



РУКОВОДСТВО УВКБ ООН ПО ХОДАТАЙСТВАМ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ СТАТУСА БЕЖЕНЦА В СВЯЗИ С СЕКСУАЛЬНОЙ ОРИЕНТАЦИЕЙ И ГЕНДЕРНОЙ ИДЕНТИЧНОСТЬЮ

**Управление Верховного Комиссара Организации Объединенных Наций по
делам беженцев (УВКБ ООН)**

Бюро по вопросам политики в сфере защиты и правовой помощи

Отдел услуг по международной защите

Женева

21 ноября 2008 г.

Примечание

Управление Верховного Комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев (УВКБ ООН) выпускает тематические Руководства по правовым вопросам в соответствии со своим мандатом, содержащимся в *Уставе Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев* от 1950 года, а также в соответствии со статьей 35 *Конвенции 1951 года о статусе беженцев* и статьей II *Протокола к ней 1967 года*.

Эти Руководства призваны разъяснить – посредством анализа международных правовых принципов, судебной практики и других значимых материалов – применимые правовые нормы и стандарты с целью предоставления руководящих указаний в соответствующей тематической области. Конечная цель – улучшить обеспечение защиты беженцев и лиц, ищущих убежища, посредством строгого соблюдения международных стандартов защиты беженцев.

Когда эти Руководства применяются при определении статуса беженца, они дополняют и должны трактоваться в сочетании с Руководящими принципами международной защиты. Руководства вырабатываются для реагирования на потребности и правовые вопросы, возникающие в ходе деятельности; при этом

Оглавление

- I. ВВЕДЕНИЕ
- II. АНАЛИЗ СУЩЕСТВА ВОПРОСА
 - A. ПРЕДЫСТОРИЯ
 - B. ВПОЛНЕ ОБОСНОВАННЫЕ ОПАСЕНИЯ ПРЕСЛЕДОВАНИЙ
 - i. Законы, предусматривающие уголовную ответственность за гомосексуальное поведение
 - ii. Опасение преследований в будущем
 - iii. Избегая преследований
 - iv. Агенты преследований
 - v. Причинно-следственная связь (“вследствие”)
 - B. МОТИВЫ, УКАЗАННЫЕ В КОНВЕНЦИИ
 - Г. АЛЬТЕРНАТИВА ВНУТРЕННЕГО БЕГСТВА ИЛИ ПЕРЕМЕЩЕНИЯ
 - Д. БРЕМЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОСТОВЕРНОСТЬ (ОЦЕНКА)
 - Е. ХОДАТАЙСТВО О ПОЛУЧЕНИИ СТАТУСА “БЕЖЕНЦА НА МЕСТЕ”
- III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Настоящее Руководство содержит руководящие указания относительно ходатайств о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью. Преследования, связанные с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью, не являются новым явлением. Просто в последние годы возросло число ходатайств о предоставлении убежища, которые подают лесбиянки, геи, бисексуалы и трансгендерные люди (“ЛГБТ”). Это привело к необходимости *повысить* осведомленность лиц, принимающих решения, относительно особых обстоятельств, с которыми сталкивались лица, принадлежащие к категории ЛГБТ и ищущие убежища, а также более глубоко *изучить* связанные с этим правовые вопросы.

2. В последние годы как в национальном судопроизводстве, так и в исследовательских публикациях произошел значительный прогресс в анализе и толковании понятий сексуальной ориентации и гендерной идентичности в контексте законодательства о беженцах. Такое развитие событий шло параллельно с быстрыми изменениями в сфере законодательной и судебной практики на международном уровне (например, инициированные органами ООН по мониторингу договоров по правам человека) и на региональном уровне и опиралось на них¹. Хотя эта сфера законодательства о беженцах все еще находится

¹ Обзор судебной практики и доктрины, относящихся к правам лиц, принадлежащих к категории ЛГБТ, в том числе вопросы нарушения прав человека по признаку сексуальной ориентации, см. публикации Международной комиссии юристов (МКЮ) *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System*, 3rd updated edition, 2007, available at http://www.icj.org/IMG/UN_References.pdf; (“Сексуальная ориентация и гендерная идентичность в законодательстве по правам человека: Ссылки на правоприменительную практику и доктрину системы ООН по правам человека”, 3-е исправленное издание, 2007 г., размещена на веб-сайте http://www.icj.org/IMG/UN_References.pdf); ICJ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union*, October 2007, available at http://www.icj.org/IMG/European_Compilation-web.pdf; (МКЮ. “Сексуальная ориентация и гендерная идентичность в законодательстве по правам человека: Ссылки на правоприменительную практику, законодательство и доктрину Совета Европы и Европейского Союза”, октябрь 2007 г., размещена на веб-сайте http://www.icj.org/IMG/European_Compilation-web.pdf); и ICJ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: References to Jurisprudence and Doctrine of the Inter-American System*, July 2007, available at http://www.icj.org/IMG/Inter-American_References.pdf. “Сексуальная ориентация и гендерная идентичность в законодательстве по правам человека: Ссылки на

в стадии становления, в настоящем Руководстве основное внимание, в частности, будет уделено изменениям в законодательстве, рассмотрению международной правоприменительной практики в контексте проблематики беженцев, анализу различных форм преследований, а также продвижению положительного опыта, накопленного государствами в их решениях по вопросу предоставления убежища. Руководство дополняет и должно трактоваться в сочетании с Руководящими принципами международной защиты (УВКБ ООН) “Преследования, связанные с полом, в контексте статьи 1 (пункт А, подпункт 2) Конвенции 1951 года и/или Протокола к ней 1967 года, касающихся статуса беженцев”², которые применимы и к ходатайствам о предоставлении убежища, заявителями которых являются как мужчины, так и женщины из категории ЛГБТ.

3. ЛГБТ-граждане могут подвергаться физическому и сексуальному насилию и словесным оскорблениям и дискриминации из-за своей сексуальной ориентации или из-за того, как их воспринимают. Такое отношение может являться результатом преобладающих культурных и социальных норм, приводящих к нетерпимости и предубеждениям, или действующих национальных законов, отражающих подобное отношение. Там где такого рода насильственные и дискриминационные действия остаются безнаказанными и/или где введена уголовная ответственность за ЛГБТ-ориентацию³, граждане этой категории могут

правоприменительную практику и доктрину межамериканской системы”. Июль 2007 г., размещена на веб-сайте http://www.icj.org/IMG/Inter-American_References.pdf.)

² UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01, 7 May 2002, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html> (hereafter: “UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution”). (УВКБ ООН. Руководящие принципы международной защиты No. 1: “Преследования, связанные с полом, в контексте статьи 1 (пункт А, подпункт 2) Конвенции 1951 года и/или Протокола к ней 1967 года, касающихся статуса беженцев.” Документ HCR/GIP/02/01, 7 мая 2002 г.; размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html> (далее в тексте: “Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом”).

³ Более, чем в 80 странах имеются законы, запрещающие или регулирующие действия сексуального характера, производимые по обоюдному согласию совершеннолетними лицами одного пола, нередко именуемые “законами о содомии”. Некоторые из этих законов запрещают определенные действия сексуального характера независимо от сексуальной ориентации и гендерной идентичности, тогда как другие запрещают целый ряд действий сексуального характера между лицами одного пола. По меньшей мере в 7 странах введена смертная казнь за подобные действия. Более подробную информацию можно получить из материалов Международной Комиссии по

быть отнесены к беженцам, согласно определению в Конвенции 1951 года о статусе беженцев (“Конвенция 1951 года”), если они ходатайствуют о предоставлении им убежища на этих основаниях.

4. Жизненный опыт многих заявителей из категории ЛГБТ диктует им необходимость держать в тайне некоторые аспекты, а иногда и значительную часть своей жизни. К этому их могут побуждать давление, оказываемое на них обществом, явная или скрытая враждебность и дискриминация и/или уголовные санкции. Вследствие этого они нередко могут представить лишь ограниченное число свидетельств для доказательства своей ЛГБТ-идентичности или оказаться не в состоянии продемонстрировать, что в прошлом они подвергались преследованиям, особенно в том случае, если в стране происхождения они не жили открыто в качестве лиц из категории ЛГБТ.

5. В соответствии с “Принципами Йогьякарты о применении международного законодательства по правам человека по отношению к сексуальной ориентации и гендерной идентичности”⁴ (“Принципы Йогьякарты”) понятие “сексуальная ориентация” относится к способности человека к глубокому эмоциональному, аффективному и сексуальному влечению индивида к индивидам иной или своей гендерной принадлежности или к лицам разной гендерной принадлежности и к интимным и сексуальным отношениям с ними. Понятие “гендерная идентичность” относится к глубоко прочувствованному каждым человеком внутреннему и индивидуальному “проживанию” своего гендера, который может как совпадать, так и не совпадать с биологическим полом человека

правам человека геев и лесбиянок (<http://www.iglhrc.org/site/iglhrc/>) и на веб-сайте Sodomylaws.org (<http://www.sodomylaws.org/>).

⁴ *Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, March 2007, available at http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf (hereafter: “Yogyakarta Principles”). “Принципы Йогьякарты о применении международного законодательства по правам человека по отношению к сексуальной ориентации и гендерной идентичности”. Март, 2007 г.; Текст принципов размещен на веб-сайте http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf (далее в тексте: “Принципы Йогьякарты”). Принципы были разработаны Международной Комиссией юристов и Международной службой по правам человека и были единогласно приняты на встрече экспертов в г. Йогьякарта в Индонезии, 6-9 ноября 2006 г.

при его рождении, включая личное ощущение своего тела и другие проявления гендера, в том числе одежда, речь и манеры⁵. Суды в разных странах также подтвердили, что сексуальная ориентация относится не просто к поведению или ряду действий сексуального характера, но в равной степени также и к идентичности человека и к тому, как он или она стремится ее выразить⁶.

6. Для целей настоящего Руководства предпочтительно употребление термина “ЛГБТ” нежели “гомосексуалисты”, поскольку последний делает лесбиянок совершенно незаметными, не включает бисексуальных и трансгендерных людей и может восприниматься многими геями и лесбиянками как оскорбление. Хотя термин “гей” или “геи” иногда используется для описания как мужчин, так и женщин с более или менее постоянным физическим, романтическим и эмоциональным влечением к лицам своего пола, в настоящем Руководстве предпочтение отдается употреблению терминов “гей” применительно к мужчинам и “лесбиянка” применительно к женщинам. Понятие “бисексуал” используется для описания индивида с физическим, романтическим и эмоциональным влечением к мужчинам и женщинам. Несмотря на отсутствие единого общепринятого определения термина “трансгендерный”, в настоящем Руководстве он описывает

⁵ См. Преамбулу и пп. 4 и 5 изложения Принципов Йогьякарты; см. приведенную выше сноску 4.

⁶ Человек может подвергаться преследованиям как вследствие того факта, что он входит в категорию ЛГБТ, так и не в меньшей степени из-за действий, связанных с этим статусом. Если этот статус влечет за собой суровое наказание, “то вряд ли возможно, что к гомосексуалистам во всем остальном будут относиться с достоинством и уважением”; см.: *Refugee Appeal No. 74665*, 7 July 2004 (New Zealand Refugee Status Appeals Authority, (RSAA)), paras. 27, 129, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42234ca54.html>. *Апелляция беженца*, No. 74665, 7 июля 2004 г. Новозеландский Совет по апелляциям в связи со статусом беженца, пп. 27 и 129; размещена на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42234ca54.html>. См. также: *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, No. 02-72651, 399 F.3d 1163 (2005), 7 March 2005 (US Court of Appeals, Ninth Circuit), at III[6], available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html>; *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2003] HCA 71, 9 December 2003 (High Court of Australia), para. 81, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>. *Истец Нассер Мустафа Каруни против Альберто Гонсалеса, Генерального прокурора*, No. 02-72651, 399 F.3d 1163 (2005), 7 марта 2005 г. (Апелляционный суд США, Девятый судебный округ) - опубликовано в III[6], материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html>; *Податель апелляции S395/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма; Податель апелляции S396/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма* [2003] HCA 71, 9 декабря 2003 г. (Верховный Суд Австралии), п. 81 - материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>.

тех мужчин и женщин, чья гендерная идентичность не совпадает с биологическим полом. “Трансгендерный” не подразумевает какую-то одну конкретную форму сексуальной ориентации и может включать транссексуалов и трансвеститов. Лицо женского пола может приобретать мужскую гендерную идентичность или, наоборот, лицо мужского пола может приобретать женскую гендерную идентичность; при этом хирургическое вмешательство и/или гормональная терапия необязательны⁷.

⁷ Более подробные определения приводятся например в публикации Альянса геев и лесбиянок против диффамации *Media Reference Guide*, 7th edition, May 2007, available at http://www.glaad.org/media/guide/GLAAD_MediaRefGuide_7thEdition.pdf; Merriam-Webster OnLine Dictionary, available at <http://www.merriam-webster.com/dictionary>. (“Справочное руководство для СМИ. 7-е издание. Май 2007 г.; размещено на веб-сайте http://www.glaad.org/media/guide/GLAAD_MediaRefGuide_7thEdition.pdf; см. также: он-лайн словарь Merriam-Webster OnLine Dictionary, который размещен на веб-сайте <http://www.merriam-webster.com/dictionary>).

II. АНАЛИЗ СУЩЕСТВА ВОПРОСА

A. ПРЕДЫСТОРИЯ

7. Сексуальная ориентация заявителя может иметь важное значение для ходатайства о предоставлении статуса беженца, в котором он или она высказывает опасение вреда, который может быть нанесен преследованиями вследствие его или ее действительной или кажущейся сексуальной ориентации, которая реально или, как представляется, не соответствует господствующим политическим, культурным или социальным нормам⁸. Определение беженца применимо ко всем людям, независимо от различий по полу, возрасту, сексуальной ориентации, гендерной идентичности, брачному статусу или семейному положению или по любому другому статусу или характеристике. Некоторые государства предпочли включить конкретное указание на сексуальную ориентацию в определение беженца в национальном законодательстве⁹.

8. Сексуальная ориентация является существенным компонентом идентичности человека наравне с теми пятью характеристиками идентичности

⁸ См.: “UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution” above footnote 2, paras. 6–7. See also “UNHCR, Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation”, 3 September 2004, para. 3, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html> (hereafter: “UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association”). “Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом”; см. приведенную выше сноску 2, пп.6-7. См. также УВКБ ООН, “Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио относительно ходатайств о предоставлении статуса беженца на основании сексуальной ориентации”. 3 сентября 2004 г., п. 3, размещено на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html> (далее в тексте: “Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио”).

⁹ См., например, Sweden, *Aliens Act (SFS 2005:716)*, Chapter 4, Section 1, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b50a1c.html>. See also Migrationsverket (Swedish Migration Board), *Guidelines for Investigation and Evaluation of Asylum Cases in which Persecution Based on Given Sexual Orientation is Cited as a Ground*, 28 January 2002, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8c1af44.html>. Швеция: Закон об иностранцах (*SFS 2005:716*), глава 4, раздел 1, размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b50a1c.html>. См. также: Migrationsverket (Шведское Управление по миграции) “Руководящие принципы по расследованию и оценки ходатайств о предоставлении убежища, в которых в качестве обоснования указываются преследования на почве сексуальной ориентации”, 28 января 2002 г.; документ размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8c1af44.html>.

человека, которые составляют основу для определения беженца: расой, вероисповеданием, гражданством, принадлежностью к определенной социальной группе и политическими убеждениями¹⁰. Ходатайства о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью признаются главным образом на указанном в Конвенции 1951 года мотиве - принадлежности к определенной социальной группе, но могут быть также связаны с другими мотивами – особенно с политическими убеждениями и вероисповеданием – в зависимости от конкретных обстоятельств. Это было подтверждено судами и трибуналами в различных странах, включая Австралию, Канаду, Францию, Германию, Новую Зеландию, Швецию, Великобританию и Соединенные Штаты Америки¹¹.

9. Хотя свобода сексуальной ориентации не признается положительным образом в качестве международного права человека, в настоящее время стала общепринятой идея о том, что права человека распространяются в той же степени на ЛГБТ-людей, что и на всех остальных лиц. Преамбула к Конвенции 1951 года еще раз акцентировала тот принцип, что “все люди должны пользоваться основными правами и свободами без какой бы то ни было в этом отношении дискриминации”. Принцип недискриминации также закреплен в статьях 2(1) и 26 Международного пакта о гражданских и политических правах (“ICCPR”) и в статье 2(2) Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (“ICESCR”)¹². Принципы Йогьякарты отражают обязательные международно-

¹⁰ Согласно определению, приводимому в статье 1A(2) “Конвенции о статусе беженца” (далее в тексте: “Конвенция 1951 г.”)(*Convention relating to the Status of Refugees*), 28 июля 1951 г.; размещена на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3be01b964.html>

¹¹ Более подробное обсуждение национального прецедентного права см. ниже в Разделе В “Мотивы преследований, указанные в Конвенции”.

¹² Генеральная Ассамблея ООН, Международный пакт о гражданских и политических правах, 16 декабря 1966 г., размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html> и Генеральная Ассамблея ООН, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, 16 декабря 1966 г., размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b36c0.html>. Положения о недискриминации по “полу” или “другому статусу”, содержащиеся в Международном пакте о гражданских и политических правах и Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах, а также и в статье 2 Конвенции о правах ребенка (размещена на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38f0.html>), следует понимать как распространяющиеся и на сексуальную ориентацию, что подтверждается Комитетом по правам человека, Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам и Комитетом

правовые стандарты относительно сексуальной ориентации, которые вытекают из ключевых юридических документов по правам человека¹³.

Б. ВПОЛНЕ ОБОСНОВАННЫЕ ОПАСЕНИЯ ПРЕСЛЕДОВАНИЙ

10. Можно полагать, что преследования включают в себя серьезные нарушения прав человека, включая угрозу жизни или свободе, а также и другие виды серьезного вреда, что можно оценить в свете мнений, чувств и

по правам ребенка. Так же трактует эти положения и Европейский суд по правам человека (ЕСтHR) в связи со статьей 14 (“Запрещение дискриминации”) Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее в тексте: “Европейская Конвенция”)(размещена на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3b04.html>). См. также, *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, 30 June 1993 (Supreme Court of Canada), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>, drawing on the Preamble to the 1951 Convention; *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department*; *R. v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)* [1999] UKHL 20, 25 March 1999 (United Kingdom House of Lords), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>. “Канада (Генеральный Прокурор против Уорда”, [1993] 2 S.C.R. 689, 30 июня 1993 г. (Верховный суд Канады), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>, в опоре на Преамбулу к Конвенции 1951 года; “Ислам (А.П.) против Министра внутренних дел”; “Р. Против Апелляционного трибунала по иммигрантским делам и др., а также от имени Шаха (А.П.)” [1999] UKHL 20, 25 марта 1999 г. (Палата лордов Великобритании); материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>.

¹³ См. “Принципы Йогьякарты” в приведенной выше сноске 4. Относительно региональных правовых документов, специально посвященных вопросам сексуальной ориентации см.: Organization of American States, “*Human Rights, Sexual Orientation, and Gender Identity*,” AG/Res. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 June 2008, available at http://www.oas.org/dil/AGRES_2435.doc; European Parliament, *Resolution of 26 April 2007 on Homophobia in Europe*, Resolution P6_TA(2007)0167, 26 April 2007 available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-ТА-2007-0167+0+DOC+XML+V0//EN>. (Организация Американских Государств, “Права человека, сексуальная ориентация и гендерная идентичность”, AG/Res. 2435 (XXXVIII-O/08), 3 июня 2008 г., документ размещен на веб-сайте http://www.oas.org/dil/AGRES_2435.doc; Европейский Парламент, Резолюция от 26 апреля 2007 г. о гомофобии в Европе, Резолюция P6_TA(2007)0167, 26 апреля 2007 г. размещена на веб-сайте <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-ТА-2007-0167+0+DOC+XML+V0//EN>. См. также статью 7 (ж) Рекомендации № 1470 (2000) Парламентской Ассамблеи Совета Европы “О ситуации с предоставлением убежища и иммиграции геям и лесбиянками, а также их партнерам в государствах-участниках Совета Европы” (Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Recommendation 1470 (2000), Situation of Gays and Lesbians and their Partners in Respect of Asylum and Immigration in the Member States of the Council of Europe*, 30 June 2000), 30 июня 2000 г. - размещена на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dde404c6.html>, которая настоятельно рекомендует государствам-членам ПАСЕ, в частности, “более тесно сотрудничать с УВКБ ООН и национальными неправительственными организациями, поддерживать их скоординированные действия и настоятельно рекомендовать им проводить систематически мониторинг соблюдения прав геев и лесбиянок на иммиграцию и убежище”.

психологического склада заявителя¹⁴. Изменения в международном законодательстве по правам человека могут помочь принимающим решения лицам определить, является ли то или иное наносящее ущерб деяние актом преследований, с которым человек может столкнуться вследствие своей сексуальной ориентации¹⁵. Систематическая дискриминация или систематическое неблагоприятное обращение по сумме условий могут достичь уровня, на котором они превращаются в преследование. Хотя дискриминация часто занимает центральное место в ходатайствах, представляемых лицами из категории ЛГБТ, они нередко также описывают опыт серьезного физического и, в частности, сексуального насилия. Каждый случай нанесенного человеку вреда должен быть оценен комплексно. Эти случаи должны квалифицироваться в свете преобладающей ситуации и отношения к сексуальной ориентации и гендерной идентичности в стране происхождения.

11. Международная и региональная судебная практика и правовая доктрина подтверждают запрет на дискриминацию по признаку сексуальной дискриминации¹⁶. Меры дискриминационного характера могут применяться

¹⁴ См., например, *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UKAIT 00120, 4 August 2005 (UK Asylum and Immigration Tribunal (AIT)), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdafe0.html>, “ХС (Гомосексуалы: Несодовершеннолетние; опасности при возвращении) Иран против Министра внутренних дел” [2005] UKAIT 00120, 4 августа 2005 г. (Трибунал Великобритании по делам предоставления убежища и иммигрантским делам (АИТ)), материалы дела, в котором рассматривается воздействие преследований на человека, размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdafe0.html>.

¹⁵ UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1979, re-edited January 1992, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3314.html> (hereafter “UNHCR Handbook”), paras. 42, 60. (УВКБ ООН, “Руководство по процедурам и критериям определения статуса беженцев (согласно Конвенции 1951 года и Протоколу 1967 года, касающихся статуса беженца), 1979 г., переработанный вариант опубликован в январе 1992 г.; Руководство размещено на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3314.html> (далее в тексте: “Руководство УВКБ ООН”), пп. 42 и 60. См. также, например, Refugee Appeal No. 76152, 8 January 2008 (New Zealand RSAA), para. 34, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bd93cf2.html>; Refugee Appeal No. 74665, above footnote 6, paras. 81–123. Апелляция беженца, No. 76152, 8 января 2008 г. (Новозеландский Совет по апелляциям в связи со статусом беженца) п. 34, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47bd93cf2.html>; Апелляция беженца, No. 74665, см. приведенную выше сноску 6, пп. 81-123.

¹⁶ Их обзор содержится в сборниках компиляций, изданных МКЮ: см. приведенную выше сноску 1. См. также Michael O’Flaherty and John Fisher, “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles”, *Human Rights Law Review*, Vol. 8, No. 2

посредством закона и/или социальных практик и обернуться самыми разными вредными последствиями. Дискриминация равносильна преследованиям, если применяемые меры в отдельности или по сумме условий имеют тяжелые последствия для данного лица. Это может иметь место, например, в случае, когда лиц из категории ЛГБТ постоянно лишают доступа к существующим услугам, таким как образование, социальное обеспечение, здравоохранение и судебная система - будь то в их частной жизни или на работе¹⁷. Как отмечается в “Руководство УВКБ ООН”:

“Даже если дискриминационные меры сами по себе не носят серьезного характера, они, тем не менее, могут вызвать рост опасений преследований, когда они приводят к возникновению у соответствующего лица мрачных предчувствий и ощущений небезопасности относительно его дальнейшего существования”¹⁸.

12. Если человека заставляют – при подстрекательстве или попустительстве государства - отказаться от своей сексуальной ориентации и гендерной идентичности или скрывать ее, то это может оказаться равносильным преследованию¹⁹. ЛГБТ-люди, которые живут в страхе публичного разоблачения,

(2008), pp. 207–48, available at <http://hrlr.oxfordjournals.org/cgi/reprint/8/2/207>. Майкл О’Флагерты и Джон Фишер. “Сексуальная ориентация, гендерная идентичность и международное право по правам человека: Контекстуализация “Принципов Йогьякарты”, Журнал “Законодательство по правам человека”, том 8, No. 2 (2008 г.), стр. 207-248; статья размещена на веб-сайте <http://hrlr.oxfordjournals.org/cgi/reprint/8/2/207>.

¹⁷ См., например, *Decision No. MA6-01580*, 12 January 2007 (Immigration and Refugee Board (IRB) of Canada), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482457202.html>; *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran*, above footnote 14, para. 147. Решение No. MA6-01580, 12 января 2007 г. (Канадский Совет по вопросам иммиграции и беженцев (IRB)), текст Решения размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482457202.html>; “ХС (Гомосексуалы: Несовершеннолетние; опасности при возвращении) Иран”, см. приведенную выше сноску 14, р. 147.

¹⁸ “Руководство УВКБ ООН”, см. приведенную выше сноску 15, pp. 54-55. См. также *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, 1998 (12) BCLR 1517 (CC), 9 October 1998 (Constitutional Court of South Africa), para. 113, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246cf72.html>. “Национальная Коалиция за равенство геев и лесбиянок и др. против Министра юстиции и др.”, 1998 г. (12) BCLR 1517 (CC), 9 октября 1998 г. (Конституционный суд Южной Африки), п. 113, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246cf72.html>.

¹⁹ См., например, *RRT Case No. 071818233* [2008] RRTA 62, 15 February 2008 (Refugee Review Tribunal (RRT) of Australia), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/484552e22.html>. “Дело RRT No. 071818233 [2008] RRTA 62, 15 февраля 2008 г.” (Трибунал Австралии по рассмотрению ходатайств о предоставлении статуса беженца (RRT)), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/484552e22.html>.

нередко поэтому будут скрывать свою ориентацию, чтобы избежать тяжелых последствий такого разоблачения, включая риск подвергнуться суровым уголовным наказаниям, произвольным налетам на их жилища, увольнению с работы и общественному порицанию. Подобные действия не только могут рассматриваться в качестве дискриминационных и нарушающих право на неприкосновенность частной жизни, но также и в качестве нарушения права на свободу мнения и его выражения. В “Принципах Йогьякарты” дается следующая интерпретация:

“Каждый имеет право на собственное мнение и на его свободное выражение независимо от своей сексуальной ориентации и гендерной идентичности. В это право входит *выражение* идентичности или индивидуальности собственной личности посредством слов, манер, одежды, физических характеристик, выбора имени или любым другим способом, а также *свобода* искать, получать и распространять любую информацию и идеи, в том числе относящиеся к правам человека, сексуальной ориентации и гендерной идентичности любыми средствами и независимо от государственных границ”²⁰.

13. Возможно, ЛГБТ-люди не смогут вступать в серьезные близкие отношения, будут вынуждены вступать в браки по договоренности или подвергнутся чрезмерному нажиму с целью заставить их вступить в брак. Они могут опасаться, что пребывание в неженатом или незамужнем состоянии в конечном счете выставит их в глазах общественности в качестве лиц из категории ЛГБТ. Социальные, культурные и другие ограничения, которые требуют от них вступать в брак с лицами противоположного пола, может обернуться нарушением

²⁰ “Принципы Йогьякарты”, см. приведенную выше сноску 4, право на собственное мнение и на его свободное выражение (Принцип # 19). Требовать, чтобы люди скрывали свою сексуальную ориентацию и гендерную идентичность, обернется также нарушением права на универсальное осуществление прав человека (Принцип # 1), права на равенство и недискриминацию (Принцип # 2), права на официальное признание перед законом (Принцип # 3) и права на участие в общественной жизни (Принцип # 25). См. также *Smith and Grady v. United Kingdom*, Applications Nos. 33985/96 and 33986/96, 27 September 1999 (ECtHR), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfac80.html>, “*Смит и Грэди против Великобритании*”, Жалобы No. 33985/96 и No.33986/96, 27 сентября 1999 г. (ECtHR), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfac80.html>. В своем решении Европейский Суд отметил, что он не “может исключить того, что навязанное заявителям молчание относительно своей сексуальной ориентации наряду с вынужденной и постоянной необходимостью бдительности, осмотрительности и секретности по данному вопросу в общении с коллегами, друзьями и знакомыми в результате сковывающего влияния политики Министерства обороны возможно является препятствием для свободного выражения собственного мнения” (п. 127).

права вступать в брак с полного и свободного согласия, а также права на уважение частной жизни²¹. Подобное давление со стороны непосредственного окружения может выйти за рамки обычных социальных ожиданий и достичь того уровня, на котором они превращаются в преследование. Следует помнить, что ЛГБТ-люди могут такое давление испытывать иначе, чем гетеросексуальные личности²².

14. Ходатайства, представляемые ЛГБТ-людьми, часто констатируют тот факт, что они подвергались физическому и сексуальному насилию, длительным периодам содержания под стражей, плохому обращению со стороны медперсонала, угрозам казни и “убийства ради чести”. Все это представляет собой деяния вреда и плохого обращения столь серьезного характера, что в целом достигают того уровня, на котором они превращаются в преследование, как оно трактуется в Конвенции 1951 года. Жестокие формы семейного и общинного насилия, изнасилования и другие формы сексуального нападения, особенно если они происходят в местах содержания под стражей, подпадают под определение пыток²³. Подобные действия нарушают право на жизнь, свободу и безопасность

²¹ См. статью 23(3) “Международного пакта о гражданских и политических правах” (см. приведенную выше сноску 12): “Ни один брак не может быть заключен без свободного и полного согласия вступающих в брак”. См. также Генеральная Ассамблея ООН, “Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин”, 18 декабря 1979 (текст размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f2244.html>). Статья 16 Конвенции предписывает, в частности, что государства-участники обеспечивают (b) “одинаковые права на свободный выбор супруга и на вступление в брак только со своего свободного и полного согласия”. См. также статью 12 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (см. приведенную выше сноску 12): “Мужчины и женщины, достигшие брачного возраста, имеют право вступать в брак и создавать семью в соответствии с национальным законодательством, регулирующим осуществление этого права”.

²² См., например, *SZANS v. Minister for Immigration* [2004] FMCA 445, 13 August 2004 (Federal Magistrates’ Court of Australia), available at <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FMCA/2004/445.html> “Занс против Министра по вопросам иммиграции” [2004] FMCA 445, 13 августа 2004 г. (Австралийский Суд федеральных магистратов), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FMCA/2004/445.html>

²³ См., например, *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran* XC (Гомосексуалы: Несодерженнолетние; опасности при возвращении) Иран: см. приведенную выше сноску 14, пп. 57 и 134. См. также: UN Human Rights Council, “*Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural rights, including the Right to Development, Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*”, A/HRC/7/3, 15 January 2008, paras. 34–49, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c2c5452.html>. Совет ООН по правам человека. “Продвижение и защита всех прав человека, гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие.” Доклад Специального Докладчика по пыткам и других жестоких видах обращения и наказания. Документ A/HRC/7/3, 15

личности и право не подвергаться пыткам или жестокому, бесчеловечному или унижающему его достоинство обращению, которые закреплены в целом ряде международно-правовых документов. ЛГБТ-люди могут подвергаться также менее жестким формам физического и психологического вреда, включая неблагоприятное обращение, угрозы причинения вреда, поношение, запугивание и психологическое насилие, которые могут достичь уровня, на котором они превращаются в преследования, в зависимости от конкретных обстоятельств каждого отдельного случая и воздействия на каждого конкретного заявителя.

15. Хотя насилие и нарушения прав человека, с которыми сталкиваются лица из категории ЛГБТ, содержат много общих элементов, тем не менее необходимо проводить между ними различие. Женщинам-лесбиянкам часто наносится вред в результате соотношения их сексуальной ориентации и гендера, поскольку положение женщин в обществе в целом менее влиятельное, чем положение мужчин²⁴. Более вероятно, что женщины-лесбиянки даже в большей степени, чем мужчины-геи чувствуют себя обязанными внешне следовать ожиданиям семьи и общества, например, выйти замуж за представителя противоположного пола. В тех обществах, где женщины воспринимаются прежде всего как жены (мужчин) и как матери, лесбиянки вероятнее всего изолированы и невидимы. Как правило, в их случае риск причинения им вреда негосударственными действующими лицами более велик, нежели в случае мужчин-геев, в том числе и в результате насилия по отношению к ним, совершаемого в отместку их бывшими сожителями или мужьями. Нередко у них меньше доступа к

января 2008 г., пп. 34-49; Доклад размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47c2c5452.html>.

²⁴ См. *Amare v. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 1600, 20 December 2005 (England and Wales Court of Appeal) – См. дело “*Амаре против Министра внутренних дел*” [2005] EWCA Civ 1600, 20 декабря 2005 г. (Апелляционный суд Англии и Уэльса), в котором суд отметил (хотя и отверг апелляцию по иным основаниям), что “сочетание дискриминации в отношении женщин и дискриминации в отношении гомосексуалистов представляет собой ядовитую смесь, способную породить риск преследований”, п. 17; материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fd5b0.html>. См. также *RRT Case No. 071862642* [2008] RRTA 40, 19 February 2008 (RRT of Australia), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4811a7192.html>. Дело RRT No. 071862642 [2008] RRTA 40, 19 февраля 2008 г. (Трибунал Австралии по рассмотрению ходатайств о предоставлении статуса беженца), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4811a7192.html>.

неформальным системам защиты, включая структуры организованной поддержки в стране происхождения.

16. Как еще более малочисленная группа, трансгендерные люди подвергаются особым преследованиям. Это может касаться, например, доступа к здравоохранению или повышенного риска стать объектом нападок, если их гендерная идентичность не является юридически признанной (например, там, где они не могут сменить свое имя и пол в записи актов гражданского состояния). Одна из ситуаций, в которых они могут стать объектом нападок, возникает при требовании властей предъявить документы, удостоверяющие личность, а его или ее внешность не совпадает с биологическим полом, указанным в документах. Тот человек, который стремится изменить или уже изменил свой биологический пол, может в большей степени восприниматься как бросающий вызов господствующим представлениям о гендерных ролях.

i. Законы, предусматривающие уголовную ответственность за гомосексуальное поведение

17. Было установлено, что уголовные законы, запрещающие половые связи по обоюдному согласию между совершеннолетними лицами одного и того же пола, являются дискриминационными и нарушают право на неприкосновенность частной жизни²⁵. Само существование подобных законов, независимо от того, приводятся

²⁵ См.: *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 April 1994 (Human Rights Committee), paras. 8.6–8.7, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>. “Тунен против Австралии”, CCPR/C/50/D/488/1992, 4 апреля 1994 г. (Комитет по правам человека), пп. 8.6-8.7, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>. Констатируя нарушение статьи 17 Международного пакта о гражданских и политических правах, Комитет отметил, что хотя заявитель еще не был привлечен к уголовной ответственности по Уголовному Кодексу Тасмании, “уголовное преследование за проявление гомосексуальности в частной жизни не позволило ему открыто проявлять свою сексуальность и публично высказывать свои взгляды на реформу соответствующих законов по вопросам сексуальности”, и что соответствующие разделы Уголовного Кодекса не дают возможность заявителю реализовать право на частную жизнь, “даже если эти положения не приводились в исполнение в течение последних десяти лет”. См. также *Dudgeon v. United Kingdom*, Application No. 7525/76, 22 October 1981 (ECtHR), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfaf7d.html>. “Даджен против Великобритании”, Жалоба No. 7525/76, 22 октября 1981 (ECtHR), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfaf7d.html>.

ли они в исполнение и насколько строги предусмотренные ими санкции, может иметь далеко идущие последствия для реализации лицами из категории ЛГБТ своих фундаментальных прав человека²⁶. В тех же случаях, когда специальными положениями не предусматривается уголовная ответственность за гомосексуальные практики, для оценки ходатайства могут быть значимы такие положения, направленные на гомосексуальные половые отношения, которые запрещают “плотские акты, направленные против естественного порядка вещей” и другие преступления, такие как подрыв общественной нравственности” или “аморальное удовлетворение сексуальных желаний”²⁷.

18. Вывод о том, что сам закон ведет к преследованиям, можно сделать если, например, он отражает социальные и культурные нормы, которые не соответствуют международным стандартам в сфере прав человека. Тем не менее, заявитель должен продемонстрировать, что у него или у нее имеются вполне обоснованные опасения преследований вследствие действия указанного закона. Уголовное преследование по закону, который в своей сути не ведет сам по себе к преследованиям или дискриминации, может по сути обернуться преследованиями, если, например, он применяется только к отдельным группам или если исполняется произвольно или незаконно²⁸.

19. Там, где применяются суровые наказания, которые не соответствуют международным стандартам в сфере прав человека, такие как смертная казнь или

²⁶ См., более подробно, *Case of Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83, 26 October 1988 (ECtHR), para. 38, available at <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=10581/83&sessionid=12354864&skin=hudoc-en>. Дело “*Норрис против Ирландии*”, Жалоба No. 10581/83, 26 октября 1988 г. (ECtHR), п. 38, материалы дела размещены на веб-сайте <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=10581/83&sessionid=12354864&skin=hudoc-en>.

²⁷ См., например, *RRT Case No. 071862642*. -Дело RRT No. 071862642: см. приведенную выше сноску 24. Было установлено, что заявитель нуждается в международной защите даже в отсутствие конкретного закона, предусматривающего уголовную ответственность за гомосексуальные половые контакты в стране происхождения.

²⁸ Более подробно см.: “UNHCR Handbook” (“Руководство УВКБ ООН”), см. приведенную выше сноску 15, пп. 57 и 59; “UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution” (“Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом международной защиты”, см. приведенную выше сноску 2, п. 10; “UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association” (“Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио”), см. приведенную выше сноску 8, пп. 4 и 10.

жестокое телесное наказание, включая порку, особенно очевидно, что по своему характеру они являются преследованиями²⁹. Материально-правовая компонента международной и национальной судебной практики подтверждает, что гомосексуальное поведение по обоюдному согласию не должно влечь за собой уголовную ответственность³⁰. В некоторых обстоятельствах нельзя исключать того, что даже сравнительно мягкое наказание может рассматриваться как несоразмерное и ведущее к преследованиям. Чрезмерная заикленность только на вопросе строгости наказания может в сущности привести к усилению неверного представления, будто принадлежность к группе ЛГБТ является преступлением³¹.

20. Даже если закон, предусматривающий уголовную ответственность за принадлежность к ЛГБТ, более не приводится в исполнение, заявитель может в исключительном случае доказать полную обоснованность своих опасений преследования, там где в результате существования этого закона для него или для

²⁹ Более подробно см.: “*UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution*” (“Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом международной защиты”, см. приведенную выше сноску 2, п. 12; см. также “*Yogyakarta Principles*” “Принципы Йогьякарты”, см. приведенную выше сноску 4 – “право на жизнь” (Принцип # 4): “Каждый человек имеет право на жизнь. Никто не может быть произвольно лишен жизни, в том числе со ссылкой на рассуждения о сексуальной ориентации или гендерной идентичности. Никто не может быть подвергнут смертной казни по причине действий, производимых по обоюдному согласию между лицами, достигшими возраста согласия, или по причине сексуальной ориентации или гендерной идентичности”. От государств требуется, в частности, “отменить все формы преступлений, ответственность за которые являлась результатом или была введена с целью запретить половые связи по обоюдному согласию между лицами одного и того же пола, достигшими возраста согласия, а до тех пор, пока такие положения не отменены, никогда не подвергать смертной казни человека, осужденного в соответствии с указанными положениями закона” (Принцип # 4.A).

³⁰ См., например, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*. “Национальная Коалиция за равенство геев и лесбиянок и др. против Министра юстиции и др.” см. приведенную выше сноску 18. Суд постановил, что объявление – в рамках общего права - содомии правонарушением противоречит положениям Конституции, которые запрещают дискриминацию на основе сексуальной ориентации, и отметил, что “поведение, отклоняющееся от публично установленной нормы, обычно является наказуемым только когда оно является насильственным, нечестным, вероломным или каким-либо иным образом нарушает общественный порядок или ведет к телесным повреждениям. Однако, в случае мужской гомосексуальности поведение, в котором усматривается отклонение от нормы, наказывается просто потому, что является отклонением от нормы. Оно подавляется из-за символических представлений, нежели из-за того, что было доказано, что оно причиняет вред” (п. 108).

³¹ Признавая, что “нет легкой формулировки”, некоторые страны утверждают, что введение уголовной ответственности за гомосексуальное поведение ведет к преследованиям только в том случае, если “она сопровождается суровыми уголовными санкциями, которые действительно применяются”. См., например, *Refugee Appeal No. 74665*. Апелляция беженца No. 74665, см. приведенную выше сноску 6, п. 103; *Refugee Appeal No. 76152*. Апелляция беженца No. 76152, см. приведенную выше сноску 15, п. 34.

нее создается невыносимо затруднительное положение. Хотя они уже больше не исполняются систематически, эти законы могут использоваться властями с целью вымогательства или исполняться неофициально, что не ведет к официально зафиксированному уголовному преследованию, как, например, в случае применения насилия полицией или незаконного содержания под стражей³².

21. Для определения статуса беженца важное значение имеет наличие реальной опасности вреда, который будет причинен заявителю в случае его возвращения в страну происхождения. Наличие преследований может быть установлено даже при отсутствии убедительной информации о том, что в стране происхождения действительно исполняются законы, предусматривающие уголовную ответственность за гомосексуальное поведение. Так может быть в случае, если государство стремится скрыть от внешнего мира применение уголовных санкций в отношении лиц из категории ЛГБТ, например, привлекая их к уголовной ответственности за такие преступления, как изнасилование и покушение на растление малолетних, или за преступления, связанные с наркотиками, которые эти лица якобы совершили. Высокий уровень лежащего на стороне обвинения бремени доказательства вины обвиняемого, в том числе строгие требования в отношении доказательств, также не должны рассматриваться в качестве свидетельства меньшей вероятности исполнения закона, но должен рассматриваться в существующем религиозном и общественном контексте. Всеохватывающая и/или распространенная атмосфера гомофобии в стране происхождения (например там, где правительство выражает свое неодобрение посредством резких высказываний против гомосексуалистов, или там, где ЛГБТ-люди подвергаются репрессиям и надзору со стороны семьи или соседей или где средства массовой информации применительно к ним используют оскорбительные

³² См., например, *Decision VA5-02751*, 16 February 2007 (IRB of Canada), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48245a5f2.html>; *Refugee Appeal No. 76152*, above footnote 15, para. 50. (Решение VA5-02751, 16 февраля 2007 г. (Канадский Совет по вопросам иммиграции и беженцев), текст Решения размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48245a5f2.html>; Апелляция беженца No. 76152, см. приведенную выше сноску 15, п. 50.

стереотипы) может рассматриваться как свидетельство преследований лиц из категории ЛГБТ³³.

22. Следует далее отметить, что уголовные санкции за гомосексуальные действия также затрудняют доступ лицам из категории ЛГБТ к предоставляемой государством защите. Например, лицо из категории ЛГБТ, которое подверглось насилию, может не решиться обратиться в полицию за защитой, поскольку к этому лицу могут отнестись как к правонарушителю, а не как к жертве. Поэтому заявитель может доказать обоснованность своего ходатайства, если государство попустительствует дискриминационной практике или действиям, наносящим ему (ей) ущерб, терпит их либо не может эффективно защитить заявителя от такого вреда³⁴. Следует также отметить, что если человек ищет убежища в стране, где сексуальные отношения между лицами одного пола считаются уголовно наказуемым деянием, то такие законы могут затруднить его или ее доступ к процедурам получения убежища или заставить этого человека воздержаться от указания в ходатайстве на получение статуса беженца на свой ЛГБТ опыт. В такой ситуации может оказаться необходимым непосредственное вмешательство УВКБ ООН в рассмотрение данного дела.

ii. Опасение преследований в будущем

23. Тем заявителям из группы ЛГБТ, которые скрывали свою сексуальную ориентацию в стране происхождения, в прошлом, возможно, вред не был причинен в такой степени, чтобы считаться преследованием. Возможно, что такое поведение не было их добровольным выбором и что оно корректировалось именно с целью

³³ См., например: European Parliament, *Resolution of 13 March 2008 on the Case of the Iranian Citizen Sayyed Mehdi Kazemi*, PA_TA-PROV(2008)0107, 13 March 2008, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47da75002.html>. Европейский Парламент. Резолюция от 13 марта 2008 года по делу иранского гражданина Сайеда Мехди Каземи, PA_TA-PROV(2008)0107, 13 марта 2008 г., текст Резолюции размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47da75002.html>.

³⁴ См. ниже подраздел Biv “Агенты преследований”. См. также *UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution*, above footnote 2, para. 17. и *Décision M. OI, No. 543182*, 31 May 2006 (Commission des Recours des Réfugiés (CRR), France). “Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом” -см. приведенную выше сноску 2, п. 17. См. также Решение M. OI, No. 543182, 31 мая 2006 г. (Комиссия правовой защиты беженцев (CRR), Франция), в котором Комиссия установила, что хотя законы, предусматривающие уголовную ответственность за гомосексуальные действия, были отменены, культурные нормы по-прежнему приводят к преследованиям.

избежать угрозы преследований. Как отметил Верховный Суд Австралии: “Именно угроза серьезного вреда с его угрожающими последствиями характеризует поведение под влиянием преследований. Принимать решение по вопросу о реальности угрозы без выяснения того, повлияла ли на изменение поведения угроза вреда, означает провал попытки должным образом рассмотреть данный вопрос”³⁵. Кроме того, лица из категории ЛГБТ, которые покинули свою страну происхождения по иной причине нежели их сексуальная ориентация и/или которые публично заявили (о своей сексуальной ориентации)³⁶ после приезда в страну убежища, могут претендовать на статус беженца, если окажутся в состоянии доказать вполне обоснованные опасения преследований в будущем³⁷.

24. Как и в случае ходатайства людей, которые просят предоставить им статус беженца в связи с их политическими убеждениями, заявители, утверждающие об опасении преследований на почве сексуальной ориентации, не обязаны доказывать, что властям было известно об их сексуальной ориентации до того, как они покинули свою страну происхождения. Полная обоснованность опасений в таком случае определяется оценкой последствий, с которыми пришлось бы столкнуться заявителям с определенной сексуальной ориентацией в случае их возвращения³⁸. Более того, тот факт, что ЛГБТ-заявитель никогда не подвергался уголовному преследованию за свое гомосексуальное поведение, не означает, что заявитель не может иметь вполне обоснованных опасений преследования³⁹.

iii. Избегая преследований

³⁵ *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, above footnote 6, para. 43. *Податель апелляции S395/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма; Податель апелляции S396/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма*. См. приведенную выше сноску 6, п. 43.

³⁶ Для целей настоящего Руководства выражение “публично заявить” относится к процессу, в ходе которого личность признает и принимает свою сексуальную и гендерную идентичность и чувствует себя способной заявить об этом другим.

³⁷ “Руководство УВКБ ООН”, см. приведенную выше сноску 15: “Слово “опасения” относится не только к лицу, которое действительно преследовалось, но также к тем, кто желает избежать ситуации, чреватой опасностью преследования” (п. 45).

³⁸ Там же, п. 83.

³⁹ “*UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association*” (“Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио”), см. приведенную выше сноску 8, п. 12.

Государство не должно ожидать или требовать от человека изменять или скрывать свою идентичность с целью избежать преследований. Многими странами подтверждено, что преследования не перестают быть таковыми вследствие того, что подвергающиеся преследованиям лица могут устранить вред, предприняв действия, позволяющие избежать преследований⁴⁰. Так же как ходатайства людей, которые просят предоставить им статус беженца в связи с их политическими убеждениями или гражданством, не отвергаются на том основании, что заявители могли избежать ожидаемого вреда, изменив или скрыв свои убеждения или идентичность, ходатайства о предоставлении статуса беженца в связи с сексуальной ориентацией и гендерной идентичностью не могут быть отклонены на этом же основании⁴¹. Как отметил Канадский Совет по вопросам иммиграции и беженцев:

“В это уравнение необходимо внести вновь обретенную заявителем в Канаде свободу выражения собственных убеждений и его желание жить так же открыто в Шри Ланке, как он живет здесь в Канаде [...]. Мы не говорим заявителям, что у них есть право

⁴⁰ См., например, *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*; *Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, above footnote 6, paras. 34–60; *Refugee Appeal No. 74665*, above footnote 6, paras. 114, 126–127; *Nasser Mustapha Karouni, Petitioner, v. Alberto Gonzales, Attorney General*, above footnote 6; *DW (Homosexual Men – Persecution – Sufficiency of Protection) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department* CG [2005] UKAIT 00168, 28 November 2005 (UK AIT), para. 78, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aa80.html>. “Податель апелляции S395/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма”; “Податель апелляции S396/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма” - см. приведенную выше сноску 6, пп. 114, 126-127; *Истец Нассер Мустафа Каруни против Альберто Гонсалеса, Генерального прокурора*, - см. приведенную выше сноску 6; “*ДУ (Гомосексуальные мужчины – Преследования – Достаточность защиты) Ямайка против Министра внутренних дел*” CG [2005] Трибунал Великобритании по делам предоставления убежища и иммигрантским делам 00168, 28 ноября 2005 г. (Трибунал Великобритании по делам предоставления убежища и иммигрантским делам), п. 78, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aa80.html>.

⁴¹ *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*; *Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, above footnote 6, para. 41. Податель апелляции S395/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма; Податель апелляции S396/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма. См. приведенную выше сноску 6, п. 41: “Цель Конвенции была бы подорвана, если бы страны, подписавшие ее, требовали от [заявителей] изменять свои убеждения или мнения или скрывать свою расовую принадлежность, гражданство или принадлежность к определенной социальной группе, прежде чем эти страны предоставили бы им защиту в соответствии с Конвенцией”. См. также касательно утаивания своей национальной принадлежности: *HYSI v. Secretary of State for the Home Department* [2005] EWCA Civ 711, 15 June 2005 (England and Wales Court of Appeal), paras. 32–34, 37, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43fc2eac24.html>. “*HYSI против Министра внутренних дел*” [2005] EWCA Civ 711, 15 июня 2005 г. (Апелляционный суд Англии и Уэльса), пп. 32-34 и 37, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43fc2eac24.html>.

исповедовать свою религию при условии, что они делают это скрытно. Скрытое право не является правом⁴².

26. Следует рассмотреть вопрос, имеются ли у заявителя вполне обоснованные опасения преследований, нежели вопрос о том, сможет ли он или она жить в стране происхождения, не сталкиваясь с негативными последствиями⁴³. Для этого необходимо объективное рассмотрение того, какому обращению может подвергнуться заявитель, если его или ее вернут в ту страну. Поэтому, воспринимается ли поведение заявителя в связи со своей сексуальной ориентации как “благоразумное” или “необходимое” - совершенно не относится к делу. Заявитель не обязан быть “осмотрительным” или предпринимать такие определенные шаги с тем, чтобы избежать преследований, как жить уединенной жизнью или воздерживаться от интимных отношений. Требование осмотрительности предполагала бы к тому же, что сексуальная ориентация человека сводится всего лишь к сексуальному акту, тем самым игнорируя широкий спектр поведенческих характеристик и повседневных занятий, на которые накладывают свой отпечаток сексуальная ориентация и гендерная идентичность этого человека⁴⁴. В сущности это было бы равнозначно требованию “того же подчиненного и уступчивого поведения, того же отрицания фундаментального

⁴² *Decision VA5-02751*, above footnote 32. Решение VA5-02751, см. приведенную выше сноску 32. См. также *Decision No. IV/IE06244/81*, 26 April 1983 (Administrative Court (Verwaltungsgericht) Wiesbaden, Germany). Решение No. IV/IE06244/81, 26 апреля 1983 г. (Административный суд (Verwaltungsgericht) Висбаден, Германия).

⁴³ См., например, *MN (Findings on sexuality), Kenya v. Secretary of State for the Home Department* [2005] UK IAT 00021, 28 January 2005 (UK Immigration Appeal Tribunal (IAT)), paras. 21–23, 25, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a7081cd.html>. “МН (Полученные данные о сексуальности), Кения против Министра внутренних дел” [2005] UK IAT 00021, 28 января 2005 г. (Трибунал Великобритании по делам предоставления убежища и иммигрантским делам (IAT)), пп. 21-23 и 25, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a7081cd.html>.

⁴⁴ См.: *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, above footnote 6, paras. 40–45; *Податель апелляции S395/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма; Податель апелляции S396/2002 против Министра по делам иммиграции и поликультурализма*. См. приведенную выше сноску 6, пп. 40-45 и *Wang v. Minister for Immigration & Multicultural Affairs* [2000] FCA 1599, 10 November 2000 (Federal Court of Australia), paras. 91, 99, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb330.html>. *Ванг против Министра по делам иммиграции и поликультурализма* [2000] FCA 1599, 10 ноября 2000 г. (Федеральный Суд Австралии), пп. 91 и 99; материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb330.html>.

права человека, достичь которых стремится агент преследований при помощи поведения, основанного на преследованиях”⁴⁵. Как заявил Новозеландский Совет по апелляциям беженцев:

“Трактовка затруднительного положения “объекта преследований” как продолжительное или систематическое нарушение фундаментальных прав человека, свидетельствующее о несостоятельности государственной защиты, означает, что к определению понятия беженец следует подходить не с точки зрения того, что заявитель, ходатайствующий о предоставлении ему статуса беженца, может сделать для того, чтобы избежать преследований, но с точки зрения опасности для фундаментального права человека и наносимого вреда вследствие этого”⁴⁶.

iv. Агенты преследований

27. Преследования могут совершаться либо (i) государственными действующими лицами, например, посредством введения уголовной ответственности за половые связи по обоюдному согласию между лицами одного и того же пола, посредством физического или сексуального насилия или унижающего достоинство обращения со стороны тех, кто находится под непосредственным контролем этих действующих лиц, либо (ii) негосударственными (частными) действующими лицами. Таким образом, ходатайство заявителя на статус беженца может быть обосновано нежеланием или неспособностью государства обеспечить защиту от нарушений, совершаемых государственными и негосударственными действующими лицами. Ситуации, в которых бездействие государства может вести к преследованиям, включают нереагирование полиции на просьбы о помощи и отказ властей провести расследование, привлечь к ответственности или наказать лиц, причинивших вред лицам из категории ЛГБТ. Негосударственные действующие лица, будь то члены семьи, соседи, посторонние люди или коллеги по работе, могут быть либо непосредственно вовлечены в действия, носящие характер преследований, включая

⁴⁵ См.: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, above footnote 18, para. 130. “Национальная Коалиция за равенство геев и лесбиянок и др. против Министра юстиции и др.” См. приведенную выше сноску 18, п. 130.

⁴⁶ *Refugee Appeal No. 74665*, above footnote 6, para. 114. *Апелляция беженца*, No. 74665, См. приведенную выше сноску 6, п. 114.

физические нападки и принудительный брак, либо опосредованно, подвергая данную личность риску, например, сообщая властям о ее поведении или сексуальной ориентации.

v. Причинно-следственная связь (“вследствие”)

28. Как и в случае других типов ходатайств о предоставлении статуса беженца, вполне обоснованные опасения преследований должны быть связаны с одним или несколькими из пяти мотивов преследований, указанными в определении беженца, содержащемся в Конвенции 1951 года. Указанный в Конвенции мотив должен реально способствовать преследованиям, хотя нет необходимости доказывать что это прямая или главная причина⁴⁷. Основное внимание обращается на затруднительное положение заявителя, а не на образ мыслей лица, осуществляющего преследования. Государственные и негосударственные агенты преследований могут причинить вред лицам из категории ЛГБТ с намерением “вылечить” или “исцелить” их, например, при помощи того, что на самом деле является принудительным браком или злоупотреблением медицинским вмешательством. В данном контексте “важно не забывать, что в ходе разработки Конвенции 1951 года ни разу не предлагалось рассматривать мотив или намерение лица, осуществляющего преследования, в качестве решающего фактора для дефиниции или определения статуса беженца”⁴⁸.

⁴⁷ См.: *UNHCR Guidelines on Gender-Related Persecution*, above footnote 2, para. 20. See also, UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a Particular Social Group” Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/02, 7 May 2002, paras. 20–23, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html> (hereafter: “*UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group*”). “Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом”, см. приведенную выше сноску 2, п. 20. См. также: “УВКБ ООН, Руководящие принципы международной защиты No. 2 “Принадлежность к определенной социальной группе” в контексте статьи 1 (пункт А, подпункт 2) Конвенции 1951 года и/или Протокола к ней 1967 года, касающихся статуса беженцев” HCR/GIP/02/02”, 7 мая 2002 г., пп. 20-23: текст принципов размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html> (далее в тексте: “Руководящие принципы УВКБ ООН по принадлежности к определенной социальной группе”). См. также, например, *Refugee Appeal No. 74665*, above footnote 6, para. 132. *Апелляция беженца*, No. 74665, см. приведенную выше сноску 6, п. 132.

⁴⁸ См.: UNHCR, *UNHCR Note on Refugee Claims Based on Coercive Family Planning Laws or Policies*, August 2005, para. 26, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4301a9184.html>. УВКБ ООН, “Записка УВКБ ООН о ходатайствах о получении статуса беженца из-за принудительных законов или политики в сфере планирования семьи”, август 2005 г., п. 26, текст Записки размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4301a9184.html>.

Таким образом, мотивом необязательно должна быть неприязнь, недоброжелательность или другая разновидность антипатии к жертве, испытываемая лицом, осуществляющим преследования, чтобы заявитель воспринимал злоупотребление как вред⁴⁹.

В. МОТИВЫ, УКАЗАННЫЕ В КОНВЕНЦИИ

29. Мотивы преследований, указанные в Конвенции для определения статуса беженца, не являются взаимоисключающими и могут частично перекрываться. Само по себе нарушение социальных или религиозных норм, в том числе открытое проявление своей сексуальной ориентации или идентичности, можно анализировать с точки зрения политических убеждений, религии или принадлежности к определенной социальной группе. Эти убеждения, религиозные верования или принадлежность к определенной социальной группе могут быть вменены в вину или приписаны заявителю государственным или негосударственным агентом преследований⁵⁰.

30. Для целей Конвенции 1951 года термин “политические убеждения” следует понимать в широком смысле, включая любое мнение по любому вопросу,

⁴⁹ Более подробно см.: *RRT Case No. 061020474* [2007] RRTA 25, 7 February 2007 (RRT of Australia), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a707d82.html>; *Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, No. 95-70887, 24 June 1997 (US Court of Appeals, Ninth Circuit), para. 20, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4152e0fb26.html>. “Дело RRT No. 061020474 [2007] RRTA 25, 7 февраля 2007 г.” (Трибунал Австралии по рассмотрению ходатайств о предоставлении статуса беженца (RRT)), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a707d82.html>. “*Пичерская против Службы иммиграции и натурализации*”, Дело No. 95-70887, 24 июня 1997 г. (Апелляционный суд США, Девятый судебный округ), п. 2, материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4152e0fb26.html>.

⁵⁰ *UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association*, above footnote 8, para. 5. “Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио” - см. приведенную выше сноску 8, п. 5. См. также: *Kwasi Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General of United States*, A01-4477 and 02-1541, 328 F.3d 719, 16 May 2003 (US Court of Appeals, Third Circuit), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb2c1a.html>. “Кваси Аманфи против Джона Эшкрофта, Генерального прокурора США” A01-4477 и 02-1541, 328 F.3d 719, 16 мая 2003 г. (Апелляционный суд США, Третий судебный округ) - материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb2c1a.html>. В этом деле суд признал наличие преследований вследствие приписываемой принадлежности к определенной социальной группе (т.е. к гомосексуалистам), хотя заявитель не был геем. См. также: *DW (Homosexual Men – Persecution – Sufficiency of Protection) Jamaica*, above footnote 40, para. 71. “*ДУ (Гомосексуальные мужчины – Преследования – Достаточность защиты) Ямайка* - см. приведенную выше сноску 40, п. 71.

который может касаться государственных механизмов, общества или политики правительства. Это мнение может касаться сексуальной ориентации и гендерной идентичности, особенно в странах, в которых сексуальная ориентация (отличающаяся от гетеросексуальности) рассматривается как идущая вразрез с основной политикой страны⁵¹.

31. Религия может служить важным мотивом согласно Конвенции 1951 года, там где религиозные власти проявляют враждебное или дискриминационное отношение к лицам из категории ЛГБТ или где принадлежность к группе ЛГБТ рассматривается как публичное оскорбление религиозных верований в данном обществе. Когда люди испытывают вполне обоснованные опасения преследований вследствие того, что другие воспринимают их поведение как отказ вести себя в соответствии с господствующей трактовкой конкретных религиозных представлений, можно доказать связь с этим мотивом.

32. Ходатайства в связи с сексуальной ориентацией чаще всего рассматривались по мотиву “принадлежности к определенной социальной группе”⁵². Многие страны признали, что гомосексуалисты (геи и лесбиянки) могут составлять определенную социальную группу⁵³. Хотя заявки от бисексуальных и

⁵¹ Более подробно см.: *UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association*, above footnote 8, para. 6. “Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио” - см. приведенную выше сноску 8, п. 6.

⁵² См.: European Union, Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, 19 May 2004, Art. 10(1)(d), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4157e75e4.html>. Директива Совета Европейского Союза 2004/83/ЕС от 29 апреля 2004 г. о минимальных стандартах для квалификации и статуса граждан третьих стран или лиц без гражданства в качестве беженцев или лиц, нуждающихся в иной форме международной защиты, и содержании предоставляемой защиты, 19 мая 2004 г., статья 10(1)(d): текст Директивы размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4157e75e4.html>.

⁵³ См., например, *Matter of Toboso-Alfonso*, 20 I&N Dec 819, 12 March 1990 (US Board of Immigration Appeals), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b84.html>; “Дело Тобозо-Альфонзо”, Тобозо был назван “прецедентом для всех судебных разбирательств, касающихся этого вопроса или вопросов”. Attorney General’s Order No. 1895-94, 19 June 1994. *Canada (Attorney General) v. Ward*, above footnote 12. Распоряжение Генерального Прокурора No. 1895-94, 19 июня 1994 г. “*Канада (Генеральный Прокурор против Ворда)*” - см. приведенную выше сноску 12. *Re GJ, Refugee Appeal No. 1312/93*, 30 August 1995 (New Zealand RSAA), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>; *Islam v. Secretary of State for the Home Department*; *R v. Immigration*

трансгендерных людей поступают реже, эти категории лиц также могут составлять определенную социальную группу⁵⁴. Более того, было убедительно доказано, что сексуальную ориентацию можно рассматривать в качестве либо врожденной и неизменяемой характеристики, либо характеристики, имеющей столь фундаментальное значение для человеческого достоинства, что нельзя заставлять человека отказаться от нее⁵⁵. Требование, чтобы люди скрывали свою сексуальную ориентацию и тем самым отказались от этих характеристик, противоречит самому понятию “определенная социальная группа” как одному из оснований для защиты, согласно Конвенции 1951 года⁵⁶.

Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah, above footnote 12; *Singh v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* [2001] FCA 1653, 27 November 2001 (Federal Court of Australia), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb33d.html>; *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran*, above footnote 14, para. 146. *Апелляция беженца*, No. 74665, 7 июля 2004 г. “По вопросу: *GJ*, *Апелляция беженца* No. 1312/93, 30 августа 1995 г. (Новозеландский Совет по апелляциям в связи со статусом беженца) – текст дела размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>; “*Ислам против Министра внутренних дел*”; “*P. против Апелляционного трибунала по иммигрантским делам и др., а также от имени Шаха*” - см. приведенную выше сноску 12. “*Сингх против Министра по делам иммиграции и поликультурализма* [2001] FCA 1653, 27 ноября 2001 г. (Федеральный Суд Австралии) - текст дела размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47fdfb33d.html>. “*ХС (Гомосексуалы: Несодершеннолетние; опасности при возвращении) Иран* - см. приведенную выше сноску 14, р. 146.⁵⁴ См.: *Decision Ourbih No. 269875*, 15 May 1998 (CRR, France). “Решение по делу Урби”, No. 269875, 15 мая 1998 г. (Комиссия правовой защиты беженцев (CRR), Франция). Комиссия констатировала, что транссексуалы могут составлять особую социальную группу. Эта позиция была подтверждена в *Decision M. MB, No. 496775*, 15 February 2004 (CRR, France) – в “Решении по делу М. МВ”, No. 496775, 15 февраля 2004 г. (Комиссия правовой защиты беженцев (CRR), Франция). Подробнее см.: *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, 225 F.3d 1084 (9th Cir. 2000), 24 August 2000 (US Court of Appeals, Ninth Circuit), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html>, - “*Джиованни Эрнандес-Монтиль против Службы иммиграции и натурализации*”, 225 F.3d 1084 (Девятый судебный округ, 2000 г.), 24 августа 2000 г. (Апелляционный суд США, Девятый судебный округ) - материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html>. В своем решении суд признал, что “мужчины-геи с женской сексуальной идентичностью” составляют особую социальную группу.

⁵⁵ См.: *UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group*, above footnote 47, para. 6. “Руководящие принципы УВКБ ООН по принадлежности к определенной социальной группе” - см. приведенную выше сноску 47, п. 6. См. также: *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, above footnote 54. *Джиованни Эрнандес-Монтиль против Службы иммиграции и натурализации*” - см. приведенную выше сноску 54: В своем решении суд отметил, что “сексуальная идентичность [гомосексуалистов] является настолько основополагающей для их личностной идентичности, что нельзя требовать от них изменить ее” (с. 10483). См. также: *Refugee Appeal No. 74665*, above footnote 6. *Апелляция беженца* No. 74665 - см. приведенную выше сноску 6. Совет признал, что существует “широкий консенсус в отношении того, что все пять мотивов Конвенции относятся либо к характеристикам, изменить которые человеку не под силу, либо к характеристикам, которые являются настолько основополагающими для личностной идентичности или самосознания, что нельзя требовать изменить их” (п. 81).

⁵⁶ *Refugee Appeal No. 74665*, above footnote 6. *Апелляция беженца* No. 74665 - см. приведенную выше сноску 6. Совет признал, что существует “широкий консенсус в отношении того, что все пять

Г. АЛЬТЕРНАТИВА ВНУТРЕННЕГО БЕГСТВА ИЛИ ПЕРЕМЕЩЕНИЯ

33. Поскольку нередко гомофобия, проявляемая в законах или в отношении и поведении людей, как правило распространена по всей стране, нежели локализована в отдельных регионах, альтернативу внутреннего бегства обычно нельзя рассматривать как приемлемую в случае ходатайств, относящихся к сексуальной ориентации и гендерной идентичности. Любое предлагаемое для перемещения место следует тщательно оценить и оно должно быть “обоснованным” и “разумным”⁵⁷. Там где агентом преследований является государство, внутреннее бегство обычно не считается обоснованным, за исключением тех случаев, когда власть государства ограничена несколькими регионами страны. Общеприменимый закон, как, например, уголовный кодекс, предусматривающий уголовную ответственность за гомосексуальное поведение и принудительно применяемый в месте преследований, как правило, будет действовать и в месте предлагаемого перемещения.

34. Там где агентом преследований является негосударственное действующее лицо, нередко можно предположить, что если государство не желает или не в состоянии обеспечить защиту в одной части страны, то оно не пожелает

мотивов Конвенции относятся либо к характеристикам, изменить которые человеку не под силу, либо к характеристикам, которые являются настолько основополагающими для личностной идентичности или самосознания, что нельзя требовать изменить их” (п. 81). См. выше также Подраздел Б (iii). Избегая преследований, пп. 25-26.

⁵⁷ См.: UNHCR, Guidelines on International Protection No. 4: “Internal Flight or Relocation Alternative” within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/04, 23 July 2003, para. 7, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f2791a44.html> (hereafter: “UNHCR Guidelines on Internal Flight or Relocation Alternative”). УВКБ ООН, Руководящие принципы в отношении международной защиты, No. 4: “Альтернатива внутреннего бегства/перемещения” в контексте статьи 1A(2) Конвенции 1951 года и/или Протокола 1967 года, касающихся статуса беженцев”. Документ HCR/GIP/03/04, 23 июля 2003 г., п. 7. Текст документа размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f2791a44.html> (далее в тексте: “УВКБ ООН, Руководящие принципы в отношении альтернативы внутреннего бегства/перемещения”. См. также, например, RRT Case No. 061020474, above footnote 49, “Дело RRT No. 061020474” - см. приведенную выше сноску 49. Там отмечается, что “действительно, ситуация вне столицы будет, вероятнее всего, еще менее благоприятной для нее”.

или не будет в состоянии сделать это и в любой другой ее части⁵⁸. Нельзя ожидать от заявителей подавления своей сексуальной ориентации или гендерной идентичности в районе внутреннего бегства и требовать от них положиться на анонимность, чтобы не попасть в пределы досягаемости агента преследований. Хотя крупный или столичный город могут в некоторых случаях предоставить более толерантное и анонимное окружение, место перемещения для заявителя должно быть чем-то бóльшим, нежели просто убежищем. Заявитель также должен иметь доступ хотя бы к минимальному уровню политических, гражданских и социально-экономических прав⁵⁹. Таким образом, заявитель должен иметь реальный и эффективный доступ к государственной защите. Наличие неправительственных организаций, занимающихся проблемами ЛГБТ, само по себе не обеспечивает защиту от преследований.

Д. БРЕМЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОСТОВЕРНОСТЬ (ОЦЕНКА)⁶⁰

35. Отождествление себя с группой ЛГБТ следует рассматривать как указание на сексуальную ориентацию человека. Хотя некоторые заявители могут предоставить доказательства своего ЛГБТ статуса (например, при помощи

⁵⁸ *Decision VAO-01624 & VAO-01625*, 8 March 2001 (IRB of Canada), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246f092.html>. Решение No. VAO-01624 и VAO-01625, 8 марта 2001 г. (Канадский Совет по вопросам иммиграции и беженцев (IRB)), текст Решения размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246f092.html>. В нем говорится: “Бывший муж заявительницы и его доверенные лица разыщут их [заявительницу и ее интимную партнершу], куда бы те ни уехали, поскольку он не допустит, чтобы мать его ребенка жила где бы то ни было в лесбийском союзе” (с. 6). См. также: *UNHCR Guidelines on Internal Flight or Relocation Alternative*, above footnote 57, para 15. “УВКБ ООН, Руководящие принципы в отношении альтернативы внутреннего бегства/перемещения” - см. приведенную выше сноску 57, п. 15.

⁵⁹ *UNHCR Guidelines on Internal Flight or Relocation Alternative*, above footnote 57, para. 19. “УВКБ ООН, Руководящие принципы в отношении альтернативы внутреннего бегства/перемещения” - см. приведенную выше сноску 57, п. 19. См. также: *Decision MA6-01580*, 12 January 2007 (IRB of Canada), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482457202.html>. Решение No. MA6-01580, 12 января 2007 г. (Канадский Совет по вопросам иммиграции и беженцев (IRB)), текст Решения размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482457202.html>. В нем говорится: “[В] данном случае заявитель проживал не в провинциальном городе, а в ... наиболее толерантном городе страны, согласно документально подтвержденным свидетельствам ... гомофобия все еще распространена и хотя принимаются позитивные меры, они являются ... неэффективными” (стр. 4 и 5).

⁶⁰ Данный Раздел следует читать вместе с Разделом III “Процедурные вопросы” документа “Руководящие принципы УВКБ ООН по преследованиям, связанным с полом” - см. приведенную выше сноску 2.

заявлений свидетелей, фотографий и других документальных свидетельств), им не нужно документально подтверждать свои действия в стране происхождения, которые бы указывали на их иную сексуальную ориентацию или гендерную идентичность. В тех случаях, когда заявитель не в состоянии представить свидетельства о своей сексуальной ориентации и/или когда не хватает достаточно конкретной информации о стране происхождения, лицо, принимающее решения, должно полагаться только на свидетельские показания самого заявителя. Как отмечается в Руководстве, выпущенным УВКБ ООН: "... Если изложенное заявителем кажется правдоподобным, то проверяющий должен истолковать сомнения в пользу просителя, если нет весомых причин полагать обратное"⁶¹. В том же духе высказался и Трибунал Великобритании по делам предоставления убежища и иммигрантским делам: "Было представлено полное, согласующееся в подробностях и правдоподобное описание мелких деталей, которые вряд ли бы заметил или упомянул человек, у которого бы не было описываемого опыта"⁶².

36. При оценке ходатайств, поданных лицами из категории ЛГБТ, следует избегать стереотипных представлений, таких как ожидание особенно бросающейся в глаза или женственной манеры вести себя у мужчин-геев или неженственной, мужеподобной внешности у женщин-лесбиянок. Подобным образом, человека не следует автоматически считать гетеросексуалом просто потому, что он или она состоит или состоял(а) в браке, имеет детей или одевается в соответствии с господствующими социальными нормами. Более точно оценить достоверность слов заявителя в большей мере помогут вопросы относительно постижения и реализации заявителем своей сексуальной идентичности, нежели подробные расспросы о сексуальных действиях.

⁶¹ UNHCR *Handbook*, above footnote 15, para. 196. Руководство УВКБ ООН - см. приведенную выше сноску 15, п. 196. См. также: *Nasser Mustapha Karouni, Petitioner, v. Alberto Gonzales, Attorney General, Respondent*, above footnote 176, at para. 7. *Истец Нассер Мустафа Каруни против Альберто Гонсалеса, Генерального прокурора* - см. приведенную выше сноску 6, п. 7: "Свидетельских показаний заявителя, если они достоверны, может хватить для обеспечения бремени доказательства без дальнейшего подтверждения".

⁶² *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran*, above footnote 14, para. 128. "ХС (Гомосексуалы: Несодершеннолетние; опасности при возвращении) Иран" - см. приведенную выше сноску 14, п.128.

37. Важно, чтобы интервью заявителей из категории ЛГБТ проводили специально обученные сотрудники, которые хорошо осведомлены об особых проблемах, с которыми сталкиваются лица из категории ЛГБТ. То же самое относится к переводчикам, присутствующим на интервью. В число эффективных способов повысить осведомленность сотрудников входят краткосрочные целенаправленные учебные семинары, учет вопросов, относящихся к сексуальной ориентации и гендерной идентичности, при введении новых сотрудников в курс дела и при практическом обучении штатных сотрудников, информирование их о веб-сайтах, компетентных в вопросах, относящихся к ЛГБТ, а также разработка руководящих указаний по использованию надлежащих вопросов и техники интервьюирования на разных этапах процедуры предоставления убежища.

38. Тот факт, что у заявителя не было существенных интимных отношений в стране происхождения или в стране убежища необязательно означает, что он или она не входят в категорию ЛГБТ. Это скорее может служить показателем того, что заявитель пытался избежать вреда, как это разъяснено выше в пунктах 23-26. Заявитель не всегда знает, что сексуальная ориентация может явиться основанием для получения статуса беженца, или может не быть расположен обсуждать столь интимные вопросы, особенно если в стране происхождения его или ее сексуальная ориентация явилась бы предметом стыда или табу. В итоге, заявитель может вначале не чувствовать себя достаточно уверенно, чтобы говорить открыто или точно изложить свой случай. Даже если представленное вначале ходатайство на получение убежища содержало ложные утверждения или заявление не было подано сразу по прибытии в страну убежища, заявитель все еще может доказать, что его ходатайство достоверно⁶³.

⁶³ См.: UNHCR *Handbook*, above footnote 15, para. 198. Руководство УВКБ ООН - см. приведенную выше сноску 15, п. 198. См. также: *Refugee Appeal No. 74665*, above footnote 6. *Апелляция беженца No. 74665* - см. приведенную выше сноску 6: выдуманная заявителем "история о несчастном случае было предложением замаскировать то, о чем, как он полагал, нельзя было открыто заявить, а именно о своей сексуальной ориентации. ... Его ошибочная настойчивость придерживаться ложного утверждения, сделанного в самом начале, не повлияло на вывод, что во всем остальном он является свидетелем, заслуживающим доверия" (п. 22).

Е. ХОДАТАЙСТВО О ПОЛУЧЕНИИ СТАТУСА “БЕЖЕНЦА НА МЕСТЕ”

39. Ходатайство о получении статуса “беженца на месте” может явиться следствием событий, которые произошли в стране происхождения заявителя после его или ее отъезда или в результате собственных действий заявителя после отъезда из своей страны происхождения⁶⁴. Так может произойти в том случае, если заявитель публично заявил о своей сексуальной ориентации после прибытия в страну убежища и/или в том случае, если его или ее ЛГБТ статус или взгляды на сексуальную ориентацию получили публичное выражение, например, в ходе пропагандистских кампаний, демонстраций и других форм проявления гражданской активности в сфере прав человека в интересах людей из категории ЛГБТ⁶⁵. В таких случаях могут особо возникнуть сомнения в достоверности утверждений, что продиктует необходимость тщательного изучения обстоятельств и подлинности утверждений заявителя о своей сексуальной ориентации.

40. Даже в том случае, когда публичное оглашение ЛГБТ статуса заявителя является следствием его действий “в собственных интересах”, у заявителя, тем не менее, могут быть вполне обоснованные опасения преследований по возвращении в страну происхождения или он может нуждаться в международной защите по каким-либо иным причинам⁶⁶. Следует очень взвешенно подойти к рассмотрению

⁶⁴ См.: UNHCR *Handbook*, above footnote 15, paras. 94–96. Руководство УВКБ ООН - см. приведенную выше сноску 15, пп. 94-96. См. также: *Refugee Appeal No. 75576*, 21 December 2006 (New Zealand RSAA), para. 78, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/477cfbc8d.html>, *Апелляция беженца*, No. 75576, 21 декабря 2006 г. (Новозеландский Совет по апелляциям в связи со статусом беженца), п. 78 - размещена на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/477cfbc8d.html>, относительно положения гомосексуалистов в Иране и изменения ситуации в стране происхождения.

⁶⁵ Более подробно см.: *UNHCR Advisory Opinion to the Tokyo Bar Association*, above footnote 8, para. 12. “Консультативное заключение УВКБ ООН для Ассоциации адвокатов Токио”, см. приведенную выше сноску 8, п. 12.

⁶⁶ См. по аналогии: *UNHCR Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/04/06, 28 April 2004, paras. 34–36, available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/477cfbc8d.html>, “УВКБ ООН, Руководящие принципы в отношении международной защиты No.6: “Заявления на предоставление статуса беженца по религиозным мотивам в соответствии со Статьей 1А (2) Конвенции 1951 г. и Протокола 1967 г., относящегося к статусу беженца”, документ HCR/GIP/04/06, 28 апреля 2004 г., пп. 34-36, текст документа размещен на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/>.

как вопроса о том, не привлечет ли сексуальная ориентация/гендерная идентичность заявителя внимания властей страны происхождения, так и связанного с этим риска преследований⁶⁷. Необходима тщательная оценка всех обстоятельств, включая то, в какой степени действия заявителя были в его собственных интересах, характер вреда, внушающего опасения, а также степень риска⁶⁸.

III. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

41. То, что происходит на международном и национальном уровне в прецедентном праве относительно сексуальной ориентации ясно показывает, что лица из категории ЛГБТ могут признаваться в качестве “определенной социальной группы” и как таковые имеют право на защиту в соответствии с Конвенцией 1951 года. Эти процессты, однако, также указывают на то, что плохое обращение с людьми из-за их сексуальной ориентации и гендерной идентичности продолжает рассматриваться в качестве крайне личной или скрытой формы преследований. В результате, лица, выносящие решения по вопросам убежища, иногда предполагали, что ЛГБТ-люди, которые ищут убежища, могли бы избежать преследований, скрыв свою сексуальную ориентацию. Вместе с тем, подобные предположения не делались в той же степени применительно к ходатайствам, связанным с

⁶⁷ См.: *Regeringsbeslut 11:6*, Document No. 1926, 28 May 1998 (Swedish Government, Foreign Ministry (Regeringen, Utrikesdepartementet)). *Regeringsbeslut 11:6*, Документ No. 1926, 28 мая 1998 г. (Правительство Швеции, Министерство Иностранных Дел (Regeringen, Utrikesdepartementet)); в документе констатировалось, что с учетом того значительного внимания, которое привлекло к себе дело заявителя как в Швеции, так и за рубежом, а также вовлеченности различных организаций, невозможно исключить риск привлечения особого внимания иранских властей к заявителю.

⁶⁸ For further jurisprudence on *sur place* claims, see for instance, *Danian v. Secretary of State for the Home Department* CO/30274/97, 9 June 1998 (UK IAT) available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b92c.html>; и *Ghasemian v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) [2003] FCJ No. 1591; 2003 FC 1266, 30 October 2003 (Federal Court of Canada), available at <http://www.unhcr.org/refworld/docid/412f420b4.html>. Более подробно о судебной практике относительно ходатайств на получение статуса “беженца на месте” см., например, “*Даниан против Министра внутренних дел*” CO/30274/97, 9 июня 1998 г. (Трибунал Великобритании по делам предоставления убежища и иммигрантским делам (IAT)), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b92c.html>; и “*Газемиян против Канады (Министра по вопросам гражданства и иммиграции)*” [2003] FCJ No. 1591; 2003 FC 1266, 30 октября 2003 г. (Федеральный суд Канады), материалы дела размещены на веб-сайте <http://www.unhcr.org/refworld/docid/412f420b4.html>.

политическими убеждениями или религиозной верой. Таким образом, очень важно, чтобы оценка ходатайств, основанных на сексуальной ориентации и/или гендерной идентичности, проводилась деликатно и надлежащим образом лицами, принимающими решения, которые прошли специальную подготовку по данным вопросам. Учитывая трудности, связанные с предоставлением доказательств в случае ходатайств, связанных с сексуальной ориентацией, оценка таких ходатайств часто опирается на степень доверия в заявителю. В подобных обстоятельствах лица, принимающие решения, должны склоняться к тому, чтобы толковать сомнения в пользу просителя.