

## **Б. против ФРАНЦИИ**

*Судебное решение от 25 марта 1992 г.*

### **КРАТКОЕ НЕОФИЦИАЛЬНОЕ ИЗЛОЖЕНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ ДЕЛА**

#### ***А. Основные факты***

Заявительница родилась в Алжире в 1935 г., при рождении была зарегистрирована как ребенок мужского пола и получила имя Норбер Антуан. С самого раннего возраста ребенок вел себя по-женски, т. к. ощущал себя девочкой, и семья относилась к нему именно так. После прохождения военной службы заявительница в 1963 г. отправилась в Париж, где и проживает до сих пор, и работала в театральной сфере. С 1963 по 1967 г. лечилась от депрессии, а затем прошла курс гормональной терапии, которая привела к феминизации ее внешности. В 1972 г. в Марокко она сделала операцию по изменению пола и с тех пор живет с женщиной, за которую хотела бы выйти замуж.

В 1978 г. она обратилась в суд с заявлением, что она является лицом женского пола и просит внести изменения в ее свидетельство о рождении, чтобы зафиксировать в нем факт изменения пола и ее новое женское имя — Лин Антуанетт. Суд большой инстанции Либуерна отклонил ее иск в ноябре 1979 г., а ее апелляционная и кассационная жалобы были соответственно отклонены Апелляционным судом г. Бордо в мае 1985 г. и Кассационным судом в марте 1987 г. Ее официальные документы, включая паспорт, удостоверение личности и водительские права, выданы на имя Норбер Б., а карточка социального обеспечения имеет кодовый номер, обозначающий лиц мужского пола.

#### ***В. Разбирательство в Комиссии по правам человека***

В жалобе, поданной в Комиссию 28 сентября 1987 г., заявительница утверждала, что отказ французских властей признать изменение ее пола нарушает статьи 3, 8 и 12 Конвенции. Жалоба была объявлена приемлемой 13 февраля 1990 г., за исключением жалобы в отношении нарушения статьи 12 Конвенции (право вступать в брак и создавать семью).

В своем докладе от 6 сентября 1990 г. Комиссия установила факты и выразила мнение, что имело место нарушение статьи 8 Конвенции (17 голосов против одного), но не статьи 3 (пятнадцать голосов против трех).

12 ноября 1990 г. дело было передано Комиссией в Суд.

**ИЗВЛЕЧЕНИЕ ИЗ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ****ВОПРОСЫ ПРАВА****I. Вопросы компетенции и приемлемости  
в настоящем деле**

В соответствии со статьей 26 Конвенции,

“Комиссия может принимать дело к рассмотрению только после того, как были исчерпаны все внутренние средства правовой защиты, в соответствии с общепризнанными нормами международного права, и в течение шести месяцев, считая с даты вынесения национальными органами окончательного решения по делу”.

Правительство выдвигает два предварительных соображения: одно связано с тем, что не исчерпаны все внутренние правовые средства защиты, другое — пропуск срока подачи жалобы.

**А. Компетенция Суда по рассмотрению предварительных  
возражений Правительства**

Комиссия считает, что Суд не должен рассматривать предварительные возражения, хотя Комиссии известно, что, начиная с решения по делу *Де Вильде, Оомс и Версип против Бельгии* от 18 июня 1971 г. (Серия А, т. 12, с. 29—30, п. 47—52), Суд считает себя компетентным обращаться к этим вопросам в свете статьи 26 (решение по делу *Ван Оостервийк против Бельгии* от 6 ноября 1980 г. Серия А, т. 40, с. 5—31). Тем не менее Комиссия отмечает, что некоторые судьи выступали по этому вопросу с особыми мнениями (решения по делу *Брозичек против Италии* от 19 декабря 1989 г. Серия А, т. 167, с. 23—28 и делу *Кардо против Франции* от 19 марта 1991 г. Серия А, т. 200, с. 23—24).

По мнению Комиссии, практика Суда в этой области имела своим последствием усложнение процедуры в органах Конвенции.

35. Заявительница по этому вопросу не высказывалась. Правительство же настаивало на своих возражениях, ссылаясь на “ясную и постоянную” практику Суда в этой области.

36. Суд рассмотрел доводы Комиссии, но в данном случае не нашел причин отказываться от той практики, которой он постоянно следует около 20 лет и которая отражена в ряде его постановлений. В частности, Суд отметил, что Комиссией сегодня выдвигаются те же самые доводы, что и по делу *Де Вильде, Оомс и Версип против Бельгии*, которые были приняты тогда во внимание Судом.

Следовательно, Суд считает себя правомочным рассмотреть предварительные возражения Правительства.

**В. Об обоснованности предварительных возражений  
Правительства****1. Неисчерпание внутренних правовых средств**

37. По мнению Правительства, заявительница должна была сослаться на Конвенцию уже в суде первой инстанции, который рассматривал ее

дело, а не только в кассационной жалобе. Не сделав этого, она опоздала с использованием возможного внутреннего средства правовой защиты.

38. Заявительница отвечает, что принцип недопустимости новых доводов в Кассационном суде не распространяется на публично-правовые доводы, на вопросы права или на доводы по существу решения. Вопрос о том, не противоречило ли Конвенции решение Апелляционного суда г. Бордо, как раз и относится к этой области.

39. Как Комиссия, так и Суд считают, что и в Суде большой инстанции Либурна и позднее в Апелляционном суде Бордо заявительница утверждала, что нарушено право на уважения ее личной жизни (см., в частности, *mutatis mutandis* решение по делу *Гуццарди против Италии* от 6 ноября 1980 г., Серия А, т. 39, с. 25—27, п. 71—72). Правда, она не ссылаясь на Конвенцию, но конкретная ссылка на нее не являлась единственным возможным средством достижения цели: многочисленные решения различных судов, принимавших решения на основании французских законов, позволяли ей надеяться на решение дела в ее пользу (см. п. 23 выше). В этом ее ситуация отличалась от ситуации г-на Ван Оостервийка (см. вышеупомянутое решение, т. 40, с. 16—17, п. 33—34).

Кроме того, Кассационный суд отклонил этот аргумент как неприемлемый не потому, что он был новым, а за его недостаточной обоснованностью; м-ль Б. совершенно справедливо подчеркивает это обстоятельство.

Следовательно, возражение о том, что внутренние средства правовой защиты не исчерпаны, отклоняется.

## 2. Пропуск срока подачи жалобы

40. В субсидиарном порядке Правительство выдвигает довод об опоздании с подачей жалобы. По мнению Правительства, решение Апелляционного суда в Бордо было настолько обосновано фактами, что кассационная жалоба заявительницы не имела никаких шансов на успех. Следовательно, предусмотренный в статье 26 *in fine* шестимесячный срок начинается 30 марта 1985 г. — даты принятия этого решения, и заявительница не уложились в этот срок.

41. С точки зрения м-ль Б., напротив, нельзя утверждать *a priori*, что подача кассационной жалобы бессмысленна по той причине, что рассматривавшие дело судьи обосновали решение “по фактам”; Кассационный суд призван рассматривать правильность применения правовых принципов, на основании которых выносил решение Апелляционный суд.

42. Суд отмечает, что в то время не сложилась судебная практика, которая позволяла бы заранее определить неуспех кассационной жалобы.

Кассационная жалоба является одним из правовых средств, которые надлежит исчерпать на основании статьи 26. Даже если предположить, что в данном конкретном случае это было обречено на неудачу, подачу жалобы нельзя считать бесполезным действием, и польза заключалась хотя бы в том, что течение шестимесячного срока началось с другой даты.

Поэтому следует отклонить и возражение о пропуске срока подачи жалобы.

## II. По существу дела

### А. О предполагаемом нарушении статьи 8

43. По утверждению заявительницы, отказ в признании ее подлинного пола нарушает статью 8 Конвенции, которая гласит:

“1. Каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни, неприкосновенности его жилища и тайны корреспонденции.

2. Не допускается вмешательство со стороны государственных органов в осуществление этого права, за исключением вмешательства, предусмотренного законом и необходимого в демократическом обществе в интересах государственной безопасности и общественного спокойствия, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц”.

Заявительница утверждала, что, отказываясь исправить сведения о ее поле как в реестре актов гражданского состояния, так и в официальных документах, удостоверяющих ее личность, французские власти вынудили ее сообщать третьим лицам сведения личного и интимного характера и что в профессиональной жизни ей также пришлось столкнуться с большими сложностями.

44. Прежде всего Суд отмечает, что содержащееся в статье 8 понятие “уважение” является нечетким. Это особенно заметно, когда речь идет, как в данном случае, о позитивных правах, стоящих за этим понятием (см. решение по делу *Риз против Соединенного Королевства* от 17 октября 1986 г. Серия А, т. 106, с. 14, п. 35 и решение по делу *Косси против Соединенного Королевства* от 27 сентября 1990 г. Серия А, т. 184, с. 15, п. 36), которые различны в зависимости от конкретных ситуаций и практики государств-участников. При этом важно учитывать необходимость равновесия между общественными интересами и интересами частного лица (см. вышеупомянутое решение по делу *Косси*, с. 15, п. 37).

45. По мнению м-ль Б., ее жалоба не идентична по существу жалобам г-на Риза и мисс Косси, которые Суд рассматривал ранее. Прежде всего она основана на новых научных, правовых и социальных факторах.

Кроме того, в данной области существуют коренные различия в праве Франции и Англии и в позиции публичных властей этих стран.

Применение критериев, содержащихся в указанных выше решениях от 17 октября 1986 г. и от 27 сентября 1990 г., говорит не в пользу Франции, где, в отличие от английского права, не учитывается даже тот внешний облик, который на совершенно законных основаниях придают себе транссексуалы.

Кроме того, заявительница предлагает Суду проанализировать ситуацию глубже, чем в двух вышеназванных делах: ей хотелось бы, чтобы в решении было отмечено, что одно из государств-участников нарушает статью 8, отрицая реальность транссексуалов как конкретного психосоциального типа личности.

### 1. Научная, правовая и социальная эволюция

46. (а) В решении по делу *Косси* Суд выразил сомнение относительно научных достижений, появившихся после его решения по делу *Риза*: “в частности, по-прежнему известно... что в результате операции по смене пола появляются не все биологические черты противоположного пола” (вышеупомянутое решение, с. 16, п. 40).

Однако, по мнению заявительницы, наука привносит два новых элемента в дискуссию о контрасте между внешним обликом (трансформация соматического пола) и реальным содержанием (хромосомный пол остается

прежним, психосоциальный пол заменяется на противоположный) пола транссексуалов. С одной стороны, хромосомный критерий не является непогрешимым (например, лица, имеющие внутрибрюшные тестикулы — так называемый женский тестикулярный тип, или лица, имеющие хромосомы ХУ, несмотря на внешне женский облик); с другой стороны, проводимые исследования позволяют предположить, что прием в пищу некоторых веществ на определенной стадии беременности или в первые несколько дней жизни может предопределить транссексуальное поведение и что транссексуальность может быть связана с хромосомными аномалиями. Следовательно, это явление может объясняться не только психическими, но и материальными причинами, поэтому нельзя под какими бы то ни было предлогами отказываться учитывать его в области права.

(b) В том, что касается правового аспекта проблемы, м-ль Б. основывается на особом мнении судьи Мартенса в решении по уже упоминавшемуся делу Косси, где утверждается, что расхождения между государствами — членами Совета Европы в их отношении к транссексуалам постепенно сглаживаются в результате эволюции законодательств и судебной практики. Такова и ориентация резолюций и рекомендаций Парламентской Ассамблеи Совета Европы и Европейского Парламента.

(c) Заявительница подчеркивает быстроту социальных изменений в европейских государствах и разнообразие культурных традиций, что влечет изменения права и в рассматриваемой сфере.

47. Правительство не спорит с тем, что в XX в., и особенно за последние 30 лет, наукой сделаны значительные успехи в использовании половых гормонов, а также в области пластической хирургии и протезирования. Тем не менее транссексуалы сохраняют свой первоначальный хромосомный пол; возможно лишь изменение их внешнего облика. Право не может исходить из этого последнего фактора. Кроме того, операции, сопряженные с определенной опасностью, не должны становиться повседневным явлением.

Национальные законодательства развиваются, во многих странах в них уже внесены изменения, но принятые новые законы содержат неодинаковые решения.

Короче говоря, правовая, моральная и социальная ситуация является неопределенной.

48. Неоспорим факт, что отношение к транссексуалам изменилось; наука развивается, и проблемы, связанные с транссексуалами, приобретают все большее значение.

Однако Суд отмечает, что проводимые специалистами в этой области исследования еще не дают полной уверенности в том, что транссексуальность не имеет более глубоких причин, и поэтому хирургическое вмешательство в подобных случаях может оказаться неправомерным. Складывающиеся правовые ситуации могут оказаться весьма сложными. Возникает ряд проблем, как-то: определение транссексуальности, согласие и другие условия, которые надлежит выполнить до какой бы то ни было операции; условия, на которых может быть разрешена смена пола; правовые последствия хирургического вмешательства, способность жить в новом сексуальном воплощении; международные аспекты (место проведения операции); правовые последствия смены пола, имеющие обратную силу (внесение изменений в акты гражданского состояния); возможность выбрать другое имя; конфиденциальность документов и сведений о смене пола; последствия в семейном плане (право вступать в брак, судьба существующего брака, происхождение

ние детей) и т. д. По всем этим вопросам среди государств — членов Совета Европы еще не существует достаточно широкого консенсуса, чтобы Суд мог прийти к выводам, противоположным тем, которые он сделал в делах Риза и Косси.

## *2. Различия между французской и английской системами*

49. По мнению заявительницы, по ряду моментов судьба транссексуалов представляется гораздо более тяжелой во Франции, чем в Англии. Комиссия в целом согласна с этим мнением.

50. Правительство же считает, что в случае с Францией Суд не должен отступать от того решения, которое было принято им по делам Риза и Косси. Конечно, заявительница может в повседневной жизни сталкиваться с затруднительными ситуациями, но они недостаточно серьезны, чтобы представлять собой нарушение статьи 8. Французские власти никогда не отказывали транссексуалам в праве вести такую жизнь, которая их устраивает. История заявительницы служит тому доказательством: невзирая на то, что по актам гражданского состояния она является мужчиной, м-ль Б. выдавала себя за женщину. Кроме того, транссексуал, желающий сохранить свой биологический пол в тайне от третьих лиц, оказывается в той же ситуации, что и любой человек, стремящийся сохранить в тайне другие элементы своей частной жизни (возраст, доходы, место жительства и т. д.).

Предоставленные государствам-участникам пределы усмотрения, как правило, распространяются как на выбор критериев допустимости смены пола, так и на выбор дополнительных мер в случае отказа.

51. Суд отмечает, что между Францией и Англией существуют значительные различия в их правовых системах и судебной практике в области гражданского состояния, смены имен, использования документов, удостоверяющих личность, и т. д. Суд рассмотрит возможные последствия таких различий в данном деле с точки зрения Конвенции.

(a) *Гражданское состояние*

(i) *Внесение исправлений в акты гражданского состояния*

52. Заявительница считает, что с ней поступили несправедливо, отказав ей в ее просьбе внести изменения в акт гражданского состояния, тем более что Франция, в отличие от Англии, не может ссылаться на то, что действующая здесь система содержит какие-либо существенные препятствия для этого.

Суд отмечает, что целью организации записи актов гражданского состояния в Англии является не определение личности человека на каждый данный момент, а фиксация факта рождения, поэтому реестр носит открытый характер (см. вышеупомянутое решение по делу Риза, с. 17—18, п. 42). Во Франции же дело обстоит иначе. Запись актов гражданского состояния обновляется в течение всей жизни человека; следовательно, в нее вполне может быть внесено судебное решение об изменении первоначальной записи о поле. Кроме того, прямой доступ к реестру имеют только уполномоченные на то государственные служащие и лица, получившие разрешение от прокурора Республики. Следовательно, французское государство может решать данный вопрос, не прибегая к реформированию законодательства; достаточно изменить практику Кассационного суда.

По мнению Правительства, французская судебная практика в этой области не является устоявшейся; похоже, что и законодательство находится в переходной стадии.

54. С точки зрения Комиссии, Правительство не привело никаких аргументов, на основании которых можно было бы предположить, что Кассационный суд согласится на внесение в акты гражданского состояния записи о смене пола транссексуала. В данном деле этот суд отклонил кассационную жалобу на том основании, что статус заявительницы определяется свободно принятым ею решением.

55. Суд отмечает, что ничто не мешало внести — в той или иной форме — в акт о рождении м-ль Б. данных, направленных если не на исправление первоначально совершенной ошибки, то по крайней мере на констатацию теперешнего состояния заявительницы. Впрочем, многие суды первой инстанции и апелляционные суды по делам других транссексуалов уже принимали решения о внесении подобных записей, и прокуратура практически никогда не обжаловала такие решения. Что касается Кассационного суда, то он занимает противоположную позицию, но ситуация может измениться.

Правда, заявительница подверглась хирургическому вмешательству за границей, т. е. без медицинских и психологических гарантий, которые теперь стали обязательными во Франции. Тем не менее операция повлекла безвозвратную утерю внешних признаков первоначального пола м-ль Б. Суд считает, что в данном деле проявленная заявительницей решимость является достаточно важным элементом, который должен быть учтен наряду с другими при применении статьи 8.

*(ii) Смена имени*

56. Заявительница напоминает, что Закон от 6 фрюктидора II года (см. п. 22 выше) воспрещает всем гражданам носить имя или фамилию, отличные от тех, которые записаны в их свидетельстве о рождении. Следовательно, с точки зрения закона ее зовут Норбер; во всех официальных документах — удостоверение личности, паспорт, карточка избирателя и т. д., а также в ее чековых книжках, телефонных счетах, налоговых документах и т. д. должно быть указано это имя. Что же касается возможности смены имени, то это не зависит, как в Соединенном Королевстве, только от желания лица: согласно статье 57 Гражданского кодекса, смена имени возможна только с разрешения суда и при наличии оправданной “законной заинтересованности” в этом. Однако м-ль Б. не знает ни одного судебного решения, в котором транссексуальность признавалась оправдывающей такую заинтересованность. Во всяком случае Суд большой инстанции Либурна, а позднее и Апелляционный суд в Бордо отказали ей в праве носить имя Лин Антуанетт. Статус же неофициального имени очень ненадежен.

Комиссия по существу согласна с этими доводами.

57. Напротив, Правительство считает, что в данной области существует позитивная и обширная судебная практика, поддерживаемая прокуратурой. По этой практике, выдвигается лишь требование нейтрального имени — Клод, Доминик и т. п.; заявительница же настаивала на исключительно женских именах.

Кроме того, многие люди широко пользуются “неофициальным” именем, которое отличается от имени, внесенного в их акт о рождении. Однако Правительство согласно с тем, что такая практика не имеет законной силы.

58. Судебные решения, представленные Правительством Суду, действительно свидетельствуют о том, что непризнание смены пола не обязательно препятствует заинтересованному лицу в получении нового имени, которое в большей степени соответствует его физическому облику.

Однако эта судебная практика еще не сложилась, когда суд в Либурне и Апелляционный суд в Бордо выносили решение; фактически эта практика не выглядит установившейся даже сегодня, т. к. Кассационный суд, похоже, ни разу не имел возможности подтвердить ее. Кроме того, она открывает лишь весьма узкий путь: выбор между несколькими редкими нейтральными именами. Что же касается неофициальных имен, то они не имеют законного статуса.

Таким образом, Суд считает, что отказ разрешить заявительнице смену имени, на которой она настаивает, также является существенным фактором в свете статьи 8.

*(b) Документы*

59. (a) Заявительница подчеркивает, что документов с указанием пола становится все больше: выписки из акта о рождении, компьютерные удостоверения личности, паспорт Европейского сообщества и т. д. Следовательно, транссексуал не может ни пересекать границу, ни проходить проверку личности, ни совершать множество каждодневных действий, где необходимо называть себя, не выявляя несоответствия между его официальным полом и полом, соответствующим внешности.

(b) Сведения о поле содержатся и во всех документах, где записан регистрационный номер, который присваивается каждому человеку Национальным институтом статистики (см. п. 26 выше). А ведь этот номер систематически используется в корреспонденции между кассами социального обеспечения, нанимателями и страхователями; следовательно, он фигурирует и в расписках об уплате взносов, и в платежных ведомостях. Таким образом, транссексуал не может скрыть свое положение от потенциального нанимателя и от его административной службы, а также в многочисленных повседневных ситуациях, где приходится указывать факт и размеры своего заработка (заключение договора аренды, открытие банковского счета, просьба о предоставлении ссуды и т. д.). Возникают трудности и для социальной и профессиональной интеграции транссексуалов. М-ль Б. и сама пострадала от этого. Выдаваемые Институтом статистики номера используются и для банковских списков утерянных или необеспеченных чеков.

(c) Наконец, заявительница ежедневно сталкивается с финансовыми проблемами, т. к. на ее счетах и чеках указаны не только ее имя и фамилия, но и ее первоначальный пол.

60. Комиссия по существу согласна с доводами заявительницы. По ее мнению, она испытывает — в связи с необходимостью часто раскрывать третьим лицам аспекты своей частной жизни — слишком серьезные трудности, чтобы их можно было оправдать необходимостью соблюдать права других лиц.

61. Правительство прежде всего оговорило, что в документах, удостоверяющих гражданское состояние и гражданство, в водительских правах, в карточке избирателя и в традиционном национальном удостоверении личности пол не указывается.

Иначе обстоит дело с паспортом Европейского сообщества, но его форма определяется регламентами ЕС; следовательно, это не является обязательством на основании французского права. К тому же заявительница пользуется правом свободы передвижения независимо от своего пола, и примеры, на которые она ссылается, не являются существенными; так, при дорожно-транспортном или другом происшествии указывать пол страхователя совершенно необязательно.



Что касается номера, который выдается Национальным институтом статистики, учрежденным после Второй мировой войны для демографических исследований, то в дальнейшем этот номер служил для идентификации лиц, получающих пособия от французской системы социального обеспечения. Он используется только для этой цели и не вносится ни в удостоверение личности, ни в паспорт или другие административные документы. В любом случае государственные службы, которым этот номер сообщается, обязаны хранить тайну. Нанимателям же он необходим, чтобы вносить свою часть страховых взносов за работников.

В связи с этим Правительство полагает, что если м-ль Б. не смогла найти оплачиваемую работу вне сферы шоу-бизнеса, то этому могут быть и другие причины, а не только то, что она транссексуал; многие транссексуалы имеют достаточно почетные профессии. Более того, статья 416<sup>1</sup> Уголовного кодекса запрещает дискриминацию при найме на работу по признакам пола или морального облика претендента на место. Правда, ни один транссексуал ни разу не ссыался на эту статью.

Кроме того, вполне можно предложить банкам, чтобы на чеках печатались лишь имя и фамилия чекодателя без слов “г-н”, “г-жа” или “м-ль” (см. п. 27 выше); они не проверяют, соответствует ли имя чекодателя записи в актах гражданского состояния. Точно так же на счетах к оплате обычно не указаны ни пол, ни имя клиента, а только его фамилия (см. п. 28 выше). Таким образом, транссексуалы имеют возможность охранять свою частную жизнь.

62. Суд не счел эти доводы убедительными. Как и Комиссия, Суд считает, что те неудобства, на которые жалуется в данной связи заявительница, достаточно серьезны, чтобы быть принятыми во внимание в свете статьи 8.

(с) *Вывод*

63. На основании вышеизложенных фактов, отличающих настоящее дело от дел Риза и Косси, — даже оставив в стороне остальные аргументы заявительницы, — Суд приходит к выводу, что она ежедневно оказывается в ситуации, которая несовместима с должным уважением ее частной жизни. Следовательно, даже с учетом той свободы усмотрения, которой располагают государства, налицо нарушение необходимого равновесия между общественными интересами и интересами частного лица (см. п. 44), т. е. нарушение статьи 8.

У государства-ответчика существует немало средств для исправления сложившейся ситуации. Суд не должен указывать ему наиболее адекватные из них (см. *inter alia* решения по делу *Маркс против Бельгии* от 13 июня 1979 г. Серия А, т. 31, с. 25, п. 58, и делу *Эйри против Ирландии* от 9 октября 1979 г. Серия А, т. 32, с. 15, п. 26).

### **В. Жалоба о нарушении статьи 3**

64. В Комиссии м-ль Б. утверждала также, что она является жертвой бесчеловечного и унижительного обращения в смысле статьи 3.

С тех пор она не повторяла этой жалобы, и Суд не счел нужным рассматривать этот вопрос *ex officio*.

### **III. Применение статьи 50**

65. Согласно статье 50,

“Если Суд установит, что решение или мера, принятые судебными или иными властями Высокой Договаривающейся Стороны, полностью или

частично противоречат обязательствам, вытекающим из настоящей Конвенции, а также если внутреннее право упомянутой Стороны допускает лишь частичное возмещение последствий такого решения или такой меры, то решением Суда, если в этом есть необходимость, предусматривается справедливое возмещение потерпевшей стороне”.

### **А. Ущерб**

66. Заявительница требует, во-первых, 1 000 000 франков за понесенный моральный вред и материальный ущерб. Первый связан с ситуацией, созданной французским законодательством; второй — со сложностями, которые она испытывает в повседневной жизни, в частности, из-за того, что она так и не смогла найти работу из страха, что ей придется раскрыть тайну своего пола в том виде, как он записан в актах гражданского состояния.

По мнению Правительства, заявительнице не удалось подтвердить наличие такого размера ущерба, и сумма, которую она требует, является чрезмерной. Если Суд установит факт нарушения статьи 8, то решение Суда будет само по себе достаточным справедливым возмещением.

Представитель Комиссии не занял определенной позиции.

67. Суд считает, что м-ль Б. понесла моральный вред от ситуации, которая в настоящем решении признана противоречащей Конвенции. Суд считает справедливым в соответствии со статьей 50 возмещение морального вреда в размере 100 000 франков.

В то же время Суд отклоняет претензии на понесенный материальный ущерб. Заявительница долгое время занималась профессиональной деятельностью, и многие транссексуалы во Франции имеют работу. Хотя трудности в связи с поисками работы, связанные с необходимостью разглашать свой статус, вполне реальны, они не являются непреодолимыми.

### **В. Расходы и издержки**

68. Кроме того, заявительница настаивает на выплате ей 35 000 франков в качестве расходов и издержек, которые она понесла в Кассационном суде (10 000 франков), а затем в органах Конвенции (25 000 франков).

Правительство предоставляет Суду оценить это требование на основе критериев, вытекающих из его практики. Представитель Комиссии не занял определенной позиции.

69. На основе этих критериев Суд считает, что государство-ответчик должно возместить заявительнице названную сумму целиком.

## **ПО ЭТИМ ОСНОВАНИЯМ СУД**

1. *Постановил* шестнадцатью голосами против пяти признать себя компетентным рассматривать предварительные возражения Правительства;

2. *Отклонил* их единогласно;

3. *Постановил* пятнадцатью голосами против шести, что имеет место нарушение статьи 8;

4. *Постановил* единогласно, что рассмотрение дела с точки зрения статьи 3 не является необходимым;

5. *Постановил* пятнадцатью голосами против шести, что государство-ответчик должно в трехмесячный срок выплатить заявительнице 100 000 (сто тысяч) французских франков в возмещение морального вреда и 35 000 (тридцать пять тысяч) французских франков за судебные издержки и расходы.

6. *Отклонил* единогласно остальные требования о справедливом возмещении.

Совершено на английском и французском языках и оглашено во Дворце прав человека в Страсбурге 25 марта 1992 года.

Марк-Андре Эйссен  
Грефье

Рольф Риссдал  
Председатель

В соответствии со статьей 51 п. 2 Конвенции и статьей 53 п. 2 Регламента Суда к настоящему решению прилагаются отдельные мнения судей.

### **ОСОБЫЕ МНЕНИЯ СУДЕЙ МАТШЕРА, ПИНЕЙРО ФАРИНЬИ, ПЕТТИТИ, ВАЛЬТИКОСА, ЛОИЗУ И МОРЕНИЛЛЫ**

Мы, находящиеся в меньшинстве, согласны с тем, что в данном конкретном деле *Б. против Франции* не было оснований признать, что нарушение имело место. В этой сфере свобода усмотрения, признаваемая за государством, должна помочь его правоприменительной практике определить правовой статус транссексуалов на основании объективных критериев и с соблюдением статьи 8. Излагаемые ниже мнения представляют собой варианты оценок; они не противоречат основному тезису.

### **ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ МАТШЕРА**

К моему глубокому сожалению, я не могу присоединиться к большинству, проголосовавшему за признание факта нарушения статьи 8, т. к. в решении не указано с требуемой точностью, в чем конкретно заключается это нарушение.

В решении приводится целый ряд фактов (отказ внести исправления в акты гражданского состояния, разрешить Б. сменить имя, название пола или исключить указание на него в документах, удостоверяющих ее личность, которые требуются в повседневной жизни), причем все эти факторы “относятся к делу” или “должны приниматься во внимание” и в конечном счете якобы приводят к признанию нарушения.

Я полностью присоединяюсь к тем доводам, которые послужили основой для непризнания факта нарушения статьи 8 в делах Риза и Косси, а именно к тому, что в английском праве предусмотрена возможность смены имени и исключения упоминания о поле в документах и удостоверениях личности, причем в обоих случаях — без особых административных сложностей. В той мере, в какой это не свойственно французскому праву, я тоже

считал бы, что нарушение в настоящем деле имело место. Но в решении не уточнено, что означает “изменение акта о рождении”, будет ли это изменение первоначальной записи или просто примечание на полях — а это, по моему мнению, может повлечь последствия, далеко выходящие за пределы требования статьи 8 (в этом плане моя точка зрения приближается к той, что выражена в отдельном мнении судьи Уолша).

Не будем забывать, что первоначальное обращение Б. — “желающей выйти замуж за своего приятеля” — во французские суды имело целью признание за ней права на исправление ее акта о рождении, чтобы она могла вступить в брак, и что отказ в этом исправлении и был причиной ее обращения в органы Конвенции.

Однако, хотя Комиссия и не признала приемлемой жалобу, основанную на статье 12, значимость элемента “исправление актов гражданского состояния”, признанного существенным в мотивирующей части настоящего решения, остается очень расплывчатой и не исключает последствий, за которые я не могу проголосовать.

Хотя я и не безразличен к судьбе транссексуалов, я считаю важными и соображения, изложенные в особых мнениях судей Пинеиро Фариньи, Петтити, Вальतिकоса и Морениллы об инициативе — похоже, легкомысленной — Б., решившей оперироваться без тех медицинских гарантий, которыми должно было бы сопровождаться подобное хирургическое вмешательство.

Короче говоря, я не чувствую себя вправе подписаться под решением, в котором не сказано с необходимой ясностью, что оно не отступает от выводов, содержащихся в решениях по делам Риза и Косси, и которое оставляет возможность истолковать это как путь к изменению прежней позиции.

## ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ПИНЕЙРО ФАРИНЬИ

1. Я не могу согласиться с решением и не понимаю отказа от предыдущей практики Суда, которая была подтверждена менее года назад.

Я опасаясь серьезных последствий, в частности того, что вместо надлежащего лечения все чаще будут совершаться хирургические операции с необратимыми последствиями.

2. Роль Суда заключается в толковании Конвенции; это толкование должно быть динамичным и актуальным, но должно оставаться толкованием. Правоприменительная практика Суда не может выходить за пределы Конвенции и не может ни предоставлять человеку новых прав, ни налагать на государства новые обязательства.

3. Конвенция не закрепляет право на изменение пола и на изменение актов гражданского состояния или, в нарушение Международного пакта о гражданских и политических правах (статья 24), государственного реестра актов гражданского состояния. Как можно от имени Конвенции навязывать государствам определенное поведение в этой области?

4. Хирургические операции не изменяют реального пола человека, а лишь внешний вид и половую морфологию.

5. Заявитель (я не использую женской формы, потому что пол мне неизвестен, и я не признаю право кого бы то ни было менять пол по своему усмотрению) не является настоящим транссексуалом: “...Суд большой инстанции отмечает, что даже после гормональной терапии и хирургической опе-

рации Норбер (Б.) по-прежнему имеет характерные признаки лица мужского пола; ...суд счел, что в отличие от заявлений данного лица, его теперешнее состояние не является результатом элементов, существовавших до операции, а также самого хирургического вмешательства, ставшего необходимым из терапевтических соображений, но оно является следствием сознательной воли лица...” — это вывод Кассационного суда (п. 17 его решения).

6. Зачем навязывать французскому государству последствия хирургического вмешательства, осуществленного сознательно и намеренно и к тому же в другом государстве (п. 11 решения) без предварительного контроля?

7. Международная комиссия по гражданскому состоянию (CIEC) “занимается главным образом... разработкой рекомендаций или проектов конвенций, направленных на сближение действующих в государствах-членах правовых положений по этим вопросам...”

Данные вопросы — это вопросы, связанные с состоянием лиц, с семьей и с гражданством. Комиссия давно работает над статусом транссексуалов, и пока она не выработала рекомендаций или проекта конвенции.

8. В законодательствах государств — участников Конвенции нет такого общего знаменателя, который позволил бы навязывать им столь радикальное решение.

9. Среди возможных последствий применения настоящего решения (см. п. 52—55) я бы отметил два:

— внебрачный ребенок пытается возбудить иск по установлению отцовства, но после его рождения зачавший его мужчина перенес операцию по смене пола и в документы о его гражданском состоянии были внесены исправления; получит, что истец требует признать отцом женщину!

— после внесения исправлений в акты гражданского состояния транссексуал сможет вступить в брак с лицом своего настоящего (обычного) пола, однако Суд “видит... в приверженности к традиционному пониманию брака достаточный мотив для того, чтобы по-прежнему применять биологические критерии для определения пола лица для целей брака (см. решение по делу Косси, с. 18, п. 46), и “с точки зрения Суда, гарантируя право на вступление в брак, статья 12 имеет в виду традиционный брак между лицами разного биологического пола. Текст статьи это подтверждает: из него следует, что преследуемой целью является главным образом защита брака как основы семьи” (см. решение по делу Риза, с. 19, п. 49).

По моему мнению, Суд в настоящем решении должен был бы заявить, что его решение никоим образом не отражается на праве вступать в брак, которое, однако, является причиной подачи жалобы Б. в Комиссию.

10. Следовательно, я считаю, что нарушение статьи 8 Конвенции не имело места, и я полагаю, что правовое регулирование транссексуализма остается предметом компетенции каждого государства с учетом нравов и традиций, хотя мнения медицинских и научных экспертов могут быть различными.

11. Поскольку, по моему мнению, нарушения Конвенции не было, я не считаю возможным голосовать в том же решении за выплаты на основании статьи 50 Конвенции.

## ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ПЕТТИТИ

Я не голосовал вместе с большинством, которое установило наличие нарушения статьи 8.

Конечно, решение относится лишь к данному конкретному делу, но это дело было самым малозначительным по сравнению с делами, которые рассматривали французские суды, особенно в 1990 г. и 1991 г.

В первую очередь хочу отметить ряд противоречий. Большинство членов Суда не ставит под сомнение решения Суда по делам Риза и Косси. В п. 55 отмечается, что “ничто не мешало внести — в той или иной форме — в акт о рождении м-ль Б. данных, направленных если не на исправление первоначально совершенной ошибки, то по крайней мере на констатацию теперешнего состояния заявительницы”. Во французской системе регистрации актов гражданского состояния это возможно только на основании судебного решения, что и делается с помощью многочисленных решений. Однако решения эти принимаются на основании строгих критериев, которые позволяют исключить те категории лиц, в отношении которых отказы могут быть оправданы научными данными и отсутствием надлежащим образом оформленного медицинского контроля.

В пункте 63 говорится, что:

“На основании вышеизложенных фактов, отличающих настоящее дело от дел Риза и Косси, — даже оставив в стороне остальные аргументы заявительницы, — Суд приходит к выводу, что она ежедневно оказывается в ситуации, которая несовместима с должным уважением ее частной жизни. Следовательно, даже с учетом той свободы усмотрения, которой располагают государства, налицо нарушение необходимого равновесия между общественными интересами и интересами частного лица (см. п. 44 выше), т. е. нарушение статьи 8.

У государства-ответчика существует немало средств для исправления сложившейся ситуации. Суд не должен указывать ему наиболее адекватные из них...”

Учитывало ли большинство членов Суда операции, проведенные во Франции в государственных больницах после 1973 г., тогда как Б. был прооперирован в Марокко?

Следует ли из п. 66, что большинство имело в виду главным образом возможность выдачи удостоверения личности и паспорта, что не требует внесения изменений в акты гражданского состояния и соответствует духу решений по делам Риза и Косси и английским правилам, и в меньшей степени то, что прежде всего требовала Б., а именно — возможность вступить в брак со своим приятелем?

С точки зрения юристов, склонных отстаивать широкое толкование статуса транссексуалов, легче было бы согласиться с логикой решения по делу Б., если бы французские суды систематически отклоняли обращения настоящих транссексуалов (подвергшихся операции под должным образом оформленным медицинским контролем). Это, однако, не имело места.

Конвенция не обязывает Высокие Договаривающиеся Стороны принимать законодательные акты об изменении записей гражданского состояния в связи с транссексуализмом. Ряд государств-членов вообще не имеют никакого законодательства о транссексуализме. Те национальные законодательные нормы, которые существуют в этой области, предусматривают очень различные критерии и механизмы.

В любом случае государства-члены, которые хотят взяться за решение этих проблем, стоят перед выбором в пользу либо законодательных мер, либо судебной практики, и в этой деликатной сфере, где имеются очень

разные социальные и моральные ситуации, у государств имеется значительная свобода усмотрения.

Независимо от того, избирает ли государство законодательный путь или судебную практику, оно по-прежнему свободно в отборе — на основании неоспоримых научных знаний — критериев признания случаев интерсексуализма или настоящего транссексуализма. На основании этих критериев судьи национальных судов могут принимать решения, не нарушая Конвенции.

С учетом этих принципов какие выводы можно сделать в деле *Б. против Франции* в свете статьи 8?

Сравнение английской регламентации с французской, что было сделано Судом в делах *Риза* и *Косси*, еще недостаточно; нужно сравнение с положением в других государствах-членах, тем более что особенности английской системы касаются общего режима ведения актов гражданского состояния, а не конкретных мер в отношении транссексуалов.

Если мы хотим применять статью 8 к интерсексуалам и во Франции, нужно выяснить, как реализуется в судебной практике право на исправление записей гражданского состояния. Перечень судебных решений показывает, что положительных решений по таким искам принималось столько же, сколько и отрицательных. Некоторые решения предусматривали их обратную силу. Правда, Кассационный суд в 1990 г. вынес четыре отрицательных решения, но данные дела носили спорный характер. Пленарный состав этого суда не принимал решений по более или менее спорным делам о транссексуализме.

Уже после отрицательных решений Кассационного суда Апелляционный суд в Кольмаре принял решение об изменении записей гражданского состояния оперированного лица, которое к тому же получило новый паспорт с указанием своего нового пола. Генеральный прокурор не стал обжаловать это решение, следовательно, оно является окончательным, и записи были изменены.

При расширительном и благожелательном толковании статьи 8 можно считать, что настоящий транссексуал, прооперированный во Франции после необходимого периода контрольных тестов в соответствии с процедурой, установленной Национальной коллегией врачей, должен иметь право на изменение записей гражданского состояния. В этом случае аргументом могло бы стать то, что государство, соглашаясь на операцию в государственной клинике и на ее оплату системой социального обеспечения, должно в рамках позитивного обязательства на основании Европейской Конвенции о защите прав человека разрешить замену административных документов и пойти на изменение записей гражданского состояния.

В деле *Б.* все обстоит иначе. Транссексуализм не был должным образом заверен медицинскими учреждениями. Операция проводилась за рубежом при неизвестных обстоятельствах. Этим объясняется позиция Апелляционного суда в Бордо, и Европейский Суд должен согласиться с ней. Речь идет о решении по нестандартному конкретному делу, а не о прецеденте, имеющем принципиальное значение, совместимом с Европейской Конвенцией о защите прав человека в свете статьи 8.

Далеко не бесспорна теория, по которой любое лицо, движимое непреодолимым стремлением жить как лицо другого пола, т. е. оно убеждено, что именно в этом заключается его судьба, должно иметь возможность добиться изменения записей гражданского состояния. Пусть даже эта теория

порождена заботой о социальной интеграции и частной жизни лица. Во многих случаях намерения подлинных или мнимых транссексуалов порождены психическим состоянием, и они должны лечиться только психиатрическими способами, иначе последствия могут быть катастрофическими. Поэтому необходим медицинский надзор. Кроме того, медицине известны случаи раздвоения личности, шизофрении. Если придерживаться только стремления гармонизировать личную волю пациента с его социальной жизнью, пришлось бы соглашаться на изменение записей гражданского состояния даже в случае подобных отклонений.

Конечно, положение подлинных транссексуалов достойно понимания и внимания с точки зрения статьи 8. Но остается очевидным, что даже наиболее развитые законодательные системы не могут устранить все социальные препоны. Даже после внесения изменений в записи гражданского состояния реинтегрирующемуся в обществе лицу приходится раскрывать свое прошлое в связи с работой и карьерой, при исчислении пенсии и т. п. Изменение статистических формуляров вроде тех, которые используются Национальным институтом статистики и экономических исследований, эту проблему решить не может.

Именно поэтому следует стремиться к наиболее гибким решениям, максимально учитывающим процедуры медицинского надзора, которые только и могут позволить обойтись без видов лечения и операций, вредных для душевного равновесия.

Следует учитывать также и социальные аспекты, особые в каждом государстве. К сожалению, в некоторых странах существуют центры эксплуатации мнимых транссексуалов, что открывает путь к сутенерству и проституции трансвеститов. Среди лиц, нуждающихся в лечении, есть немало представителей этой категории. В других странах такие ситуации вообще неизвестны, и, следовательно, их правовая позиция не имеет большого значения.

Еще один немаловажный фактор связан с тем, что внесение изменений в запись актов гражданского состояния снимает препятствия для брака транссексуала с лицом его прежнего пола. Это в свою очередь порождает проблему усыновления или удочерения в новой семье и не менее острые правовые проблемы, если соответствующее лицо ранее находилось в браке и тем более имело в нем детей. Не будем забывать и о возможности искусственного оплодотворения после исправления записей или после операции. Все гражданское и наследственное право может потребовать пересмотра.

Если и существует такая область, где государствам надо предоставлять максимально широкие пределы усмотрения с учетом нравов и традиций, так это именно область транссексуализма, не оставляя без внимания и развития возможностей медицины.

Важную роль призвана сыграть национальная судебная практика. Когда она находит такие бесспорные решения, которые позволяют вносить изменения в записи гражданского состояния, как это сделал Апелляционный суд в Кольмаре, то это, как представляется, соответствует требованиям статьи 8.

В отличие от решений по делам *Ювига и Крюслен против Франции* (решение от 24 апреля 1990 г. Серия А, т. 176-А и В), Суд в данном деле не указывает, как следует поступать. Его формулировка о “средствах исправления ситуации” остается размытой и неопределенной, ибо очевидно, что одного только социально-психологического стремления лица не может быть достаточно для мотивации требования об изменении пола. Государство-уча-



стник, даже допуская исправление записей, остается свободным в определении его условий и гражданско-правовых последствий.

Суд обошел молчанием формулу обращения Б. во французский суд с требованием:

“Объявить и постановить, что объявленный[ая] при регистрации в месте своего рождения младенцем мужского пола, [она] на самом деле имела женскую конституцию; объявить и постановить, что [она имела] женский пол; распорядиться внести исправления в акт о ее рождении; объявить, что отныне [она] будет зваться Лин Антуанетт”.

Вывод: при настоящем состоянии французского права и регулирования семейных отношений, и учитывая права других лиц, представляется, что путь правоприменительной практики является наиболее соответствующим соблюдению статьи 8 Конвенции при условии, что за государством сохраняется свобода усмотрения.

### **ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ ВАЛЬТИКОСА, К КОТОРОМУ ПРИСОЕДИНИТСЯ СУДЬЯ ЛОИЗУ**

Конечно, я глубоко сожалею о том, что вынужден отмежеваться от вышеприведенного решения, которое, конечно, могло бы быть оправданным, а при некоторых обстоятельствах даже необходимым, и некоторые последствия которого, безусловно, обоснованны — как будет уточнено ниже, — но которое с точки зрения фактических обстоятельств дела кажется мне неприемлемым.

Вопреки сложившейся судебной практике, самый последний пример которой имел место не более года назад, Суд совершил поворот, который может открыть путь — на мой взгляд, такая опасность существует — для серьезных и пока еще непредсказуемых последствий. Фактические обстоятельства данного дела не настолько отличаются от предыдущих, чтобы оправдать такой поворот.

Сказанное не означает, что при определенных обстоятельствах запись о статусе транссексуала в актах гражданского состояния не может быть изменена или что по крайней мере не могут приниматься меры, улучшающие его социальный статус.

Однако существуют, как известно, различные типы транссексуалов: именно поэтому психический или физиологический аспект, например, характер — природный или в большей или меньшей степени приобретенный в результате хирургических операций, которые в свою очередь имеют различную мотивацию и значимость, — будет весьма различным в конкретных случаях. К тому же этот вопрос является предметом глубоких научных исследований, и любое решение в большой степени зависит от конкретных обстоятельств дела.

Почему мне представляется, что в данном случае факты не оправдывают принятого решения?

Дело в том, что в данном случае, когда заявитель — который хочет, чтобы его называли заявительницей — требует признания на законной основе факта изменения пола, которое, по его утверждению, имело место, мы имеем дело с ситуацией, когда это изменение фактически является неполным, искусственным и преднамеренным.

Начнем с того, что надо понимать в подобных случаях под термином “изменение пола”. Мы не можем довольствоваться исключительно психологическими или, как это иногда себе представляют, социальными факторами. Если бы дело обстояло так, то не существовало бы настоящих критериев или ограничений и была бы опасность впасть в произвол. Это наверняка отразилось бы на стабильности социальной жизни.

Следовательно, в качестве существенного условия необходимо, чтобы с психологической точки зрения реальное первоначальное состояние или наступившее изменение гражданского состояния было достаточно выявленным и не вызывало сомнений. Нельзя довольствоваться неопределенным гермафродитизмом и двусмысленным статусом.

Однако в данном случае мы имеем дело с намеренным действием заинтересованного лица, которое, желая сменить пол (ибо при рождении оно имело мужской пол, по крайней мере преимущественно, и отслужило в армии), подверглось хирургическому вмешательству в условиях, которые представляются сомнительными и не сопровождались гарантиями, в результате чего оно оказалось в ситуации, когда более не является ни полностью мужчиной, ни полностью женщиной, но относится в определенной степени и к одному, и к другому полу.

Следовательно, в данном случае мы сталкиваемся с двумя дополнительными трудностями: с одной стороны, преднамеренность, с другой — неполнота перемены. Не рискуем ли мы таким образом (тем более что в данном случае речь идет об операции без какого бы то ни было контроля) поощрять подобные действия и, более того, в качестве последствия этого получать жалобы от наполовину феминизированных мужчин о признании их права на вступление в брак с мужчинами нормальной конституции, и где тогда придется устанавливать границу?

Конечно, эволюция происходит — как в умах, так и в науке. Конечно, в некоторых европейских странах принимаются к рассмотрению иски, подобные данному делу, но мне кажется, что при современном положении вещей неправильно считать, что имеет место нарушение Конвенции, если какое-либо государство не следует или по крайней мере не готово следовать за такой эволюцией — по правовым, моральным и научным соображениям, которые достойны уважения. Похоже, что государства Европы в целом еще не созрели для того, чтобы считать такую судебную практику обязательной.

При этом следует тем не менее отметить, что социальный статус лиц, чей пол стал неопределенным, создает для них целый ряд проблем и причиняет им серьезные неудобства в повседневной жизни. Следовало бы постараться исправить это положение. Следовательно, независимо от любых формальных правовых мер, направленных на изменение их гражданского статуса, было бы желательно, чтобы государства, которых это касается, стремились сокращать неудобства подобного рода; в частности, можно подумать о таких мерах, которые были бы направлены на разрешение сменить имя (и при этом принимать не только так называемые нейтральные имена, т. к. подобная практика привела бы в конце концов к тому, что такие имена стали бы вызывать “подозрение”), внести изменения в сведения в тех документах, удостоверяющих личность, которые в силу своей точности или используемых кодов сообщают пол лиц. Несмотря на практические трудности, с которыми может быть связано внесение таких изменений, эта мера требует серьезного рассмотрения.

**ОСОБОЕ МНЕНИЕ СУДЬИ МОРЕНИЛЛЫ**

1.1. К моему большому сожалению, я не могу присоединиться к выводам большинства, установившего в связи с данным делом факт нарушения со стороны Франции права заявительницы на уважение ее частной жизни по причине отклонения французскими судами иска м-ль Б. Мои возражения, как я это изложу ниже, носят преимущественно правовой характер, т. к. они строятся на субсидиарности защиты прав человека в учрежденной Конвенцией системе — этого требует анализ “спорного действия или бездействия” национальных властей, которое послужило основой для жалоб заявительницы в наш Суд, т. к. она считает себя пострадавшей от этого действия или бездействия. Мои доводы строятся также и на свободе усмотрения государств-участников в данной сфере, учитывая, что это право предусмотрено в статье 8 Конвенции. Однако эти причины международно-правового характера не позволяют оставить без внимания оценку социального и правового положения транссексуалов во Франции, в рамках которого и следует рассматривать жалобу заявительницы.

1.2. М-ль Б., желающая выйти замуж за своего приятеля, обращалась в Суд большой инстанции Либурна (см. п. 13 решения) с требованием “объявить и постановить, что объявленный[ая] при регистрации в месте своего рождения младенцем мужского пола, [она] на самом деле имела женскую конституцию; объявить и постановить, что [она имела] женский пол; распорядиться внести исправления в акт о ее рождении; объявить, что отныне [она] будет зваться Лин Антуанетт”. Эти пункты искового заявления определили рамки разбирательства, начатого заявительницей в гражданских судах Франции, и предмет решений, принятых Судом большой инстанции Либурна, Апелляционным судом в Бордо и, наконец, Кассационным судом, чье решение явилось, в соответствии со статьей 26 Конвенции, “окончательным внутренним решением”.

1.3. Заявительница истолковала отклонение своего иска как отказ французских властей признать ее “настоящий пол” и согласиться “исправить сведения о ее поле как в реестре актов гражданского состояния, так и в официальных документах, удостоверяющих ее личность” (п. 43 решения), и она считает себя пострадавшей в смысле статьи 8 Конвенции.

Но эти доводы представляют собой, как это показывает прочтение жалобы *mutatio libelli*, т. к. заявительница не предъявляла никаких претензий во французских судах относительно записей в реестре гражданского состояния о состоявшейся, по ее утверждению, смене первоначального пола, записанного в ее акте о рождении, или о ее социальном статусе после морфологического изменения ее пола — которые как раз и являются теми элементами, которые учитывало большинство при принятии решения о нарушении вышеназванной статьи 8 (п. 59—63 решения).

По моему мнению, м-ль Б. требовала от французских судов именно “исправления” ошибки в записи о поле, которая, по ее утверждению, имела место, и, как следствие этого, — внесения исправлений в реестр актов гражданского состояния и замены ее мужского имени на женское на основе решения суда, что она является лицом женского пола. Имея намерение вступить в брак с мужчиной, м-ль Б. не просила констатировать изменение ее половой принадлежности, отразив этот факт в реестре актов гражданского состояния, а настаивала на признании первоначальной ошибки при

записи ее пола, т. к. будучи с самого начала женщиной, она была зарегистрирована как мужчина. Однако она не подавала исков об исправлении сведений о ее поле в официальных удостоверяющих ее личность документах, разрешение на что могло быть дано в силу действующего в этой области законодательства (см. п. 22 решения).

1.4. Следует напомнить, что в правовых системах, где имеется реестр актов гражданского состояния, запись в нем фиксирует правовой статус лица и все сведения, содержащиеся в акте о рождении, в том числе о половой принадлежности, могут иметь последствия, выходящие за рамки личных интересов, если они затрагивают права других. Гражданское состояние в этих системах является понятием, связанным с правопорядком, и в отношении фиксирующих его актов действует презумпция их точности. Следовательно, изменение актов о рождении может производиться только в тех случаях и в том порядке, которые установлены законом. Таким образом, правовая надежность требует, чтобы исправление актов гражданского состояния регулировалось законом и производилось под контролем судов.

По французскому праву, как об этом свидетельствуют решения всех судебных инстанций по данному делу (п. 13—15 и 17 решения), лица не могут по своему усмотрению и прихоти решать, как следует фиксировать их гражданское состояние. Статьи 57 и 99 Гражданского кодекса определяют содержание актов о рождении и условия их исправления в случае “ошибки или упущения”, и в каждом конкретном случае решения о требуемом исправлении принимаются судами. Фактически длинный перечень решений, вынесенных французскими судами (п. 23 решения), с которыми согласилась прокуратура, показывает, что внесение изменений в записи о половой принадлежности в реестре актов гражданского состояния по французскому праву возможно.

1.5. В данном деле Суда большой инстанции Либуерна отклонил иск м-ль Б., потому что, согласно докладу экспертов, “таким образом выясняется, что изменение пола было достигнуто сознательно искусственным способом” и что иск Б. “не может быть удовлетворен без нанесения ущерба принципу неотчуждаемости гражданского состояния лиц” (п. 14 решения). Апелляционный суд Бордо, подтверждая это решение, уточнив эти аргументы и указал (п. 15 решения), что “настоящее состояние не является “результатом необратимых и врожденных факторов, существовавших до операции и хирургического вмешательства, вызванного терапевтическими показаниями”.

В том же решении Апелляционный суд (см. п. 17 доклада Комиссии) констатировал: “не было предпринято никакой попытки психологического или психиатрического лечения; длительное наблюдение не проводилось первым врачом, предписавшим гормональную терапию, никакие данные этого наблюдения не были предоставлены перед хирургическим вмешательством, произведенным за границей”. Те виды медицинского лечения, на которые “добровольно пошел г-н [Б.] ... напротив... свидетельствуют о сознательной воле данного лица не прибегать ни к каким другим видам лечения, причем это вмешательство не диктовалось биологической эволюцией г-на Б.” (п. 15 решения). Кассационный суд учел этот вывод Суда большой инстанции и, сочтя его решение обоснованным, отклонил кассационную жалобу заявительницы.

1.6. Таким образом, из этих решений следует, что суды не сочли заявительницу “подлинным транссексуалом”, т. к. продолжительного медицинского лечения не требовалось, и даже после хирургического вмешательства,

которому она подверглась в Марокко, “Норбер [Б.] продолжает иметь признаки мужского пола” (п. 17 решения).

Этот вывод основан на праве оценки доказательств, которое имеют внутренние суды государств в свете судебной практики Европейского Суда (см. *inter alia* решение по делу *Унтерпертингер против Австрии* от 24 ноября 1986 г. Серия А, т. 110, с. 15, п. 33, и решение по делу *Барбера, Мессеги и Хабардо против Испании* от 6 декабря 1988 г. Серия А, т. 146, с. 31, п. 68). По этому поводу следует отметить, что заявительница не оспаривала результаты медицинской экспертизы, представленной судам, в которые она обращалась с исками.

1.7. Следовательно, я не могу согласиться с выводами большинства, содержащимися в п. 55 решения. Исправление записей о поле, как и любое исправление актов гражданского состояния, в соответствии с вышеупомянутой статьей 99 Гражданского кодекса Франции является решением, принимаемым судом, который констатирует ошибку или упущение при указании пола, на которое ссылается истец, со всеми вытекающими из этого — в частности гражданско-правовыми — последствиями как для заявительницы, так и для третьих лиц и для общества в целом.

В соответствии с принципами, регулирующими гражданское состояние, невозможно, как это предлагается большинством, после судебного решения внести “в акт о рождении м-ль Б. данных, направленных если не на исправление первоначально совершенной ошибки, то по крайней мере на констатацию теперешнего состояния заявительницы”, если подобная ошибка не была доказана в ходе судебных разбирательств.

1.8. По моему мнению, большинство — вместо того, чтобы строго придерживаться конкретных пунктов иска заявительницы во французских судах первой и второй инстанции и юридической мотивации отказа, содержащейся в решениях судов и основанной на невозможности разрешить по закону исправление записи о половой принадлежности, не доказав, что имела место первоначальная ошибка и что изменение пола явилось результатом не просто волеизъявления заинтересованного лица, а необратимой необходимостью, установленной медицинской экспертизой, — рассматривало этот вопрос, отступив от своего традиционного метода, как проблему положения транссексуалов во Франции *in abstracto*.

2.1. Более того, согласно практике Суда, сложившейся в двух его предыдущих уже упоминавшихся решениях по делам транссексуалов в Великобритании — делу Риза от 17 октября 1986 г. и делу Косси от 27 сентября 1990 г., причем последнее дело почти тождественно рассматриваемому нами случаю, — вопрос об изменении записей актов о рождении транссексуалов, желающих, чтобы новая запись была занесена в реестр актов гражданского состояния, относится к компетенции национальных административных органов, законодательной или судебной власти, которые способны наилучшим образом ответить на “потребности той ситуации, которая сложилась в стране на данный момент, чтобы решить, какие меры следует принять” (решение по делу Риза, с. 17, п. 42 (а)). Именно они должны регулировать условия, масштабы и последствия исправления акта о гражданском состоянии, чтобы достичь справедливого равновесия между заинтересованностью транссексуалов в том, чтобы общество признало их принадлежность к противоположному полу, к которому, как им кажется, они относятся, и общественным интересом в сохранении неприкосновенности констатации факта — морфологического или биологического пола — в записи акта о рождении, чтобы защи-

тить права третьих лиц, в частности, когда транссексуал состоит в браке или хочет вступить в брак, или если у него есть или могут быть дети, или если он хочет усыновить или удочерить ребенка.

2.2. Действительно, Суд уже заявлял (см. решение по делу *Абдулазиз, Кабалес и Балкандали против Соединенного Королевства* от 28 мая 1985 г. Серия А, т. 94, с. 33—34, п. 67), что “хотя статья 8 главным образом имеет целью обеспечить человеку защиту от вмешательства органов государственной власти, она к тому же может порождать позитивные обязательства”. Однако эти обязательства не вполне ясны, когда речь идет о понятии “уважения” частной жизни (там же, с. 33—34, п. 67). Здесь особенно значительна свобода усмотрения, которой располагает государство, а требования “сильно различаются в зависимости от конкретных дел, разнообразия принятой в том или ином Договаривающемся Государстве практики и существующих там условий” (см. вышеупомянутое решение по делу *Риза*, с. 15, п. 37).

Суд также заявлял в решении по делу *Риза* (с. 14, п. 35) и в решении по делу *Косси* (с. 15, п. 36), что отказ вносить изменения в реестр актов гражданского состояния не может рассматриваться как вмешательство в частную жизнь лица в смысле статьи 8 Конвенции. Заявительница не утверждала, что государство должно воздерживаться от действий, она заявляла, что оно должно принимать меры по изменению существующей системы; однако вопрос о том, создает ли реальное уважение частной жизни транссексуала позитивное обязательство для государства в этой области, должен разрешаться с учетом “справедливого равновесия между общественными интересами и интересами отдельного человека”. Чтобы установить отсутствие обязательства подобного рода у государства-ответчика, Суд учел *inter alia* “что требование справедливого равновесия не может заставлять государство-ответчика полностью изменять свою систему регистрации рождений”.

2.3. Соответствующая судебная практика установилась — решение по делу *Косси* и решение по делу *Риза* с учетом “серьезности проблем, с которыми сталкиваются транссексуалы, и принятием Европейским Парламентом, Парламентской Ассамблеей Совета Европы в 1989 г., Резолюции и Рекомендации о гармонизации законодательств и практики государств в рассматриваемой области; судебная практика исходила из “необходимости постоянного изучения наряду с другими аспектами эволюции науки и общества”.

Как подчеркивает большинство (п. 47 и 48 решения), за последние шестнадцать месяцев не произошло никаких научных или социальных событий, которые оправдывали бы поворот в судебной практике. Несмотря на усилия большинства разграничить эти дела, чтобы сохранить логику практики Суда, обстоятельства настоящего дела не настолько отличаются от обстоятельств дел *Риза* и *Косси*, чтобы оправдать признание факта нарушения в данном деле.

Вопрос тем более не может решаться “незначительными поправками действующей системы” (решение по делу *Риза*, с. 17—18, п. 42), например, внесением исправлений в акт о рождении для признания “новой глубинной половой принадлежности” прооперированных транссексуалов или их “социального пола”, т. к. французская правовая система этого не позволяет. Суды не могут выходить за рамки толкования закона, подлежащего применению к фактам дела, в том виде, в каком они установлены после оценки представленных доказательств. Они не могут предписывать иные формы внесения поправок, чем те, которые предусмотрены законом, ибо иной подход означал бы пересмотр всей системы регистрации гражданского состояния, по-

добно тому, как от Соединенного Королевства потребовали бы пересмотреть его систему регистрации рождений (см. вышеупомянутое решение по делу Риза, с. 16—18, п. 39, 40 и 42 (а), и вышеупомянутое решение по делу Косси, с. 15, п. 38 (а)), что привело в этих решениях к выводу об отсутствии нарушения Соединенным Королевством статьи 8.

3.1. Наконец, факты этого дела, относящиеся к положению транссексуалов во Франции, заставляют нас прийти к аналогичному выводу об отсутствии нарушения Францией права на уважение частной жизни подлинных транссексуалов. Эти факты показывают нам, что во Франции: (1) “гормональные и хирургические способы лечения, направленные на придание транссексуалам внешних признаков желаемого ими пола не требуют никаких юридических формальностей и никаких разрешений” (п. 18 решения); (2) “начиная с 1979 г. во Франции могут производиться хирургические операции под медицинским контролем”; (3) по заявлению Правительства, система социального обеспечения оплачивает расходы по некоторым таким операциям, если заинтересованное лицо наблюдалось по меньшей мере в течение двух лет медицинской комиссией и операция производилась в государственном учреждении; (4) “как правило, в выдаваемых физическим лицам административных документах сведений о поле не содержится: традиционное национальное удостоверение личности, классический паспорт, водительские права, карточка избирателя, карточки, удостоверяющие личность, и т. д.” (п. 25 решения); и (5) как я отмечал выше, “ряд судов большой инстанции и апелляционных судов Франции принимали иски об изменении сведений о поле и имени в реестре актов гражданского состояния” (см. п. 23 решения).

3.2. Следовательно, во Франции существует контроль — медицинский и судебный — над изменением пола, и он не должен подвергаться критике ни с правовой — в отношении существующей во Франции регламентации гражданского состояния, ни с медицинской точки зрения, учитывая очень серьезную опасность, с которой сопряжено пожизненное гормональное лечение, пересадка и необратимая ампутация половых органов. Напротив, по моему мнению, эти меры контроля заслуживают похвалы, т. к. они помогают избежать ошибок с необратимыми последствиями, поспешных решений или хирургических операций, необходимость которых сомнительна, или они противопоказаны даже тем, кто *bona fide* считает себя транссексуалами.

Такая позиция также лишает почвы юридические претензии на исправление записей гражданского состояния, основанные на свершившемся факте произведенной операции без проверки ее необходимости или без медицинских гарантий успешности, поскольку о терапевтической необходимости должны свидетельствовать данные медицинской экспертизы.

4. Придя к выводу об отсутствии в данном деле нарушения Конвенции, я считаю нелогичным присоединиться к выводам большинства, на основании которых государство-ответчик должно выплатить заявительнице справедливое возмещение.

## СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ УОЛША

1. Я разделяю вывод о том, что в данном деле имело место нарушение статьи 8 Конвенции. Мое мнение основывается исключительно на приводимых ниже аргументах.

2. Я убежден, что решения, принятые Судом по делам Риза и Косси, были в принципе правильными и что в данном деле нет никаких оснований отступать от них.

3. Из элементов дела следует, что в свидетельстве о рождении заявительницы с полным основанием указан мужской пол, и установлено, что биологически она была и остается лицом мужского пола. Ничто не позволяет думать, что в этом отношении была совершена ошибка. Следовательно, требование об изменении этой записи на новую, указывающую, что при рождении заявительница биологически являлась лицом женского пола, означало бы фальсификацию верных исторических данных и замену их на ложные.

4. Одной из областей жизни, где биологический пол человека приобретает жизненно важное значение, является брак. Выражая общепризнанную с начала жизни человечества концепцию, Суд уже заявлял в связи с делом Косси, что статья 12 Конвенции подразумевает исключительно брак между двумя лицами противоположного пола.

Тот факт, что некоторые государства в настоящее время разрешают и признают в своем внутреннем законодательстве возможность связи или союза между лицами одного биологического пола, — и это влечет такие же правовые последствия, как и брак, — не может даже в случае использования термина “брак” служить аналогией брачных договоров между лицами противоположного пола в смысле статьи 12 Конвенции. Если предположить, что один из родителей любого пола подвергнется операции по смене пола, чтобы приобрести внешние — анатомические или иные — черты противоположного биологического пола, было бы верхом абсурда считать, что отец стал матерью или тетей или что мать стала отцом или дядей собственного ребенка.

5. По моему мнению, нельзя разумно ожидать от государства-ответчика, чтобы оно изменило свое законодательство в сторону искажения правды в государственном реестре или в сторону сокрытия навечно, для каких бы то ни было целей, от каких бы то ни было лиц и институтов без исключений, подлинного биологического пола человека. Если бы события пошли в этом направлении, то это, по моему мнению, вполне могло бы привести к нарушению статей 8 и 12 Конвенции. Можно было бы дойти до очень бедственных ситуаций, например, таких, когда на основании закона одно лицо хотело бы вступить в брак с другим лицом противоположного биологического пола и не могло бы в случае сомнений обрести уверенность насчет подлинного биологического пола другой стороны, если не считать ее признания. Поэтому следует рассматривать каждое утверждение о нарушении статьи 8 в этом контексте, учитывая необходимость не скрывать полностью и не фальсифицировать исторические данные.

6. Не считая этого уточнения, следует выяснить, в чем именно государство-ответчик может считаться нарушившим статью 8 Конвенции.

В психологическом плане заявительница сама считает себя лицом женского пола, и судя по всему, это ощущение укоренилось в ней с самого детства и все время возрастало. В конечном счете оно заставило ее подвергнуться операции по смене пола, что диктовалось скорее психологическими, чем медицинскими факторами. В результате этого вмешательства заявительница обрела новую “социально-половую сущность” (*gender identity*) в той мере, в какой ее новый облик имеет все внешние признаки женского пола. Она пыталась добиться уважения этой своей новой сущности на основании французского права как основы своего нового образа жизни, освобож-



денного от какого бы то ни было вмешательства государства-ответчика, его служб и государственных органов. Я считаю, что с ее стороны не было неразумным требовать для установления своей новой личности права взять себе женское имя, выбранное среди имен, которые разрешены по французскому праву. Ясно, что отказ в разрешении на это изменение оказался посягательством на выбранный ею образ частной жизни. Точно так же представляются вмешательством обязательные документы, удостоверяющие личность, которые противоречат ее новой сущности.

Государство-ответчик не привело никаких достаточно значимых и действительных с точки зрения статьи 8 п. 2 Конвенции аргументов. Конечно, пойти навстречу пожеланиям заявительницы означало бы пойти на возникновение значительных неудобств административного характера, но это не может оправдать позицию государства-ответчика. Записи актов гражданского состояния имеют доказательственную силу в отношении того, что содержащиеся в них сведения были предоставлены компетентными органами, но сами по себе они не являются гарантией их точности и верности. Следовательно, нельзя считать их неопровержимым доказательством биологического пола зарегистрированного таким образом лица, даже если допустить, что они дают основания для презумпции, действующей, пока не будет доказано противное. Национальные органы должны разработать необходимые законодательные меры для достижения целей, заключающихся в выдаче удостоверяющих личность документов, которые соответствовали бы новой личности, не раскрывая подлинного биологического пола лица, если он отличается от пола, указанного в документах, но и не уничтожая при этом в национальных реестрах сведений, позволяющих установить реальный биологический пол человека, следя при этом за тем, чтобы подобные сведения не разглашались, за исключением тех случаев, когда это действительно необходимо.

### **СОВПАДАЮЩЕЕ МНЕНИЕ СУДЬИ РУССО**

Я голосовал за пункт первый постановляющей части, но я считаю, что Суду следует пересмотреть свою практику в данной области после вступления в силу Протокола № 9 к Конвенции.