

УДК 340.12:327.39

Струс Лідія Богданівна –

аспірантка кафедри теорії держави і права

Інституту права та психології

Національного університету «Львівська політехніка»

Lidiia B. Strus –

PhD student of the department of the state and law,

Training and Scientific Institute of Jurisprudence and Psychology

Lviv Polytechnic National University

(1/3 Knyaz Roman str., Building 19, Room 304, Lviv)

Правове регулювання зміни статі

У статті розглядається проблема захисту прав людини за ознакою гендеру. Акцентується увага на особливостях правового регулювання зміни статі. На основі аналізу рішень ЄСПЛ та позитивної практики зарубіжних держав, вказується на потребі удосконалення чинної національної практики у визначеній сфері.

Ключові слова: *зміна статі, гендерна ідентичність, трансгендерність, правове регулювання, стать.*

В статье рассматривается проблема защиты прав человека по признаку гендера. Акцентируется внимание на особенностях правового регулирования смены пола. На основе анализа решений ЕСПЧ и положительной практики зарубежных государств, указывается необходимость совершенствования действующей национальной практики в определенной сфере.

Ключевые слова: *изменение пола, гендерная идентичность, трансгендерность, правовое регулирование, пол.*

L.B. Strus Legal Regulation of Gender Change

The article deals with protection of human rights based on gender. Transsexualism is understood as a feeling of personal belonging to opposite sex. It has been stated that the right to change sex should have a clear legal regulation but legal “release” should be taken into account when using this right. The procedure should be exercised based on medical report after a thorough examination and observance of the person to avoid an immediate wish or decision made under the influence of fashion or life circumstances, short term juvenile interest or when young people want to express or assert themselves in society. Gender change is not only presented by changes in appearance but in internal views, mentality, social role in society, and family. At the same time, society changes its attitude to the person.

The approach of European member states is divided in groups: i) member states which do not have requirement to hormone treatment or operation for legal identification of gender change (Great Britain, Finland, Sweden). It was possible to recognize gender in these countries by proving gender dysphoria in front of the competent authority; ii) member states where it is necessary to undergo hormone or surgery interventions for legal recognition of gender change (majority of European states like Bulgaria, Czech Republic, Italy, Lithuania, Poland).

It has been concluded that the lack of legal regulation of medical peculiarities and not family and civil law regulations makes it impossible for the person to exercise his/her rights. The lack of the notion ‘gender change’, clinical guidance which allows the doctors to identify means and tactics of the patients’ treatment depending on the diagnosis and individual features can contribute to unreasonable dissemination of various ways of patients’ ‘treatment’ which in the end contradicts the official understanding of transsexualism as a stable sense of personal belonging to opposite sex.

Keywords: *gender change, gender identity, trans gender, legal regulation, gender.*

Постановка проблеми. Транссексуалізм – це відчуття власної належності до протилежної статі. Вроджена необоротна аномалія особистості, суть якої полягає в полярній розбіжності і грубій альтернативній розбіжності біологічної і соціальної статі з тими, що формуються у статі психологічно. Це стійке усвідомлення своєї належності до протилежної статі, незважаючи на правильне, відповідне генетичній статі, формування гонад, уrogenітального тракту і вторинних статевих ознак [1].

Власне, «гендерна ідентичність – це глибоке усвідомлення тією чи іншою особою внутрішніх та індивідуальних особливостей гендерної належності, що може як збігатися, так і не збігатися зі статтю за народженням, враховуючи індивідуальне відчуття свого тіла та інші прояви гендеру (тобто «гендерне самовираження»), такі, як одяг, мова й манера поведінки»[2]. Трансгендер – загальний термін на позначення людей, чия гендерна ідентичність не відповідає тій статі, яка їм визначена при народженні [3, с.84]. Розрізняючи чоловічий і жіночий транссексуалізм (при чоловічому біологічно чоловіки відчувають себе в жіночому тілі, а при жіночому – жінки відчувають себе в чоловічому. Більшість авторів вказує їх співвідношення 2:1 – 8:1 відповідно [4].

Термін «транссексуалізм» вперше ввів на початку ХХ ст. Магнус Хірфельд, німецький лікар, який досліджував людську сексуальність. Близько 50 років світове наукове співтовариство не сприймало цього феномена – до того моменту, 1953 р., не було подано наукового обґрунтування симптомів цієї хвороби. Проблема гендерної ідентичності особи справді є вагомою, нерідко стає причиною самогубства. Таке, наприклад, за даними досліджень, що проводилися в Ірландії, 26% транссексуалів бодай раз намагалися накласти на себе руки [5].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання гендерної ідентичності практично не було предметом наукового аналізу. Проте питання зміни статі як право пацієнта на медичні інновації досліджували визначні науковці. Більшість проблем розглядаються з погляду галузевого правознавства, зокрема новизною відзначаються наукові доробки І.

Венедіктової, Д. Гергеля, С. Стеценко, І. Сенюти, В. Третьякової та ін. Однак розгляд проблеми правового регулювання зміни статі, трансгендерності потребує ґрунтовнішого аналізу та комплексного підходу з погляду загальнотеоретичної юриспруденції.

Метою цієї статті є формування рекомендацій до національного законодавства щодо проблем правового регулювання зміни статі.

Виклад основного матеріалу. Право на зміну статі повинно мати чітке, зрозуміле правове регулювання, однак все ж застерігаємо від правового «облегшення» у використанні цього права. Звісно, що процедура зміни статі не повинна бути спрощеною у зв'язку з необоротністю процесу. Вона має проводитися тільки за медичними показаннями після ретельного обстеження і спостереження особи, щоб це не було миттєвим бажанням чи рішенням, прийнятим під впливом моди або життєвих обставин, короткочасного підліткового інтересу, способом самовираження чи самоствердження молодих людей у суспільстві. Зміна статі виражається у зміні не тільки фізичних даних, але і внутрішньої свідомості, світогляду, зміні соціальної ролі в суспільстві, сім'ї. Одночасно змінюється і ставлення суспільства до особистості.

Заборона права на зміну статі лежить не тільки в площині прав медичного права. Вказана правова перепона сприймається сучасним суспільством як дискримінаційний чинник. Визначення мають значення для сучасної правової реальності загалом. Враховуючи новачність порушеного питання та відсутність чіткого міжнародного розуміння, різні держави по-різному сприймають заборону зміни статі навіть в межах Європи: 14 держав розглядають дискримінацію на підставі трансгендерної ідентичності як форму дискримінації за ознакою статі; 2 держави-члени – як дискримінацію сексуальної орієнтації; 11 держав-членів не мають законодавства чи прецедентного права, щоб визначити форму дискримінації. Різниця між дискримінацією за ознакою статі та дискримінацією сексуальної орієнтації дуже велика, тому що в першому випадку використовується законодавство про рівне

ставлення між чоловіками і жінками. Суд Європейського Союзу 27 квітня 2006 р. підтвердив, що дискримінація за ознакою перерозподілу статі повинна розглядатися як дискримінація на підставі статі.

У Доповіді Комісара з прав людини Ради Європи «Дискримінація за ознакою сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності в Європі» 2012 року було подано рекомендації державам-учасницям: проводити інформаційно-просвітницьку кампанію для формування шанобливого ставлення до трансгендерів; прийняти законодавство, що забороняє дискримінацію за ознакою гендерної ідентичності; зарахувати трансфобне вираження ненависті до злочинів; внести в законодавство в якості надання притулку або визнання біженцем підстави переслідування за мотивами гендерної ідентичності; поважати право таких осіб на свободу зібрань, асоціацій, слова шляхом забезпечення можливості отримувати, поширювати інформацію, пов'язану з питаннями гендерної ідентичності, у пресі, публікаціях, усних і письмових заявах, творах мистецтва та інших засобах масової інформації; розробити швидкі і зрозумілі процедури для зміни імені та статі трансгендерів у свідоцтві про народження, в записах про акти громадянського стану, у посвідченні особи, паспорті, свідоцтві про освіту та інших аналогічних документах; скасувати положення про розірвання шлюбу у випадках зміни статі; поважати бажання трансгендерів вступати в шлюб; відкинути визначення трансгендерам діагнозу «психічний розлад»; готувати працівників охорони здоров'я з урахуванням шанобливого ставлення до таких осіб; зробити процедури зміни статі доступними за рахунок коштів соціального страхування; забезпечити безпечне перебування трансгендерів у школі; забезпечити доступ таким особам до ринку праці та недискримінації на робочому місці. Отож, серед всього можна визначити право трансгендерної особи на зміну статі. Що ж безпосередньо передбачає це право?

Знов-таки міжнародні норми у цьому питанні відсилають до національного права. Підхід європейських держав-членів можна розділити на такі групи:

1) держави-члени, у яких немає вимоги до гормонального лікування чи операції для правової ідентифікації зміни статі

(Великобританія, Фінляндія, Швеція). У цих країнах законне визнання гендеру стало можливим, довівши докази гендерної дисфорії перед компетентним органом (наприклад, МОЗ Угорщини, перерозподіл гендерних питань Великобританії, лікар або клінічний психолог в Іспанії);

2) держави-члени, де необхідні гормональні та/або хірургічні втручання правового визнання зміни статі (більшість європейських держав, як-от Болгарія, Чехія, Італія, Литва, Польща).

У цих країнах особа-пацієнт має продемонструвати, що вона:

- виконувала всі медичні накази, лікування часто обмежується певними призначеними державою лікарями або установами;

- стала безповоротно безплідною (стерилізація) і/або

- пройшла інші медичні процедури, такі як гормональне лікування.

Ми в цьому аспекті погодимося з іноземними дослідниками, що статева ідентичність повинна бути ключовим питанням при визначенні статі. Дослідники пропонують, що «багато транссексуалів та гендерно невідповідних осіб знайшли комфорт з їхньою гендерною ідентичністю, роллю і виразом без хірургії»[6].

Переглянувши рішення ЄСПЛ у сфері трансгендеру, відзначимо, що більшість з них стосується загалом визнання статі транссексуальних осіб (справа «В. проти Франції» № 13343/87, рішення від 25 березня 1992 р.; «І. проти Великобританії» № 25680/94, рішення від 11 червня 2002 р.; «Гранд проти Великобританії» № 32570/03, рішення від 23 травня 2006 р.; «L. проти Литви» № 27527/03, рішення від 11 вересня 2007 р.). У них Європейський суд встановив, що тривале невжиття державною владою ефективних заходів з приводу юридичного визнання транссексуалів, які змінили стать хірургічним шляхом, є порушенням ст. 8 Конвенції з прав людини.

Однак існують і резонансні справи, які стосуються зміни статі. Наприклад, справа «Ван Кок проти Німеччини» № 35968/97, рішення від 12 червня 2003 р. Європейський суд з прав людини встановив, що держави повинні забезпечити можливість проведення

хірургічного втручання, що веде до повної зміни статі. Відповідно до рішення Суду, транссексуалісти повинні мати доступ до лікування гормонів, перерозподілу статі, хірургічного втручання або інших медичних заходів, скажімо таких, як тривале видалення волосся та зміна голосу. ЄСПЛ чітко вимагає, щоб держави забезпечували можливість пройти хірургічне втручання, що веде до повного перепризначення статі, також і страховки повинні охоплювати «медично необхідне лікування в цілому, частиною якого і є гендерний переділ» (рішення ЄСПЛ у справі «Ван Кук проти Німеччини [7]»).

Аналіз національного права країн-учасниць СНД показує, що питання корекції статі людини, як правило, відображено в сімейному законодавстві (і тільки в частині внесення зміни до актових записів цивільного стану). Процедура зміни (корекції) статі людини не знаходить чіткого опрацювання у сфері прав особи.

Правові аспекти полягають також у медичній класифікації. Транссексуалізм входить до Міжнародної класифікації хвороб, яка складена ВООЗ. Згідно з цією класифікацією хвороб транссексуалізм вважається психічним розладом. Тільки нещодавно в країнах Європи відійшли (щоправда, ще не повністю) від такого розуміння. У лютому 2010 р. Франція взяла ініціативу більше не розглядати трансгендерність як психічний розлад, але як «некласифікований» розлад. Для людей-транссексуалів це є головним символічним просуванням. Франція також звернулася до суду на міжнародному рівні, щоб транссексуальність була вилучена з категорії психічних розладів. Подібне рішення надійшло і від Швеції у 2009-му [8, с.10].

Наявні міжнародні медичні класифікації все ще визначають транссексуалізм як психічний розлад, тому первинне завдання правової науки – змінити підхід до самих прав транссексуалів як осіб з особливою гендерною ідентичністю.

Залежно від ступеня бажання транссексуалів досягти зміни статі, існує два рівні медичного втручання: гормональне та хірургічне. У парі з іншими заходами, з точки зору соціальної підтримки та правових заходів, процес «статевого переходу» може починатися з гормональної терапії у формі таблеток або

ін'єкцій чи інших гормональних замінників. Продовжуючи терапію, пацієнт повинен протягом мінімум шести місяців пройти психологічне консультування з огляду на незворотність гормональних змін. Процес у справі транссексуалів між чоловіками та жінками передбачає використання естрогенної терапії, яка допомагає «придушувати візуальні прояви первинної біологічної статі. Деякі транссексуали зупиняються на цьому етапі, не переходячи до більш радикальних заходів, таких як операція. Наприклад, у Малайзії, за даними державного дослідження, із 73 транссексуалів тільки шість піддалися хірургічній зміні статі, а в іншому дослідженні з 50 транссексуалів 23 зробили це [9].

Процедура хірургічної зміни статі проводиться на суворих умовах. Причин дві: незворотний характер і потреба в готовності впоратися з психологічною та фізіологічною адаптацією після зміни гендерної ідентичності. Саме тому лікар, перш ніж погодитися прийняти пацієнта, вимагає сертифікації від двох сертифікованих психіатрів або психологів з висновками щодо зміни статі. Вагомо, що для такої процедури необхідна згода пацієнта [10, с.99].

Звертаємо увагу, що право на зміну статі охоплює, отже, не тільки оперативне фізичне втручання, але й низку інших медичних заходів, які спричиняють візуальне сприйняття біологічної статі.

ЄСПЛ вважає, про що ми вже зазначали раніше, що вказана проблема повинна фінансово покриватися межами звичайного медичного страхування. Дослідження показало, що тільки 30% респондентів, коли звертаються по допомогу, отримують її достатньою мірою. Третина повідомила, що їм було відмовлено у лікуванні, тому що лікар не схвалив зміни статі [11, с.58].

Звернемось до національного права. Донедавна підзаконний акт, а саме Наказ МОЗ України від 3 лютого 2011 р. № 60 «Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності» (втратив чинність у грудні 2016 р.) встановлював загальні критерії для зміни статі та протипоказання для цього. До них було зараховано медичні та соціальні покази, серед яких вік до 18 років; наявність дітей віком до

18 років; перебування пацієнта у шлюбі на час розгляду Комісією його заяви [12]. Такий існуючий донедавна підхід вважаємо дискримінаційним, оскільки наявність дітей ніяк не може впливати на потребу визначення ідентичності особи.

Відтак у грудні 2016 р. чинності набуває інший Наказ МОЗ «Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення» де вказано, що «соціально-психологічними показаннями для зміни (корекції) статевої належності є дискомфорт або дистрес, що обумовлені розбіжністю між статевою ідентичністю індивідуума і статтю, встановленою йому при народженні (і пов'язаними з цим гендерною роллю та/або первинними і вторинними статевими ознаками)» [13]. Жодних інших соціальних протипоказів не встановлено. Такий обраний шлях відповідає європейським стандартам визначення прав трансгендерів, зокрема на зміну статі.

Висновок. Відсутність правового регулювання на законодавчому рівні саме медичних особливостей, а не сімейного і

цивільно-правового регулювання, призводить до неможливості реалізації прав особи. Відсутність законодавчо закріпленого поняття «зміна статі», норми клінічного керівництва, що дозволяють лікарям самостійно визначати способи і тактику лікування пацієнтів залежно від діагнозу та індивідуальних показників, сукупно можуть призвели до необґрунтованого поширення різних варіантів «лікування» пацієнтів, що, по суті, суперечить офіційному розумінню транссексуалізму як стійкого відчуття власної належності до протилежної статі.

Отже, зважаючи на труднощі діагностування розглядуваного захворювання, оскільки немає чітких для того критеріїв, вибору способів і тактики лікування пацієнтів відповідно до медичних показників і правової обґрунтованості, а також складнощі подальшої реабілітації і реадaptaції осіб, які змінили стать, ми вважаємо нагальною потребу законодавчо врегулювати це питання, беручи до уваги цілий комплекс медико-соціально-правових проблем.

Список використаних джерел:

1. Классификация психических расстройств по МКБ-10. *Официальный сайт ФГБНУ «Научный центр психического здоровья»*. URL: <http://www.psychiatry.ru/lib/1/book/14/chapter/1>.
2. Ситуация трансгендеров в Украине. Отчет по исследованию. Киев, 2010. URL: http://ecom.ngo/wp-content/uploads/2016/03/TRP_report.pdf (дата обращения: 15.12.2018).
3. Бреус С. М. Міжнародно-правові стандарти і зарубіжний досвід у сфері гендерної ідентичності. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2014. № 3. С. 83–87.
4. Бухановский А. О. Транссексуализм: клиника, систематика, дифференциальная диагностика, психо-социальная реадaptация и реабилитация: автореф. дис. ... д-ра мед. наук: 14.00.18. Ростов-на-Дону, 1994. 63 с.
5. Human Rights and Gender Identity / Commissioner for Human Rights of the Council of Europe. Strasbourg, 29 July 2009. URL: <https://rm.coe.int/16806da753>.
6. Coleman E. et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7. *International Journal of Transgenderism*. 2011. Vol. 165. P. 199.
7. Постановление ЕСПЛ по делу «Ван Кукк против Германии» (Жалоба № 35968/97) от 12.06.2003 (пп. 47, 73 і 82). URL: <http://base.garant.ru/55093881/>.
8. Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Civil Liberties, Justice and Home Affairs Transgender Persons' Rights. *The Eu Member States Note Abstract European Parliament*. Brussels, 2010. P. 10.
9. Noraini Mohd Nor et al. Sexual Identity-Effeminacy Among University Students. Kuala Lumpur: IIUM Research Centre, 2005. P. 8–9.

10. Sex Reassignment in Islamic Law: The Dilemma of Transsexuals Sayed Sikandar Shah Haneef. *International Journal of Business, Humanities and Technology*. 2011. July. Vol. 1, No. 1. P. 99.
11. Transgender Eurostudy by Prof Stephen Whittle OBE, Dr Lewis Turner, Ryan Combs, Stephanie Rhodes, published by ILGA Europe in April 2008, with the support of the European Commission. Pp. 55-58.
12. Про удосконалення надання медичної допомоги особам, які потребують зміни (корекції) статевої належності: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 03.02.2011 № 60. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-11>. Втратив чинність 30.12.2016.
13. Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 05.10.2016 № 1041. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1589-16>.

References:

1. Klassyfykatsiya psykhycheskykh rasstroistv po MKB-10. Ofytsyalniy sait FHBNU “Nauchniy tsentr psykhycheskohozdorovia”. URL: <http://www.psychiatry.ru/lib/1/book/14/chapter/1>.
2. Sytuatsiya transhenderov v Ukrainy. Otchet po yssledovaniyu. Kyev, 2010. URL: http://ecom.ngo/wp-content/uploads/2016/03/TRP_report.pdf (data obrashcheniya: 15.12.2018).
3. Breus S. M. Mizhnarodno-pravovi standarty i zarubizhnyi dosvid u sferi hendernoi identychnosti. *Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2014. № 3. S. 83–87.
4. Bukhanovskyi A. O. Transseksualizm: klynyka, systematyka, dyfferentsyalnaia dyahnostyka, psykho-sotsyalnaia readaptatsiya y reabylytatsiya: avtoref. dys. ... d-ra med. nauk: 14.00.18. Rostov-na-Donu, 1994. 63 s.
5. Human Rights and Gender Identity / Commissioner for Human Rights of the Council of Europe. Strasbourg, 29 July 2009. URL: <https://rm.coe.int/16806da753>.
6. Coleman E. et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7. *International Journal of Transgenderism*. 2011. Vol. 165. P. 199.
7. Postanovlenye ESPL po delu “Van Kuck protiv Hermanyy” (Zhaloba № 35968/97) ot 12.06.2003 (pp. 47, 73 i 82). URL: <http://base.garant.ru/55093881/>.
8. Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens Rights and Constitutional Affairs Civil Liberties, Justice and Home Affairs Transgender Persons Rights. The Eu Member States Note Abstract European Parliament. Brussels, 2010. P. 10.
9. Noraini Mohd Nor et al. Sexual Identity-Effeminacy Among University Students. Kuala Lumpur: IIUM Research Centre, 2005. R. 8–9.
10. Sex Reassignment in Islamic Law: The Dilemma of Transsexuals Sayed Sikandar Shah Haneef. *International Journal of Business, Humanities and Technology*. 2011. July. Vol. 1, No. 1. R. 99.
11. Transgender Eurostudy by Prof Stephen Whittle OBE, Dr Lewis Turner, Ryan Combs, Stephanie Rhodes, published by ILGA Europe in April 2008, with the support of the European Commission. Pp. 55-58.
12. Pro udoskonalennia nadannia medychnoi dopomohy osobam, yaki potrebuiut zminy (korektsii) statevoi nalezhnosti: Nakaz Ministerstva okhorony zdorov'ia Ukrainy vid 03.02.2011 № 60. Baza danykh “Zakonodavstvo Ukrainy” / VR Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0239-11>. Vtratyv chynnist 30.12.2016.
13. Pro vstanovlennia medyko-biologichnykh ta sotsialno-psykholohichnykh pokazan dlia zminy (korektsii) statevoi nalezhnosti ta zatverdzhennia formy pervynnoi oblikovoi dokumentatsii y instruktssii shchodo

yii zapovnennia: Nakaz Ministerstva okhorony zdorov'ia Ukrainy vid 05.10.2016 № 1041. Baza danykh "Zakonodavstvo Ukrainy" / VR Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1589-16>.