

В статье анализируются основные направления доктрины и социальных практик в контексте гендера с акцентом на гендерные исследования в отдельных областях юридической науки, а также значение гендерного фактора в механизме правового регулирования общественных отношений в конституционной, административно-правовой, уголовно-правовой, трудо-правовой и семейно-правовой сферах.

Ключевые слова: гендер; равенство; неравенство; тенденции; отрасли юриспруденции.

The article analyzes main trends of doctrine and social practices in the context of gender – with an emphasis on gender studies in specific areas of legal science and the importance of gender in the mechanism of legal regulation of social relations in the constitutional, legal and administrative, criminal law, labor law, and family and legal fields.

Keywords: gender; equality; inequality; tendencies; branches of law.

***Н. Н. Тарусина, Е. А. Исаева***

*Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова*

*E-mail: nant@uniyar.ac.ru;*

*E-mail: elenia2000@mail.ru*

## **О направлениях исследования и правового регулирования отношений с гендерным элементом\***

Научная статья

***N. N. Tarusina, E. A. Isaeva***

*P. G. Demidov Yaroslavl State University*

*E-mail: nant@uniyar.ac.ru;*

*E-mail: elenia2000@mail.ru*

## **On Trends of Research and Legal Regulation of Relations Implying Gender Element**

Scientific article

Гендер как социальный конструкт, находясь в сложном, бесконечном и противоречивом пространстве бытия как идей, так и социальных практик, является объектом многоплановых исследований, а в случае с юриспруденцией – еще и регулирования. При этом акценты и векторы данных исследований постоянно эволюционируют.

Как известно, первоначально гендерный контекст был ориентирован на его «феминную» часть: историю женщин – в противовес истории мужчин, мужской истории (**her story – history**), феминистские идеи о всеобъемлющем выравнивании статуса женщины относительно статуса мужчины и т. п. Однако постепенно толкование содержания «гендер» изменилось в направлении анализа системы всех форм взаимодействия женского и мужского

начал: «женская история» неминуемо встретилась с «мужской» в политической и экономической социологии, теологии, психологии, медицине, лингвистике, юриспруденции [1, с. 37–45].

Последняя область исследования и социальной практики базируется на нескольких фундаментальных идеях, ставших аксиоматичными. Первая: равенство и неравенство суть парные конструкции, где равенство отнюдь не всегда обеспечивает справедливость и согласие, а неравенство – несправедливость и конфликт; неравенство несправедливо, так как люди, мужчины и женщины, должны иметь равные права; равенство справедливо, так как позволяет дифференцированно и адресно компенсировать социальные затраты разных людей [2, с. 24–25; 3, с. 199–200]. Вторая: право как один

\* Исследование выполнено при финансовой поддержке Министерства образования и науки Российской Федерации в рамках базовой части государственного задания на НИР ЯрГУ по проекту № 1127 «Правовые и социально-политические аспекты гражданской активности в современной России».

© Тарусина Н. Н., 2015

© Исаева Е. А., 2015

из ключевых регуляторов общественных отношений, применяя равный масштаб к разным людям, одновременно и справедливо, и несправедливо. Третья: для гармонизации вывода данного противоречия из состояния конфликтности юриспруденция прибегает к технологиям предоставления дополнительных гарантий, преимуществ, «позитивной дискриминации» [4, с. 21–23] и правоприменительного усмотрения [5, с. 140–152].

Основные направления развития российской юриспруденции в контексте гендерного равенства, позитивного неравенства и гендерной нейтрализации сосредоточены в конституционном, административном, уголовном, уголовно-исполнительном, трудовом, социально-обеспечительном и семейном праве [6].

Как и должно, первое содержит фундаментальные идеи о гендерном равенстве (ст. 19 Конституции РФ), приоритетной защите материнства (ст. 38) и исключительном характере ограничения прав и свобод гражданина (ст. 55). Особый акцент делается на доктрину о квотировании женского представительства в политических и государственно-властных структурах. Эта идея дискутируется и реализуется на практике с весьма переменным успехом. Например, гендерная структура Верховного Совета СССР чисто внешне производила благоприятное впечатление: в его различные созывы наблюдалось до 30 % женщин-депутатов. Однако поскольку реальная власть принадлежала КПСС (ст. 5 Конституции СССР 1936 года), гендерный политический небосклон, по существу, выглядел иначе: в составе партии было 79,1 % мужчин и 20,9 % женщин, ее Центральном Комитете – соответственно 97,2 % и 2,8 %, а в Политбюро – 100 % мужчин. Мир политики был реально мужским, женщины в «политических президиумах» играли роль «горшков с розовой геранью». Осуществлялась «имитационная политика» гендерного равноправия [7, с. 321]. Далее, в период перестройки и до конца XX века идея женского квотирования была «похоронена» под спудом политических и экономических проблем, видимо более актуальных и не столь вредоносных для «худшей половины человечества». Лишь в 2003 году в Государственную Думу РФ был внесен законопроект «О государственных гарантиях равных прав и свобод мужчин и женщин и равных возможностей для их реализации». Однако он «завис на десятилетие» – работа над ним была возобновлена только в 2011 году. Можно предположить, что это произошло не без влияния актуализированной ген-

дерной политики ООН: именно в 2011 году была создана международная организация «ООН–Женщины». Впрочем, результата по-прежнему нет – наблюдается лишь некоторое реальное, без законодательного квотирования, увеличение числа женщин в депутатском корпусе, правительственных структурах, общественных организациях, например в региональных общественных палатах [8, с. 1977–1978; 1, с. 49–51].

В административном праве нормы гендерно нейтральны – в контексте гендера речь, собственно, идет все о том же «зависшем» законопроекте, в котором, наряду с гендерным политическим квотированием, предусмотрена идея о приоритете на замещение вакантных государственных должностей того пола, который составляет меньшинство на данной должности или государственной службе.

Как мы уже отмечали, гендерный контекст в той или иной мере представлен в уголовно-правовой сфере. Аналитики гендерной асимметрии уголовного и уголовно-исполнительного законодательства подчеркивают, что при этом используется два метода построения норм, учитывающих особенности полов: с одной стороны, для женщин традиционно предусмотрены определенные привилегии, «особые» права, с другой – постепенно вводятся гендерно нейтральные нормы [9, с. 52–53]. К первой категории прежде всего относятся правила, устанавливающие дополнительную охрану жизни и здоровья женщин, а также ее социальные и экономические права, связанные с выполнением ею репродуктивной функции: ст. 123 УК РФ (незаконное производство аборт), ст. 131 (изнасилование), ст. 145 (необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей до 3 лет). В этой связи отмечается определенная избыточность норм о преступлениях сексуального характера как частного случая любых насильственных актов: чрезмерная опека женщины уголовным законом не всегда является благом, может модифицироваться в дискриминацию по гендерному признаку, поэтому подобные нормы должны быть обоснованы и соотнесены со статусом мужчины. Существенно дифференцирована и уголовная ответственность женщин. Среди факторов, определяющих ее особенности, – беременность, наличие детей, специфические физиологические характеристики. При этом ряд послаблений в доктрине уголовного права дискутируются [9, с. 91]. Весьма существенной льготой является норма о применении

отсрочки исполнения наказания (ст. 82 УК РФ) для беременной женщины и женщины, имеющей ребенка. Впрочем, в 2010-м году эта возможность распространена и на мужчину, имеющего ребенка, как следствие действия второго метода уголовно-правового регулирования отношений с гендерным элементом, то есть гендерной нейтрализации. Установлен запрет пожизненного лишения свободы и смертной казни в отношении женщин (ст. 57, 59 УК РФ); для них исключено применение таких видов исправительных учреждений, как колонии строгого и особого режима, а также тюрьма. В соответствии с уголовно-исполнительным законодательством беременные женщины и женщины, имеющие детей, не ограничены в приобретении продуктов питания, получении передач, обеспечиваются бесплатным питанием, освобождены от работы (ст. 88, 90, 99 УИК РФ); в колониях организованы дома ребенка (ст. 100 УИК) и т. п. Полагаем, что подобные акты гуманизации наказания правомерны и справедливы и должны получать последовательное развитие.

Поскольку труд и семья относятся к основным социальным факторам, обеспечивающим воспроизводство человека, объективно, неизбежно и традиционно гендерная составляющая активно присутствует в трудовом, социально-обеспечительном и семейном законодательстве и исследуется в соответствующих им отраслях юриспруденции. Так, преимущественно именно в доктрине трудового права анализируются конструкции позитивной дискриминации и дифференциации во взаимодействии друг с другом. С одной стороны, в российском законодательстве нет специальных норм о дискриминации «наоборот» (позитивной дискриминации), с другой – данное явление существует и так или иначе обозначающий его термин используется в доктрине и на практике, в том числе в зарубежных источниках. При схематичном сравнении рассматриваемой пары высказываются следующие предположения: 1) позитивная дискриминация сродни отрицательной дифференциации – они относятся к различным проявлениям дифференцированного подхода к правовому регулированию общественных отношений; 2) отрицательная дифференциация олицетворяет собой ограничение прав отдельных работников (лиц с семейными обязанностями) в силу объективных причин, позитивная же дискриминация сводится к предоставлению дополнительных прав отдельным группам субъектов (например, женщинам); 3) целью позитивной

дискриминации, как правило, является устранение исторической несправедливости в отношении этих групп, ликвидация дисбаланса в социальной сфере (впрочем, разумеется, и в политической, о чем мы писали ранее); 4) позитивная дифференциация в отношении беременной женщины сомнений не вызывает, позитивная же дискриминация в отношении женщин как обобщенной группы исключительно по признаку пола далеко не всегда является обоснованной [4, с. 22].

Норма ст. 3 ТК РФ прямо запрещает дискриминацию, не различая позитивного и негативного контекстов, предполагая, разумеется, только последний, в том числе по признаку пола и семейного положения гражданина (работника). Указанные характеристики являются основаниями дифференциации в правовом регулировании трудовых и социально-обеспечительных отношений. При этом если опираться на приведенные нами теоретические положения, гендерная дифференциация предполагает, несмотря на умолчание законодателя, и гендерную позитивную дискриминацию в виде предоставления женщинам льгот, преимуществ, дополнительных мер охраны и защиты, и гендерную отрицательную дифференциацию в виде частичного ограничения для женщин применения общих правил (например, в рамках установления перечня работ с вредными условиями труда). В то же время тенденция трудового законодательства и доктрины, как и в иных сферах юриспруденции, состоит в конструировании идей и норм, обеспечивающих гендерную нейтрализацию. Остановимся на всех перечисленных аспектах проблемы подробнее.

Специальные нормы, регулирующие труд женщин и лиц с семейными обязанностями, в том числе, следовательно, и мужчин, группируются в три блока: 1) для женщин – с учетом физиологических особенностей их организма, его репродуктивной функции, требующей защиты от неблагоприятных производственных факторов (гендерная охрана труда женщин); 2) для периода активного материнства – беременности, родов, ухода за грудным или малолетним ребенком (охрана материнства); 3) для осуществления совмещения работы с семейными обязанностями – для женщин и мужчин в связи с заботой о детях или уходом за больными членами семьи [1, с. 419].

Предоставление преимуществ отдельным категориям лиц призвано сделать их конкурентоспособными на рынке труда, защитить наиболее уязвимых из них от произвола работодателя.

Нормы ТК РФ вполне оправданно могут озадачить работодателя, решившегося взять на работу женщину. Можно привести определенные примеры таких норм: запрет увольнения беременной женщины, кроме случаев ликвидации организации или прекращения деятельности индивидуального предпринимателя (ст. 261 ТК), перерывы для кормления ребенка (ст. 258 ТК), запрет направления в служебные командировки, привлечение к сверхурочной работе, работе в ночное время, выходные и нерабочие праздничные дни беременных женщин (ч. 1 ст. 259 ТК) и многое другое, что формирует у потенциального работодателя вполне обоснованное желание обезопасить себя от подобных неудобств.

Аргументы против пересмотра существующего подхода, согласно которому беременным женщинам запрещается ездить в служебные командировки, работать сверхурочно, в ночное время, выходные и нерабочие праздничные дни, в основном сводятся к тому, что у работодателя есть возможность злоупотреблять своим положением и принудить женщину к выполнению такого рода работ [10, с. 14].

В ТК РФ содержится практически абсолютный запрет на расторжение трудового договора с беременной женщиной по инициативе работодателя, что, в общем-то, соответствует положениям ратифицированной Конвенции МОТ № 103 «Об охране материнства», хотя уже сама МОТ в 2000 году в новой Конвенции № 183 заменила ранее принятые стандарты, ограничив защиту беременной женщины при увольнении признаками, связанными непосредственно с состоянием беременности или рождением ребенка, вероятно признав их несовершенство с позиции гендерной нейтральности и сместив акценты в сторону большего равенства обоих родителей.

Решения судов субъектов РФ позволяют прийти к выводу о том, что пока судебная защита беременных женщин «абсолютна». В принципе это неудивительно, поскольку судьи принимают решения в соответствии с действующим законодательством, которое на это и ориентировано. Толчком к появлению новой конструкции «беременная женщина права, даже если уже не беременна» стала позиция, изложенная в абз. 2 п. 25 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.01.2014 № 1 «О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних», исходя из которой беременная женщина, трудовой договор с которой расторгнут по инициативе работодателя, подлежит восстановлению даже в том случае, если на момент

рассмотрения в суде ее иска беременность не сохранилась. Насколько оправдана новая жесткая позиция Пленума Верховного Суда, фактически отходящего от принципа обоснованности защиты прав беременной женщины по причине наличия беременности, – вопрос спорный.

На наш взгляд, многие из норм ТК РФ, тем или иным образом защищающие права женщин, должны быть преобразованы законодателем из императивных в диспозитивные нормы. И на уровне коллективных или индивидуальных трудовых договоров работодатель с работником могли бы предусмотреть наличие или отсутствие привилегий женщинам, которые бы определялись репродуктивной функцией и психофизическими особенностями пола.

Гендерные стереотипы, успешно влиявшие на протяжении XX века на формирование трудового законодательства как в зарубежном, так и в российском обществе, постепенно уходят, унося с собой и нормы, предусматривающие усиленную защиту материнства при практически полном игнорировании прав отцов на участие в воспитании детей. Современные практики, содержащие совершенно различные формы семейной жизни [11, с. 73], показывают, что «кормильцем» в семье зачастую является мать, а отец не считает зазорным взять на себя заботы о детях.

Это подтверждается судебной практикой. Благодаря «вспыхивающим» прецедентам, в которых заявители пытаются обратить внимание суда и законодателя на гендерный дисбаланс, меняется в русле гендерной нейтральности действующее законодательство о труде лиц с семейными обязанностями, в частности внесены изменения в ст. 261 ТК РФ относительно гарантий для мужчин при расторжении трудового договора. Конституционный суд признал положение ч. 4 ст. 261 не соответствующим Конституции России, ее нормам, закрепленным в ст. 7, 19, 37 (ч. 1) и 38 (ч. 1 и 2), в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования оно, запрещая увольнение по инициативе работодателя женщин, имеющих детей в возрасте до трех лет, и других лиц, воспитывающих детей указанного возраста без матери, исключает возможность пользоваться этой гарантией отцу, являющемуся единственным кормильцем в многодетной семье, воспитывающему малолетних детей, в том числе ребенка в возрасте до трех лет, где мать в трудовых отношениях не состоит и занимается уходом за детьми [12, с. 98].

Не менее яркую картину гендерной дифференциации представляет собой семейное и смежное

с ним законодательство. Разумеется, среди его общих начал просматриваются идеи о равенстве статусов супругов, государственной охране и защите и материнства и отцовства (ст. 1 СК РФ), однако конкретные семейно-правовые и смежные с ними нормы допускают гендерную дифференциацию, ограничения и преимущества. Гендер по-прежнему является «агентом влияния».

В институте брака к числу достаточно актуальных относится идея о гетеросексуальности супружеского союза. Несмотря на отсутствие дефиниции брака в СК РФ, композиция мужского и женского начала достаточно очевидна, что следует из формулировок норм ч. 3 ст. 1 и ч. 1 ст. 12 СК РФ. Правомерность рассматриваемого положения, как известно, оспаривалась в рамках конституционного правосудия, и еще 16 ноября 2006 года Конституционный Суд РФ в определении № 496-О об отказе в принятии жалобы Э. Мурзина свою правовую позицию по данному вопросу обозначил: гетеросексуальность обеспечивает важнейшую функцию – воспроизводство человека (рождение и воспитание детей), составляет российскую национальную традицию, не противоречит норме ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; отсутствие юридической возможности регистрировать однополые партнерства не влияет на уровень признания и гарантий прав и свобод заявителя.

Разумеется, с последним тезисом сторонники последовательной, поэтапной эволюции института в рассматриваемом контексте совершенно несогласны. Поскольку подробный анализ взглядов членов данного дискуссионного клуба нами неоднократно давался в других работах [1, с. 118–125; 13, с. 49–52; 14, с. 41–49], ограничимся лишь несколькими констатациями: 1) действительно, по смыслу международно-правовых актов, в частности европейского уровня, семейное законодательство в основе своей относится к числу национальных сфер регулирования; это дает российскому законодателю формальное право игнорировать европейскую тенденцию на юридическое признание однополых партнерств в качестве брака или иного семейного союза; 2) в то же время, как и в случае с гетеросексуальным фактическим браком, который имеет «скачкообразную» историю признания и отказа в таковом признании, моносексуальные общности существуют, в том числе с признаками семейных отношений; это не исключает, пусть и в весьма отдаленном будущем, неко-

его юридического признания данных семейных общностей – вопрос в том, когда это произойдет и каковыми могут оказаться формы этого юридического признания; 3) новейшая ситуация в России, углубление идеологического противоречия с ЕС, неочевидные толерантные эксперименты последнего, усиление религиозного влияния на принятие решений в рассматриваемом случае и в целом на российские социальные практики еще более отдалают нас от означенной либерализации институтов брака и семьи (возможно, к лучшему).

Попытки «дезориентировать» гендерное равенство предпринимаются и в вопросе моногамности брачного союза: не вполне явная восточная полигамная традиция (как международная, так и внутророссийская) считается предпосылкой для либерализации и в этом направлении. Этой попытке противостоит, с одной стороны, идея федерализма российского законодательства по принципиальным аспектам общественной жизни, с другой – феминистский концепт формального равенства (полигамии должна корреспондировать полиандрия).

Сохраняется правило об ограничении супруга в праве на расторжение брака (ст. 17 СК РФ) в период беременности супруги и года после рождения ребенка. Причем данное ограничение, в отличие от более взвешенной позиции белорусского и украинского законодателей, допускающих определенные изъятия, например с установленным отцовством другого мужчины, по-прежнему является абсолютным, что нами неоднократно критиковалось [15, с. 192–194].

С развитием вспомогательных репродуктивных технологий и медицинского вмешательства в сексуальную сферу в целом также наращиваются дополнительные гендерные различия. Так, при смене одним из супругов, имеющих общих несовершеннолетних детей, пола, возникает моносексуальное родительство, на которое российский законодатель непосредственно до сих не реагирует и относительно которого доктрина также к единому мнению и предложению *de lege ferenda* не пришла. И это при том, что СК РФ запрещает международное усыновление гражданам стран, где получили юридическое признание однополые партнерства. Не стыкуются гендерные правила ч. 4 ст. 51 ч. 3 ст. 52 СК РФ и ч. 3, 9 ст. 55 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»: первые допускают участие в программе суррогатного материнства только супругов и незамужней женщины, вторые – «мужчин и женщин»,

видимо, в том числе, и не составляющих официальную семейную пару, а также «одиноким женщиной». Впрочем, оба нормативно-правовых акта едины в вопросе ограничения указанного права неженатого мужчины. Хотя последнее и критикуется некоторыми представителями доктрины семейного права, определенные резоны в отсутствии гендерной нейтральности рассматриваемых норм, на наш взгляд, имеются: женщина, по смыслу медицинского законодательства, может стать «заказчицей», то есть прибегнуть к услугам суррогатной матери, только в случае, если сама по объективным показателям не может выносить и родить ребенка [16, с. 245–249].

Как мы уже отмечали, однополое родительство, международное усыновление (а по смыслу закона – и внутрироссийское, хотя прямой запрет и отсутствует), иное попечительство не являются юридически возможными. Однако фактически возникнуть могут – в случае смены пола одним из родителей или усыновителей, а также в случае попечительства по моносхеме (незамужней женщиной, неженатым мужчиной). Во всех подобных ситуациях неизбежно усиливается роль административного или судебного усмотрения, значение тщательной подготовки соответствующего административного или гражданского дела к рассмотрению (исследование семейных обстоятельств заявителей, их личных качеств, в том числе и их сексуальную ориентацию).

Как и в случае с моносексуальным браком, соответствующее давление на российского законодателя и общественное мнение со стороны ЛГБТ-сообществ и некоторой части правозащитных организаций будет нарастать. Реализуется ли оно в положительные нормативно-правовые решения также покажет скорее всего весьма и весьма отдаленное будущее. В отличие от трудо-правовой сферы российское пространство брака и семьи, допуская в себя гендерно нейтральные нормы, в целом остается традиционным.

При этом обобщенный анализ гендерного контекста российской теоретической и практической юриспруденции свидетельствует о противоречивости идей и решений относительно правового регулирования отношений с гендерным элементом. Впрочем, в социальном пространстве противоречивость является обычной характеристикой, далеко не всегда свидетельствующей о девиантности бытия. Задача состоит в том, чтобы гармонизировать первую и уменьшить объемы последней.

## Ссылки

1. Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендер в законе. М.: Проспект, 2015. 480 с.
2. Гофман А. Б. Мартовские тезисы о социологии равенства и неравенства // СоцИс. 2004. № 7. С. 23–26.
3. Волков Ю. Г., Мостовая И. В. Социология. М., 1998. 244 с.
4. Лушников А. М., Исаева Е. А. Отрицательная дифференциация и положительная дискриминация в трудовых отношениях // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2010. № 2. С. 18–23.
5. Тарусина Н. Н. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. 288 с.
6. Экспертиза российского законодательства. М.: Бек, 2001. 272 с.
7. Айвазова С. Г. «Игра в гендер» на поле российской политики: возможности институциональных измерений // Россия реформирующаяся. 2007. № 6. С. 319–331.
8. Nadezhda N. Tarusina and Elena A. Isaeva. Gender Tendency of Russian Political Activity from the Perspective of Jurisprudence // American Journal of Applied Sciences. 2014. № 11(12). P. 1976–1979.
9. Кругликов Л. Л., Чернышкова Л. Ю. Уравнивающий и распределяющий аспекты справедливости в сфере уголовно-правовой охраны и ответственности женщин. М.: Юрлитинформ, 2013. 216 с.
10. Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников: учебное пособие / И. Я. Белицкая, М. А. Бочарникова, М. О. Буянова [и др.]; под ред. Ю. П. Орловского. М.: КОНТРАКТ, 2014. 304 с.
11. Тарусина Н. Н. Семья – топ-менеджер общественной жизни или юридическое ничто? // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2012. № 3. С. 73–76.
12. Исаева Е. А. Стремление к гендерной нейтральности: трудовая правовая аспекты // Социально-юридическая тетрадь. 2014. № 4. С. 89–101.
13. Тарусина Н. Н. О новом концепте брака, или «пятой колонне» в брачном пространстве // Вестник ЯрГУ. Серия Гуманитарные науки. 2014. № 4. С. 48–52.
14. Тарусина Н. Н. О гендерном равенстве в семейных правоотношениях // Социально-юридическая тетрадь. 2014. № 4. С. 40–71.
15. Тарусина Н. Н. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. 224 с.
16. Биомедицинское право в России и за рубежом. М.: Проспект, 2015. 368 с.