

Наташа БОШКОВА

МЕЃУНАРОДНА ПРАВНА РАМКА ЗА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈА ВРЗ ОСНОВА НА СЕКСУАЛНАТА ОРИЕНТАЦИЈА И РОДОВИОТ ИДЕНТИТЕТ

Постои значителен отпор кон дискутирањето на полното уживање на универзалните човекови права за ЛГБТ лицата. Дури и ако ова не е популарна тема за човековите права, дојдено е времето да се унапреди и продлабочи оваа дискусија.¹

Лезбијките, гејовите, бисексуалците и трансродовите (ЛГБТ)² лица се хетерогена група која многу често е стигматизирана и се соочува со хомофобија, трансфобија, дискриминација и страв од отфрлување од семејството, пријателите и општеството, како резултат на нивната сексуална ориентација или родовиот идентитет.

- 1 Council of Europe, Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, Thomas Hammarberg, 2011 p. 15.
- 2 Коалиција за заштита и промоција на сексуалните и здравствени права на маргинализираните заедници, Речник на термини поврзани со сексуална работа и ЛГБТ, Скопје 2008. Кратенка која се користи за лезбејки-гејеви-бисексуалци- трансродови луѓе.

Авторката е адвокатка и активистка за правата на маргинализираните заедници

Развојот на правната рамка и правната практика во последните десет години, води кон конзистентно толкување дека сексуалната ориентација и родовиот идентитет се признаени како забранети основи за дискриминација во најзначајните договори и конвенции за човекови права, вклучувајќи ги конвенциите на Организацијата на Обединетите Нации (ООН), Европската Конвенција за човекови права и слободи (ЕКЧП) на Советот на Европа и документите кои ја сочинуваат правната рамка на Европската Унија. Од друга страна пак, заложбата на Република Македонија во процесот на приближување на националното законодавство кон Европското, се уште не ги дава потребните резултати во заштита на правата на гејовите, лезбијките, бисексуалците и транс³ лицата. Националната законска рамка за заштита од дискриминација ги исклучува сексуалната ориентација и родовиот идентитет како основи врз кои се забранува дискриминацијата, а во пракса, се засилуваат вербалните и физички напади врз поединци, групи и организации кои ги промовираат и штитат правата на ЛГБТ лицата. Во отсуство на сеопфатна национална законска рамка за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет, неопходна е примена на меѓународните стандарди во националните постапки за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет.

Поради ова, Коалицијата Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници издаде “Прирачник за меѓународни стандарди за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет” (во понатамошниот текст: Прирачникот)⁴ чија основна цел е доближување на меѓународните стандарди за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и на родовиот идентитет до судиите, претставниците на телата за заштита од дискриминација, адвокатите и на активистите за заштита на

3 Трансродово лице или транс-лице се однесува на лице чиј родов идентитет не се совпаѓа со бинарните стандарди на општеството, или чиј родов идентитет не е во склад со неговиот биолошки пол. Овде спаѓаат лицата што се родово неконформирани, транссексуални, крос-дресери итн. Изразот транссексуално лице се однесува на луѓето што имаат поминато или имаат намера да поминат низа транзициски медицински процедури, како, на пример, хормонска терапија, хируршки интервенции, како и промена на личните документи, со цел да го потврдат својот родов идентитет.

4 Коалицијата Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници, Прирачник за меѓународни стандарди за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет, Бошкова Наташа, Скопје, 2014.

човековите права. Текстот во продолжение дава преглед на најзначајните меѓународни стандарди за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет кои се дел од Прирачникот, а кои се правнообврзувачки за Република Македонија како и документи кои немаат правнообврзувачка сила, но претставуваат стандард кон кој државите треба да се стремат со цел да овозможат целосно уживање на човековите права на сите, независно од личните околности.

Меѓународните документи за заштита на човековите права, на кои им пристапила Република Македонија претставуваат дел од правната рамка за заштита од дискриминација на национално ниво, а која ги вклучува и Уставот на Република Македонија⁵, Законот за спречување и заштита од дискриминација⁶, Законот за еднакви можности помеѓу жените и мажите⁷ и сите други закони кои во себе содржат одредби со кои се забранува дискриминација по различни основи.

Во образложението на причините за донесувањето на Законот за спречување и заштита од дискриминација, како закон кој е дел од програмата за приближување на македонското законодавство до европското, беше потенцирана потребата од заштита од дискриминација на лица со хомосексуална ориентација во сите области. Сексуалната ориентација се дефинира како трајна емоционална, романтична и физичка привлечност кон одредено лице од ист или различен пол.⁸ Како таква, сексуалната ориентација претставува значајна карактеристика која го одредува најинтимниот аспект од приватниот живот на индивидуата. Родовиот идентитет пак, означува длабоко вкоренето чувство за родова припадност, лична идентификација на едно лице во однос на себеси.⁹ И двете категории се дел од приватноста на поединецот и бараат заштита преку одредби кои експлицитно ќе забранат дискриминација или било

5 Службен весник на Република Македонија бр. 52/92, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05 и 3/09. Устав на Република Македонија.

6 Службен весник на Република Македонија бр. 50/2010, 44/14, Закон за спречување и заштита од дискриминација.

7 Службен весник на Република Македонија бр. 6/2012, Закон за еднакви можности на жените и мажите.

8 Коалиција за заштита и промоција на сексуалните и здравствени права на маргинализираните заедници, Речник на термини поврзани со сексуална работа и ЛГБТ, Скопје 2008.

9 Коалиција за заштита и промоција на сексуалните и здравствени права на маргинализираните заедници, Речник на термини поврзани со сексуална работа и ЛГБТ, Скопје 2008.

каква друга повреда или ограничување на уживање на правата на лицата со хомосексуална и бисексуална ориентација или различен родов идентитет од полот назначен при раѓање. Сепак, до денес не е направена измена и дополнување на одредбите, а со тоа, се уште не се признаени правата на лицата со хомосексуална ориентација и родов идентитет во националното законодавство. Во продолжение се сумирани случаите кои ги воспоставуваат позитивните обврски на Македонија во врска со имплементирањето на политиките за заштита на човековите права, со фокус на заштита од дискриминација на ЛГБТ лицата.

Почетоци во создавањето на правната пракса за заштита на правата на ЛГБТ лицата

На меѓународно ниво, формалното воспоставување на еднаквост за лицата со нехетеросексуална ориентација оди бавно, а ваквата динамика се одразува и на развојот на националното законодавство. Имено, различни форми на криминализацијата на истополовите доброволни сексуални односи помеѓу возрасни-примарно помеѓу мажи, бидејќи жените често не се земаат предвид во овој контекст, може да се најдат во подолги или пократки периоди на правната традиција на скоро сите земји членки на Советот на Европа.¹⁰ Постојењето на одредби во Кривичниот законик со кои се криминализира доброволен хомосексуален однос помеѓу возрасни лица, претставува дискриминација и повреда на правото на приватен живот на лицата со хомосексуална ориентација.¹¹ Вака, во 1981 година одлучи Европскиот суд за човекови права (во понатамошниот текст: Судот), а во 1992 го реafirмираше Комитетот на човекови права со својата одлука за укинување на кривичната одредба со која се санкционира доброволен хомосексуален однос помеѓу возрасни лица, со образложение дека е дискриминациска.¹² По неколку обиди на регионално ниво да се предизвикаат казнените одредби, со пресуда за прв пат се констатираше повредата од страна на Судот, а со втората одлука се создаде преседан во рамките на системот за човекови права на ООН во адресирањето на дискриминацијата на хомосексуалците, лезбејките и на бисексуалците. Понатаму, во 2003 година Судот утврдува

10 Council of Europe, Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, Thomas Hammarberg, 2011.

11 European Court of Human Rights, Dudgeon v. The United Kingdom, Application No. 7525 /76, judgment of 22 October 1981.

12 Human rights Committee, Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

дискриминација врз основа на сексуалната ориентација во постоењето на законски одредби со кои е предвидена различна возрасна граница за стапување во доброволен сексуален однос. Имено, Судот утврдил дека законските одредби со кои се дава заштита на млади мажи на возраст од 14 до 18 годишна возраст да стапат во однос со возрасни мажи, додека на младите жени на истата возраст не им е потребна заштита од односи со возрасни мажи или жени, претставува дискриминација врз основа на сексуалната ориентација.¹³ По укинувањето на криминализацијата на доброволниот хомосексуален однос помеѓу лицата од ист пол, на меѓународно и регионално ниво следи забрзано создавање на правна пракса која има за цел укинување на законите кои ги повредуваат правата или ги дискриминираат лицата со нехетеросексуална ориентација.

Слобода на изразување и здружување на ЛГБТ лицата

Во пракса, често пати, говорот на омраза кон лицата со хомосексуална ориентација и родов идентитет се квалификува како уживање на правото на слободно изразување. Во услови кога националното законодавство не штити од говор на омраза насочена кон овие лица, а говорот кој содржи омраза и разгорува омраза што понатаму поттикнува насилство, во Македонија е се поприсутен¹⁴, неопходно е да се погледне пошироката рамка која го регулира ова прашање. Досега, Судот и другите квазисудски тела на ООН не постапувале по случај за утврдување на границата на слободата на изразување во однос на одделни групи кои се однесуваат на Македонија. Сепак, во правната пракса постојат случаи кои се применливи и во нашиот контекст, и претствауваат пополнување на правната празнина во случаи на говор на омраза кон ЛГБТ лицата. Имено, пропагандата против хомосексуалците, со која хомосексуалноста се претставува како ненормална, а хомосексуалниот однос како причина за ширење на ХИВ и СИДА, не е слобода на изразување, напротив претстваува говор кој треба да се осуди и санкционира.¹⁵ При одлучувањето дали пропаганда против лица со хомосексуална ориентација ја пречекорува слободата на изразување,

13 European Court of Human Rights, L. and V. v. Austria Application No. 39392/98 and 39829/98 judgment of 9 April 2003.

14 Коалиција Сексуални и здравствени права на маргинализирани заедници, Годишен извештај за состојбата со правата на маргинализираните заедници за 2013 година, Април 2014.

15 European Court of Human Rights, Vejdeland and Others v. Sweden, Application No. 1813/07 judgment of 9 February 2012.

Судот се повикува на својата претходна пракса при анализирање на случај во врска со расистички говор и нагласува дека, “поттикнувањето на омразата не мора неопходно да инволвира повик за извршување на акти на насилство, или други криминални дела. Нападите врз лицата извршени со навредување, изложување на исмејување или со клеветење на одредени групи од населението, може да биде доволно властите да и дадат предност на борбата против расистичкиот говор, во однос на слободата на изразување искористена на неодговорен начин”.¹⁶ Ваквото резонирање на судот укажува дека државата има обврска да ги санкционира говорите кои имаат за цел да навредат или да омаловажат одредена група. Во врска со ова, во една друга пресуда Судот нагласува дека дискриминацијата заснована на сексуалната ориентација е исто толку сериозна форма на дискриминација, како и дискриминацијата врз основа на расата, потеклото и на бојата на кожата.¹⁷ Независно што оваа одлука не се однесува на Македонија, домашните судови и други институции за заштита од дискриминација, треба да го применат ваквото резонирање кога одлучуваат во случај што се води пред нив, а во врска со утврдување на кривична одговорност за поттикнување и разгорување на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација. Неспорно е дека е потребна измена и појаснување на националната законска рамка, но, во меѓувреме тоа не смее да претставува оправдување за сеенето на омраза и нетрпеливост кон оние кои излегуваат од хетеронормативната матрица на нашето општество.

Од друга страна, јавно изразување на хомосексуалната ориентација не смее да биде ограничено или санкционирано од страна на држава со образложение дека се штити моралот и традицијата. Комитетот за човекови права при ООН нагласува дека “концептот на моралот потекнува од бројни општествени, филозовски и религиозни традиции, следствено, ограничувањето [...] со цел да се заштити моралот мора да се засноваат на принципи што не потекнуваат исклучиво од една традиција.”¹⁸ Било кое ограничување треба да биде разбрано согласно универзалноста на човековите права и принципот на недискриминација.¹⁹ Имено, постоење

16 European Court of Human Rights, *Feret v. Belgium*, Application No. 15615/07, judgment of 16 July 2009, paragraph 73.

17 European Court of Human Rights, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Application No. 3385/96, no. 3389/96, judgment of 27 September 1999, paragraph 97.

18 Human Rights Committee. General Comment no. 22 Article 18 (Forty-eighth session, 1993). Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 35 (1994), paragraph 8.

19 Human Rights Committee. General Comment no. 34 Article 19 (102 session, 2011). Adopted by Human Rights Treaty Bodies, CCPR/C/GC/34, paragraph 32.

на закон со кој се санкционираат јавни дејства насочени кон пропаганда на хомосексуалност, наспроти пропаганда на хетеросексуалност или сексуалност воопшто, претставува дискриминација врз основа на сексуалната ориентација.²⁰

Слободата на изразување е тесно поврзана со слободата на собирање и здружување, а и двете се Уставно загарантирани во Македонија. ЛГБТ лицата се под сериозен ризик да станат жртви на насилство од омраза или на инциденти мотивирани од омраза, посебно на јавни места.²¹ Во изминатиот период, во Македонија, забележани се случаи на организирање на ЛГБТ заедницата кои резултираат со повреди и ограничување на правото на слободно собирање и здружување и слобода на јавно изразување на ставовите во врска со сексуалноста и родовиот идентитет.²² Исто така, дел од овие случаи не се процесирани, или нивното разрешување оди многу бавно, што укажува на недостаток на политичка воља и силна правна рамка која ќе овозможи ефикасно и навремено откривање и казнување на сторителите. При постапувањето во овие случаи, домашните правосудни органи треба да ги имаат предвид наодите на Судот во врска со различни оправдувања на државите против кои Судот одлучувал и нашол повреда на слободата на здружување и собир.

Во еден од случаите, организација не добила дозвола за одржување на марш за подигнување на свеста за правата на сексуалните малцинства, што требало да ја издаде канцеларијата на градоначалникот, кој во меѓувреме јавно осудил одржување на настан кој има за цел «јавна пропаганда за хомосексуалноста». Судот при одлучувањето, ги цени сите околности, па и јавно искажаниот став на градоначалникот чија канцеларија е одговорна да овозможи спроведување на јавниот собир, а која изјава според судот, имала влијание во конечната одлука за неиздавањето на дозволата.²³ Изјавите на политичарите во јавните настапи во кои ги изразуваат личните ставови во врска со хомосексуалноста, не треба да се отфрлат и да се анализираат изолирано.

20 Human Rights Committee, *Irina Fedotova v. Russia*, communication no. 1932/2010 CCPR/C/106/D/1932/2010.

21 Council of Europe, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Thomas Hammarberg, 2011.

22 Коалиција Сексуални и здравствени права на маргинализирани заедници, *Годишен извештај за состојбата со правата на маргинализираните заедници за 2012 година*, Јуни 2013.

23 European Court of Human Rights, *Baczowski and others v. Poland*, Application No.1543/06, judgment of 3 May 2007.

Напротив, “судот забележува дека личните ставови на градоначалникот можат да влијаат на процесот на издавање на дозвола за одржување на марш за промоција на правата на хомосексуалците, а што влијае на оставрувањето на правото на собир, и тоа на дискриминациски начин.”²⁴ Понатаму, во една друга ситуација, Судот наоѓа дека државата не може да ја оправда забраната за одржување на јавен собир за промовирање на правата на лицата со хомосексуална ориентација со образложение дека сака да го заштити мнозинството кое има негативен став кон хомосексуалноста. Имено, Судот во своето образложение наведува дека “доколку секој потенцијален случај на тензија и на вжештено препирање помеѓу спротивставените групи за време на протестот, ќе резултира со забрана, тогаш општеството ќе биде лишено од можноста да се слушнат различни мислења за кое било прашање што ја навредува чувствителноста на ставовите на мнозинството”.²⁵

Оттука, државата не може да се повикува на ставовите на мнозинство за да ги исклучи или да им го ограничи уживањето на правата на малцинствата. Секоја мерка што ја ограничува слободата на здружување и на изразување, освен во случаи на поттикнување на насилство или на отфрлање на демократските принципи, колку и за властите да се шокантни или неприфатливи одредени ставови или зборови што можат да се појават, прави противуслуга на демократијата, а често и ја загрозува.²⁶ При анализата на аргументите, Судот ги поставува критериумите кои треба се применат кога државата ограничува одредено право на една група, во случајот на лицата со различна сексуална ориентација и родов идентитет, заради заштита на друга група. Според Судот, државата не може да замени една легитимна цел загарантирана со Конвенцијата, за друга, која никогаш не била дел од балансирањето на национално ниво. Во таа смисла, Судот нагласува дека гаранциите за слободата на собирање и здружување утврдени во Конвенцијата важат за сите здруженија, освен за оние во кои организаторот и учесниците имаат насилни намери или на друг начин го ограничуваат создавањето на демократското општество.²⁷ Во врска со постигнувањето на баланс

24 *Idem*, paragraph 100.

25 European Court of Human Rights, *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, Application No. 29221/95 and 29225/95, judgment of 2 January 2002.

26 European Court of Human Rights, *Sergey Kuznetsov v. Russia*, Application No. 10877/04, judgment of 23 October 2008, paragraph 45.

27 *G. v. Germany* no. 13079/87, Commission decision of 6 March 1989, Decisions and Reports (DR) 60, p. 256, and *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, Commission decision of July 1980, DR 21, p.138.

меѓу конкурентни права загарантирани со Конвенцијата, Судот начелно им дозволува на националните власти широка маргина на одлучување. Така, во еден случај на балансирање на правата, Судот смета дека не постои повреда на правото на религија и уверување кога службеничка е отпуштена од работа поради тоа што одбила да регистрира истополови партнери, а како оправдување ја навела својата христијанска религија која не ги одобрува истополовите врски.²⁸

Маргина на одлучување на државите во случаи на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација

Судот во неколку случаи го потенцира фактот дека разликата во третманот врз основа на сексуалната ориентација, бара посебно сериозна причина со цел таа да биде оправдана.²⁹ Оттука, државите имаат многу тесна маргина на одлучување во случаи кога се расправа за правата на лицата со различна сексуална ориентација. Иако маргината е оставена на државите, наизглед таа се утврдува како резултат на примена на метод, што всушност е израз на моралното резонирање на Судот. Како резултат на ова, за прашањата во врска со хомосексуалноста може да се најдат разлики во начинот на примена на доктрината и начинот на утврдување на маргината на одлучување.³⁰

Во неодамнешната пракса на Судот, во два случаи со слична фактичка состојба, судот беше непредвидлив при одлучувањето. Во првиот случај, Судот одлучувал за дискриминација врз основа на сексуалната ориентација, во остварување на правото на посвојување на дете. Според наводите на тужителот, правниот систем во Франција дозволува посвојување на деца од страна на сам невенчан родител-посвојувач, но не ја дозволува можноста за посвојување од страна на хомосексуалците и на бисексуалците, без да се земат предвид нивните лични квалитети или способности за воспитување на посвоените деца. Сепак, потпирајќи се на широката маргина на одлучување, Судот одлучил дека недозволувањето да се посвои дете не го попречува принципот на пропорционалност, кој стоеше во оправдувањето од страна на државата, и дека тоа било објективно и разумно, во поглед на

28 European Court of Human Rights, *Eweida and others v. the United Kingdom*, Application No. 48420/10; 59842/10; 51671/10 I 36516/10, judgment of 15 January 2013.

29 European Court of Human Rights, *Karner v. Austria*, Application No. 40016/98, judgment of 24 October 2003, paragraph 98.

30 Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge 2013.

разликата во третманот, кој беше обжален како недискриминациски.³¹ Во друг случај против Франција³², жалителката е во стабилна лезбијска врска и сака да посвои дете. Во жалбените наводи, таа наведува дека, во сите фази на барањето за посвојување, таа претрпела дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и ѝ било нарушено правото на почитување на приватниот живот. Судот, во аргументирањето на овој случај, прави разлика во однос на претходниот случај и тоа поради фактот што апликантката е во стабилна врска, за разлика од претходниот случај, па, оттука, не смета дека ќе има тешкотии во замислувањето на практичните последици од пресвртот што ќе настане по доаѓањето на детето. Овие две пресуди се значајни, бидејќи го прикажуваат трендот на промени во одлучувањето на Судот, во врска со одредено прашање. Судот, уште еднаш, покажа дека ЕКЧП е жив инструмент што е прилагодлив на моралниот и на општествениот развој во современиот живот.

Слична несигурност во примената на маргината на одлучување се демонстрира и преку случаите во врска со утврдување на повреда на правата на истополовите партнери во правното признавање на нивната заедница. Двајца апликанти започнале постапка пред Судот, откако државата Австрија не им дозволила на склучат брак. Тие аргументирале пред судот дека правната пречка, поради која не можат да склучат брак, претставува повреда на нивното право на почитување на приватниот и на семејниот живот и на принципот на недискриминација. Во своите наоди, Судот потенцира дека сè уште не е подготвен да го интерпретира членот 12 (правото на брак) како право што ЕКЧП им го гарантира и на истополовите двојки да стапат во брак. Сепак, Судот остава можност овој заклучок да се промени, кога поголем дел од европските земји³³ ќе ги вклучат истополовите двојки во националните закони што го регулираат бракот. Судот се повикува на својата претходна правна пракса во толкувањето на членот 12, па, реферира на пресудата *Christine Goodwin*,³⁴ според која одредувањето на родот не се прави единствено

³¹ European Court of Human Rights, *Frettév. France*, Application No.36515/97, judgment of 26 May 2002.

³² European Court of Human Rights, *E.B. v. France*, Application No.43546/02, judgment of 28 January 2008.

³³ Во моментот на донесувањето на оваа одлука, во Европа брак меѓу истополови двојки бил законски во следниве држави: Белгија, Исланд, Холандија, Норвешка, Португалија, Шпанија и Шведска.

³⁴ European Court of Human Rights, *Christine Goodwin v United Kingdom*, Application No. 28957/95, judgment of 11 July 2002.

врз основа на биолошките критериуми. Судот, особено, се повикува на членот 9 од Повелбата за фундаментални права на Европската унија, во која не се реферира на „маж и жена“, па смета дека значењето на правото на брак, загарантирано со членот 12, не треба во сите случаи да се ограничува на лица од спротивен пол.³⁵Најзначајниот дел од пресудата во однос на развојот на правата на истополовите двојки во Европа и во светот е констатацијата дека членот 14 е применлив во комбинација со „почитувањето на семејниот живот“, дел од членот 8 од ЕКЧП. Во досегашната пракса се поддржуваше ставот дека истополовите двојки уживаат право на „приватен живот“, а не и на „семеен живот“. Иако мнозинството судии што одлучуваа во овој случај не утврдија повреда на ЕКЧП, сепак, тој претставува исчекор во постигнувањето на правно признавање на лицата со хомосексуална ориентација и во постигнувањето на целосна еднаквост за лицата со нехетеросексуална ориентација.

Понатаму, во случајот „Козак против Полска“, Судот утврди дека апликантот е дискриминиран врз основа на сексуалната ориентација и дека претрпел повреда на неговото право на почитување на приватниот живот, откако, по смртта на неговиот партнер, не му било дозволено да продолжи да го закупува станот, во кој живееле заедно. Ова е значајна пресуда, бидејќи Судот, во неа, јасно образложува како државите треба да ја разберат разликата во третманот врз основа на сексуалната ориентација. Имено, „Сексуалната ориентација е концепт опфатен со членот 14(забрана за дискриминација) во ЕКЧП. Кога постои разлика во оваа интимна и ранлива сфера на приватниот живот на поединецот, пред судот, треба посебно да се нагласат и изнесат значајни причини, со цел да се оправда обжалената мерка. Кога разликата во третманот е заснована врз полот или врз сексуалната ориентација, маргината на одлучување оставена на државата е тесна и, во таков случај, принципот на пропорционалност не бара само избраната мерка да му одговара на постигнувањето на посакуваната цел, туку мора и да се покаже дека таа е неопходна во тие услови. Всушност, ако изнесената причината за различниот третман била заснована исклучиво врз сексуалната ориентација на апликантот, ова претставува дискриминација, во согласност со Конвенцијата.“³⁶

35 European Court of Human Rights, *Schalk and Kopf v. Austria*, Application No. 30141/04, §52, judgment of 24 June 2010.

36 European Court of Human Rights, *Kozak v. Poland*, Application No. 13102/02, judgment of 2 March 2010, §92.

Ваквата изјава на Судот им укажува на Државите-договорнички дека нивната маргина на одлучување, во врска со разликата во третманот врз основа на сексуалната ориентација, е толку тесна, што и не постои. Сепак, во подоцнежните одлуки, во врска со маргината на одлучување на државата, во случаи на дискриминација врз основа на сексуалната ориентација, судот, повторно, укажува на постоењето на одредена маргина на одлучување што им се остава на државите. Така, *Schalk & Kopf v. Austria* е јасен пример, во кој судот се потпира на својот концепт на одредување на маргината со цел да го прикрие моралното резонирање (во овој случај за истополови бракови) со тоа што маргината ја префрла во надлежност на државата.³⁷ Иако овој случај е разгледуван неколку месеци по случајот *Kozak v. Poland*, Судот, во анализата, на аргументите во врска со различниот третман на брачните и на регистрираните партнерства, повторно ја проширува маргина на одлучување што ја имаат државите. Независно од флукуирачката маргина на одлучување што Судот ја дава на државите, тие не смеат да ги ограничуваат правата на поединци исклучиво врз основа на нивната сексуална ориентација, а доколку постои ограничување, државата има обврска да ја докаже неопходната потреба од нееднаквиот третман во конкретните услови.

Развој на правната рамка за заштита на транс лицата

*Во последните години, на меѓународно ниво, се создава правната рамка која им овозможува уживање на човековите права без дискриминација и социјално исклучување на транс лицата.*³⁸ Принципот на еднаквост е артикулиран низ неколку одредби на меѓународните договори усвоени од Генералното собрание на ООН. Меѓународниот пакт за економски, социјални и за културни права³⁹, е првиот документ кој го препозна родовиот идентитет како заштитена основа од дискриминација. Комитетот за економски, социјални и за културни права

37 Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, Routledge 2013.

38 Трансродово лице или транс-лице се однесува на лице чиј родов идентитет не се совпаѓа со бинарните стандарди на општеството, или чиј родов идентитет не е во склад со неговиот биолошки пол. Овде спаѓаат лицата што се родово неконформирани, транссексуални, крос-дресери итн. Изразот транссексуално лице се однесува на луѓето што имаат поминато или имаат намера да поминат низа транзициски медицински процедури, како, на пример, хормонска терапија, хируршки интервенции, како и промена на личните документи, со цел да го потврдат својот родов идентитет.

39 General Assembly of UN, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976.

дава толкување на значењето на дискриминацијата, потенцирајќи дека Пактот го признава правото на сите да ги остваруваат правата загарантирани со Пактот, како што се правото на работа, праведни и поволни услови за работа, слободата на синдикално здружување, социјалната сигурност, соодветен стандард на живот, здравјето, образованието и учеството во културниот живот.⁴⁰ Посебно значајна е интерпретацијата на Комитетот за економски, социјални и за културни права на зборовите „или врз некоја друга основа“ според кои «Државите-договорнички треба да осигурат дека сексуалната ориентација на поединецот не е пречка за остварување на правата загарантирани во Пактот, на пример, пристап до правата од пензијата на преживеаниот партнер. Во продолжение, родовиот идентитет се признава како основа за забрана за дискриминација, на пример, лицата што се трансродни, транссексуалци или интерсексуалци, често, се соочуваат со сериозни повреди на човековите права, како што се вознемирување во училиштата или на работното место.»⁴¹

Комитетот за правата на детето, во интерпретацијата на Конвенцијата за правата на детето, утврдува дека „листата на основи за дискриминација ги опфаќа и сексуалната ориентација, родовиот идентитет и здравствениот статус, на пример, ХИВ-статусот или менталното здравје.“⁴² Понатаму, ги утврдува елементите што треба да се вклучат во националната координативна рамка за заштита на правата на децата посебно за «деца во потенцијално ранливи ситуации, групи на деца што можат да бидат изложени на насилство, но не се ограничуваат само на овие групи деца, се: [...] деца што се лезбијки, гејови, трансродни деца, транссексуални деца [...]»⁴³

Од донесувањето на Конвенцијата за елиминирање на сите форми на дискриминација врз жената (КЕДЖ), текстот се развивал со интерпретацијата од страна на Комитетот за елиминација на сите форми на дискриминација врз жената (во понатамошниот текст: Комитет, КЕДЖ). Посветеноста на КЕДЖ за постигнување

40 General Comment no.20 Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art.2, para.2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) E/C.12/GC/20,2009,§3.

41 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment no.20:Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights Article 2 paragraph 2, E/C.12/GC/20, 2009 §32.

42 Committee on the rights of the child.General Comment no. 15 (2013) on the right of the child to enjoyment of the highest attainable standard of health (article 24), § 8.

43 Committee on the rights of the child. General Comment no. 13 (2011) on the right of the child to freedom of all forms of violence, § 72.

на суштествена еднаквост е значајна и во делот на вклучување на специфични ранливи категории на жени, како што се ЛБТ (лезбијките, бисексуалките и трансродовите лица). Комитетот КЕДЖ, во делот на специфични области на загриженост за правата на возразните жени, наведува дека „дискриминацијата што ја искусуваат повозрасните жени е, често, повеќедимензионална, па, заедно со возрасниот фактор вклучува и други форми на дискриминација: врз основа на родот, етничкото потекло, попреченоста, нивото на сиромаштија, сексуалната ориентација и на родовиот идентитет, мигрантскиот статус, брачниот и семејниот статус, писменоста и врз други основи.“⁴⁴ Комитетот, исто така, наведува дека „интерсекцијата е основен концепт за разбирање на опфатот на основните обврски на Државите-договорнички, содржани во Конвенцијата. Дискриминацијата на жените врз основа на полот и на родот е неразделно поврзана со други фактори што влијаат на жените, како што се расата, етницитетот, религијата или уверувањето, здравјето, статусот, возраста, класата, кастата и на сексуалната ориентација и на родовиот идентитет. Државите-договорнички мора правно да ја признаат ваквата интерсекција на различни форми на дискриминација и нивното негативно влијание врз засегнатите жени и нив да ги забранат.“⁴⁵

Законот за спречување и заштита од дискриминација и Законот за еднакви можности на жените и мажите, не го опфаќаат родовиот идентитет како заштитена основа во случај на нееднаков третман. Оттука, со цел да се поттикне создавање на домашна правна рамка и правна пракса на случаи на заштита на правата на трансродовите лица и така да се пополни постоечката правна празнина, се наметнува потребата од приближување на меѓународната рамка до донесувачите на одлуки на домашно ниво.

Судот досега само во седум случаи нашол повреда на транс лицата. Во еден од своите случаи, иако не нашол повреда, сепак признава дека родовиот идентитет е самостојна основа за заштита од дискриминација согласно ЕКЧП.⁴⁶ Првиот успешен случај пред Судот е против Франција.⁴⁷ Станува збор за транссексуално лице што

44 Committee on Elimination of all forms of Discrimination Against Women, General Comment no.27 on older women and protection of their rights, § 13.

45 Committee on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, General Comment no.28 on the core obligations of State parties under article 2 of the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, § 18.

46 European Court of Human Rights, P.V. v. Spain, Application No. 35159/09, judgment of 30 November 2010.

47 European Court of Human Rights, B. v. France, Application No. 13343/87, judgment of 25 March 1992.

се идентификува како жена, која се подложила на операција и бара потврдување на родот кој не е во согласност со полот назначен од раѓањето. Откако ја извршила промената на полот, таа сакала да стапи во брак со долгогодишниот партнер. Претходно, побарала пресуда за промена на првичниот пол, запишан во матичниот извод, но била одбиена на национално ниво. При анализата на наводите во жалбата, во врска со можноста за промена на името, од машко во женско, во согласност со воспоставената правна пракса во Франција, “Судот смета дека одбивањето на апликантката да го промени името е, исто така, релевантен фактор во поглед на членот 8,⁴⁸ бидејќи таа секојдневно се наоѓа во ситуации, кои, во целост не се компатибилни со почитувањето на нејзиниот приватен живот. Затоа, и покрај маргината на одлучување на државата, треба да се направи праведна рамнотежа меѓу општиот интерес и интересот на поединецот, која не е постигната, и, затоа, постои повреда на членот 8. [...]”⁴⁹ Судот за прв пат одлучил дека државата има обврска да овозможи правно признавање на променетиот пол во документите за лична идентификација како би се овозможило непречено остварување на правото на приватен живот со новиот идентитет. Со друга пресуда, судот ја потврди позитивната обврска на државите правно да го признаат родовиот идентитет на пост-оперативно трансексуалано лице.⁵⁰ Оваа пресуда е донесена пред десетина години и претставува пресврт во праксата на Судот, бидејќи оди чекор понапред од претходната пресуда и наметнува обврска за државите, покрај правно признавање на родовиот идентитет и можност за склучување на брак со променет пол. Со оваа одлука Судот за прв пат утврди дека полот не е непроменлива категорија и дека државите имаат обврска да овозможат промена на полот согласно процедура утврдена со закон.

Во Македонија постои правен вакуум кога се во прашање правата на транс лицата. Не постои закон, подзаконски акт, стратегија или друг документ кој ги адресира прашањата на транс лицата за правно признавање на родовиот идентитет или пак овозможување на услуги за промена на полот. Во една од своите пресуди, Судот одлучил дека пропустот на државата да усвои законодавство кое ќе овозможи и ќе го олесни пристапот до правно признавање на родот и промена на граѓанскиот статус по спроведена операција за промена

48 Idem, § 58.

49 Idem, §63.

50 European Court of Human Rights, *Christine Goodwin v United Kingdom*, Application No. 28957/95, judgment of 11 July 2002.

на пол, преставава повреда на правото на приватен и семеен живот загарантиран со ЕКЧП.⁵¹

Во два случаи,⁵² Судот разгледувал жалби за неправедна постапка на национално ниво во врска со барања за поврат на средства за операција за промена на пол. Судот утврдил дека, домашните постапки во утврдувањето на неопходноста од медицинскиот третман не ги задоволуваат барањата за фер сослушување. Соодветно, Судот утврдил повреда на членот 6, параграф 1 од ЕКЧП.⁵³ Судот констатира дека „определувањето на медицинската неопходност од мерки за потврдување на родот, со оглед на нивното лековито дејство врз транссексуалното лице, не е прашање на законска дефиниција. Со оглед на тоа дека родовиот идентитет е една од најинтимните области во приватниот живот на едно лице, товарот врз апликантот за докажување на медицинската неопходност од третманот, вклучително и товарот од неповратниот хируршки зафат е непропорционален и неразумен.“⁵⁴ Применетиот пристап, од страна на домашните судови, да ги испитаат причините за транссексуализмот на апликантот е несоодветен и неразумен со оглед на тоа дека: а) судовите не можат да добијат доволно информации и медицинско стручно мислење за процената на вакви комплексни прашања; б) не биле достапни одлучувачки научни докази за причината на транссексуализмот.

Предизвикот да се заштитат правата на сите граѓани, подразбира конзистентна примена на стандардите за човекови права врз сите групи, без исклучок. Правната рамка во Република Македонија бавно ги следи меѓународните стандарди за заштита од дискриминација, па и денес се усвојуваат закони кои исклучуваат цели групи на луѓе од заштита од дискриминација. Тука, веднаш следува аргументот дека законите имаат отворена листа основи која ја опфаќа сексуалната ориентација. Правото и правната пракса е жива материја која се развива и надградува со развојот на општествените услови и вредности. Сепак, неприфатливо е во втората декада на 21-иот век се уште да преговараме за правата на лезбејките, гејовите, бисексуалците, транс лица. Уставот како највисок

51 European Court of Human Rights, *L. v. Lithuania*, Application No. 27527/03, judgment of 11 September 2007.

52 European Court of Human Rights, *Van Kück v. Germany*, Application No. 35968/97, judgment of 12 June 2003 and European Court of Human Rights, *Schlumpf v. Switzerland*, Application No. 29002/06, judgment of 9 January 2009.

53 European Court of Human Rights, *Van Kück v. Germany*, Application No. 35968/97, judgment of 12 June 2003.

54 *Idem*, §54 и 56.

правен акт, усвоен не многу одамна, вели дека граѓаните се еднакви врз основа на полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верското уверување, имотната и општествената положба.⁵⁵ Во исто време, регионалните и меѓународните тела за заштита на човековите права создаваа правна пракса со која се утврди дека разликувањето врз основа на сексуална ориентација претставува дискриминација. Негирање на правото на заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација има поголеми последици од самото негирање на правото. Имено, исклучување на сексуалната ориентација од правната заштита значи негирање на сексуалноста како интимен дел на поединецот, што понатаму води до непризнавање на останатите права на лицата со нехетеросексуална ориентација и можност за нивна ефикасна заштита.

⁵⁵ Службен весник на Република Македонија бр.52/92, Устав на Република Македонија, член 9 став 1.

Резиме

Заштитата од дискриминација претставува значајна точка во развојот на меѓународната, но и на домашната, агенда за човекови права. Македонија сè уште нема донесено сеопфатно анти-дискриминациско законодавство, кое експлицитно штити од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и на родовиот идентитет. Отворената листа на основи во законската рамка, овозможува директна примена на меѓународните документи во кои сексуалната ориентација и родовиот идентитет се признаени основи. Овој труд произлегува од анализата на меѓународната правна рамка за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет, направена при подготовката на Прирачникот со меѓународни стандарди за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет. Прирачникот претставува алатка која треба да ги охрабри судиите, надлежните институции, адвокатите и активистите да ги користат меѓународните стандарди во својата работа, а бидејќи предизвикот да се заштитат правата на сите граѓани, подразбира конзистентна примена на стандардите за заштита на човекови права врз сите групи, без исклучок.

Natasha BOSHKOVA

INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION BASED ON SEXUAL ORIENTATION AND GENDER IDENTITY

Abstract

The protection against discrimination represents a significant point in the development of both international and national human rights agenda. The Republic of Macedonia has not yet adopted a comprehensive antidiscrimination legislation that guarantees explicitly the protection against discrimination based on sexual orientation and gender identity. This text is a result of the analysis of the international legal framework for protection against discrimination based on sexual orientation and gender identity, carried out during the preparation of The Handbook of international standards for protection against discrimination based on sexual orientation and gender identity. The Handbook is envisioned as a tool that should incite judges, competent institutions, lawyers and activists to apply the international standards to their work, given that the challenge to protect the rights of all citizens implies consistent implementation of the standards for human rights protection of all groups without exception.

Библиографија

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.20: Non-discrimination in Economic, Social and Cultural Rights Article 2 paragraph 2, E/C.12/GC/20, 2009.

Committee on Elimination of all forms of Discrimination Against Women, General Comment no.27 on older women and protection of their rights.

Committee on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, General Comment no.28 on the core obligations of State parties under article 2 of the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women.

Committee on the rights of the child. General Comment no. 13 (2011) on the right of the child to freedom of all forms of violence.

Committee on the rights of the child. General Comment no. 15 (2013) on the right of the child to enjoyment of the highest attainable standard of health.

Council of Europe, Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, Thomas Hammarberg, 2011

Council of Europe, Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, Thomas Hammarberg, 2011.

European Court of Human Rights, *B. v. France*, Application No. 13343/87, judgment of 25 March 1992.

European Court of Human Rights, *Baczowski and others v. Poland*, Application No.1543/06, judgment of 3 May 2007.

European Court of Human Rights, *Christine Goodwin v United Kingdom*, Application No. 28957/95, judgment of 11 July 2002.

European Court of Human Rights, *Dudgeon v. The United Kingdom*, Application No. 7525 /76, judgment of 22 October 1981.

European Court of Human Rights, *E.B. v. France*, Application No.43546/02, judgment of 28 January 2008.

European Court of Human Rights, *Eweida and others v. the United Kingdom*, Application No. 48420/10; 59842/10; 51671/10 I 36516/10, judgment of 15 January 2013.

European Court of Human Rights, *Feret v. Belgium*, Application No. 15615/07, judgment of 16 July 2009.

European Court of Human Rights, *Fretté v. France*, Application No.36515/97, judgment of 26 May 2002.

European Court of Human Rights, *Karner v. Austria*, Application No.40016/98, judgment of 24 October 2003.

European Court of Human Rights, *Kozak v. Poland*, Application No. 13102/02, judgment of 2 March 2010.

European Court of Human Rights, *L. v. Lithuania*, Application No. 27527/03, judgment of 11 September 2007.

European Court of Human Rights, *P.V. v. Spain*, Application No. 35159/09, judgment of 30 November 2010.

European Court of Human Rights, *Schalk and Kopf v. Austria*, Application No. 30141/04, §52, judgment of 24 June 2010.

European Court of Human Rights, *Schlumpf v. Switzerland*, Application No. 29002/06, judgment of 9 January 2009.

European Court of Human Rights, *Sergey Kuznetsov v. Russia*, Application No. 10877/04, judgment of 23 October 2008.

European Court of Human Rights, *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, Application No. 29221/95 and 29225/95, judgment of 2 January 2002.

European Court of Human Rights, *Van Kück v. Germany*, Application No. 35968/97, judgment of 12 June 2003.

European Court of Human Rights, *Vejdeland and Others v. Sweden*, Application No. 1813/07, judgment of 9 February 2012.

European Court of Human Rights, *L. and V. v. Austria*, Application No. 39392/98 and 39829/98, judgment of 9 April 2003.

European Court of Human Rights, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, Application No. 3385/96, no. 3389/96, judgment of 27 September 1999.

G. v. Germany no. 13079/87, Commission decision of 6 March 1989, Decisions and Reports (DR) 60, p. 256, and *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, Commission decision of July 1980, DR 21.

General Assembly of UN, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976.

General Comment no. 20 Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) E/C.12/GC/20, 2009.

Human rights Committee, *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

Human Rights Committee. General Comment no. 22 Article 18 (Forty-eighth session, 1993). Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 35 (1994).

Human Rights Committee. General Comment no. 34 Article 19 (102 session, 2011). Adopted by Human Rights Treaty Bodies, CCPR/C/GC/34.

Human Rights Committee. *Irina Fedotova v. Russia*, communication no. 1932/2010 CCPR/C/106/D/1932/2010.

Paul Johnson, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*,

Routledge 2013.

Коалиција за заштита и промоција на сексуалните и здравствени права на маргинализираните заедници, Речник на термини поврзани со сексуална работа и ЛГБТ, Скопје 2008.

Коалиција Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници, Годишен извештај за состојбата со правата на маргинализираните заедници за 2013 година, Април 2014.

Коалиција Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници, Годишен извештај за состојбата со правата на маргинализираните заедници за 2012 година, Јуни 2013.

Коалицијата Сексуални и здравствени права на маргинализираните заедници, Прирачник за меѓународни стандарди за заштита од дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет, Бошкова Наташа, Скопје, 2014.

Службен весник на Република Македонија бр. 50/2010, 44/14, Закон за спречување и заштита од дискриминација.

Службен весник на Република Македонија бр. 6/2012. Закон за еднакви можности на жените и мажите.

Службен весник на Република Македонија бр.52/92, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05 и 3/09. Устав на Република Македонија.