УДК 342.72

СОМАТИЧЕСКИЕ ПРАВА КАК НОВОЕ ПОКОЛЕНИЕ ПРАВ

К.В. ДЕВЯТОВСКАЯ
(Полоцкий государственный университет)

Рассматриваются соматические права как новая категория прав человека. Выделены авторские подходы к классификации личных прав человека, а также отмечен ряд особенностей реализации соматических прав человека в Республике Беларусь. Отдельное внимание уделено использованию вспомогательной репродукции, а также ее основным способам и целям. Детальное внимание уделено основаниям и процедуре изменения половой принадлежности в Республике Беларусь, а также проанализирован зарубежный опыт в данной области. В рамках вышесказанного вопроса выделены сферы отсутствия правового регулирования последствий изменения половой принадлежности, предложены авторские пути их регламентации.

Ключевые слова: *соматические права, вспомогательная репродукция, транссексуализм, смена пола.*

Введение. Двадцатое столетие не только ознаменовано высочайшими достижениями в науке, но и фундаментальным переосмыслением того, что представляет из себя тело человека, каков его статус и каковы пределы физической свободы каждого. По сути, мир переходит в реалии новой социально-правовой парадигмы. Правопритязания человека на свободное распоряжение своим телом возникли не только в последние два столетия: специфические вопросы относительно права человека гомосексуальные контакты, проституцию, стерилизацию интересовали правовую науку давно, однако в силу своей специфики всегда находились вне закона, вне социума и его морально-этических устоев. Актуальность проблемы соматических прав человека и гражданина обусловлена тем, что отсутствие их законодательного закрепления ведет к нарушению иных прав, прямо предусмотренных Конституцией Республики Беларусь.

Проблематика соматических прав так или иначе рассматривалась в работах Д.Г. Василевича «Понятие и виды соматических (личностных) прав» [1]; В.И. Круссом, который отразил вышеуказанную тему в работе «Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении» [2]; М.А. Лавриком, чье исследование посвящено теории соматических прав человека [3]; А.Х. Абашидзе, А.М. Солнцев, А.И. Йорыш, С.И. Глушкова, обозначившие в международном праве данную категорию как «права человека в сфере биоэтики» [4], и ряд других авторов, рассмотревших категорию прав в историко-правовом аспекте конституционного права – Н.К. Рудый, С.И. Михайличенко, М.З. Аушев [4].

Основная часть. Впервые понятие соматических прав в юридический оборот ввел В.И. Крусс в начале XXI века «Среди правопритязаний личности, представляющей человечество на рубеже третьего тысячелетия от Рождества Христова, можно выделить особую группу таких, которые основываются на фундаментальной мировоззренческой уверенности в “праве” человека самостоятельно распоряжаться своим телом: осуществлять его “модернизацию”, “реставрацию” и даже “фундаментальную реконструкцию”, изменять функциональные возможности организма и расширять их технико-агрегатные либо медикаментозными средствами. Сюда можно отнести права на смерть, изменение пола, гомосексуальные контакты, трансплантацию органов, употребление наркотиков и психотропных средств, право на искусственное репродуктирование, стерилизацию, аборт, право на клонирование, а затем и виртуальное моделирование, в смысле полноправного утверждения (дублирования) себя в нематериальной форме объективного существования. Права эти, имеющие сугубо личностный характер, предлагается определить как “соматические права”» [2, с. 43]. Анализируя доктринальные взгляды, можно прийти к выводу о том, что в узко-юридическом смысле под соматическими правами следует понимать признанную обществом и государством возможность определенного поведения, выражающегося в полномочиях по распоряжению человека своим телом. Необходимо отметить что сегодня в Республике Беларусь не сложился оптимальный механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина. Более того, некоторые соматические права вообще не получили своего законодательного закрепления. Однако в доктрине отмечается ряд особенностей реализации соматических прав в Республике Беларусь:

- в связи с тем, что нет юридического закрепления многих соматических прав, они существуют в силу «умолчания» государств, нет механизма их реализации, защиты;
- отсутствует и единая система гарантий: юридических (соответствующих правовых средств), политических (определенным образом ориентированной политики государства), социально-экономических (соответствующей среду и материальной основы, уровня общественного сознания);
- несмотря на отсутствие позитивного закрепления многих соматических прав, механизма их реализации и соответствующих гарантий, они существуют в обществе. Таким образом, действует «живое право».

На теоретическом уровне соматические права достаточно ясно представлены, имеются различные классификации и подходы к их определению, однако на практико-прикладном уровне большинство из них так и не нашли своего отражения.

Отличительную от В.И. Крусса позицию занимает М.А. Лаврик [3, с. 22]. Автор, критикуя некоторые положения теории В.И. Крусса, который рассматривал соматические права сквозь призму философии права и конституционного права, дополняет эту теорию. В частности, М.А. Лаврик предлагает отказаться от термина «личностные права» в силу того, что понятия «личностные права» и «личные права» достаточно похожи и определенной невозможности однозначного определения на настоящий момент того, является ли тело человека сугубо личностной характеристикой человека [5]. Необходимо отметить, что именно М.А. Лаврик наиболее полно раскрыл сущность соматических прав и классифицировал их следующим образом:

а) право на смерть (как наиболее радикальная категория соматических прав человека, правомочие, после реализации которого обращение к другим, в целом, не имеет смысла. Доктринальное определение звучит следующим образом «право на смерть – это возможность (свобода) человека сознательно и добровольно в выбранный им момент времени уйти из жизни избранным и доступным ему способом») [6];

б) права человека относительно его органов и тканей (в контексте концепции соматических прав человека особо важны фигуры реципиента, живого донора и донора-трупа в трансплантологическом процессе. Предметом широких дискуссий является вопрос о праве человека на свое тело после смерти и как часть этой проблемы – вопрос о праве на изъятый орган) [7];

в) сексуальные права человека (возможность искать, получать и передавать информацию, касающуюся сексуальности, сексуальное образование, выбор партнера, возможность решать, быть человеку сексуально активным или нет, самостоятельно решать вопрос о добровольных сексуальных контактах, вступлении в брак; вопрос о легализации проституции; оборот порнографической продукции и правовое регулирование положения сексуальных меньшинств);

г) репродуктивные права (можно выделить две основные группы:

- репродуктивные права позитивного характера (искусственное оплодотворение);
- репродуктивные права негативного характера (аборт, стерилизация, контрацепция);

д) право на смену пола [3, с. 22].

Подобную классификацию Е.М. Нестерова дополняет правом на генетические модификации (изменение генного кода), а также право на изменение внешности (пластическая хирургия, а также иные способы реставрации тела) [8].

Таким образом, изначально в юридической науке установилась конституционно-правовая концепция определения правовой природы соматических прав. В дальнейшем многие ученые также поддерживали данный подход, отдельные авторы предлагали пополнить классификацию. Однако основной уклон в данных исследованиях делался на необходимость признания этой группы прав и проблем реализации отдельных прав по распоряжению своим телом.

На современном этапе развития медицинских технологий имеет место применение вспомогательных репродуктивных технологий. Вспомогательная репродукция – совокупность методов, составляющих технологию искусственного зачатия, вынашивания и рождения ребенка. Самое широкое применение имеют ИКСИ и ЭКО. При осуществлении ИКСИ оплодотворение производится в матке женщины с использованием собственной яйцеклетки, ЭКО представляет собой «оплодотворение в пробирке» (в медицинской номенклатуре это обозначается аббревиатурой IVF – In Vitro Fertilization) извлеченных из тела человека гамет. Вспомогательные репродуктивные технологи стали широко применяться в современной медицине с конца 70-х годов XX века, с момента рождения первого ребенка «из пробирки» Луизы Браун [9].

В соответствии с Законом Республики Беларусь «О вспомогательных репродуктивных технологиях» ВРТ представляет собой метод оказания медицинской помощи, при котором отдельные или все этапы зачатия и (или) раннего развития эмбриона (эмбрионов) до переноса его (их) в матку осуществляются в лабораторных условиях [10].

Однако на законодательном уровне при использовании подобных технологий имеется ряд противоречий. В связи с этим обратим внимание на противоречия порядка установления происхождения детей, родившихся в результате применения ВРТ. Так, в случае донорства половых клеток материнство и (или) отцовство родившегося ребенка признается за реципиентом половых клеток. Однако лица, явившиеся донорами половых клеток, которые использовались при применении ВРТ, не вправе оспаривать материнство и (или) отцовство ребенка, родившегося в результате применения ВРТ [11].

Изначально методы ВРТ имели цель исключительно медицинскую – борьбу с тяжелым недугом, не поддающимся лечению и исправлению никакими иными способами, – с бесплодием, однако с трансформацией общества применение таких технологий значительно расширилось. Своего контрапункта трансформация традиционного понимания семьи достигает в рождении ребенка для однополой пары. В отказе от понимания семьи как союза женщины и мужчины, процесса репродукции как соединения мужского и женского начал и одновременно в попытке создавать семейные структуры, аналогичные тра-

диционным, видится разрушение основополагающей роли полового диморфизма в процессе репродукции человеческого рода.

Проблематика регламентации права на изменение половой принадлежности охватывает не только юридические, но и религиозные, морально-этические, социально-экономические аспекты. Из соматических прав выделилось в самостоятельную категорию право на изменение (коррекцию) половой принадлежности. Это право стало предметом изучения не случайно, что обусловлено рядом факторов:

- незначительной исследовательской заинтересованностью;
- обновлением национального законодательства;
- широкой практикой Европейского суда по правам человека в этом контексте;
- разнообразием проблем в сфере транссексуальности.

По мнению О. Старовойтовой, право на тело и его юридическая регламентация охватывают комплекс соматических прав, основанных на мировоззренческой убежденности в «праве» человека распоряжаться своим телом и его органами, то есть создавать и ликвидировать их, «реставрировать» или «модернизировать» [12, с. 8]. Как отмечает В. Крусс, это права, позволяющие осуществлять «фундаментальную реконструкцию», изменять функциональные возможности организма и расширять их технико-агрегатными или медикаментозными средствами [2, с. 43]. Исследование семантического значения слова «реконструкция» побудило к использованию принципа аналогии права и поиска законодательной дефиниции этого понятия в других областях, где оно понимается как переоборудование существующих производственных мощностей, изменение конструкции, изменение основных технических характеристик. Соотношение этих определений на рассматриваемую сферу дает основания утверждать, что право на изменение (коррекцию) половой принадлежности относится к числу соматических прав, так как обеспечивает возможность осуществлять фундаментальную реконструкцию человека путем изменения пола.

В сфере транссексуальности возможна трансформация женщины в мужчину и, наоборот, мужчины в женщину. Во всем мире, в том числе и в Республике Беларусь, набирает популярность операция по изменению половой принадлежности. Данная операция достаточно активно проводится в таких странах, как США, Иран, Таиланд и Россия.

Интерес гендерных исследований и актуальность изменения половой принадлежности, отмечает С.В. Латина, связаны с современными социально-культурными изменениями, обусловившими появление женщин во многих сферах и актуализировавшими интерес к полу [13].

Проблема отрицания пола (несоответствие между анатомическим полом индивида и его гендерной идентичностью (психическим полом), то есть транссексуализм, является одним из видов психических и поведенческих расстройств личности. По мнению большинства западных специалистов, единственным действенным на сегодняшний день методом лечения транссексуальности, дающим более или менее удовлетворительные результаты, является хирургическая и гормональная коррекция пола в соответствии с гендерной самоидентификацией, включая смену документов и социализацию в новой гендерной роли. В Республике Беларусь за последние 20 лет проведено около 70 подобных операций, однако за рубежом такие операции производятся гораздо чаще [14].

Согласно Закону Республики Беларусь от 18 июня 1993 года «О здравоохранении»: «изменение и коррекция половой принадлежности проводятся по желанию совершеннолетнего пациента в государственных организациях здравоохранения в порядке, определяемом Министерством здравоохранения Республики Беларусь» [15].

Постановка диагноза «транссексуализм» имеет свои сложности. Согласно пункту 2 Инструкции о порядке изменения и коррекции половой принадлежности по желанию совершеннолетнего пациента в государственных организациях здравоохранения, утвержденной постановлением Министерства здравоохранения Республики Беларусь от 9 декабря 2010 г. № 163 «лицо, желающее сменить пол, проходит комплексное медико-психологическое исследование, необходимое для исключения других сексуальных, психических и соматических расстройств» [16]. Обследование лиц, желающих сменить пол, проводится в течение года в три этапа в закрепленных организациях здравоохранения. Окончательное решение в постановке диагноза «транссексуализм» и о необходимости смены пола принимает Межведомственная комиссия по медико-психологической и социальной реабилитации лиц с синдромом отрицания пола при Министерстве здравоохранения Республики Беларусь. В ее состав входят 15 специалистов следующих министерств: здравоохранения, обороны, внутренних дел, юстиции, образования. Комиссия направляет пациента на психолого-психиатрическое и сексологическое обследование. Документом, утвержденным законодательством, является решение Межведомственной комиссии по медико-психологической и социальной реабилитации лиц с синдромом отрицания пола. С ним лицо обращается в загс, где пациенту заменяют свидетельство о рождении и паспорт. Затем происходит замена диплома, прав на управление механическим транспортным средством. К документам, подлежащим смене, также относятся: документ об образовании, свидетельство о направлении на работу, справка о самостоятельном трудоустройстве, билет учащегося, студенческого билета, удостоверение аспиранта (адъюнкта, докторанта, соискателя), билет слушателя, книжка успеваемости учащегося, зачетная книжка, удостоверение на право обслужи-

вания потенциально опасных объектов [17]. Как отмечает О.А. Бухановская, дисгармония личности при транссексуализме закономерно порождает многочисленные специфические транссексуальные конфликты. Они всегда комплексны и проявляются своеобразным индивидуальным сочетанием внутренних и внешних конфликтов [18].

Особенностью транссуксуализма является высокая отягощенность суицидальным поведением. Различные его проявления отмечены у 86,4% больных [18]. Однако в других странах такая процедура осуществляется без особых процессуальных сложностей. После замены паспорта или другого документа, удостоверяющего личность, в течение полугода лицо наблюдается, насколько полноценно оно адаптируется в новой половой принадлежности. При необходимости ему оказывается психокоррекционная, психотерапевтическая помощь для оптимальной социальной и психологической адаптации в измененной (по паспорту) половой принадлежности. Только около 5% транссексуалов, получивших новое имя, отказываются от операции, так как им достаточно того, что их признали в новой гендерной роли. На наш взгляд, наиболее разумно первоначально производить необходимые процедуры по изменению пола, и лишь затем смену документов, поскольку в таком варианте им предоставляется возможность стать физиологически идентичными с лицами такого же пола по рождению, и этот факт подлежал бы документальной фиксации.

Наиболее дискуссионным остается вопрос о правопреемстве в случае смены пола, то есть переходом прав и обязанностей от лица до смены пола к лицу после такой смены. Представляется, что при таком подходе необходимо закрепление универсального правопреемства при смене пола лица, что предполагает переход всего имущества, совокупности прав и обязанностей, принадлежащих лицу, к правопреемнику как единое целое, причем в этой совокупности единым актом переходят не только все существующие права и обязанности, принадлежавшие на момент правопреемства, но также и будущие либо не выявленные на момент правопреемства. При этом следует отметить, что правопреемство должно происходить с учетом возможности принять такие права и обязанности, способности нести их лицом, сменившим пол (например, воинская обязанность, право на социальную пенсию по возрасту и другое), поскольку данные положения образуют в законодательстве правовой вакуум. Новый правовой статус лица, изменившего пол, устанавливается в полном объеме в момент окончательной смены документов, удостоверяющих личность, что, в свою очередь, и должно являться основанием для правопреемства при смене пола.

Правопреемство при смене пола должно быть основано на законе, однако Гражданский кодекс Республики Беларусь к случаям правопреемства относит наследование, реорганизацию юридического лица и отдельные случаи в обязательственном праве, дарение, постоянная рента [19].

Очевидно, что отсутствие специального правового регулирования на практике при разрешении конкретных споров порождает ряд проблем. Таким образом, традиционный набор случаев универсального правопреемства, предусмотренных статьей 129 Гражданского кодекса Республики Беларусь, необходимо дополнить правопреемством при изменении половой принадлежности.

Изменение половой принадлежности в зарубежных странах имеет ряд отличий. В Республике Беларусь такая операция производится бесплатно, поскольку основанием для ее проведения является транссексуализм (как было уже сказано это отрицание пола (несоответствие между анатомическим полом индивида и его гендерной идентичностью (психическим полом)) [20], однако в зарубежных странах такая операция оплачивается за счет средств самого лица, желающего сменить пол. Так, в Иране подобная операция стоит около 5 тысяч долларов, государство может оплатить до 50% стоимости, в Таиланде 7–10 тысяч долларов, в России около 15 тысяч долларов, в США 30–40 тысяч долларов [21].

Первая операция по изменению пола была проведена в 1930–1931 годах (в несколько этапов) в Германии. В результате нее художник Эйнар Вегенер стал женщиной Лили Эльбе. Лили умерла от послеоперационных осложнений в 1931 году. Во времена сексуальной революции во Франции появились первые специализированные клиники. В 1978 году в США была создана международная профессиональная ассоциация врачей, специализирующихся на коррекции пола. В СССР первая операция такого рода была совершена в 1970 году в Латвии, в Беларуси – в 1992 году [21].

В настоящее время операции по смене пола проводятся во многих странах. В Великобритании в 2000–2010 годах 853 мужчины были превращены в женщин и только 12 женщин стали мужчинами. За 2010 год в этой стране проведено 143 операции по смене пола, за десять лет этот показатель увеличился почти в три раза. Средний возраст британца, решившегося на хирургическую смену пола, 42 года [21]. Лидерами по количеству такого рода операций являются Таиланд и Иран.

В некоторых зарубежных странах вопрос о смене пола так и не урегулирован на уровне законодательства, поэтому граждане, желающие изменить свою половую принадлежность, обращаются за помощью в международные суды. Так, история знает случай о Литовском транссексуале Л., которому в его стране было отказано в проведении операции по смене пола, он выиграл дело против Литвы в Европейском суде по правам человека. В 2007 году суд обязал государство выплатить Л. моральный ущерб в размере 5000 евро (17 200 литов). Кроме того, Литву обязали в течение трех месяцев принять соответ-

ствующий закон о порядке проведения операций по изменению пола, в противном случае сумма штрафа возрастала еще на 40 000 евро. Литва предпочла не принимать закон, а выплатить весь штраф. Операцию по смене мужского пола на женский Л. провел в Беларуси [21].

Таким образом, можно сказать, что изменение половой принадлежности в современном обществе не является новшеством, процедура в Республике Беларусь схожа с зарубежными странами, однако основание ее проведения существенно разниться, поскольку Республика Беларусь ее оказывает на условиях безвозмездности и наличия соответствующего диагноза.

Поскольку институт изменения половой принадлежности является новым для Республики Беларусь, то возникает множество проблем законодательной регламентации его положений и положений, являющихся следствием изменения пола. На современном этапе развития законодательства существует множество пробелов, касающихся ряда отраслей права, подобные правовые вакуумы характерны и для некоторых зарубежных стран.

К примеру, при распространении в США однополых союзов на практике появилась проблема установления отцовства или материнства лиц, воспитывающих ребенка в однополых союзах. Практически во всех штатах браки между лицами одного пола запрещены. Однако в большинстве случаев, при рассмотрении подобных дел отцовство (материнство) одновременно двух мужчин (женщин) юридически устанавливаться не может. Суды лишь защищают отдельные родительские права данных лиц, чаще всего право на общение с ребенком и на участие в его воспитании. Поэтому при воспитании детей в однополых союзах юридически отцовство или материнство может быть установлено и удостоверено только в отношении одного из членов такого союза и при наличии определенных законом оснований [21].

Пробелы законодательного регулирования чаще всего касаются сферы семейного права, а именно отношения по поводу заключения брака, усыновления, исков о признании отцовства, воинской службы, правопреемство и ряда других вопросов. Однако как необходимо поступать в брачных отношениях, что происходит с браком, продолжает ли он свое существование?

Согласно статье 12 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье «брак» – это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается на условиях, предусмотренных настоящим Кодексом, направлен на создание семьи и порождает взаимные права и обязанности [11]. Поскольку законодатель ясно указал на союз мужчины и женщины, то вариант однополого союза у нас не предусмотрен.

В России научные работы, отражающие специфику гендера и пола, появились в социологии и психологии и сразу привлекли к себе внимание новизной научного подхода:

а) Н.В. Смирнова «Модели взаимодействия супругов и их удовлетворенность браком» [22],

б) О.А. Гаврилица «Ролевой конфликт работающей женщины» [23].

Наибольшая интенсивность гендерного подхода к изучению различных сфер социальной жизни наблюдалась в первое десятилетие XXI века [24], что нашло отражение в фундаментальных монографических исследованиях, включающих семейно-брачную проблематику: И.С. Клецина «Психология гендерных отношений» (2009); И.С. Кон «Мужчина в меняющемся мире» (2009); Е.П. Ильин «Пол и гендер» (2010). В фокусе внимания гендерной психологии находятся причины и следствия формирования и развития личности мужчин и женщин, обусловленные дифференциацией социальных ролей и иерархией статусных позиций, вызванные распространением норм и стереотипов половой дифференциации. В исследованиях О.В. Ворониной (2006, 2012) показана сложность и многомерность развития идентичности в мозаичной социальной среде современного общества. Поэтому в исследованиях акцент сделан не на наличии или отсутствии психологических различий между полами, а на их социокультурной детерминации и последствиях для личностного развития, социально-психологической адаптации и самореализации, а семейная жизнь, как известно, в значительной степени опосредована культурными сценариями [25].

Как известно, действующее семейное законодательство устанавливает презумпции отцовства и материнства в вопросе об установлении происхождения детей от определенных лиц. Однако не урегулирована ситуация отцовства и материнства в зарегистрированном однополом союзе. Социальное явление «однополого союза» существовало давно, но о нем, как правило, в большинстве обществ, государств и исторических эпох было не принято говорить. Государства всячески скрывали подобного рода «отклонения», создавая видимость отсутствия таких явлений. В XX веке понятие «однополый союз» впервые стало областью юридической науки, когда 7 июня 1989 года Дания приняла закон, по которому однополые пары могли регистрировать свою связь. Уже в этом же году в Дании было зарегистрировано 340 однополых пар (из них: 270 – мужчина/мужчина; 70 – женщина/женщина). Подобному «примеру нормативного регулирования однополых союзов» в 1993 году последовали Норвегия (где доля однополых партнерств в 1993 году составила 0,84% к общему числу браков) и Швеция, где такая доля составляла 0, 99% [26].

В 1996 году в Исландии с населением всего чуть более чем 280 тысяч человек также был положительно решен вопрос о принятии Акта о зарегистрированном партнерстве. В этом же году было зарегистрирован 21 однополый союз. Все рекорды побили Нидерланды, где в 2001 году сразу же после вступления в силу закона, легализующего однополые браки, было зарегистрировано 2432 однополых брака (из них 1325 – мужчина/мужчина; 1107 – женщина/женщина).

В настоящее время число государств, узаконивающих однополые браки, растет, совершенствуются правовые конструкции такого союза, формы, объем прав и обязанностей [26]. Однако вопросы однополых союзов и последствий правового характера законодательного разрешения таких союзов в зарубежных странах мало изучен. Поскольку «супруги» в гомосексуальном браке полностью уравниваются в правовом положений с лицами, состоящими в традиционном браке, а единственным отличием таких пар является одинаковый пол. Однополым партнерам, состоящим в браке, предоставляется тот же объем прав, что и разнополым супругам, включая право доступа на искусственное оплодотворение и право на усыновление (удочерение) детей. Поэтому к однополым союзам также применительно понятие «брак», в юридическом его смысле. Вместе с тем с институтом брака следует различать параллельный институт зарегистрированного партнерства, схожего во многом с браком. Фактически это специально созданная правовая конструкция, направленная одновременно на защиту традиционного брака (союза между мужчиной и женщиной), и нормативное закрепление реалий существования постоянных однополых отношений. Такая конструкция предоставляет партнерам во многом такие же права и налагает такие же обязанности, которые свойственны супругам в браке, лишь с некоторыми исключениями – запрет на усыновление (удочерение) детей, отсутствие доступа к искусственному оплодотворению и некоторые другие. Однако в большинстве стран такие различия постепенно исчезают, и институт зарегистрированного партнерства становится практически неотличимым от института брака. А в некоторых странах (например, в Нидерландах) признаются оба института, причем регистрация брака открыта как для разнополых, так и для однополых пар [26].

По мировой статистике, в каждом обществе в среднем около 4% людей имеют нетрадиционную сексуальную ориентацию, но даже этот процент должен каким-то образом законодательно регулироваться [26]. Простое государственное отрицание существования подобного факта, отсутствие должного нормативного регулирования могут привести к произволу, ведь если однополый союз нигде не зафиксирован, значит, он не управляем. Однако это вовсе не означает обязательность регистрации однополых союзов и говорит лишь о том, что государство должно разработать механизм регулирования таких отношений: учет, статистика и т. д.

В настоящее время широкому обсуждению подвергается вопрос о возможности воспитания детей однополыми родителями. В большинстве государств такое явление возможно путем усыновления детей друг друга (например, когда остались дети от первого брака), путем искусственного оплодотворения или же путем усыновления (удочерения). Центральным звеном в такой цепочке является вопрос о возможности полноценного психического воспитания ребенка в данном союзе. В обществе преобладают две точки зрения:

1) сторонники узаконения однополых пар считают, что ребенку в любом случае нужна семья, и совершенно не важно – традиционная или нет. Приоритетным в данном случае является двойная забота о ребенке, поскольку нет статистических данных, говорящих о том, что дети в однополых союзах менее счастливы по отношению к детям в разнополых союзах;

2) противники легализации однополых союзов убеждены в том, что однополые браки в принципе противоречат догмам основных религиозных конфессий мира. Отмечается отрицательное отношение к однополым союзам и его категорическое непризнание по отношению к традиционному браку. Дискуссионным остается также вопрос о разделении статусов в однополом союзе, неизвестным также остается вопрос установления отцовства и (или) материнства.

В США в законодательстве штатов Флорида, Миссисипи, Небраска, Оклахома, Юта и Вирджиния имеются законы, запрещающие однополым парам усыновлять детей. В штатах Калифорния, Коннектикут, Массачусетс, Нью Джерси, Нью Йорк, Пенсильвания, Вермонт, Вашингтон и округ Вашингтон разрешается усыновление вторым партнером в однополой паре по решению суда или в порядке, предписанном законом.

В других штатах США суды также разрешали проводить однополым парам процесс усыновления ребенка второго партнера, хотя общего закона или решения суда на этот счет не существует. Суды одного и того же штата, но разных юрисдикций, могут принимать решения, противоречащие друг другу. Усыновление одним родителем узаконено во всех штатах США, кроме Флориды. Это дает возможность однополым парам усыновлять детей в тех юрисдикциях, где не разрешается усыновление двумя партнерами, хотя при таком исходе официальным опекуном будет являться только один партнер. Исключение из этого правила существует в штате Юта, закон которого запрещает усыновление «лицом, состоящим в отношениях, которые не являются зарегистрированными брачными узами», что, однако, дает законную возможность одинокому человеку усыновлять детей, но делает незаконным усыновление в паре, которая проживает вместе, независимо от сексуальной ориентации. Критики такой запретительной политики также указывают на тот факт, что хотя во многих штатах существует запрет на усыновление однополой парой, эти же пары могут выступать в роли опекунов без права ребенка проживать с ними [27].

В Канаде усыновление находится в юрисдикции местных властей, поэтому закон варьируется от одной провинции или территориального округа к другому. Усыновление однополыми парами узаконено в провинциях Британская Колумбия, Манитоба, Ньюфаундленд и Лабрадор, Новая Шотландия, Онтарио, Квебек, Саскачеван и в Северо-Западных территориях. В провинции Альберта разрешается

усыновлять ребенка второго партнера. Усыновление в однополых парах незаконно в Нью-Брансуике, на острове Принца Эдуарда и в Нунавуте. В Юконе законодательство об усыновлении допускает двоякое толкование. Член парламента от «Новой демократической партии» Либби Дэйвис (Libby Davies) выступает за введение одинаковых общенациональных стандартов в отношении усыновления в однополых парах [27].

В феврале 2006 года Кассационный суд Франции вынес решение, что оба партнера в однополом союзе могут иметь родительские права на биологического ребенка партнера. Такое решение было вынесено в деле о передаче прав на двух дочерей одной женщины к ее партнерше по гражданскому союзу [27].

Парламент Исландии 2 июня 2006 года проголосовал за предложение разрешить усыновление, воспитание и помощь в искусственном зачатии для однополых пар наравне с разнополыми. Решение было принято единогласно и вступило в силу 27 июня 2006 года. Законы Австралии допускают усыновление на территории федеральной столицы и в Западной Австралии. Усыновление ребенка второго партнера возможно в Тасмании. В январе 2005 года решением Верховного суда Израиля однополым парам было разрешено усыновлять ребенка второго партнера. Ранее в Израиле были разрешены ограниченные опекунские права для некровных родителей. В 2007 году от лица католических агентств по усыновлению в Великобритании, число которых составляет одну треть от всех благотворительных агентств, было заявлено, что они прекратят свою деятельность, если правительство издаст указ, предписывающий им рассматривать в качестве приемных родителей, кроме прочих кандидатов, и однополые пары [27].

С признанием в Нидерландах однополых браков изменилось и законодательство об усыновлении (1 апреля 2001 г.). Начиная с этой даты, две женщины или двое мужчин могут усыновить ребенка. Это правило касается лишь детей, постоянно проживающих в Нидерландах. Сегодня усыновителями ребенка из другой страны могут быть только разнополые супружеские пары [28].

Закон от 1 апреля 2001 года предусматривает усыновление также и гомосексуальными парами. Поэтому дети, воспитывающиеся двумя лицами, принадлежащими к одному полу, находятся под защитой закона вне зависимости от того, состоят ли эти лица в браке или нет. Единственное требование – до подачи заявления об усыновлении они должны проживать вместе не менее трех лет и не менее одного года совместно осуществлять воспитание ребенка [28].

Необходимый период совместного проживания и заботы о ребенке партнером (фактическим или юридическим супругом родителя) такой же, как при усыновлении двумя лицами: совместное проживание с родителем ребенка – не менее трех лет, период осуществления заботы о ребенке – не менее одного года. Это последнее требование (годичный срок) не обязательно, если ребенок родился в лесбийском союзе и женщина-партнерша матери хочет его усыновить. Последняя может подать заявление об усыновлении сразу же после рождения ребенка. Это правило применяется независимо от формы сожительства (брак, зарегистрированное партнерство, фактические брачные отношения). Однако две женщины также должны прожить друг с другом не менее трех лет [28].

Весьма интересным образом складывается практика Европейского Суда по правам человека по вопросу о возможности усыновления однополыми парами, что, безусловно, обусловливается особенностями национального законодательства по данному вопросу. Так, Большая палата ЕСПЧ оштрафовала Австрию на 38 тысяч евро за дискриминацию однополой пары – женщины оспорили право властей страны отказать одной из них усыновить сына другой.

Две 46-летние женщины живут вместе уже много лет и растят сына одной из них, родившегося вне брака в 1995 году. Вскоре после рождения ребенка подруга матери как второй родитель решила усыновить его и подала соответствующий запрос.

В 2005 и 2006 годах окружной и региональный суды отказали в усыновлении гомосексуальной паре, отметив, что в австрийском праве родителями могут быть только два человека разного пола. Кроме того, суд учел, что биологический отец мальчика регулярно видится с ребенком. В сентябре 2006 года очередную апелляцию отклонил Верховный суд, считая нормы Гражданского кодекса полностью соответствующими Конституции [28].

В 2007 году женщины обжаловали решение национального суда в Европейский суд по правам человека. Они утверждают, что австрийские власти дискриминировали их по признаку половой ориентации, поскольку усыновление ребенка было бы возможным в случае гетеросексуального союза, даже если партнеры не состояли бы в браке.

По их мнению, Австрия нарушила статьи 14 и 8 (запрещение дискриминации и уважение частной и семейной жизни) Европейской Конвенции о защите прав человека. В июне 2012 года дело было передано на рассмотрение Большой палаты суда.

Суд десятью голосами против семи постановил, что «имело место нарушение статьи 14 вместе со статьей 8 Конвенции в том, что касается сравнения ситуации истцов с ситуацией неженатой разнополой пары, где один из партнеров хочет усыновить ребенка другого партнера».

Одиннадцатью голосами против шести суд обязал австрийские власти в течение трех месяцев выплатить потерпевшим 10 тысяч евро в качестве возмещения морального ущерба и 28,4 тысячи евро на возмещение судебных издержек [29].

Статья 8 Конвенции, по сути, направлена на то, чтобы оградить лицо от произвольного вмешательства органов государственной власти; кроме того, она создает позитивные обязательства, присущие действительному «уважению» семейной жизни. При всех обстоятельствах следует принимать во внимание необходимость соблюдения справедливого баланса между противостоящими интересами лица и общества в его совокупности, при этом государство обладает определенными пределами усмотрения.

Поводя итог, считаем *необходимым закрепления смены пола как основания для расторжения брака в законодательстве Республики Беларусь*.

ЛИТЕРАТУРА

1. Василевич, Д.Г. Понятие и виды соматических (личностных) прав / Д.Г. Василевич // Право и демократия. – Минск : БГУ, 2014. – № 25. – 340 с.
2. Крусс, В.И. Личностные («соматические») права человека в конституционном и философско-правовом измерении: к постановке проблемы / В.И. Крусс // Государство и право. – М., 2000. – № 10. – С. 43–51.
3. Лаврик, М.А. К теории соматических прав человека // Сибирский юридический вестник. – 2005. – № 3. – С. 16–26.
4. Некоторые статьи по соматическим правам // Refdb.ru [Электронный ресурс]. – 2009. – Режим доступа: https://refdb.ru/look/1303722-pall.html. – Дата доступа: 07.10.2017.
5. Лаврик, М.А. Гарантии конституционных прав человека: соматический аспект: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.02 / М.А Лаврик. – Иркутск, 2006. – 232 л.
6. Малиновский, А.А. Имеет ли человек право на смерть? / А.А Малиновский // Рос. юстиция. – 2002. – № 8. – С. 54–55.
7. Долбин, А.Г. Морально-этические и юридические положения трансплантологии в России / А.Г. Долбин // Трансплантология : рук. ; под ред. В.И. Шумакова. – М., 1995. – С. 12.
8. Нестерова, Е.М. Личностные (соматические) права в системе прав человека : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. / Е.М. Нестерова. – М., 2014. – 197 л.
9. Антропологические риски суррогатного родительства при применении вспомогательных репродуктивных технологий // Бесплатная интернет библиотека [Электронный ресурс]. – 2017. – Режим доступа: http://pdf.knigi-x.ru . – Дата доступа: 10.10.17
10. О вспомогательных репродуктивных технологиях : Закон Респ. Беларусь, 7 янв. 2012 г. № 341-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 7 янв. 2012 г. // Эталон 6.6. – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ., Респ. Беларусь. – Минск, 2018.
11. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье : Закон Респ. Беларусь, 9 июля 1999 г. № 278-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 24 декабря 2015 г. // Эталон 6.6 – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2018.
12. Старовойтова, О.Э. Юридический механизм реализации и защиты соматических прав человека и гражданина в Российской Федерации: историко-правовой и теоретический анализ : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.01 / О.Э Старовойтова. – СПб., 2006. – 380 л.
13. Латина, С.В. Гендерные исследования в науках о культуре : дис. … канд. культурологи : 24.00.01 / С.В. Латина. – Комсомольск-на-Амуре, 2011. – 196 л.
14. Около 70 жителей Беларуси сменили пол за последние 20 лет // Новости tut.by [Электронный ресурс]. – 2014. – Режим доступа: http://www.news.tut.by/society/399314.html. – Дата доступа: 25.02.2018.
15. О здравоохранении : Закон Респ. Беларусь, 18 июня 1993 г. № 2435-XII : в ред. Закона Респ. Беларусь от 16 июня 2014 г. // Эталон 6.6 – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2018.
16. О некоторых вопросах изменения и коррекции половой принадлежности : постановление М-ва здравоохранения Респ. Беларусь, 9 дек. 2010 г. № 163 : в ред. постановления М-ва здравоохранения Респ. Беларусь от 15 янв. 2015 г. № 6 // Эталон 6.6 – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2018.
17. Об административных процедурах, осуществляемых государственными органами и иными организациями по заявлениям граждан : Указ Президента Респ. Беларусь от 26 апр. 2010 г, № 200 // Эталон 6.6 – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2018.
18. Бухановская, О.А. Психические расстройства у лиц с серийными агрессивными сексуальными опасными действиями: клиника, динамика, систематика: дис. … канд. мед. наук : 14.00.18 / О.А. Бухановская. – М., 2003. – 275 л.
19. Гражданский кодекс Республики Беларусь : Закон Респ. Беларусь, 7 дек. 1998 г. № 218-З : в ред. Закона Респ. Беларусь от 30 дек. 2015 г. № 343-З // Эталон 6.6 – Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2018.
20. Белорусские женщины хотят стать мужчинами // NAVINY.BY [Электронный ресурс]. – 2017. – Режим доступа: http://naviny.by/rubrics/society/2011/03/21/ic_articles_116_172903. – Дата доступа: 07.02.2018.

21. Худякова, О.Ю. Установление происхождения детей в однополых союзах по законодательству США / О.Ю. Худякова // Государство и право. – М., 2009. – № 6. – С. 97–10.
22. Смирнова, Н.В. Модели взаимодействия супругов и их удовлетворенность браком : дис. … канд. психол. наук: 19.00.05 / Н. В. Смирнова. – СПб., 2005. – 204 л.
23. Гаврилица, О.А. Ролевой конфликт работающей женщины : дис. …канд. психол. наук : 19.00.05 / О.А. Гаврилица. – М., 1998. – 185 л.
24. Дунаева, О.Н. Гендерный ресурс общества: супружество и родительство / О.Н. Дунаева // Вестн. Тюмен. гос. ун-та. – М., 2016. – № 4. – С. 38–49.
25. Воронина, О.А. Гендерные аспекты идентичности / О.А. Воронина // Человек. – М., 2012. – № 6. – С. 15–31.
26. Коголовский, И.Р. Фикции отцовства и материнства в однополых браках / И.Р. Коголовский // Государство и право. – М., 2012. – № 4. – С. 235–241.
27. Процедура усыновления по законодательству зарубежных стран // StudFiels [Электронный ресурс]. – 2017. – Режим доступа: https://studfiles.net/preview/5787605/. – Дата доступа: 09.02.2018.
28. Международное усыновление (удочерение) // Развод и право [Электронный ресурс]. – 2017. – Режим доступа: http://www.to-1.ru/articles/173. – Дата доступа: 17.02.2018.
29. ЕСПЧ признал дискриминационным запрет на усыновление детей гомосексуалами // SMIZONE [Электронный ресурс]. – 2017. – Режим доступа: http://www.gayrussia.eu/ world/5892. – Дата доступа: 08.02.2018.

Поступила 03.10.2018

SOMATICHSEKY RIGHTS AS NEW GENERATION OF THE RIGHTS

K. DEVYATOVSKAYA

The somatic rights as new category of human rights are considered. Author's approaches to classification of personal human rights are allocated and also a number of features of realization of somatic human rights in Republic of Belarus is noted. Special attention is paid to use of an auxiliary reproduction and also her main ways and the purposes. Detailed attention is paid to the bases and the procedure of change of sex in Republic of Belarus and also foreign experience in the field is analysed. Within the aforesaid question spheres of lack of legal regulation of consequences of change of sex are allocated, author's ways of their regulation are offered.

Keywords: *somatic rights, auxiliary reproduction, transseksualizm, sex change.*