

СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ГЕНДЕРНУ ІДЕНТИЧНІСТЬ НІМЕЧЧИНИ: ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

ESTABLISHMENT OF GENDER IDENTITY LEGISLATION IN GERMANY: HISTORICAL AND LEGAL ASPECT

Любчанківський О.-І.І., аспірант кафедри історії держави і права

Національний університет «Одеська юридична академія»,

молодший науковий співробітник науково-організаційного відділу

Військова академія(м. Одеса)

Ця стаття пишеться в рамках дисертаційного дослідження і є частиною комплексної роботи з дослідження Європейського досвіду регулювання відносин у частині юридичного визнання зміни статі та гендеру в історико-правовому аспекті. У статті стисло розглянуто основні елементи етапу становлення законодавства про гендерну ідентичність у Німеччині.

Питання гендерної ідентичності проявляються у багатьох аспектах, зокрема у трансгендерності, інтерсексуальності, а також має бінарний та не бінарний вимір.

Дослідження законодавства про гендерну ідентичність є актуальною задачею з огляду на відсутність у вітчизняному праві положень, що належним чином регулюють цю сферу життя та Євроінтеграційними намірами України.

Згадка про питання пов'язане з гендерною ідентичністю, а саме інтерсексуальністю (гермафродитизму) зустрічається ще в Пруському земельному кодексі 1794. Виникнення ж повноцінного законодавства про гендерну ідентичність можна пов'язати з рішенням Федерального конституційного суду від 11 жовтня 1978 № 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286 у якому було визнано право трансгендерів на юридичне визнання зміни статі і зобов'язано уряд до впровадження належного законодавчого регулювання. Цим рішенням етап становлення Німецького законодавства про гендерну ідентичність можна вважати завершеним, бо з прийняттям профільного законодавства починається його розвиток. Період становлення можна розділити на феодальний (до 1918 року), Веймарський (1918–1933 рр.), Нацистський (1933–1945 рр.) та сучасний (1945–1978(80) рр.). Період становлення законодавства на початку характеризується відсутністю уявлень, далі зародженням, розвитком та, нарешті, визнанням гендеру з подальшим його законодавчим утвердженням. Королівсько-імперський та Веймарський періоди характеризуються відносно толерантним ставленням до інтерсексуальності, у той час як нацистський період характеризується погіршенням ставлення до інтерсексуалів, примусовими операціями і т.д.

Німецький досвід регулювання відносин зі зміни та визнання гендеру та статі є доволі багатим, а оголошені правові позиції з цього комплексу питань більш ніж змістовними. Правова система Німеччини, як і України належить до романо-германської правової сім'ї і німецьке регулювання дійсно переважно спирається на закон, тому Німецький досвід регулювання є зручним з точки зору адаптації.

Ключові слова: Гендерне право, Німеччина, Трансгендер, Інтерсекс.

This article is written as part of a dissertation research and is part of a comprehensive work on the study of the European experience of regulating relations in terms of legal recognition of sex and gender reassignment in a historical and legal aspect. The article briefly examines the main elements of the stage of formation of legislation on gender identity in Germany.

Issues of gender identity are manifested in many aspects, in particular in transgenderism, intersexuality, and also have a binary and non-binary dimension.

Research on legislation on gender identity is a relevant task given the lack of provisions in domestic law that properly regulate this area of life and the European integration intentions of Ukraine.

The mention of the issue related to gender identity, namely intersexuality (hermaphroditism), is found in the Prussian Land Code of 1794. The emergence of full-fledged legislation on gender identity can be associated with the decision of the Federal Constitutional Court of October 11, 1978 No. 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286, which recognized the right of transgender people to legal recognition of gender change and obliged the government to implement appropriate legislative regulation. With this decision, the stage of formation of German legislation on gender identity can be considered complete, because with the adoption of profile legislation its development begins. The period of formation can be divided into royal-imperial (before 1918), Weimar (1918–1933), Nazi (1933–1945) and modern (1945–1978(80)). The period of formation of legislation is initially characterized by a lack of ideas, then by the emergence, development and, finally, the recognition of gender with its subsequent legislative approval. The royal-imperial and Weimar periods are characterized by a relatively tolerant attitude towards intersexuality, while the Nazi period is characterized by a deterioration in the attitude towards intersexuals, forced operations, etc. German experience in regulating relations with the change and recognition of gender and sex is quite rich, and the declared legal positions on this complex of issues are more than meaningful. The legal system of Germany, like that of Ukraine, belongs to the Romano-Germanic legal family and German regulation is indeed mainly based on law, therefore the German regulatory experience is convenient from the point of view of adaptation.

Key words: Gender law, Germany, Transgender, Intersex.

Постановка проблеми. Українське законодавство у сфері регулювання питань зміни й визнання статі та гендеру є нерозвинутим, правова доктрина застарілою, а в деяких аспектах регулювання взагалі відсутнє. Вітчизняна правова база ґрунтується виключно на бінарній моделі сприйняття гендеру, ігноруючи багаторічний досвід дослідження та впровадження новітніх розумінь та відповідних правових засад регулювання цього питання у західних країнах. Ставлячи своєю метою інтеграцію у Європейський простір та поглиблення партнерських стосунків з країнами-членами військово-політичного блоку НАТО Україні необхідно пропрацювати ціннісно-світоглядну базу цих об'єднань. За для цього необхідно вирішити, у тому числі, яким чином буде регулюватися питання зміни статі та зміни гендеру. Як Україна забез-

печить гарантування цієї частини прав людини? В якому обсязі і яких випадках буде надаватися визнання фізичним та духовним трансформаціям? Необхідність дослідження законодавства провідних демократій, які за часи панування ліберально налаштованих урядів спромоглися досягти суттєвого прогресу в цій галузі є очевидною та нагальною.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню теми гендерного права приділили значну увагу такі вчені як Аніщук Н., Гербут В., Амелічева Л., Струс Л. та інші. Так Л. Струс у своїй статті «Гендерна ідентичність в Україні: проблеми дискримінації у сфері біоюроспруденції» зауважила проблему несприйняття частиною суспільства новітніх можливостей у сфері зміни статі [1]. Професор Аніщук Н.В. у своїх роботах розглядає різні

історико-правові аспекти гендерного права. Зокрема, у роботі «Австрійський цивільний кодекс 1797 р.: гендерно-правовий аналіз» вона розглянула правове становище чоловіків і жінок у Галицькому коронному краї [2]. Пані В. Гербут розглянула питання права на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність, включно з практикою Європейського суду з прав людини з цього питання [3]. Проте предметного розгляду Німецьке законодавство про гендерну ідентичність, особливо у розрізі сучасних уявлень про гендер, не отримало в роботі жодного вітчизняного науковця.

Формулювання цілей статті (постановка завдання).

Метою статті, є дослідження розвитку норм німецького права та реальної практики регулювання правовідносин пов'язаних зі зміною та визнанням статі та гендеру в Німеччині в історико-правовому аспекті.

Виклад основного матеріалу. Питання гендерної ідентичності є актуальним останні десятиліття. Законодавство різних країн постійно розвивається й ця сфера людського життя все далі отримує більше уваги від науковців та правників. Відношення зі сторони суспільства та держави, а також рівень юридичної врегульованості та захищеності різних аспектів гендерної ідентичності та сексуальної орієнтації стали певними маркерами для ліберально-демократичних країн.

В цьому ключі, однією з найбільш розвинутих країн є Федеративна Республіка Німеччина. Історія становлення та розвитку законодавства про гендерну ідентичність в Німеччині є доволі насиченою, а досягнутий рівень правових гарантій є доволі високим у порівнянні з багатьма іншими країнами Європи і світу.

Саме явище гендерної ідентичності здобуло свого визнання та оформлення в минулому столітті, а тому є відносно новим, проте воно пройшло великий шлях у своєму осмисленні і переосмисленні, й приклад Німеччини в цьому контексті є чи не найзмістовнішим.

Говорячи про гендерну ідентичність, окрім трансгендерності обов'язково слід згадати й інтерсексуальність. Це різні явища, але вони мають багато спільного, особливо в питанні юридичного визнання. Вони прямо пов'язані між собою через те, що люди, які від народження мають нестандартні фізіологічні статеві параметри стикаються з тими ж проблемами, що й трансгендери. Проблема інтерсексуальності полягає і в тому, що навіть коли інтерсексуал самоідентифікується як такий, то у бінарній гендерній моделі він просто не існує. Ці ж проблеми характерні для інших представників небінарної групи самоідентифікації.

Історія німецької держави доволі насичена та складна. Свого сучасного вигляду вона здобула лише у 1990 році, з об'єднанням Федеративної Республіки Німеччина (ФРН) та Німецькою демократичною Республікою (НДР), а точніше входженням НДР до складу ФРН. В деякі періоди історії на території Німеччини існувало понад 50 держав, або державоподібних утворень, які мали власні кордони, закони і відповідні юрисдикції. Найбільш сильним і впливовим з поміж цих держав стало Пруське королівство, яке було одним з найбільших. Пруссія завдала поразки Австрії в змаганнях за гегемонію над Німецькими державами, а пізніше стала на чолі Германську імперію.

За Загальним земельним правом Пруських земель 1794 року (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*) [4], у статтях 19–24 якого передбачалося, що при народженні гермафродита (застаріле позначення людини з інтерсексуальною будовою тіла – автор.) батьки могли обрати його стать, а ті у віці 18 років могли визначити свою стать вже самостійно. У випадкові, коли від статі гермафродита залежать права третьої особи, допускалося проведення експертизи. Слід зазначити, що не усі великі держави мали такий функціонал у своїх правових системах. З прийняттям сучасного цивільного кодексу термін гермафродит зникає з законодавчого простору Німеччини.

У часи Веймарської республіки явище гендеру ще не оформилося у самостійну категорію та не мало власного законодавчого регулювання. Проте вважаю за доцільне розмежувати феодальний та буржуазний періоди становлення законодавства, оскільки ми маємо справу у одному випадкові з феодальним, а у іншому з буржуазним правом.

Ганс Науйокс, німецький акушер свідчить [5], що у до нацистський (Веймарський) період в Німеччині медицина позитивно відносилася до інтерсексів. Було розроблено достатньо складні хірургічні методи, які передбачали й гормональну терапію. Так у 1932 році в Магдебурзькому університеті він провів успішну операцію з гормональним застосуванням.

За його словами, з поваги до благополуччя дітей німецькі лікарі утримувалися від «примусового поміщення дитини у тіло, де вона б могла бути нещасною». В журналі «Акушерство та гінекологія» за 1934 рік він підсумовує дискусію між лікарями і погоджується з рекомендацією: «Передусім відмовитися від операцій в таких випадках й почекати, як буде відбуватися подальший розвиток дитини ... Наші терапевтичні дії в першу чергу визначаються психікою, гендерними установками й бажаннями людини» [6].

Ідея про інтерсексуальність як хворобу, була запозичена у Австрійського гінеколога Пауля Матіаса, який запропонував діагноз інтерсексуальна конституція «intersexual constitution» [7].

За часів панування Гітлерівської націонал-соціалістичної ідеології в Німеччині, ставлення до інтерсекс-людей було неоднозначним. Деякі діячі нацизму прирівнювали їх до расово неповноцінних елементів. Вони ставали жертвами нелюдського поводження, тортур, різноманітних експериментів та примусових операцій. Так один з провідних спеціалістів по расовій гігієні Фріц Ленц у 1936 році закликав до проведення інтерсекс операції на близнюках [8]. Про проведення таких операцій, зокрема відомим нацистським злочинцем Йозефом Менгеле, свідчать згадки в'язнів концтаборів [9]. Деякі євгеніки намагались довести, що інтерсексуальність є наслідком расово нечистих шлюбів.

Доктор Ульріка Клепсель у своїй роботі «Інтерсекс у націонал-соціалізмі» [10] збила матеріали, які дають змогу сформулювати уявлення стосовно відношення до інтерсекс-людей в Третьюму рейсі. Вона справедливо зазначає, що серйозних історичних досліджень з приводу того, що інтерсекси ставали жертвами расової гігієни, не проводилось, й на сьогодні досліджені лише медичні публікації. В роботі зазначено, що багато нацистських лікарів спиралися на теорію генетичної інтерсексуальності Ріхарда Гольдшміда. В решті решт однією з причин інтерсексуальності вони називали змішування рас [11]. В інтерсексуальності вони вбачали причину втрати політичного інстинкту, що мало своїм проявом комунізм, більшовизм та емансипацію жінок. Зважаючи на можливість інтерсексів вступити у шлюб і дати потомство, з метою забезпечення здоров'я нації рекомендувалося позбавити їх права на шлюб зі здоровими людьми, проте допускався шлюб з безплідними [12; 13]. За загальним правилом при важких спадкових захворюваннях органи міністерства охорони здоров'я (*das Reichsgesundheitsamt*) відмовляли у наданні довідки про придатність до шлюбу й подавали заяву на примусову стерилізацію. Питання визнання інтерсексуальної конституції у якості спадкового захворювання все ж було дискусійним. Отман Фрайгер фон Вершуер, провідний спеціаліст з расової гігієни, в 1936 році вказав на необхідність індивідуального підходу й виступив проти загальної стерилізації гермафродитів, спираючись на те, що спадкові фактори вірогідні, в певних випадках, але не є беззаперечними [14]. Слід зазначити, що програма расової гігієни з плинністю нацистського правління ставала більш радикальною, тому доцільно припустити, що здійснювані лікарями заходи в межах їх розсуду могли схилитися до більш жорстких.

У повоєнні часи толерантність до трансгендерів у Німеччині поступово еволюціонувала. Саме розуміння явища гендерної ідентичності як такої кристалізувалося на початку другої половини XX століття. Його оформив американський психолог Джордж Мані у 1955 році. Точною відліку в тектонічних зрушеннях у ставленні до трансгендерів та їх юридичного визнання, що призвели до сьогоднішнього стану розробки цього питання можна вважати рішення Федерального конституційного суду Німеччини від 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 [15].

Справа надійшла до конституційного суду внаслідок незгоди заявника з рішенням Федерального суду від 21.09.1971 року (IV ZB 61/70) [16]. У цій справі чоловік, який прагнув до визнання у ролі жінки й здійснив відповідні хірургічні заходи оскаржувала відмову в зміні запису про стать з чоловічої на жіночу у книзі реєстрації народжень (das Geburtenbuch – реєстр актів цивільного стану, запис у якому є підставою надання свідомства про народження). За результатами розгляду справи Конституційний суд прийшов до висновку, що рішення Федерального суду від 21 вересня 1971 року (IV ZB 61/70) порушує основне право заявника, передбачене пунктом 1 статті 2 у поєднанні з пунктом 1 статті 1 Основного закону. Внаслідок цього було оголошено про скасування цього рішення та повернення справи назад до Федерального суду. Конституційний суд констатував права Німецьких громадян на зміну статі та їх визнання й заявив, що в інтересах правової визначеності законодавчому органі необхідно врегулювати питання громадянського статусу, що стосуються зміни статі та її наслідків. Фактично, це було наказом до розробки відповідного законодавчого регулювання. Це рішення можна вважати крапкою в етапі становлення Німецького законодавства про гендерну ідентичність та першим пунктом у етапі його розвитку, оскільки саме в ньому було наголошено на ключових положеннях німецького Основного закону, щодо прав люди на зміну статі та її визнання.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Історія становлення законодавства Німеччини про гендерну ідентичність є насиченою та змістовною.

Розглянутий період можна означити, як етап становлення. Цей етап можна періодизувати наступним чином: феодальний період (до 1918 року), Веймарський (1918–1933 pp.), Нацистський (1933–1945 pp.) та сучасний (1945–1978(80) pp.).

Вперше регулювання пов'язане з питаннями гендерної ідентичності у безпосередньо німецькому праві зустрічається у Пруському земельному праві. Веймарський період історії можна характеризувати толерантним ставленням медиків до питання зміни статі з посиланням на дотримання клятви Гіппократа, а саме принципів не нашкодити та турботи по користь хворого і доміанти його інтересів. Саме принцип «не нашкодити» можна вважати керуючим у ці періоди. Як у феодальний так і у Веймарський періоди у Німеччині не було прямого та чіткого законодавчого регулювання означених питань, окрім положення у Пруському земському праві. За часів панування нацистського режиму ставлення до інтерсексуальності було ситуативним, тобто залежало від кожного конкретного лікаря, але в цілому відношення дедалі погіршувалося, доходячи до примусових операцій та експериментів на людях, що є грубим порушенням прав. Саму інтерсексуальність пов'язували з расовою неповноцінністю та змішаними шлюбами. Беззаперечно можна стверджувати, що інтерсексуальність дедалі стигматизувалася у Третньому Райсі. Реального визнання явища гендерної ідентичності здобуло у 20 столітті. Ключовим пунктом у закінченні етапу становлення та початку етапу розвитку законодавства про гендерну ідентичність можна вважати рішення Федерального конституційного суду Німеччини від 11.10.1978, BVerfGE 49, 286.

Дослідження є перспективним і потребує подальшої реалізації, оскільки Німецький досвід регулювання питань зміни та визнання статі та гендеру є одним з найзмістовніших й релевантним для України, оскільки правові системи обох держав належить до романо-германської правової сім'ї. Продовження дослідження є актуальним й нагальним з огляду на Євроінтеграційні наміри України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Струс Л. Гендерна ідентичність в Україні: проблеми дискримінації у сфері біоюриспруденції Публічне право. – 2018. – № 4. – С. 129–134. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pp_2018_4_19 (дата звернення: 14.09.2023).
2. Анішук Н. В. Австрійський цивільний кодекс 1797 р.: гендерно-правовий аналіз. Європейські орієнтири розвитку України: науково-практичний вимір в умовах воєнних викликів : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 26 квіт. 2024 р.). Одеса, 2024. С. 126–127.
3. Гербут В.С. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: сутнісний зміст та гарантії захисту: монографія. Ужгород: Поліграфцентр «Ліра», 2019. 264 с.
4. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten § 19–24. URL: <https://opiniojuris.de/quelle/1622> (дата звернення: 20.09.2023).
5. Hans Naujoks. Über echte Zwitterbildung beim Menschen und ihre therapeutische Beeinflussung. W. Stoeckel in Berlin (Hrsg.): *Zeitschrift für Geburtshilfe und Gynäkologie*. Enke, Stuttgart. 1934. Band 109. S. 135–161/
6. Hans Naujoks. Über echte Zwitterbildung beim Menschen und ihre therapeutische Beeinflussung. *Zeitschrift für Geburtshilfe und Gynäkologie* 109. 1934. S. 135–161, hier S. 148.
7. Paul Mathes. Die Konstitutionstypen des Weibes, insbesondere der intersexuelle Typus. Josef Halban/Ludwig Seitz (Hrsg.), *Biologie und Pathologie des Weibes. Ein Handbuch der Frauenheilkunde und Geburtshilfe*, Berlin/Wien. 1924. S. 1–112.
8. Fritz Lenz. Anomalien der Körperform. *Menschliche Erblehre und Rassenhygiene (Eugenik)*. Lehmanns, München. 1936. Band I., Dritter Abschnitt: Die krankhaften Erbanlagen. S. 403.
9. Frederik Obermaier. Auge in Auge mit Todesengel Mengele. *Spiegel Geschichte* 22.10.2007. URL: <https://www.spiegel.de/geschichte/folter-im-kz-a-949963.html> (дата звернення: 04.12.2023).
10. Ulrike Klöppel. Intersex im Nationalsozialismus Ein Überblick über den Forschungsbedarf. *Homosexuelle im Nationalsozialismus* (pp. 107–114). URL: https://www.researchgate.net/publication/344895613_Intersex_im_Nationalsozialismus_Ein_Uberblick_uber_den_Forschungsbedarf DOI:10.1524/9783486857504.107 (дата звернення: 02.02.2024).
11. Arthur Jores. Klinische Endokrinologie. *Ein Lehrbuch für Ärzte und Studierende*, Berlin. 1939. S. 293.
12. Anton Priesel. Zweifelhafte Geschlechtszugehörigkeit. Ferdinand von Neureiter/Friedrich Pietrusky/Eduard Schütt (Hrsg.). *Handwörterbuch der gerichtlichen Medizin und naturwissenschaftlichen Kriminalistik*. Berlin. 1940. S. 961–969, hier S. 969.
13. August Mayer, Sexualpsychologische Bedenken gegen die operative Korrektur von genitalen Bildungsstörungen. *Zentralblatt für Gynäkologie* 78. 1956. S. 1889–1892, hier S. 1892.
14. Otmar Freiherr von Verschuer, Pseudohermaphroditismus. *Der Erbarzt. Beilage zum Deutschen Ärzteblatt*. 1936. № 3 S. 192.
15. Bundesverfassungsgericht. BVerfGE v. 11 Oktober 1978 № 1 BvR 16/72. BVerfGE 49, 286. URL: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049286.html> (дата звернення: 12.06.2024).
16. Bundesgerichtshof Beschl. v. 21.09.1971, Az.: IV ZB 61/70 URL: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/a4ee4bb5-6559-4c63-8840-704de42c9229> (дата звернення: 12.06.2024).