентичность до юности, раннего взрослого периода или последующих периодов жизни, поскольку гендерные нормы во многих обществах могут быть менее регламентированными или строгими в детстве, нежели в более зрелом возрасте.
- iii. **Самоосознание.** Выражение «раскрываться» может означать, что ЛГБТИ-лицо примиряется со своей ЛГБТИ-идентичностью, и (или) что оно сообщает о своей идентичности другим. Вопросы о том, как происходило такое «раскрытие» или самоосознание, могут помочь вывести заявителя на разговор о его/ее идентичности, как в стране происхождения, так и в стране убежища. Некоторые осознают свою принадлежность к ЛГБТИ задолго до того, как они инициируют отношения с другими и (или) открыто выражают свою идентичность. Некоторые, к примеру, могут вести половую жизнь (с партнерами своего и (или) противоположного пола), прежде чем четко определяют свою сексуальную ориентацию. Предубеждение и дискриминация в обществе могут усложнять этим людям процесс примирения со своей сексуальной ориентацией и (или) гендерной идентичностью, и поэтому он может протекать медленно¹²⁰.
- iv. **Гендерная идентичность.** То, что трансгендерный заявитель не проходил операцию по изменению пола и не принимал других мер для того, чтобы его или ее внешний вид совпадал с избранной идентичностью, не следует считать доказательством того, что данное лицо не является трансгендерным. Некоторые трансгендерные лица определяют себя с избранной ими идентичностью, не прибегая к медицинскому вмешательству, чтобы закрепить изменение гендера на физиологическом уровне, а некоторые просто не могут себе позволить подобную операцию. Возможно, будет уместно задать вопросы, предпринимал ли заявитель какие-либо шаги для изменения биологического пола.
- v. **Несоответствие общепринятым стандартам.** ЛГБТИ-заявители могли расти в культурах, где их сексуальная ориентация и (или) гендерная идентичность считается позорной или запретной. Как результат, на определенном этапе жизни они могут не принимать свою сексуальную ориентацию или гендерную идентичность. Это может приводить к их отчуждению или даже противостоянию с семьей, друзьями, общинами или обществом в целом. Порицание со стороны окружающих и осознание того, что он – «другой» или «не такой, как все», может вызывать чувство стыда, стигматизации или изоляции.
- vi. **Семейные отношения.** Заявители могли рассказать или не рассказать о своей сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности близким родственникам. Такое признание может быть сопряжено с трудностями и приводить к резкой и оскорбительной реакции со стороны членов семьи. Как отмечалось выше, заявитель может состоять в браке или быть в разводе и (или) иметь детей. Эти факторы сами по себе не означают, что заявитель не принадлежит к числу ЛГБТИ. Если возникают сомнения в отношении достоверности утверждений заявителя, состоящего в браке, то целесообразно задать ему ряд вопросов о мотивах вступления в брак. Если заявитель может дать последовательное и разумное пояснение тому, почему он или она состоит в браке и (или) имеет детей, то данную часть показаний следует считать правдоподобной¹²¹.
- vii. **Романтические и интимные отношения.** Отношения заявителя с партнерами и влечение к ним либо надежда на отношения в будущем обычно упоминаются в рассказах ЛГБТИ-заявителей. Однако не все заявители, в частности молодые ЛГБТИ-лица, имели опыт романтических или

¹¹⁹ ААП, Сексуальная ориентация и гомосексуальность.

¹²⁰ ААП, Сексуальная ориентация и гомосексуальность.

¹²¹ Служба гражданства и иммиграции США, Руководство по принятию решений по ходатайствам ЛГБТИ, pp. 39–40.

интимных отношений. То, что у заявителя не было никаких подобных отношений в стране происхождения, не обязательно означает, что он или она не является ЛГБТИ. Это скорее признак того, что заявитель пытается избежать вреда. Если сотрудники, принимающие решения, предполагают, что заявитель состоит в однополых отношениях, им следует очень деликатно задавать вопросы о прошлых и настоящих отношениях, поскольку подобная информация является личной, и заявитель, возможно, не захочет обсуждать ее во время собеседования. Подробных расспросов о половой жизни заявителя следует избегать. Такие расспросы не являются действенным методом определения обоснованности опасений заявителя стать жертвой преследований по признаку сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности. Сотрудники, проводящие собеседования и принимающие решения, должны помнить о том, что сексуальная ориентация и гендерная идентичность относятся к идентичности человека, независимо от того, проявляется ли эта идентичность через половые акты.

- viii. Отношения в обществе. Может быть целесообразно задать вопросы о том, знает ли заявитель других представителей ЛГБТИ и ЛГБТИ-группы, а также об их деятельности в стране происхождения и стране убежища. Важно отметить, однако, что заявители, которые не раскрывали свою сексуальную ориентацию или гендерную идентичность в стране происхождения, могут не иметь сведений о местах проведения ЛГБТИ-мероприятий и ЛГБТИ-культуре. Например, незнание общеизвестных мест сбора и мероприятий для ЛГБТИ-групп не обязательно указывает на недостоверность утверждений заявителя. Отсутствие контактов с другими членами ЛГБТИ-сообщества в стране убежища или невступление в ЛГБТИ-группы в этой стране может поясняться экономическими факторами, географическим расположением, языковыми и (или) культурными барьерами, отсутствием таких возможностей, личным выбором или страхом огласки¹²².
- ix. Вероисповедание. Если идентичность заявителя связана с его(ее) верой, религией и (или) верованием, этот аспект можно принять во внимание как источник дополнительной информации о сексуальной ориентации или гендерной идентичности заявителя. Влияние религии в жизни ЛГБТИ-лиц может быть комплексным, динамичным и являться источником двойственности¹²³.

Доказательственные аспекты

64. Показания заявителя являются главным и часто единственным источником доказательств, особенно в том случае, когда преследования исходят от членов семьи или общины. Если информация о стране происхождения отсутствует, то сотруднику, принимающему решение, придется полагаться исключительно на утверждения заявителя. Обычно собеседования достаточно для того, чтобы пролить свет на историю заявителя¹²⁴. Ни в коем случае не следует ожидать или просить у заявителей предоставить документальные или фотографические доказательства их интимных связей. Нецелесообразно также рассчитывать, что пара будет пытаться своим поведением во время собеседования продемонстрировать свою сексуальную ориентацию.
65. Медицинская «проверка» сексуальной ориентации заявителя является нарушением основных прав человека и не должна проводиться¹²⁵. С другой стороны, медицинское заключение об операции по изменению пола, гормональном лечении или биологических характеристиках (в случае интерсексуальных лиц) может подтверждать рассказ заявителя.
66. Важная и конкретная информация о стране происхождения, а также о положении ЛГБТИ-лиц и отношении к ним часто отсутствует. Это не должно автоматически вести к заключению о том, что ходатайство заявителя является необоснованным или что ЛГБТИ-лица в этой стране не подвергаются

¹²² В деле «Эсса против Канады (Министр по вопросам гражданства и иммиграции)» (*Essa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*), 2011 FC 1493, Канада, Федеральный суд, 20 декабря 2011 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f901c392.html>, пп. 30–31, было установлено, что утверждение Совета о том, что для того, чтобы быть геем, заявителю следует посещать места, где собираются геи, в стране убежища или знать о них, является необоснованным.

¹²³ ААП, Практические рекомендации по работе с ЛГБ-клиентами.

¹²⁴ Руководство УВКБ ООН, пп. 196, 203–204.

¹²⁵ См. «UNHCR’s Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation» [«Комментарии УВКБ ООН в отношении практики фаллометрии, проводимой в Чехии для определения достоверности ходатайств о предоставлении убежища по причине преследований в связи с сексуальной ориентацией»], апрель 2011 г., <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4daeb07b2.html>.

преследованию¹²⁶. Степень, в которой международные организации и другие группы имеют возможность контролировать и документировать случаи жестокого обращения с ЛГБТИ-лицами, во многих странах остается ограниченной. Чрезмерное проявление политической активности часто влечет за собой нападения на правозащитников, что препятствует их возможности документировать нарушения. Стигматизация в вопросах, касающихся сексуальной ориентации и (или) гендерной идентичности, также способствует тому, что информация о подобных происшествиях утаивается. Особенно скудной может быть информация об определенных группах, в частности, о бисексуалах, лесбиянках, трансгендерных лицах и интерсексуалах. Крайне важно избегать делать скоропостижные выводы на основании информации о той или иной группе, хотя эта информация может свидетельствовать о положении заявителя в определенных обстоятельствах.

¹²⁶ См., например, «Молнар против Канады» (сноска 39).