

УДК 342(477)

Н.В. КАМІНСЬКА, докт. юрид. наук, доц.,
Національна академія внутрішніх справ,
С.М. БРЕУС, Національна академія внутрішніх справ

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА НА ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ В УКРАЇНІ ТА РОСІЙСЬКІЙ ФЕДЕРАЦІЇ: НАСЛІДКИ АВТОРИТАРНОЇ ІДЕОЛОГІЇ ЧИ НАЦІОНАЛЬНИЙ КОНСЕРВАТИЗМ?

Ключові слова: гендерна ідентичність, права людини, обмеження прав людини, стаття, Рада Європи, дискримінація, національне законодавство, судова практика

Кінець ХХ століття ознаменувався розпадом однієї з мегадержав світу – Радянського Союзу. Україна та Російська Федерація (далі – РФ) стали на шлях формування своїх національних правових систем. Поряд з цим дані країни охопив тотальний ідеологічний, економічний та політичний плюралізм, правові концепції західної демократії набували широкої популярності. Демократизації всіх сфер суспільного життя призвела до того, що суспільство починало визнавати наявність громадян з різними девіаціями – фізичними, психологічними, ідеологічними. Законодавець швидкими темпами намагався заповнити даний правовий вакуум, прагматично стати на захист свободи та рівності кожної людини і громадянина незалежно від різних дискримінаційних ознак.

У сучасній науці питання гендерної ідентичності намагаються досліджувати представники різних наук – філософії, соціології, медицини, юриспруденції тощо. У той же час, це стосується, як правило, зарубіжних розробок, авторами яких можна визначити А. Горину, К. Кириченко, С. Бем, І. Малкіну-Пих, О. Гредновську, А. Копьєва, А. Шалиганову.

Якщо питанням захисту і забезпечення прав людини і громадянина приділяється належна увага, то стосовно забезпечення права на гендерну ідентичність, як і безпосередньому визначенню сутності останнього, на жаль, у літературі практично достатньої уваги не приділяється.

Виходячи з цього вважаємо за необхідне з'ясувати сутність і природу права на гендерну ідентичність, так само як і здійснити порівняльно-правовий аналіз законодавчого забезпечення даного права у практиці України та Російської Федерації.

У правознавстві гендерну ідентичність розглядають у двох аспектах: як зміну біологічної статі та як зміну соціальної статі. Так, розвиток медицини зробив технічно можливою зміну біологічної статі. Першу операцію зі зміни статі в СРСР зроблено 1970 р. у Ризі в НДІ травматології та ортопедії [1].

Власне, гендерна ідентичність – це глибоке усвідомлення тією чи іншою особою внутрішніх та індивідуальних особливостей гендерної приналежності, що може як збігатися, так і не збігатися зі статтю за народженням, включаючи індивідуальне відчуття свого тіла та інші прояви гендера (тобто, «гендерне самовираження») – такі як одяг, мова й манера поведінки [2].

На конституційному рівні законодавці України та РФ не включили право на гендерну ідентичність у перелік особистих прав людини. Проте, закріпили антидискримінаційний характер свого національного законодавства.

У ст.19 Конституції РФ зазначено, що забороняються будь-які форми обмеження прав громадян за ознаками соціальної, расової, національної, мовної чи релігійної приналежності [3]. Тобто, конституційні положення встановили вичерпний перелік ознак, за яких дискримінація громадян забороняється. Важливим є те, що статеві (гендерні) ознаки в даному переліку просто відсутні.

Що ж до України, то в статті 24 Конституції України чітко визначено, що не може бути

привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками [4]. З аналізу даної статті випливає, що Основний закон держави не тільки виокремив статеву ознаку, але й встановив невичерпний перелік ознак, за яких забороняється дискримінація.

Проте, важливим аспектом висвітлення даної проблеми є характеристика власне правового механізму зміни статі громадянином.

В останні місяці існування СРСР була спроба запровадити міжнародні стандарти, які забезпечують реалізацію права на гендерну ідентичність. Так, 26.08.1991 року Міністерством охорони здоров'я СРСР були затверджені Методичні рекомендації стосовно зміни статі, згідно яких особі можна було змінити стать як шляхом внесення змін до офіційних документів (зміна соціальної статі), так і за допомогою хірургічного втручання (зміна біологічної статі). Проте, у зв'язку з пізнішими політичними подіями, СРСР зникла з політичної карти світу: РФ та України вирішили йти своїми державницькими і законотворчими шляхами. Тому й механізми реалізації права на гендерну ідентичність у цьому випадку не стали виключеннями.

Українська держава першою розпочала правове закріплення можливості зміни статі. 1992 р. прийнято Закон України «Про основи законодавства України про охорону здоров'я», згідно зі ст.51 якого на прохання пацієнта відповідно до медико-біологічних і соціально-психологічних показань, які встановлюються Міністерством охорони здоров'я України, йому могло бути проведено шляхом медичного втручання в акредитованих закладах охорони здоров'я зміну (корекцію) його статевої належності [5]. Особі, якій було здійснено зміну статевої належності, повинно видаватися медичне свідоцтво, на підставі якого надалі вирішуватиметься питання про відповідні зміни в її правовому статусі.

На цьому вітчизняний законодавець не зупинився і 1996 р. наказом № 57 Міністерства охорони здоров'я України затверджено Порядки, які регулювали питання реалізації громадянами права на гендерну ідентичність:

1. «Порядок обстеження осіб, які потребують зміни (корекції) статевої належності»;
2. «Положення про постійно діючу комісію з питань зміни (корекції) статевої належності при Міністерстві охорони здоров'я України»;
3. «Про надання медичної допомоги особам, що потребують зміни (корекції) статевої належності».

Це були нормативні акти попереднього століття і несли в собі досить значну кількість архаїчних та дискримінаційних положень. Так, особу обмежували в реалізації її права на гендерну ідентичність, якщо вона:

- не досягла 25 річного віку;
- має дітей (як неповнолітніх та/або неповнолітніх);
- інші.

Тому зрозуміло, що дані нормативні акти втратили чинність, і прийняті в новій редакції.

Новим етапом розвитку українського законодавства з питань реалізації права на гендерну ідентичність пов'язують із затвердженням Міністерством охорони здоров'я України наказу від 03.02.2011 року № 60 «Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності». Даний наказ значно скоротив перелік медико-біологічних та соціально-психологічних протипоказань для зміни (корекції) статевої належності, а серед залишених протипоказань найбільш зрозумілими та важливими з точки зору права є:

- невідповідність хоча б одній з умов, зазначених нижче;
- вік до 18 років;
- наявність дітей віком до 18 років;
- перебування пацієнта у шлюбі на час розгляду Комісією його заяви;
- сексуальні розлади як провідний мотив для зміни (корекції) статевої належності;

– грубі порушення соціальної адаптації (відсутність роботи, постійного місця проживання, алкоголізм, наркоманія, антисоціальна поведінка тощо);

– психологічні особливості, які ускладнюють (або унеможливають) соціально-психологічну адаптацію у бажаній громадянській статі;

– виражене зниження інтелекту для адекватної оцінки можливих ускладнень;

– інші передбачені в пункті третьому вищезазначеного Порядку [6].

Варто підкреслити, що даний перелік протипоказань вичерпний. У ньому можна спостерігати явний дискримінаційний характер окремих протипоказань.

Відповідно до Правил внесення змін до актових записів цивільного стану, їх поновлення та анулювання затверджених Наказом Міністерства юстиції України № 96/5 від 12.01.2011 року, заява про внесення змін до актового запису про народження у зв'язку із зміною статі може бути подана також до відділу державної реєстрації актів цивільного стану за місцезнаходженням Комісії з питань зміни (корекції) статевої належності, що видала медичне свідоцтво про зміну (корекцію) статевої належності, форма якого наведена в додатку до Порядку обстеження осіб, які потребують зміни (корекції) статевої належності, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 03.02.2011 року № 60, зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 25.02.2011 року за № 241/18979 [7].

Отже, формальну процедуру зміни статі можна умовно поділити на декілька етапів:

1. Звернення громадянина, який хоче змінити стать, до медичної установи і постановка його на облік;

2. Нагляд в медичній установі протягом року;

3. Обов'язкова диспансеризація у психоневрологічному диспансері протягом одного місяця;

4. Отримання дозволу на проведення хірургічної операції по зміні статі від Комісії з питань зміни (корекції) статі;

5. Проведення хірургічної операції по зміні статі;

6. Отримання дозволу Комісії з питань зміни (корекції) статі на внесення змін до офіційних документів, що посвідчують особу.

7. Обмін документів.

З вище наведеного випливає, що вітчизняний законодавець з одного боку визнав існування трансгендерів та дав їм шанс на повноцінну реалізацію їх прав та потреб, а з іншого обмежив право особи на індивідуальність та особисту недоторканість – адже усвідомлення особою невідповідності своєї соціальної та біологічної статті не є одночасним бажанням піддавати себе будь-яким медико-хірургічним втручанням.

Згідно зі ст.70 Федерального закону «Про акти громадянського стану», зміни до актового запису можуть вноситися на підставі документа встановленої форми про зміну статі, виданого медичною установою. Дана норма введена в російське законодавство з прийняттям 1997 р. Федерального закону «Про акти громадянського стану» [8], а 1998 р. на Міністерство охорони здоров'я РФ покладено обов'язок розробити і затвердити відповідну форму документа (п.8 постанови Уряду РФ 1998 р. № 709 «Про заходи щодо реалізації Федерального закону «Про акти громадянського стану»[9]). Проте і до сьогодні форма даного документа не затверджена.

Слід відзначити Наказ Міністерства охорони здоров'я Російської Федерації № 311 1999 р. «Про затвердження клінічного положення «Моделі діагностики і лікування психічних і поведінкових розладів», в якому теж йшлося про процедуру зміни статі: як соціальної (без хірургічного втручання), так і біологічної, проте 13.12.2012 року Наказом Міністерства охорони здоров'я Російської Федерації № 1042 скасовано відповідне клінічне положення [10]. Разом з тим, відсутність відповідного підзаконного нормативно-правового акту, на думку багатьох російських вчених, не є підставою для обмеження прав трансгендерів.

Питання гендерної ідентичності входять до сфери приватного життя людини, а тому повинні бути піддані охороні та захисту. Відповідно до статті 23 Конституції РФ, кожен має право на повагу до приватного життя [3]. Конкретизація цієї норми можна спостерігати в статті 150 Цивільного кодексу РФ, згідно з якою особиста недоторканність, а також недоторканність приватного життя – невідчужувані і непередавані нематеріальні блага [11].

Слід зазначити, що РФ, як і Україна, є учасницею Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (Європейська конвенція) [12]. Російські суди в процесі правозастосування повинні керуватися нормами даного міжнародного договору, а також враховувати тлумачення його норм, що надається Європейським Судом з прав людини (далі – Європейський Суд) (п.10 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ № 5 2003 р. «Про застосування судами загальної юрисдикції загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права та міжнародних договорів Російської Федерації»; п.4 Постанови Пленуму Верховного Суду РФ № 23 2003 р. «Про судові рішення»).

Україна також повинна враховувати Європейську конвенцію та тлумачення її Європейським Судом. Згідно ст.17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» 2006 року, суди застосовують при розгляді справ Європейську Конвенцію та практику Європейського Суду як джерело права [13]. З одного боку, це положення Закону не вписується у загальнотеоретичну концепцію побудови українського права, яке сформоване на засадах романо-германської правової сім'ї, а з іншого є додатковою гарантією охорони та захисту прав, свобод та законних інтересів громадян. Цікавим є те, що при прийнятті будь-якого свого рішення керується Конвенцією як «живим інструментом», тобто використовує принцип автономного тлумачення норм.

У справі «L. проти Литви» (скарга № 27527/03, постанова від 11.09.2007 р.) Єв-

ропейський Суд з прав людини визнав наявність порушення державою ст.8 Європейської конвенції (право на повагу до приватного життя) в умовах, коли затримка прийняття нормативного акта, необхідного відповідно з литовським законодавством для реалізації механізму корекції статі, становила чотири роки [14].

Крім практики Європейського Суду стандарти, що стосуються необхідності створення чіткого механізму зміни документів трансгендерами, щодо яких проведені хірургічні операції, відображені і в ряді рекомендацій інших органів Ради Європи: Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи 1117 (1989) про становище транссексуалів від 29.09.1989 р., рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 31.03.2010 р. CM / Rec (2010) 5 про заходи по боротьбі з дискримінацією за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності, рекомендаціях Комісара з прав людини Ради Європи, сформульованих ним у спеціальній доповіді «Права людини та гендерна ідентичність» (CommDH / IssuePaper (2009) 2, 29.07.2009 р.). Оскільки РФ та Україна входять до Ради Європи, дані рекомендації мають важливе значення і для російської та української правозастосовної практики.

Таким чином, згідно ч.4 ст.15 і ч.1 ст.17 Конституції РФ та ч.1 ст.9 Конституції України – положення Конвенції про захист прав людини та основних свобод є складовими частинами правових системи РФ та України. З вимог міжнародно-правових актів чітко впливає необхідність встановлення ясної і доступної можливості зміни статі в офіційних документах для трансгендерів. Така процедура не встановлена в чинному російському законодавстві, у зв'язку з чим для реалізації формально гарантованого права трансгендерам залишається доводити своє право на гендерну ідентичність у судовому порядку. Тоді ж як українська модель правової держави увірнула у себе більш чіткі, позасудові правові механізми, за допомогою яких особа зможе

реалізувати своє право на гендерну ідентичність. Проте проведення хірургічної операції із зміни статі є імперативною умовою зміни статі в офіційних документах українських громадян.

Загальними проблемами з питань правового регулювання права на гендерну ідентичність в РФ та Україні є: відсутність системного підходу, забюрократизованість процедури, не адаптованість сімейного законодавства, не відповідність міжнародним гендерним стандартам та відсутність політичної волі у відповідних органів влади, їх посадових осіб стосовно подолання стереотипів, які були штучно сформовані радянською ідеологією. Важливою проблемою осіб позбавлених повною мірою реалізувати своє право на гендерну ідентичність в РФ та Україні є відсутність можливості звернутися за допомогою і підтримкою – соціальних, медичних та зрештою правових інститутів просто немає: майже відсутні і громадські організації, які реально захищали б інтереси трансгендерів.

Таким чином, Україна та Росія повинні продовжувати процес гармонізації національного законодавства із правовими гендерними стандартами, брати активну участь у міжнародному правотворчому і правореалізаційному процесах у цій сфері. Це реальні умови відкритого розвитку громадянського толерантного суспільства, трансформації з посттоталітарного соціуму в демократичний, що стане важливим кроком у самореалізації даних держав та руху до європейської родини прогресивних демократичних принципів та ідеалів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Горина А. А. Ограничения прав лиц, изменивших половую принадлежность / А. А. Горина // Российская юстиция. – 2007. – № 1. – С. 70–71.
2. Ситуация трансгендеров в Украине: отчет по исследованию [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://insight-ukraine.org.ua/media/TRP_report.pdf.
3. Конституция Российской Федерации. Офиц. изд. – М. : 2009. – 64 с.
4. Конституція України : від 28.06.1996 р. // ВВР України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
5. Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» : від 19.11.1992 р. // ВВР України. – 1993. – № 40 – Ст. 19.
6. Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності» : від 03.02.2011 р., № 06 // Офіційний вісник України. – 2011. – № 17 – Ст. 714.
7. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил внесення змін до актових записів цивільного стану» : від 12.01.2011 р., № 96/5 // Офіційний вісник України – 2011. – № 4. – Ст. 238.
8. Федеральный Закон «Об актах гражданского состояния» : от 15.11.1997 г., № 143-ФЗ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://base.garant.ru/173972>.
9. Постановление Правительства РФ «О мерах по реализации Федерального закона «Об актах гражданского состояния» : от 06.07.1998 г., № 709 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ivo.garant.ru/SESSION/PILOT/main.htm>.
10. Приказ Минздравоохранения РФ «О признании утратившим силу приказа Министерства здравоохранения Российской Федерации от 6 августа 1999 г. № 311 «Об утверждении клинического руководства «Модели диагностики и лечения психических и поведенческих расстройств» : от 13.12.2012 г., № 1042 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ivo.garant.ru/document?id=70189172&byPara=1&sub=null>.
11. Гражданский кодекс РФ : от 30.09.2013 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ivo.garant.ru/SESSION/PILOT/main.htm>.
12. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод / ратифікована Законом України : від 17.07.1997 р., № 475/97-ВР // Офіційний вісник України. – 1998. – № 17 – Ст. 270.

13. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : від 23.02.2006 р. // ВВР України. – 2006. – № 30 – Ст. 260.

14. Избранные решения Европейского суда по правам человека. Вопросы сексуальной ориентации и гендерной идентичности / сост. К. Кириченко. – М., 2010. – 104 с.

Камінська Н. В. Реалізація права на гендерну ідентичність в Україні та Російській Федерації: наслідки авторитарної ідеології чи національний консерватизм? / Н. В. Камінська, С. М. Бреус // Форум права. – 2014. – № 1. – С. 203–208 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_1_36.pdf

Показано, що демократизації суспільного життя призвела до визнання суспільством існування громадян з різними девіаціями – фізичними, психологічними, ідеологічними. Такі особи потребують гарантій захисту свободи та рівності незалежно від різних дискримінаційних ознак. У зв'язку з цим у науці з'явилась категорія «гендерна ідентичність», що розглядається як зміна біологічної статі та як зміна соціальної статі. Проаналізовано російське та українське законодавство у цій сфері, відповідність існуючим міжнародним стандартам, а також перспективи розвитку права на гендерну приналежність.

Каминская Н.В., Бреус С.М. Реализация права на гендерную идентичность в Украине и Российской Федерации: последствия авторитарной идеологии или национальный консерватизм?

Показано, что демократизация общественной жизни привела к признанию общества граждан с различными девиациями – физическими, психологическими, идеологическими. Такие лица требуют гарантий защиты свободы и равенства, не зависимо от разных дискриминационных особенностей. В связи с этим в науке появилась категория «гендерная идентичность», что рассматривается как изменение биологического пола и как изменение социального пола. Анализируется российское и украинское законодательство в этой сфере, соответствие существующим международным стандартам, а также перспективы развития права на гендерную идентичность.

Kaminskaya N.V., Breus S.M. The Realization of the Right to Gender Identity in Ukraine and the Russian Federation: The Consequences of Authoritarian Ideology or National Conservatism?

Democratization of public life led to the recognition of the society of citizens with different differences – physical, psychological, ideological. Such a person in need of protection guarantees freedom and equality regardless of various discriminatory features. In connection with this in science emerged in the category of «gender identity», which is considered as a modification of biological sex and social gender change. It was analyzed Russian and Ukrainian legislation in this sphere, in conformity with existing international standards well as the prospects of the development of law on gender identity.