

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 1-2(179-180) 2009
Warszawa 2009

Małgorzata Szeroczyńska¹ ■

PROCEDURA ZMIANY PŁCI METRYKALNEJ TRANSSEKSUALISTÓW A OCHRONA PRAWA DO ŻYCIA PRYWATNEGO W PRAWIE POLSKIM I ZAGRANICZNYM

Płeć człowieka jest jednym z podstawowych elementów określających jego tożsamość psychiczną, społeczną i biologiczną. To płeć określa przyzwolenie społeczne na ubiór, fryzurę, makijaż, sposób zachowania się lub okazywania emocji. To płeć powoduje, że zajmujemy odpowiednie role społeczne (męża albo żony) i biologiczne (ojca albo matki). Płeć niesie za sobą także konotacje prawne (różnicuje wiek zdolności do zawarcia małżeństwa, wiek uprawnienia do pobierania świadczeń emerytalnych, obowiązek służby wojskowej itp.).

Mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać, że nie ma nic trudnego w określeniu, jakiej płci jest dana osoba. Lekarz, trzymając w rękach noworodka, stwierdza istnienie żeńskich albo męskich zewnętrznych narządów płciowych i na tej podstawie do aktu urodzenia każdego człowieka wpisywana jest odpowiednia płeć - żeńska albo męska. Większość z ludzi przez całe życie funkcjonuje zgodnie z tą właśnie płcią wpisaną w dokumentach, tzw. płcią metrykalną. Istnieje jednak niewielka grupa osób, w wypadku których płeć metrykalna określona na podstawie drugorzędowych cech płciowych może nie odpowiadać ich płci gonadalnej (obojnaćtwo) lub płci psychicznej (transseksualizm). Niniejsze opracowanie chciałabym poświęcić właśnie omówieniu sytuacji prawnej tej ostatniej grupy osób - transseksualistom - i zasadom określania praw-

¹ Autorka jest stypendystką Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej.

nego ich płci. U transseksualistów występuje rozbieżność pomiędzy morfologiczno-biologiczną budową ciała, z której wynika określenie płci metrykalnej a psychicznym poczuciem przynależności do płci. Transseksualista czuje odrazę do własnej płci fizycznej i dąży wszelkimi dostępnymi sposobami do posiadania ciała zgodnego z płcią przeżywaną (nawet w formie samokastracji), a co za tym idzie odgrywania roli społecznej i prawnej zgodnej właśnie z tą płcią. Stąd u transseksualistów silna potrzeba doprowadzenia do uznania przez społeczeństwo, że są odmienną płcią, niż ich natura stworzyła².

Z punktu widzenia prawa zadać sobie należy pytanie, co jest ważniejsze - fakty biologiczne czy psychika człowieka, a więc co za tym idzie - czy dopuszczalne w ogóle jest na podstawie diagnozy transseksualizmu dokonanie zmian w zapisach o znaczeniu prawnym, tj. określenia płci, a często także imienia i końcówki nazwiska w akcie urodzenia i innych dokumentach tożsamości. Jeśli odpowiedź na to pierwsze pytanie byłaby pozytywna, to zastanowić się należy, jakie powinny być przesłanki formalne do dokonania takiej zmiany oraz jaką procedurę należy zastosować.

I Znaczenie płci psychicznej jako podstawy określenia płci człowieka

Konieczniak i Boratyńska postawili bardzo ważne pytanie (na które niestety nie dali odpowiedzi): co to jest prawdziwa, rzeczywista płeć człowieka - zespół cech fizycznych czy trwały stan psychiki (płeć subiektywna) . Rozstrzygnięcie tego zagadnienia z punktu widzenia prawa staje się bardzo istotne. Jeśli bowiem przyjmiemy, że określenie płci człowieka wynika wyłącznie z zapisu jego kodu genetycznego, to niezależnie od odczuć psychicznych osoba o genomie zawierającym chromosomy XY musi prawnie funkcjonować jako mężczyzna, podczas gdy osoba o chromosomach XX - jako kobieta. Nie ma jednak na obecnym etapie rozwoju medycyny żadnych przesłanek, które by mogły prowadzić do jednoznacznego stwierdzenia, że płeć chromosomowa (genotypowa) jest najważniejszym elementem określenia płci. W medycynie rozróżnia się wręcz kilka rodzajów płci. Obok płci chromosomowej mówi się o płci gonadalnej (określanej przez istnienie gruczołów płciowych), płci hormonalnej (określanej przez proporcje wytwarzanych przez gruczoły płciowe hormonów), płci gonadoforycznej (określanej przez istnienie wewnętrznych narządów płciowych, np. jajowodów

² Imieliński, K., *Seksjatria*, PWN, Warszawa, 1990, t. II, s. 285 i nast.

³ Boratyńska, M., Konieczniak, P., *Prawa pacjenta*, Difin, Warszawa, 2001, s. 78-79.

i macicy u kobiety), płci zewnętrznych narządów płciowych (określanej przez występowanie prącia albo sromu), płci fenotypowej (określanej przez wygląd zewnętrzny człowieka, np. zarost, budowę ciała, przerost gruczołów piersiowych), a także o już wspomnianej płci metrykalnej i płci psychicznej⁴. Rozbieżności w funkcjonowaniu mogą zaistnieć na poziomie każdej z tak określonych płci, czego przykładem może być zarówno hermafrodytyzm (występowanie u jednego osobnika zarówno gonad męskich jak i żeńskich), jak i obojnactwo rzekome (niezgodność między gonadami jednej płci a drugorzędowymi i trzeciorzędowymi cechami płciowymi)⁵, co nie dowodzi jeszcze przewagi żadnej z tak określonych płci nad pozostałymi, ani z punktu widzenia medycyny, ani tym bardziej prawa.

Przy transseksualizmie potrzebne jest jednak zajęcie jednoznacznego stanowiska, czy płeć psychiczna nie jest właśnie najważniejszym elementem w określaniu płci człowieka. Jak już bowiem zostało wspomniane, transseksualiści czują taką odrazę do własnego ciała (a więc do wszystkich pozostałych elementów określających ich płeć biologiczno-morfologiczną), że dążą do jego zmiany, nawet poprzez samouszkodzenie. W chwili obecnej jedyną dostępną metodą likwidacji dysharmonii pomiędzy poczuciem przynależności do danej płci a wyglądem zewnętrznym własnego ciała jest zabieg chirurgicznej korekty płci. Wszystkie inne metody terapeutyczne, w tym oddziaływanie psychologiczne czy psychiatryczne, okazały się nieskuteczne. Niemożliwe jest bowiem zniesienie zaburzenia identyfikacji płciowej poprzez wpływ na psychikę, a więc uzdrowienie człowieka przy zachowaniu jego płci biologicznej i metrykalnej⁶. Jeśli więc nie uznamy, że płeć psychiczna ma znaczenie przeważające tak dla medycyny, jak i dla prawa, musimy pozostawić transseksualistów bez jakiegokolwiek leczenia w sytuacji cierpienia.

Część polskich autorów wydaje się stać właśnie na takim stanowisku. Filar twierdzi, że chirurgiczny zabieg korekcji płci nie prowadzi do stanu zdrowia, ale utrwała patologiczną identyfikację rodzajową, a więc nie ma celu leczniczego. Także Rejman głosi, że korekta płci u osobnika dorosłego nawet za jego zgodą

⁴ Imieliński, K (red.), *Seksuologia. Zarys encyklopedyczny*, PWN, Warszawa, 1985, s. 266-267.

⁵ Ibidem, s. 117.

⁶ Daniluk, P., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność „chirurgicznej zmiany płci”*, Państwo i Prawo, 2008, nr 1, str. 97; Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, Prawo i Medycyna, 2007, nr 1, s. 108-109.

⁷ Filar, M., *Dwie płci w jednym ciele*, Prawo i Życie, 1987, nr 28, s. 4; Filar, M., *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze, Kraków, 2000, s. 216-217; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo, 1987, nr 7, s. 74; Filar, M., *Transseksualizm jako problem prawny*, Przegląd sądowy, 1996, nr 1, s. 82; Filar, M., Krześ, S., Marszałkowska-Krześ, E., Zaborowski, P., *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej*, LexisNexis, Warszawa, 2004, s. 183-184.

stanowi ciężkie uszkodzenie ciała, sankcjonowane przez prawo karne, tym bardziej że zabieg chirurgiczny nie jest w stanie przywrócić biologicznych funkcji organów płciowych, a tylko stanowi ich atropę, a więc całe postępowanie nie mieści się w pojęciu czynności leczniczej⁸. Z tymi ostatnimi poglądami zgadza się również Gromadzki, który w obecnym stanie prawnym nie widzi możliwości zalegalizowania takich zabiegów chirurgicznych, a także dokonania zmiany w zapisach aktu urodzenia określających płeć⁹.

Jednakże spotkać można w doktrynie także liczne twierdzenia przeciwne. Przykładowo Daniluk wskazuje, że pogląd Filara, Rejman i Gromadzkiego o nieleczniczym kierunku chirurgicznej zmiany płci jest z gruntu fałszywy. Według niego nie można przyjmować prymatu zdrowia fizycznego nad psychicznym, a fizyczność nie jest wyznacznikiem zdrowia człowieka¹⁰. We współczesnej medycynie w myśleniu o transseksualizmie przeważa teoria, że ani ciało, ani dusza nie są chore, ale panuje między nimi silna dysharmonia. Leczenie polega więc na usunięciu tej dysharmonii, a nie przywróceniu wcześniejszej sprawności (która przecież nigdy nie istniała). Nie jest to dopasowanie ciała do chorej psychiki, ale próba likwidacji chorobowego stanu dysharmonii między zdrowym ciałem a zdrową psychiką¹¹.

Jeśli uznajemy transseksualizm za jednostkę chorobową - a tak definiuje go obecna Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych - to chirurgiczna zmiana płci stanowi czynność medyczną w ramach leczenia objawowego - likwiduje skutki zaburzenia w postaci cierpienia psychicznego transseksualisty, wynikającego z niezgodności między płcią psychiczną a biologiczną. Transseksualista jest dogłębnie przekonany o prawidłowości swojej orientacji psychoseksualnej, ma za to poczucie choroby ciała, które tej orientacji nie odpowiada. Stanowisko to popiera Dulko wskazując - na podstawie przeprowadzonych badań aktowych i wywiadów z osobami po sądowej zmianie płci - że ma ona działanie terapeutyczne dające znaczne korzyści psychiczne transseksualistom w postaci zarówno złagodzenia konfliktów intrapsychicznych i interpersonalnych, jak i odwrócenia uwagi od natrętnego zainteresowania problemem własnej płci, kierując aktywność na społecznie użyteczną działalność zawodową

⁸ Rejman, G., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, Orzecznictwo Sądów Polskich, 1991, nr 2, s. 67.

⁹ Gromadzki, C., *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, Przegląd Sądowy, 1997, nr 10, s. 84.

¹⁰ Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 109.

¹¹ Daniluk, P., *Stan wyższej konieczności*, op. cit. s. 97; Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 108-109.

¹² Za: Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 100.

oraz pozwalając na prowadzenie satysfakcjonujących związków seksualnych i emocjonalnych¹³. Podobną opinię głosi też Sakowicz, wskazując, że w wyniku zabiegu korekcyjnego psychika uzyskuje właściwy wymiar, choć ciało pozostaje obciążone pewną „wadą”¹⁴. Autor ten nie ma wątpliwości, że to właśnie płeć psychiczna jest płcią właściwą i zabieg chirurgicznej korekty płci przywraca ciału człowieka jego prawidłowy rodzaj¹⁵. Pisuliński stoi z kolei na stanowisku, że dla potrzeb prawnych trwałe psychiczne przekonanie o przynależności do określonej płci powinno stanowić kryterium równorzędne do cech biologicznych¹⁶. Warylewski podkreśla natomiast, że zdrowie człowieka rozumiane jest także jako gotowość do wypełniania funkcji społecznych, a właśnie taką zdolność - wypełniania roli społecznej zgodnej z płcią psychiczną - daje chirurgiczny zabieg korekcyjny¹⁷.

Tak więc wobec braku innych metod leczenia transseksualizmu, ważniejsze wydaje się polepszenie przynajmniej stanu psychicznego pacjenta¹⁸, co przecież zgodnie z definicją WHO mieści się w definicji zdrowia¹⁹. Z takim nastawieniem zgadza się Leszczyński, wskazując, że podstawą każdej czynności leczniczej jest łagodzenie cierpienia, co w przedmiotowym wypadku niewątpliwie ma miejsce (oczywiście w aspekcie cierpienia psychicznego, a nie bólu fizycznego)²⁰. Podobne poglądy można spotkać też w późniejszych publikacjach Rejman²¹.

Pomimo pewnych rozbieżności panujących wciąż w polskiej doktrynie w zakresie legalności zabiegów korekty płci i ich medycznego charakteru, a co za tym idzie dopuszczalności zmiany płci metrykalnej, na dzień dzisiejszy w świetle prawa i orzecznictwa międzynarodowego zdaje się nie ulegać już wątpliwości, że to właśnie płeć psychiczna jest dominującym elementem uprawniającym do korekty płci fizycznej i metrykalnej. Co więcej, uprawnienia te zostały na przestrzeni ostatnich lat uznane za zagadnienia objęte prawem do prywatności każdego

¹³ Dulko, S., *Stwierdzenie zmiany płci w drodze sądowej*, Nowe Prawo, 1982, nr 9-10, s. 76.

¹⁴ Sakowicz, A., *Prawnokame gwarancje prywatności*, wyd. Zakamycze, Kraków, 2006, s. 278-279.

¹⁵ Ibidem, s. 284.

¹⁶ Pisuliński, J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, Państwo i Prawo, 1991, nr 6, s. 114.

¹⁷ Warylewski, J., *O duszy uwięzionej w obcym ciele - dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, Gazeta Sądowa, 2000, nr 730-74, s. 57.

¹⁸ Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 74-75.

¹⁹ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia z 22 lipca 1946 r., Dz. U. z 1948 r., nr 61, poz. 477.

²⁰ Leszczyński, J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów Izby Cywilnej z dnia 22 czerwca 1989 r.* (III CZP 37/89), Palestra, 1992, nr 3-4, s. 102.

²¹ Rejman, G., *Odpowiedzialność kama lekarza*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa, 1991, s. 149.

człowieka, wobec którego państwo ma obowiązki pozytywne umożliwienia realizacji zarówno zabiegów medycznych, jak i przeprowadzenia odpowiednich zmian zapisów prawnych.

II Prawo do zmiany płci metrykalnej prawem człowieka w świetle prawa i orzecznictwa międzynarodowego

W dniu 12 września 1989 r. Parlament Europejski wydał rezolucję o dyskryminacji transseksualistów²². Według tej rezolucji życie zgodne z identyfikacją płciową zostało uznane za prawo osobiste każdego człowieka, wynikające z przyrodzonej mu godności. Przyjmując takie stanowisko, Parlament Europejski wezwał państwa strony do wdrożenia odpowiedniego ustawodawstwa narodowego umożliwiającego transseksualistom zmianę płci zarówno medyczną (endykronologiczną i chirurgiczną w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego), jak i prawną (zmianę imienia i nazwiska na zgodne z płcią oraz zmianę zapisu płci w akcie urodzenia i innych dokumentach tożsamości). Jednocześnie zakazana została we wszystkich dziedzinach życia dyskryminacja transseksualistów z powodu adaptacji do płci psychicznej. Parlament Europejski wezwał również Radę Europy do przyjęcia konwencji o ochronie transseksualistów.

Odpowiedzią Rady Europy na powyższy dokument było wydanie przez Zgromadzenie Parlamentarne Rekomendacji 1117 (1989) on the condition of transsexuals²³, sugerującej państwom stronom wprowadzenie ustawodawstwa pozwalającego transseksualistom na zmianę płci w akcie urodzenia i dokumentach tożsamości oraz zmianę imienia zgodnie z tą płcią, a także prawa prowadzącego do zapewnienia ochrony życia prywatnego transseksualistów i zakazu ich dyskryminacji zgodnie z art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Kolejnym dokumentem międzynarodowym poświęconym temu zagadnieniu była Konwencja nr 29 o uznaniu decyzji o zmianie? j?łci wydana 16 września 1999 r. przez International Commission on Civil Status²⁴. Zgodnie z tą konwencją państwa strony zgodziły się uznawać na swoim terytorium orzeczenia innych państw odnośnie do uznania płci, jeśli osoba, której orzeczenie dotyczy, była obywatelem albo stałym mieszkańcem państwa je wydającego, i na tej podstawie

²² Granet, E, *Transsexualism in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasburg, 2000, s. 82-83.

²³ Ibidem, s. 78-79.

²⁴ Ibidem, s. 68-71.

dokonywać zmiany w postaci wzmianki marginesowej we własnym rejestrze urodzeń, jeśli osoba jest w nim zarejestrowana, a także w każdym aspekcie prawa krajowego traktować ją jako przedstawiciela płci uznanej. Wyjątkowo odmówić uznania można, jeśli osoba - pomimo zmiany płci metrykalnej - nie dokonała faktycznej fizycznej adaptacji do tej płci, w tym także zabiegu chirurgicznego, albo fakt dokonania tej adaptacji nie wynika jednoznacznie z orzeczenia uznającego płć.

Takie podejście do praw podmiotowych transseksualistów wynika obecnie także w sposób jednoznaczny z orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, który w orzeczeniu w sprawie Van Kuck przeciwko Niemcom z 12 czerwca 2003 r. wyraźnie stwierdził, iż tożsamość płciowa i orientacja seksualna mieszczą się w sferze osobistej chronionej przez art. 8 Konwencji. Także kwestie dotyczące zmiany imienia i nazwiska oraz zapisu płci w dokumentach prawnych objęte są w prawem do życia prywatnego²⁶.

Stanowisko takie kształtowało się jednak powoli w orzecznictwie strasburskim. Początkowo Trybunał Praw Człowieka nie wymagał od państw w ogóle wprowadzenia procedury zmian aktu urodzenia w odniesieniu do transseksualistów po operacyjnej korekcie płci. Stwierdzenie, że nałożenie takich obowiązków pozytywnych na państwa byłoby zbyt daleko idące, padło w sprawie Rees przeciwko Wielkiej Brytanii z 17 października 1986 r. Rees był transseksualistą, który zmienił płć z żeńskiej na męską. Oznaczenie płci (oraz imion z żeńskich na typowo męskie) zmieniono we wszystkich dokumentach poza aktem urodzenia, gdyż przepisy brytyjskie przewidywały w tamtych czasach jedynie możliwość zmian w wypadku błędów pisarskich oraz adopcji, co w tym stanie faktycznym nie miało miejsca. Uznając przedmiotową skargę za zasadną Komisja co prawda przyznała, że osoby transseksualne po operacji korekcji płci powinny mieć możliwość potwierdzenia tego nowego stanu rzeczy we wszystkich dokumentach²⁸, jednakże Trybunał wskazał, iż w chwili obecnej należy pozostawić państwom stronom margines swobody w ocenie, w jakim stopniu są w stanie zaspokajać potrzeby transseksualistów (w przedmiotowej sprawie istotnym faktem było, że koszty operacji zostały poniesione w ramach publicznej służby zdrowia, skarżący

²⁵ Sygn. 35968/97, Nowicki, M., *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka Wybór orzeczeń 1999-2004*, Zakamycze, Kraków, 2005, s. 673.

²⁶ Kilkelly, U., *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention Human Rights*, Council of Europe, Strasburg, 2001 s. 14.

²⁷ Sygn. 9532/81

²⁸ Zostało to już wcześniej stwierdzone przez Komisję w orzeczeniu Van Oosterwijk przeciwko Belgii, sygn. 7654/76. W wyroku w tej sprawie z 6 listopada 1980 r. Trybunał oddalił jednak skargę wobec niewyczerpania krajowych środków odwoławczych.

mógł zmienić imiona oraz wskazanie płci w paszporcie i prawie jazdy, a akt urodzenia nie stanowił w zasadzie podstawy do wydania żadnego innego dokumentu i nie był mu niezbędny - a przynajmniej prawnie wymagany w codziennym funkcjonowaniu). Trybunał stwierdził, że interes publiczny dotyczący przejrzystości stosunków rodzinnych i spadkowych może przeważać nad interesem prywatnym transseksualisty żądającego zmiany płci prawnej²⁹. Przyznał co prawda, że jest świadomy cierpienia, jakie przeżywają te osoby, jednakże uznał za istotniejsze stosowanie Konwencji zgodnie z obowiązującym stanem wiedzy medycznej i świadomości społecznej. Przy takim odwołaniu do czynników historycznie zmiennych, Trybunał zapowiedział, że niniejsze zagadnienie powinno być systematycznie badane w przyszłości³⁰.

W wydanym cztery lata później orzeczeniu w sprawie Cossey przeciwko Wielkiej Brytanii Trybunał co prawda dopatrywał się, że w niektórych państwach zaszła znacząca zmiana w traktowaniu transseksualistów, jednakże wobec braku jednolitej praktyki w Europie pozostawił w tym zakresie nadal duży margines swobody władzom państwowym. Tym samym - opierając się na tych samych argumentach, co w sprawie Rees - nie stwierdził naruszenia art. 8 i 12 Konwencji w wypadku zakazu zawarcia związku małżeńskiego przez transseksualistę, który zmienił płeć z męskiej na żeńską (także w tym wypadku organy brytyjskie zmieniły skarżącej imiona na żeńskie i wydały wszystkie dokumenty potwierdzające tę płeć, z wyjątkiem naniesienia odpowiedniej wzmianki w akcie urodzenia)³².

Pewien przełom w orzecznictwie Trybunału nastąpił w orzeczeniu z 25 marca 1992 r. w sprawie B. przeciwko Francji³³. Władze francuskie odmówiły zmiany zapisu dotyczącego płci w akcie urodzenia (a także wszystkich innych dowodach tożsamości) transseksualisty, który zmienił płeć z męskiej na żeńską, uzasadniając swoją decyzję stwierdzeniem, iż zmiana ta miała charakter sztuczny, a uwzględnienie jej uznania w akcie urodzenia naruszyłoby zasadę integralności osoby ludzkiej (choć zdarzały się już we Francji sądowe zarządzenia o dokonaniu takich wpisów w przypadku innych osób transseksualnych). Trybunał odniósł się przede wszystkim do faktu, że we Francji nie istniała możliwość zmiany nawet pierwszego imienia, aby dostosować go do nowej płci fizycznej. Transseksualista był zmuszony posługiwać się starymi dokumentami, w których widniały nieodpo-

²⁹ Kilkelly, U., op. cit., s. 44.

³⁰ Burek, W., *Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów kooperacyjnych*, Prawo i Medycyna, 2007, nr 1, s. 121-123.

³¹ Wyrok z 11 września 1990 r., sygn. 10843/84.

³² Burek, W., op. cit., s. 123.

³³ Sygn. 13343/87

wiadające stanowi faktycznemu zapisy dotyczące imienia i określenia płci. Trudności faktyczne oraz cierpienie, związane z każdorazową koniecznością tłumaczenia swojej sytuacji życiowej, Trybunał uznał za zbyt obciążające dla jednostki i nieuzasadnione w imię interesu ogólnego. Wskazał również na różnice prawne w odniesieniu do aktów stanu cywilnego w Wielkiej Brytanii i Francji. O ile w Wielkiej Brytanii rejestr urodzeń ma charakter historyczny, w którym można poprawiać jedynie błędy faktyczne, a każda zmiana zapisu prowadziłyby do jego falsyfikacji (odmiennie uregulowane były tylko kwestie adopcji), o tyle przepisy francuskie pozwalają aktualizować akt urodzenia przez całe życie obywatela i nie stawiają żadnej przeszkody, by dopisywać na nich różne adnotacje, w tym o sądowej zmianie płci. Z tych powodów Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji³⁴.

Pomimo wydania powyższego wyroku, w sprawie Sheffield i Horsham przeciwko Wielkiej Brytanii z 30 lipca 1998 r. Trybunał powrócił do poprzedniej linii orzeczniczej, ustalonej w wyrokach Rees i Cossey (zresztą stan faktyczny w odniesieniu do obu skarżących był analogiczny jak w powyższych sprawach)³⁵.

Wyraźna zmiana linii orzeczniczej nastąpiła dopiero w wyroku z 11 lipca 2002 r. w sprawie Christie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii³⁷. Skarżąca z powodu odmowy zmiany numeru ubezpieczenia, zgodnie z którym nadal była mężczyzną, była dyskryminowana na rynku pracy. Między innymi odmówiono jej przejścia na emeryturę w wieku 60 lat, czyli w wieku ustalonym dla kobiet. W wyroku tym Trybunał wyraźnie uznał, że prawo transseksualistów do pełnego rozwoju osobistego oraz bezpieczeństwa fizycznego i moralnego jest obecnie bezsprzeczne. W związku z tym wobec osób po operacyjnej korekcie płci nie można utrzymywać stanu rozbieżności między płcią prawnie zadeklarowaną przy urodzeniu a stanem faktycznym. Trybunał stwierdził, że rozstrzygnięcie w tym względzie nie mieści się w zakresie swobody decyzji państwa, gdyż interes publiczny nie przeważa nad interesem prywatnym. Jeśli państwo zgodziło się pomóc w leczeniu i operacji transseksualisty (w tym wypadku, jak we wszystkich wcześniejszych sprawach przeciwko Wielkiej Brytanii, operacja została sfinansowana ze środków publicznych), to nielogiczna wydaje się odmowa uznania prawnych skutków zmiany płci w obszarze prawa administracyjnego. Z tego powodu orzeczone zostało naruszenie art. 8 Konwencji. Tym razem Trybunał stwierdził także naruszenie

³⁴ Burek, W., op. cit., s. 124; Pogodzińska, P., *Orientacja seksualna w orzecznictwie trybunałów europejskich*, w: Śmieszek, K. (red.), *Przeciwdziałanie dyskryminacji z powodu orientacji seksualnej w świetle prawa polskiego oraz standardów europejskich*, Kampania przeciwko homofobii, Warszawa, 2006, s. 129-130.

³⁴ Sygn. 22985/1993

³⁵ Burek, W., op. cit., s. 125.

³⁶ Sygn. 28957/95.

art. 12 Konwencji poprzez zakazanie małżeństwa osobie po chirurgicznej korekcie płci z osobą płci przeciwnej, a więc płci, która widnieje w akcie urodzenia transseksualisty Trybunał stwierdził, że małżeństwo jest co prawda tradycyjnie związkiem mężczyzny i kobiety, ale nie wynika z tego konieczność określania tej płci wyłącznie na podstawie kryteriów biologicznych. Rozwój nauki i medycyny w dziedzinie transseksualizmu prowadzą do przekonania, że tożsamość płciowa jest dużo istotniejsza niż zapis chromosomowy. Ponieważ operacja korekty płci ma prowadzić do przyjęcia roli płciowej, z którą dana osoba się utożsamia, zakazanie jej wstępowania w zakresie tej roli w związek małżeński stanowi nieuzasadnioną ingerencję państwa³⁸.

Ta linia orzecznicza została utrzymana w sprawie I przeciwko Wielkiej Brytanii z tej samej daty co sprawa Goodwin³⁹. I była wielokrotnie zmuszana przez różne organy do pokazywania swojego aktu urodzenia, w którym widniała płeć męska, co prowadziło do jej dyskryminacji na rynku pracy, a także czuła się pogardzana i odrzucona przez społeczeństwo, co powodowało u niej znaczne pogorszenie nastroju i wystąpienie obaw odnośnie do funkcjonowania społecznego. Także w tym wypadku Trybunał stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji, powtarzając, że dłużej nie można pozostawiać kwestii pełnego uznania płci transseksualisty po operacji za zagadnienie pozostające w marginesie swobody decyzji państwa. Podobnie jak w poprzednim wyroku, Trybunał jednoznacznie potwierdził, że prawo do autonomii obejmuje także aspekt samodecydowania o przynależności płciowej zarówno medycznie, jak i społecznie, a państwa mają obowiązek pozytywny zapewnić jak najdalej idącą możliwość życia zgodnie z przyjętą przez danego transseksualistę rolą płciową, przy poszanowaniu intymności jego wyboru i zapewnieniu mu adekwatnej ochrony danej osobowej dotyczącej chirurgicznej korekty płci. Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 12 Konwencji, Trybunał w całości powtórzył swoją argumentację z wyroku Goodwin. Identyczne orzeczenie zapadło także 23 maja 2006 r. w sprawie Grant przeciwko Wielkiej Brytanii⁴⁰, w odniesieniu do stanu faktycznego zbliżonego do sprawy Goodwin⁴¹.

³⁷ Burek, W, op. cit., str. 125-126; Nowicki, M., op. cit., s. 865 i n.; Osajda, K, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, Przegląd sądowy, 2004, nr 5, s. 144—145; Pogodzińska, P., op. cit., str. 132; Romer, T., *Zakaz dyskryminacji pracowników ze względu na orientację seksualną*, w: Śmieszek, K (red), op. cit., s. 76-77.

³⁸ Sygn. 25680/94; Nowicki, M., op. cit., s. 871.

⁴⁰ Sygn. 32570/03; Pogodzińska, P., op. cit., s. 132-133

⁴¹ Skarga Grant dotyczyła okoliczności mających miejsce przed wejściem w życie w dniu 1 lipca 2004 r. Gender Recognition Act, który w Wielkiej Brytanii wprowadził możliwość prawnej zmiany płci, uznanej we wszystkich sferach życia, w tym także w odniesieniu do kwestii ubezpieczenia społecznego.

Jednym z najnowszych orzeczeń Trybunału Praw Człowieka dotyczących zmiany płci metrykalnej przez transseksualistę jest wyrok z 11 września 2007 r. L. przeciwko Litwie⁴². L. urodził się z płcią biologiczną kobiety jednak już od najmłodszych lat przejawiał identyfikację z płcią męską. W wieku 19 lat zgłosił się do lekarza w celu przeprowadzenia chirurgicznej korekty płci. Został zdiagnozowany jako transseksualista i skierowany na leczenie psychiatryczne i hormonalne. Jednakże leczenie chirurgiczne okazało się niemożliwe, gdyż prawo litewskie w tamtym okresie nie przewidywało dopuszczalności tego typu procedur medycznych. Pomimo to L. przeszedł częściową korektę płci, podlegającą na usunięciu piersi. L. udało się też - przy wsparciu jednego parlamentarzysty - zmienić swoje imię i nazwisko w akcie urodzenia i paszporcie na brzmienie niewskazujące płci. Był zmuszony jednak wybrać zarówno imię, jak i nazwisko, pochodzenia słowiańskiego, gdyż słowotwórstwo litewskie zawsze miało konotację rodzajową. Oficjalnie jednak nie została zmieniona płeć L. w żadnych dokumentach, a jego numer identyfikacyjny wyraźnie wskazywał na przynależność do płci żeńskiej, co przy konieczności posługiwania się tym numerem przy wszystkich czynnościach urzędowych, prowadziło do jego dyskryminacji. Stan prawny na Litwie zmienił się z 1 lipca 2003 r. po wejściu w życie nowego kodeksu cywilnego, który w art. 2.27 § 1 przewiduje możliwość chirurgicznej korekty płci przez osobę niepozostającą w związku małżeńskim, pod warunkiem wyrażenia przez nią pisemnej zgody. Jednakże w § 2 tego artykułu istnieje odwołanie do konieczności uregulowania całej procedury i warunków jej dopuszczalności oraz skutków prawnych w odrębnej ustawie. Ustawa ta nie została wydana do czasu ogłoszenia przedmiotowego wyroku przez Trybunał w Strasburgu, co nadal uniemożliwiło L. przeprowadzenie do końca chirurgicznej i prawnej zmiany płci. W tej sytuacji Trybunał, stwierdzając naruszenie art. 8 Konwencji, zobowiązał Litwę do wprowadzenia odpowiedniej ustawy w terminie trzech miesięcy od uprawomocnienia się tego wyroku. Charakterystyczne jest, że wydając ten nakaz Trybunał miał świadomość, że przedmiotowe zagadnienie dotyczy jedynie ok. 50 obywateli Litwy, co jednak nie stanowiło żadną miarą dla rządu usprawiedliwienia pominięcia regulacji tego zagadnienia przez tyle lat⁴³.

W dniu 4 stycznia 2008 r. Trybunał po raz pierwszy zajmował się sprawą transseksualisty, którego prawa człowieka zostały naruszone przez Polskę⁴⁴. M.M.

⁴² Sygn. 27527/03

⁴³ W Polsce zjawisko transseksualizmu jest powszechniejsze. Warylewski wskazuje, że do 2000 roku wykonanych zostało ponad 2.000 zabiegów chirurgicznej zmiany płci; Warylewski, J., op. cit., s. 56.

⁴⁴ Decyzja M.M. przeciwko Polsce, sygn. 37850/03.

w marcu 2002 r. złożyła wniosek do sądu okręgowego o ustalenie, że jest płci żeńskiej. W momencie składania wniosku, skarżąca przeszła już częściową korektę chirurgiczną płci w postaci utworzenia piersi, jednakże lekarze odmówili bez uprzedniego wyroku sądu przeprowadzenia usunięcia męskich części rodnych w obawie przed oskarżeniem o pozbawienie zdolności płodzenia. Wyrok sądu - uznający zmianę płci metrykalnej - wydany został dopiero w listopadzie 2003 r., po uprzednich interwencjach M.M. u prezesa sądu oraz Rzecznika Praw Obywatelskich. W grudniu 2003 r. M.M. zmieniła administracyjnie imię na żeńskie. W grudniu 2004 r. skarżąca wystąpiła do sądu apelacyjnego o odszkodowanie za naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, jednakże sprawa została oddalona wobec faktu, że postępowanie, którego dotyczyła, już się prawomocnie zakończyło (orzeczenie sądu okręgowego nie zostało przez żadną ze stron zaskarżone).

Przed Trybunałem skarżąca podniosła naruszenie art. 6 Konwencji oraz przytoczyła skutki, jakie wywarło tak długie postępowanie na jej życie prywatne. M.M. studiowała pielęgniarstwo. Jednakże wobec faktu, że wyglądała już jak kobieta (po kuracji hormonalnej i utworzeniu piersi), a musiała się na co dzień posługiwać imieniem męskim, które widniało choćby na jej identyfikatorze w czasie stażu w szpitalu, czuła się dyskryminowana i pogardzana, co doprowadziło ją do rezygnacji ze studiów.

Trybunał nie wydał wyroku w przedmiotowej sprawie, ale skreślił ją z wokandy, wobec uznania przez rząd polski roszczeń skarżącej, zarówno w kontekście naruszeń art. 6, jak i art. 8 Konwencji. W tej sytuacji nie ulega wątpliwości - o czym świadczy także wcześniej cytowany wyrok przeciwko Litwie - że zgodnie z poglądami Trybunału (a także jak widać rządu polskiego) sądowa zmiana płci

metrykalnej może mieć miejsce także przed zabiegiem chirurgicznym⁴⁵.

W świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka nie da się w chwili obecnej przyjąć, że dla określenia płci danego osobnika istotniejsze znaczenie mają cechy biologiczne. Niezależnie od tego, kiedy transseksualizm się pojawia i jaka jest jego faktyczna etiologia, uznać musimy dominację płci psychicznej (a więc właśnie poczucia przynależności do danej płci), jako istotniejszą dla prawnej oceny sytuacji człowieka, gdyż - jak wskazał wielokrotnie Trybunał - każdy ma prawo do rozwoju i sposobu życia zgodnie z własną identyfikacją płciową, także w ramach prawa rodzinnego i małżeńskiego. Nie można zatem

⁴⁵ Taka jest zresztą praktyka w sądach polskich, o czym świadczyć może choćby wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04, a także orzeczenia przytaczane przez Gromadzkiego w sprawach, w których transseksualiści po sądowej zmianie płci nie poddali się zabiegom korekcyjnym, Gromadzić, C., op. cit., s. 79.

stać na stanowisku - jak głosi Gromadzki⁴⁶ - że prawna zmiana płci metrykalnej, a także chirurgiczne zabiegi korekcyjne (niezależnie od stopnia ich ingerencji w zdolności prokreacyjne człowieka) są niedopuszczalne. Pozostaje jedynie pytanie, w jaki sposób procedura prawna powinna być przeprowadzona, jakie powinny być przesłanki jej dopuszczalności oraz jaka kolejność powinna obowiązywać w odniesieniu do zabiegu medycznego i procedury sądowej. Niestety ta przyjęta przez polskie orzecznictwo wydaje się być oparta na błędnych przesłankach właśnie, jeśli chodzi o znaczenie prawnie nadawane płci psychicznej.

III Między sprostowaniem a zmianą zapisu płci metrykalnej - wybór procedury sądowej zmiany płci metrykalnej w Polsce

Zgodnie z ustawą prawo o aktach stanu cywilnego z 29 września 1986 r.⁴⁷ polski akt urodzenia może zostać zmieniony na dwa sposoby. Pierwszy z nich to sprostowanie w trybie art. 31 - o ile zapis w akcie urodzenia jest oczywiście błędny lub został nieściśle zredagowany O sprostowaniu decyduje sąd w postępowaniu nieprocesowym na wniosek osoby zainteresowanej, prokuratora lub kierownika urzędu stanu cywilnego. Drugi sposób, to wpisanie zgodnie z art. 21 w treść aktu zdarzenia, które miało miejsce już po jego sporządzeniu, a które ma wpływ na jego ważność lub treść. Wpisu takiego dokonuje się w formie wzmianki dodatkowej na podstawie prawomocnego orzeczenia sądu, ostatecznej decyzji, odpisu z innego aktu stanu cywilnego lub innego dokumentu.

Żeby wybrać, która z powyższych procedur powinna zostać zastosowana w odniesieniu do zmiany płci metrykalnej u transseksualistów, należałoby zdecydować, czy płeć psychiczna jest pierwotna w stosunku do płci biologiczno-morfologicznej, czy też transseksualizm ujawnia się dopiero na pewnym etapie rozwoju człowieka, a jego ostatecznym przejawem jest przebycie zabiegu chirurgicznego. W wypadku przyjęcia pierwszej hipotezy właściwym byłby wybór ścieżki sprostowania aktu urodzenia-jeśli stan psychicznej identyfikacji płci uznamy za pierwotny i ważniejszy od płci biologicznej, to zapis w akcie urodzenia - na podstawie oglądu zewnętrznych narządów płciowych - powinien być traktowany jako błąd w deklaracji zgodnie z art. 31 ustawy. Z kolei w wypadku przyjęcia hipotezy drugiej, moment diagnozy transseksualizmu, a już na pewno moment zabiegu korekcyjnego należy uznać za zdarzenie mające wpływ na treść aktu i wymagające wpisu w formie wzmianki dodatkowej, zgodnie z art. 21 ustawy.

⁴⁶ Ibidem, s. 87-88.

⁴⁷ Dz. U. nr 36 poz. 180 z późn. zm.

Problemem oczywiście jest podjęcie decyzji, która z powyższych hipotez jest prawdziwa. Medycyna w chwili obecnej nie jest w stanie udzielić jednoznacznej odpowiedzi w tym zakresie, gdyż etiologia transseksualizmu pozostaje niewyjaśniona⁴⁸.

Współcześnie lekarze stawiają hipotezę, że płęć psychiczna najprawdopodobniej kształtuje się już w życiu płodowym, w tak zwanej fazie krytycznej różnicowania płciowego ośrodkowego układu nerwowego, a dalej w pierwszych latach życia człowieka, jako wypadkowa wielu czynników wewnętrznych i zewnętrznych⁴⁹, co świadczyłoby o pierwotności płci psychicznej. Dowodzi tego także fakt, że identyfikacja osobnika z płcią przeciwną niż biologiczna objawia się już w bardzo wczesnym dzieciństwie, jest niepodatna na żadne formy psychoterapii, a pragnienie ujednolicenia płci biologicznej z psychiczną pogłębia się z wiekiem i u pacjentów nie poddaje się żadnemu racjonalnemu argumentowaniu zysków i strat związanych ze stanem zdrowia, funkcjonowaniem rodzinnym czy społecznym.

W sprawie rozstrzyganej przed Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu w 1986 r. skarżący przedłożył opinię lekarską dr C.N. Armstronga, z której wynikało, że płęć człowieka można zdefiniować na podstawie czterech kryteriów: płci chromosomalnej, płci gonadalnej, zewnętrznych narządów płciowych oraz płci psychicznej. Przy czym dr Armstrong twierdził, że płęć psychiczna jest w tym wypadku najważniejsza i to ona wyznacza przyszłą rolę społeczną podejmowaną przez daną osobę. Co więcej, z opinii tej wynika, że płęć psychiczna jest zdeterminowana jeszcze przed urodzeniem, co uzasadniałoby uznanie, że zapis płci w akcie urodzenia na podstawie innych kryteriów - w wypadku ich sprzeczności z płcią psychiczną - jest błędem⁵¹. Z kolei w postępowaniu przed Trybunałem z 1997 r. podniesiono nowe odkrycia medyczne, że transseksualizm jest nie tyle zaburzeniem psychicznym, ale wynika z fizjologicznej budowy mózgu⁵².

Poglądy o pierwotności płci psychicznej, a tym samym o poprawności zastosowania procedury sprostowania zapisu w akcie urodzenia głoszone są także przez niektórych przedstawicieli polskiej doktryny prawa. Przykładowo Ignatowicz wyraźnie stoi na stanowisku, że zabieg korekcyjny nie prowadzi do zmiany płci, ale do jej ujawnienia, a tym samym stosowana powinna być procedura sprostowania

⁴⁸ Imieliński, K, op. cit., s. 287.

⁴⁹ Imieliński, K, op. cit., s. 287; Maksymowicz, K, Mędraś, M., Trubner, K, Szleszkowski, Ł., *Podstawy prawne dla orzekania płci osobniczej w zespole dezaprobaty płci pod postacią transseksualizmu. Porównanie stanu w Polsce i niektórych wybranych krajach*, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki, 2005, nr LV s. 62.

⁵⁰ Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 101-102.

⁵¹ Rees przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 17 października 1986 r., sygn. 9532/81.

⁵² X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok z 22 kwietnia 1997 r., sygn. 21830/1993.

aktu urodzenia⁵³. Ze stanowiskiem tym zgadza się Osajda, który podnosi, że transseksualizm istnieje ex tunc, a jedynie jest sobie przez daną osobę uświadamiany dopiero na pewnym etapie jej rozwoju⁵⁴.

Safian wskazuje natomiast na niejednoznaczność kryteriów medycznych, na podstawie których można by jednoznacznie określić, czy mamy do czynienia z ciągłością płci człowieka, czy też z poczuciem przynależności do innej płci niż biologiczna, które pojawia się z czasem. Autor ten jednocześnie podkreśla, że przyjęcie tego pierwszego założenia prowadziłoby do dużo bardziej przejrzystych prawnie rozwiązań, powodując jednocześnie, że poprawną procedurą ujawnienia płci transseksualisty powinno być sprostowanie aktu urodzenia⁵⁵. Oczywiście, jeśli staniemy na stanowisku, że zmiana płci następuje jako zdarzenie późniejsze w życiu człowieka, nie ma podstaw do zastosowania tej procedury nawet w drodze analogii. Z tymi wątpliwościami zgadza się Daniluk, który podnosi, że jeśliby przyjąć, iż transseksualizm ma charakter pierwotny, to nie jest wykluczone dokonanie sądowej zmiany płci w drodze sprostowania aktu urodzenia. Ta procedura jest dopuszczalna jednak jedynie pod warunkiem, iż płci psychicznej transseksualisty przyzna się pierwszeństwo w stosunku do płci biologiczno-morfologicznej, wynikającej z budowy ciała. Można byłoby bowiem w takim wypadku przyjąć, że w chwili sporządzania aktu urodzenia płeć transseksualisty została błędnie oznaczona, w oparciu tylko o kryterium jego zewnętrznej budowy ciała, bez uwzględnienia dominującej płci psychicznej. W wypadku odwrotnym - gdyby uznać, że transseksualizm ma charakter wtórny, wówczas o jedynym właściwym postępowaniem byłby tryb wpisania wzmianki dodatkowej, poprzedzonej orzeczeniem sądowym będącym wynikiem powództwa o ustalenie płci transseksualisty. Daniluk nie wyraża preferencji do żadnego z tych rozstrzygnięć, wskazując za Safianem, iż do dnia dzisiejszego etiologia transseksualizmu, a więc i moment jego pojawienia się, pozostają nieznane⁵⁷.

Osobiście uważam, że powyższe poglądy Ignatowicza, Safiana i Osajdy są całkowicie poprawne, przede wszystkim dlatego, że podkreślają znaczenie przy

⁵³ Ignatowicz, J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1995 r., III CZP 118/95*, Orzecznictwo Sądów Polskich, 1996, nr 4, s. 194; Ignatowicz, J., Nazar, M., *Prawo rodzinne*, LexisNexis, Warszawa, 2005, s. 306.

⁵⁴ Osajda, K., op. cit., s. 157-158.

⁵⁵ Safian, M., *Glosa do postanowienia z dnia 22 marca 1991 r. (III CRN 28/91)*, Przegląd sądowy, 1993, nr 2 s. 80 i nast.

⁵⁶ Ibidem, s. 84.

⁵⁷ Daniluk, P., *Glosa do wyroku SA w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2004 r., I ACa 276/04*, Palestra 2006, nr 7-8, s. 307 i nast.; Daniluk, P., *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, Państwo i Prawo, 2007, nr 5, s. 83.

definiowaniu płci prawnej aspektu psychicznego. Takie podejście jest zgodne z najnowszymi teoriami medycznymi. Poza tym, jak już zostało wcześniej wykazane, na identycznym stanowisku stoi obecne orzecznictwo Trybunału w Strasburgu, które podkreśla właśnie przewagę prawnego znaczenia tożsamości płciowej nad samą biologią. Przy uznaniu dominacji i pierwotności płci psychicznej logicznym następstwem jest uznanie poprawności procedury sprostowania płci w akcie urodzenia i to ze skutkiem *ex tunc*. Konsekwencje prawne, jakie miałyby przyjęcie takiego momentu skutku w innych dziedzinach prawa, w szczególności w prawie rodzinnym, wydają się w dzisiejszym społeczeństwie - wobec zmian w mentalności społecznej i strukturze rodziny oraz ewolucji prawa rodzinnego w wielu krajach, a także podejścia sądów międzynarodowych do kwestii prawno-rodziny - coraz mniej istotne, do wykazania czego powrócę w dalszej części opracowania

Pomimo iż w pierwszym polskim orzeczeniu Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r. skład orzekający stanął na stanowisku, że sąd może sprostować akt urodzenia zarówno po operacji korekty płci, jak i „przed dokonaniem zabiegu korekcyjnego zewnętrznym narządów płciowych, jeśli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające a stan ten jest nieodwracalny”, jego rozumowanie nie było do końca konsekwentne. Co prawda Sąd nie przeprowadzał dokładniejszej analizy kwestii, co jest pierwotne - płeć psychiczna, czy płeć biologiczna, jednakże już z powyższego cytatu zdaje się wynikać, że płeć, do której dostosować ma zabieg operacyjny, potraktował jako wtórna, o czym mogą świadczyć choćby słowa: „cechy nowo kształtującej się płci”, co przeczyłoby uznaniu za prawidłowej procedury sprostowania. Co więcej, Sąd stwierdził, że sprostowanie płci ma mieć skutek *ex nunc*, a więc od momentu wydania orzeczenia w przedmiotowej sprawie, tym bardziej wskazując na nielogiczność swojej argumentacji.

Krytykę tej uchwały przeprowadził Filar, wskazując, że sprostować w aktach stanu cywilnego można - w świetle zarówno ówczesnych, jak i obecnych przepisów - jedynie błędy faktyczne, co nie ma miejsca przy chirurgicznej korekcie płci, gdyż tutaj stwierdzenie płci biologicznej przy urodzeniu było prawidłowe, a zaburzenia identyfikacji, skutkujące zabiegiem chirurgicznym nastąpiły dopiero później, a więc powinny być wpisane w formie wzmianki dodatkowej⁵⁹. Autor ten sprzeciwia się zastosowaniu w tym wypadku procedury sprostowania w drodze analogii, uznając, że byłoby to postępowanie *contra legem*. Według tego autora stosowanie sprostowania płci wobec transseksualistów, ze skutkiem *ex tunc*, prowadziłyby do trudności praktycznych. Jeślibyśmy bowiem uznali, że trans-

⁵⁸ III CZP 100/77.

⁵⁹ Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., str. 5; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 75-76; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 78-79.

seksualista od momentu urodzenia miał inną płeć, niż wpisaną w akcie urodzenia, jak należałoby postąpić wobec faktu realizowania przed operacją roli tej płci, a więc np. zawarcia związku małżeńskiego czy spółdzenia dziecka? Ze stanowiskiem tym zgadza się m.in. Rozental⁶¹.

Jeśli przyjmiemy, że Sąd w przedmiotowym orzeczeniu uznał płeć biologiczną za pierwotną, a psychiczną za wtórną - co jak wskazano wcześniej, zdaje się wynikać ze słów użytych w uzasadnieniu tego orzeczenia - to niestety z interpretacją Filara należy się zgodzić, gdyż w takim wypadku nie można mówić o błędzie przy ocenie płci tuż po urodzeniu. Co więcej, nielogiczne jest stwierdzenie, że sprostowanie aktu urodzenia wywiera skutek *ex nunc*, a więc w tym wypadku od momentu operacji (lub sądowego orzeczenia), gdyż jest to sprzeczne z formalnymi warunkami sprostowania Ustawa (zarówno w starym, jak i nowym brzmieniu) wymaga bowiem, aby błędny zapis był błędny od początku, a nie stał się błędny z czasem. Jeśli jakiś fakt podlegający wpisowi w akcie urodzenia stał się błędny z czasem, zastosować należy procedurę wpisu dodatkowego, a nie sprostowania

Warto jednak wskazać za Safianem, że jeśli pojęcia płci nie można jednoznacznie zdefiniować, gdyż warunkują ją nie tylko aspekty medyczne i genetyczne, ale także psychiczne i społeczne, a więc nie można rozstrzygnąć, która płeć - psychiczna czy biologiczna - ma być podstawą do zapisów prawnych, prawo może stworzyć własną autonomiczną definicję tego pojęcia właśnie dla potrzeb regulacji dotyczącej choćby zasad określania płci metrykalnej. Takie autonomiczne definicje prawne (często oparte nawet na fikcji prawnej) bywają częste i nawet sprzeczne z panującym w społeczeństwie rozumieniem danego słowa (przysłowiowy „rak to ryba”), albo określające konkretnie zakres jakiegoś pojęcia wobec sporów naukowych i etycznych („osoba ludzka”, „śmierć”, „rodzicielstwo”)⁶². Wtedy dopuszczalna procedura zmiany płci prawnej wynikałaby z przyjętej definicji prawnej tego ostatniego pojęcia. Niestety dla polskich transseksualistów stworzenie takiej definicji prawnej wymaga interwencji ustawodawcy, który mimo że zabiegi korekty płci trwają w Polsce od 1963 r., a postępowania o zmianę płci metrykalnej od 1964 r., do tej pory nie uznał za wskazane uregulować tego zagadnienia.

Tak więc na razie kwestia pierwotności płci i wyboru procedury pozostała w sferze dyskusji doktryny prawniczej, co uzmysławia kolejny wyrok Sądu Najwyż-

⁶⁰ Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., s. 5; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 76; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 79.

⁶¹ Rozental, K., *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, Państwo i Prawo, 1991, nr 10, s. 66-67.

⁶² Safian, M., op. cit., s. 81.

⁶³ Dulko, S., op. cit., s. 72.

szego w tej sprawie, który całkowicie odszedł od poprzedniej linii orzeczniczej. W uchwale z 22 czerwca 1989 r. Sąd Najwyższy wyszedł z założenia, że trans- seksualizm powinien być traktowany jako dewiacja płciowa - zespół dezaprobaty płci. Według Sądu stanem prawnym, który podlega stwierdzeniu w akcie urodzenia w sposób deklaratoryjny, jest płeć biologiczna. Natomiast transseksualizm polega na zmianie stanu psychicznego, a nie prawnego człowieka, stąd występowanie transseksualizmu nie daje podstaw do sprostowania w akcie urodzenia zapisu o płci człowieka⁶⁵. Ponieważ sprostowanie aktu urodzenia dotyczy jedynie faktów błędnie w nim określonych i ma moc *ex tunc*, to nie można go stosować dla określenia płci przez transseksualistów, ani wprost (z powodu braku błędu), ani przez analogię (wobec zbyt dużej rozbieżności między stanami faktycznymi)⁶⁶.

W glosie do przedmiotowej uchwały Filar podniósł, że Sąd odmawiając stosowania techniki sprostowania aktu urodzenia nie wskazał żadnej innej ścieżki prawnej pozwalającej na sądową zmianę płci metrykalnej, co doprowadziło do zaprzestania przez lekarzy przeprowadzania zabiegów korekcyjnych z obawy przed odpowiedzialnością karną⁶⁷. Filar uznał jednak, że *de lege lata* wnioskowanie Sądu jest niestety poprawne. Powtarzając swoje poprzednie poglądy, Filar jednoznacznie stwierdził, iż w wypadku transseksualistów biologiczno-somatyczna płeć w chwili urodzenia nie budziła żadnej wątpliwości, a więc nie może być mowy o żadnym błędzie, który należałoby sprostować⁶⁸. Zgodził się również z Sądem, że stosowanie w tym wypadku procedury sprostowania aktu urodzenia w drodze analogii byłoby działaniem *contra legem*⁶⁹.

Odmienne kwestię tę ocenił Pisuliński, który twierdzi, że zmiana płci jest zdarzeniem, które powinno być ujawnione w aktach stanu cywilnego, gdyż zmienia deklaracyjny opis rzeczywistości, mający wpływ na stosunki prawne (np. w ramach prawa rodzinnego), przy czym preferuje - do czasu kompleksowego uregulowania tego zagadnienia przez ustawodawcę - stosowanie w drodze analogii procedury sprostowania aktu urodzenia, jednakże ze skutkiem *ex nunc*⁷⁰. Także Leszczyński stoi na stanowisku, że stanowisko Sądu Najwyższego uniemożliwiające zastosowanie procedury sprostowania aktu urodzenia zarówno przed

⁶⁴ III CZP 37/89

⁶⁵ Adamczyk, M., *Zmiana płci w świetle aktualnego stanu prawnego*, Przegląd sądowy, 2006, nr 11-12, s. 216.

⁶⁶ Osajda, KL, *op. cit.*, s. 149.

⁶⁷ Filar, M., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, Państwo i Prawo, 1990, nr 10, s. 117; Filar, M., *Transseksualizm*, *op. cit.*, s. 80.

⁶⁸ Filar, M., *Glosa*, *op. cit.*, s. 117-118.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 118.

⁷⁰ Pisuliński, J., *op. cit.*, s. 113.

jak i po operacji korekcyjnej, jest zbyt formalistyczne i sprzeczne tak z interesami transseksualistów, jak i z prawdą obiektywną⁷¹. Z twierdzeniami powyższymi zgadza się również Radwański, wskazując, że co prawda procedura sprostowania aktu urodzenia w wypadku transseksualizmu nie jest właściwa - nawet przy zastosowaniu w drodze analogii, to jednak zmiana płci mogłaby być wpisywana w akta stanu cywilnego w formie wzmianki dodatkowej, tym bardziej, że prawo o aktach stanu cywilnego nie wymienia zamkniętego katalogu treści tych wzmianek⁷².

Wszyscy ci trzej autorzy uznali, że płeć człowieka stanowi jego prawo osobiste zgodnie z art. 23 k.c., a więc podlega ochronie w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. Ze stanowiskiem tym zgodził się także Zielenacki, według którego osoba występująca z żądaniem zmiany płci metrykalnej ma interes prawny, wymagany przez ten przepis, istniejący w sytuacji niepewności obiektywnej stanu prawnego lub prawa⁷⁴.

Wnioskowanie to jednak nie do końca wydaje się przekonywujące. Co prawda nie ulega wątpliwości, że płeć człowieka i to zarówno psychiczna, jak i fizyczno-morfologiczna podlega ochronie jako dobro osobiste na podstawie art. 24 k.c.. Z tego jednak faktu nie wynika jednoznacznie możliwość dochodzenia ustalenia płci w drodze art. 189 k.p.c. Tak naprawdę, jeśli przyjrzeć się katalogowi dóbr osobistych wymienionych w art. 23 k.c., to większość z nich nie podlega ustaleniu w drodze procesu na podstawie powyższego przepisu. Trudno bowiem mówić o konieczności, a nawet możliwości ustalenia, że człowiek jest obdarzony (albo co gorzej - nie jest obdarzony) zdrowiem, wolnością, ciężą, swobodą sumienia, że nosi takie a nie inne nazwisko, posiada dany wizerunek czy korzysta z tajemnicy korespondencji lub nietykalności mieszkania. Z jednej strony ustawodawca za dobra osobiste uznał bowiem powszechnie cenione wartości wynikające z przyrodzonej człowiekowi godności (zdrowie, cześć, wolność, nietykalność mieszkania itp.)⁷⁵, które z definicji przysługują każdej jednostce ludzkiej, a więc nie ma potrzeby ich udowadniania. Z drugiej - zaliczył do nich pewne elementy stanu faktycznego (jak wizerunek i właśnie płeć, tak psychiczna, jak i fizyczno-morfologiczna), które stanowią o indywidualizacji danej jednostki ludzkiej, ale które są opisem

⁷¹ Leszczyński, J., op. cit., s. 100-101.

⁷² Radwański, Z., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, 111 CZP 37/89, Orzecznictwo Sądów Polskich, 1991, nr 2, s. 65.

⁷³ Leszczyński, J., op. cit., s. 101; Pisuliński, J., op. cit., s. 114-115; Radwański, Z., *Glosa*, op. cit., s. 65.

⁷⁴ Zielenacki, A., *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1988, nr 2, s. 49.

⁷⁵ Radwański, Z., *Prawo cywilne - cześć ogólna*, Beck/PWN, Warszawa, 1993, s. 121.

rzeczywistości, a nie prawem czy tym bardziej stosunkiem prawnym. Do trzeciej kategorii należą niematerialne przedmioty intelektualne, które mogą być przedmiotem praw twórców (w zasadzie ustaleniu podlegać może jedynie właśnie istnienie praw autorskich czy wynalazczych, a i to tylko w znaczeniu weryfikacji, czy dana osoba jest autorem lub wynalazcą danego dzieła).

Natomiast zgodnie z art. 189 k.p.c. żądać można sądowego ustalenia istnienia prawa lub stosunku prawnego. Trudno zaś zgodzić się ze stwierdzeniem, że cześć, swoboda sumienia, wolność, wizerunek czy płeć (zarówno psychiczna, jak i biologiczna) stanowią prawo albo stosunek prawny. Uznanie płci czy wizerunku za prawo byłoby analogiczne z uznaniem za prawo mienia (np. domu), podczas gdy stanowić ono może jedynie przedmiot prawa - np. prawa własności. Podobnie jak przedmioty materialne, dobra osobiste jako przedmioty niematerialne dopiero mogą stać się treścią jakiegoś prawa podmiotowego - w tym wypadku prawa każdego człowieka do swobodnego korzystania z tych dóbr. To prawo podmiotowe rodzi po stronie innych osób przynajmniej negatywne obowiązki jego nienaruszania. Zestawienie po jednej stronie prawa podmiotowego, a po drugiej - obowiązku jego poszanowania, tworzy stosunek prawny⁷⁶. Tak więc z faktu uznania płci psychicznej za dobro osobiste wynika uprawnienie człowieka do życia zgodnie z tą płcią i zakaz przeszkadzania mu w dostosowywaniu własnego ciała do własnej tożsamości płciowej i to właśnie te uprawnienia transseksualista mógłby dochodzić w drodze art. 189 k.p.c. Czym innym jednak wydaje się dochodzenie istnienia powyższych uprawnień od dowodzenia istnienia faktu medyczno-psycho-logicznego, jakim jest płeć. Samo istnienie interesu prawnego (który transseksualista z pewnością mają dążąc do zmiany płci metrykalnej) nie może stanowić wyłącznej przesłanki do przyjęcia poprawności tej procedury.

Jednakże cytowane powyżej krytyczne uwagi doktryny, że należy umożliwić transseksualistom zmianę płci metrykalnej, oraz pomysły, w jaki sposób zezwolić tym osobom na realizację tej głębokiej potrzeby psychicznej bez powrotu do procedury przyjętej w orzeczeniu z 1978 r., wpłynęły na Sąd Najwyższy właśnie w ten sposób, że postanowieniem z dnia 22 marca 1991 r.⁷⁷, podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko, że sprostowanie aktu urodzenia w wypadku operacyjnej korekty płci jest niedopuszczalne, wskazał na możliwość zastosowania instytucji wpisu dodatkowego w akcie urodzenia po sądowym orzeczeniu wydanym w ramach postępowania wskazanego w art. 189 k.p.c. ustalającym istnienie nowej płci w oparciu o trwałe poczucie przynależności do płci przeciwnej niż metrykalna, po dokonaniu operacyjnego zabiegu korekcyjnego.

⁷⁶ Ibidem, s. 68 i nast.

⁷⁷ III CRN 28/91

Pomijając w tym miejscu ocenę zasadności przyjęcia powyższej procedury, podkreślić należy przy ocenie tego wyroku, że Sąd po raz pierwszy stwierdził, że to płeć psychiczna ma znaczenie dominujące, choć tak naprawdę jego stanowisko nie do końca było spójne, gdyż wprowadził wymóg przedsądowego przeprowadzenia chirurgicznej korekty płci, a więc nadal wskazywał na istotność płci biologicznej, przynajmniej w znaczeniu wizualizacji zewnętrznych narządów płciowych zgodnych z płcią dochodzoną. Właśnie tę niespójność myślenia skrytykował Safian. Przyznał on co prawda, że poczucie przynależności do danej płci jest chronionym dobrem osobistym (podobnie zresztą jak sama płeć człowieka), co jednak nie prowadzi automatycznie do uznania, że można dochodzić ustalenia stanu cywilnego w oparciu o płeć psychiczną w drodze art. 189 k.p.c. Wskazał przede wszystkim, że ochrona z art. 23 k.c. obejmuje także wartości wchodzące w zakres stanu osobistego człowieka, które nie znajdują wyrazu przy ustalaniu stanu cywilnego (np. tożsamość genetyczna człowieka, która nie podlega ujawnieniu ani przy adopcjach anonimowych, ani przy zapłodnieniu gametami dawców). Ponadto przyjęcie takiego rozwiązania może prowadzić do omijania terminów zawitych wymaganych ustawowo przy ustalaniu istnienia praw⁷⁸. Autor ten jednak nie odrzuca całkowicie możliwości dochodzenia określenia płci w trybie art. 189 k.p.c., jednakże wskazuje, że nie powinno się orzeczenia o zmianie płci metrykalnej opierać na poczuciu osoby o przynależności do płci odmiennej, ale na ocenach medycznych - ustaleniu podlega więc nie tyle poczucie tożsamości płciowej, co sama płeć (co należy chyba interpretować jako płeć biologiczną)⁷⁹. Analogiczne poglądy głosi Wojciechowski, który twierdzi za Safianem, że dla zastosowania procedury z art. 189 k.p.c. nie jest konieczne wskazywanie, że poczucie tożsamości płciowej oraz płeć człowieka podlegają ochronie na podstawie art. 23 k.c., gdyż w tym wypadku chodzi o interes powoda związany z prawidłowym ustaleniem jego stanu osobistego⁸⁰.

Tę ostatnią koncepcję przyjął Sąd Najwyższy w swoim kolejnym orzeczeniu odnoszącym się do tego zagadnienia, z 22 września 1995 r.⁸¹, w którym - wskazując jako prawidłową ścieżkę art. 189 k.p.c. - nie odwołuje się już do art. 23 k.c. dla uzasadnienia istnienia interesu prawnego do wniesienia pozwu, ani nie mówi o ochronie dobra osobistego w postaci poczucia przynależności do danej płci

⁷⁸ Safian, M., op. cit., s. 85-86.

⁷⁹ Ibidem, s. 88-89.

⁸⁰ Ibidem, s. 89; Wojciechowski, M., *Prawne aspekty transseksualizmu. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2004 r.*, *ACA 276/04*, Gdańskie Studia Prawnicze - Przegląd Orzecznictwa, 2005, nr 3, s. 69-70.

⁸¹ Sygn. III CZP 118/95.

w drodze powództwa o ustalenie, ale jednoznacznie o dopuszczalności dochodzenia w tej drodze ustalenia płci. Przy takim sformułowaniu wydaje się, że sąd znowu przyłożył większą wagę do płci biologicznej - a więc określonej drugorzędowymi (tj. wyglądem zewnętrznych narządów rodnych po operacji korekty płci), albo przynajmniej trzeciorzędowymi (tj. zmianami w wyglądzie człowieka w wyniku mastektomii i wdrożenia terapii hormonalnej) cechami płciowymi - niż do płci psychicznej. W świetle orzecznictwa Trybunału w Strasburgu, który wielokrotnie podkreślał - jak zostało wyżej wskazane - że prawem każdego człowieka jest prawo do funkcjonowania zgodnie z własną tożsamością seksualną, takie podejście Sądu Najwyższego wydaje się naruszać prawo do prywatności transseksualisty, gdyż nie szanuje jego potrzeb psychicznych, a całe zagadnienie sprowadza raczej do czystej fizyczności. Niespójność w tym względzie - co jest przeważające płeć psychiczna czy biologiczna - panuje także wśród sądów okręgowych orzekających w przedmiotowych sprawach, które z jednej strony podkreślają znaczenie przesłanek medycznych, a więc wymagają opinii biegłych i to nie tylko odnoszących się do diagnozy transseksualizmu (a więc istnienia płci psychicznej w kierunku odwrotnym od fizyczności powoda), ale także dotyczących zmian hormonalnych i wdrożonych terapii, a z drugiej - orzekają z reguły przed przeprowadzeniem zabiegu chirurgicznego, pomimo odmiennych wskazań Sądu Najwyższego w tym względzie.

Jednakże przyjęcie procedury ustalenia płci według art. 189 k.p.c. niesie za sobą jeszcze inne wątpliwości odnośnie do jej zgodności z międzynarodowymi normami praw człowieka.

IV Polski proces o ustalenie istnienia płci a prawo do prywatności transseksualisty

W momencie, gdy Sąd Najwyższy przyjął postanowieniem z 22 marca 1991 r.⁸³ - do tej pory dosyć stabilną linię orzeczniczą - że sądową zmianę płci metrykalnej przeprowadza się w formie procesu na podstawie art. 189 k.p.c., konieczne stało się wskazanie, przeciwko komu ten proces ma się toczyć. Dopiero uchwałą z 22 września 1995 r.⁸⁵ Sąd Najwyższy wskazał jako pozwanych rodziców,

⁸² Patrz sprawa M.M. przeciwko Polsce czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04.

⁸² III CRN 28/91.

⁸⁴ Potwierdza ją choćby wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 kwietnia 2004 r., sygn. I ACa 276/04.

⁸⁵ IIICZP 118/95.

powołując się przez analogię na inne postępowania prawno-rodzinne⁸⁶. Tym samym odrzucił sugerowane wcześniej w doktrynie występowanie po stronie pozwanej Skarbu Państwa reprezentowanego przez kierownika urzędu stanu cywilnego⁸⁷.

Koncepcję tę słusznie skrytykował Ignatowicz, wskazując, iż Sąd powołał się na zasady odnoszące się do praw stanu cywilnego regulujących sytuację prawną człowieka w rodzinie, które z natury mają charakter wzajemny. W przeciwieństwie do tych praw, prawo do płci, stanowiące element stanu osobistego człowieka, takiego charakteru nie ma. Nie można więc przyjąć, aby ktokolwiek - rodzice, czy Skarb Państwa - miał interes w ustalaniu płci danego człowieka⁸⁸.

Także Pisuliński wskazuje na niezasadność uznania legitymacji biernej rodziców, ani kierownika urzędu stanu cywilnego, choć zastanawia się, czy pozwaną nie powinna być gmina, jako że kwestie aktów stanu cywilnego zostały przekazane do jej kompetencji w ramach zadań zleconych, przyjmując jednocześnie, że gdyby pozwaną nie była gmina, to wyrok zapadły w przedmiotowym postępowaniu nie mógłby zobowiązywać organów prowadzących księgi stanu cywilnego do dokonania w nich odpowiednich zmian⁸⁹.

Rozental proponując rozwiązania de lege ferenda, uważa, że właściwym trybem dokonania zmiany płci metrykalnej byłoby - wobec braku przeciwstawnych stron - postępowanie nieprocesowe⁹⁰. Osajda, zgadzając się z Ignatowiczem, że rodzice nie mają interesu prawnego do bycia pozwany w przedmiotowej sprawie, wskazuje na dwa możliwe rozwiązania. Z jednej strony podnosi, że podmiotem, który z urzędu ma obowiązek dbać o prawdziwość danych ujawnionych w aktach stanu cywilnego, jest kierownik urzędu stanu cywilnego. Z drugiej strony poddaje pod rozwagę konstrukcję, według której pozwany mógłby być każdy, kto kwestionuje prawo powoda do zmiany zapisu o płci w akcie urodzenia. Mając świadomość, że przyjęcie tego typu rozwiązania mogłoby prowadzić do procesów fikcyjnych z braku realnego oponenta, podkreśla iż znacznie ułatwiłoby to transseksualistom dochodzenie sądowej zmiany płci metrykalnej, oszczędzając im i rodzicom traumatycznych przeżyć związanych z koniecznością konfrontacji na takim procesie⁹¹.

W świetle orzecznictwa Trybunału w Strasburgu nie ma wątpliwości, że transseksualista ma prawo do zatajenia przed innymi osobami faktu zmiany płci⁹²,

⁸⁶ Adamczyk, M., op. cit., s. 223-224.

⁸⁷ Ibidem, s. 224.

⁸⁸ Ignatowicz, J., op. cit., s. 194; Wolter, A., Ignatowicz, J., Stefaniuk, K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa, 1996, s. 168-169.

⁸⁹ Pisuliński, J., op. cit., s. 115-116.

⁹⁰ Rozental, K., op. cit., s. 69.

⁹¹ Osajda, K., op. cit., s. 160.

⁹² Por. B. przeciwko Francji, Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii.

temu mają służyć właśnie zmiany administracyjne w dokumentach tożsamości, aktach stanu cywilnego, numerach ubezpieczenia społecznego oraz zamiany imion. Utajenie faktu zmiany płci ma zapobiegać przede wszystkim dyskryminacji tych osób, ale także zapewnieniu pełnego poszanowania ich prywatności i intymności oraz nienarażania na kolejny dyskomfort psychiczny. Dlatego nic nie stoi na przeszkodzie - choć Trybunał do tej pory nie rozważał tego problemu wobec niewystępowania tej kwestii proceduralnej w prawie innych krajów - aby uznać, że owo prawo do utajnienia zmiany płci obejmuje także osoby najbliższe, w tym rodziców. Z doświadczenia życiowego wiadomo bowiem, że osoby trans- seksualne często odcinają się od swoich rodzin, zmieniają zupełnie warunki życia, po to właśnie, aby uniknąć konieczności konfrontacji z rodziną i narażenia się na bolesne psychicznie odrzucenie. Stąd należałoby uznać, że przyjęta w Polsce przez orzecznictwo ścieżka sądowej zmiany płci w procesie o ustalenie istnienia stanu prawnego przeciwko własnym rodzicom narusza fundamentalne prawo do prywatności osób transseksualnych, zmuszając je do ujawnienia swojej tożsamości seksualnej i faktu zmiany płci rodzicom.

Należy się zgodzić z Ignatowiczem, że tak naprawdę nie da się w ogóle wskazać strony przeciwnej konfliktu i to niezależnie, czy mówimy o rodzicach, Skarbie Państwa, czy gminie. Wynika to z prostego faktu - w wypadku zmiany płci metrykalnej nie ma w ogóle mowy o konflikcie między różnymi podmiotami. Istniejący konflikt jest konfliktem wewnętrznym jednej osoby, co z punktu widzenia prawa nie ma żadnego znaczenia, tym bardziej, że decydując się na zmianę płci metrykalnej, ewidentnie dany transseksualista już ten konflikt rozstrzygnął i to na korzyść płci psychicznej. Co więcej, jak wynika z powyższych rozważań o uznaniu płci psychicznej za dobro osobiste, zgodnie z którym każdy ma prawo swobodnie funkcjonować, po stronie innych osób istnieje obowiązek nieprzeszkadzania w realizacji tego uprawnienia. Ten obowiązek co prawda może doprowadzić do konfliktu - jeśli ktokolwiek faktycznie takie utrudnienia będzie czynił - to jednak nie uprawnia do pozwania jakiegokolwiek osoby jako potencjalnego utrudniającego, gdy do naruszenia prawa do życia zgodnie z własną tożsamością płciową jeszcze nie doszło. Niezależnie bowiem od psychicznego nastawienia rodziców transseksualisty do zachowania i sposobu funkcjonowania ich dziecka, dopóki nie podejmą oni działań naruszających jego uprawnienie, nie mogą być pozwani za własne niewcielone w życie poglądy. Tym

⁹³ Zakaz dyskryminacji z powodu zmiany płci w prawie pracy wynika również z orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie P. przeciwko S. and Cornwall County Council, sygn., C-13/94; Pogodzińska, P., op. cit., s. 137; Romer, T., op. cit., s. 76.

samym sama forma procesu wydaje się nieadekwatna do zastosowania w wypadku zmiany płci metrykalnej.

Do takiego wniosku doszedł już Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 25 lutego 1978 r. Skład orzekający uznał, iż zasada postępowania cywilnego, aby rozstrzygać sprawy w procesie z wyjątkiem sytuacji, gdy ustawa stanowi odmiennie, nie może mieć zastosowania do sądowej zmiany płci metrykalnej. Co prawda ustawodawca w żadnym przepisie nie przewidział takiego postępowania nieprocesowego (w ogóle bowiem nie uregulował tego zagadnienia), jednakże zastosowaniu trybu procesowego stoi na przeszkodzie brak strony pozwanej. Stąd, odrzuciwszy tryb procesowy, Sąd Najwyższy uznał, że w drodze analogii należy stosować przepisy prawa o aktach stanu cywilnego dotyczące sprostowania aktu urodzenia w trybie nieprocesowym⁹⁵.

Taką interpretację skrytykował Zielonacki, przytaczając dosłownie brzmienie art. 13 § 1 k.p.c., który pozwala na zastosowanie trybu nieprocesowego jedynie w wypadkach jednoznacznie wskazanych w ustawie. Przy braku takiego ustawowego rozstrzygnięcia, nie można według tego autora stosować analogii, a więc postępowanie winno toczyć się w trybie procesowym, co wymaga „stworzenia” drugiej strony „sporu”⁹⁶.

Z formalnego punktu widzenia, jeśli odrzuci się zasadność stosowania wprost przepisów o sprostowaniu aktu urodzenia i to ze skutkiem *ex tunc*, nie da się wskazać ogólnej podstawy do przeprowadzenia sądowej zmiany płci metrykalnej w formie postępowania nieprocesowego. Oczywiście, najprostsze w takim wypadku byłoby uznanie, że jedyną słuszną ścieżką jest proces. Jednakże powyższe rozważania na temat niemożności znalezienia faktycznej strony pozwanej są na tyle istotne, że może warto się zastanowić, czy droga sądowa jest w tym wypadku w ogóle konieczna.

Jeśli przeczytać dokładnie ust. 2 art. 21 ustawy prawo o aktach stanu cywilnego, to można się przekonać, że wzmianka dodatkowa może zostać umieszczona w akcie urodzenia nie tylko na podstawie orzeczenia sądowego, czy decyzji administracyjnej, ale także na podstawie innego dokumentu. Przy tworzeniu aktu urodzenia takim innym dokumentem jest zgodnie z art. 40 ustawy pisemne zgłoszenie urodzenia dziecka wystawione przez lekarza, położną lub zakład opieki zdrowotnej, w którym jednym ze wskazanych punktów jest właśnie płeć dziecka. Biorąc pod uwagę fakt, że prawo o aktach stanu cywilnego w ogóle nie odnosi się do zmiany płci metrykalnej w akcie urodzenia - a więc nie przewiduje procedury

⁹⁴ III CZP 100/77.

⁹⁵ Adamczyk, M., op. cit., s. 214.

⁹⁶ Zielonacki, A, op. cit., s. 51.

szczegółnej, nic nie stoi na przeszkodzie, żeby zapis ten został zmieniony w tym akcie w formie wzmianki dodatkowej także na podstawie orzeczenia lekarskiego. Nie byłby to pierwszy przypadek, gdy zapisy w akcie urodzenia zmieniane są na podstawie innych dokumentów niż sądowe. Warto tutaj wspomnieć choćby o możliwości uznania dziecka (art. 43 i 44 ustawy) czy zmiany jego imienia w okresie pierwszych 6 miesięcy po urodzeniu (art. 51 ustawy), które dokonywane są wyłącznie na podstawie pisemnych oświadczeń rodziców właśnie w drodze wzmianki dodatkowej bez ingerencji żadnych organów państwowych.

Dokonanie zmiany zapisu określenia płci na podstawie zaświadczenia lekarskiego bez orzeczenia sądu cywilnego nie prowadziłyby wcale do samowoli, ani tym bardziej do podważenia wiarygodności aktów stanu cywilnego. Przede wszystkim żaden lekarz nie wystawiłby takiego zaświadczenia, gdyby nie było ono zgodne z prawdą. Co więcej kierownik stanu cywilnego mógłby zażądać innych dowodów na potwierdzenie prawdziwości danych zgłoszonych (a więc na przykład drugiej opinii, czy wypisu ze szpitala po przeprowadzonym zabiegu korekty płci), a jeśli uznałby te dowody za niewystarczające mógłby przeprowadzić postępowanie wyjaśniające zgodnie z art. 22 ustawy.

Także wnioskodawca nie byłby przy zastosowaniu tej procedury ograniczony w swoich uprawnieniach, gdyż w razie odmowy dokonania wzmianki dodatkowej, służyłoby mu odwołanie do wojewody (art. 7 i 8 ustawy), a następnie droga sądowa przed sądami administracyjnymi. Co więcej, przyjęcie ścieżki administracyjnej pozwala na udział w postępowaniu wszystkim osobom zainteresowanym tą kwestią prawną, gdyż stroną może być każdy, kto ma w tym interes prawny. Jeśli więc faktycznie rodzice transseksualisty będą chcieli wyrazić swoje zdanie w tym zakresie (np. jeśli mają obawy, że postępowanie ich dziecka jest przejawem choroby psychicznej i mu faktycznie szkodzi), ta procedura im tego nie utrudni. Ponadto, jeśli wnioskodawca będzie osobą pozostającą w związku małżeńskim lub będzie rodzicem, to jako stronę postępowania kierownik urzędu stanu cywilnego będzie mógł powiadomić współmałżonka oraz dzieci albo ich przedstawiciela. Biorąc pod uwagę wrażliwość aspektów prawno-rodzinych w sytuacji życiowej transseksualistów, udział tych osób w postępowaniu i zapewnienie im pełnej możliwości obrony własnych praw - czego nie zapewnia dzisiejsze postępowanie sądowe w oparciu o art. 189 k.p.c. - jest jak najbardziej wskazane. Jednocześnie kierownik urzędu stanu cywilnego wcale nie musiałby uznawać za zasadne wobec osoby samotnej, bezdzietnej, dorosłej i niebudzącej wątpliwości co do działania z rozeznaniem poszukiwania innych stron postępowania, a tym samym nie zawiadamiałby o nim nikogo, szanując w ten sposób prawo transseksualisty do zachowania w tajemnicy kwestii związanych z płcią. Takie postępowanie, wyłącznie z udziałem wnioskodawcy, powinno być zasadą, podlegającą uchyleniu jedynie

w sytuacji istnienia faktycznych interesów osób trzecich. Zresztą gdyby kierownik urzędu stanu cywilnego bezzasadnie nie powiadomił faktycznie zainteresowanych osób o tym postępowaniu, miałby one zawsze możliwość zgłoszenia w nim swojego udziału, a nawet wystąpienia o jego wznowienie w wypadku naruszenia ich uprawnień decyzją o zmianie płci metrykalnej danej osoby

Przyjęcie ścieżki administracyjnej w odniesieniu stanu osobistego człowieka nie jest zresztą rzadkością, ani w Polsce, ani tym bardziej w innych krajach. Jeśli chodzi o regulacje polskie, to wskazać należy choćby - równie powszechnie wykorzystywaną przez transseksualistów ścieżkę zmiany imienia i końcówki nazwiska w wypadku, gdy mają one konotację związaną z płcią. Zgodnie z ustawą

o zmianie imion i nazwisk z 15 listopada 1956 r.⁹⁷ przeprowadzenie powyższej zmiany dokonywane jest dokładnie przez wyżej wymienione organy w drodze decyzji administracyjnej, przy czym do dokonania takich zmian wystarczy zaistnienie ważnych powodów, a więc formalnie osoba wcale nie musi przejść ani zabiegu korekty płci, ani tym bardziej uzyskać sądowego orzeczenia o zmianie płci metrykalnej - wystarczy, że organ uzna prawną ważność jej woli życia zgodnie z płcią psychiczną pod imieniem i nazwiskiem wskazującym na tę płć lub rodzajowo neutralnym.

Jeśli natomiast chodzi o przykłady z zagranicy, to taka właśnie procedura przyjęta została przez większość stanów USA, Kanady i Australii, a także niektóre kraje europejskie.

V Procedura zmiany płci metrykalnej w prawie obcym

W USA zagadnienia zmiany płci są regulowane na poziomie stanowym. Tylko trzy stany nie dopuszczają w ogóle prawnej zmiany płci w akcie urodzenia (Idaho, Ohio i Tennessee)⁹⁸. Część stanów wprowadziła procedurę administracyjną, bez konieczności odwołania się do sądu. Przykładowo w Connecticut ustawa z 2001 r. przewiduje możliwość zmiany płci w akcie urodzenia przez Departament Zdrowia Publicznego na podstawie zaświadczenia lekarskiego o wykonanym zabiegu chirurgicznej korekty płci oraz orzeczenia psychiatry, psychologa lub pracownika socjalnego, że dana osoba jest płci wskazanej we wniosku. Nowy akt urodzenia wydawany jest już ze wskazaniem płci wnioskowanej, fakt jego zmiany pozostaje utajniony dla wszystkich instytucji⁹⁹. Analogiczna procedura obowiązuje na

⁹⁷ Tekst jednolity Dz. U. z 2005 r., nr 233, poz. 1992, z późn. zm.

⁹⁸ *Transgender legal issues, New England, GLAD, Boston, 2008, s. 28.*

⁹⁹ *Ibidem, s. 32-33.*

Hawajach i w Wirginii, gdzie na podstawie potwierdzonego notarialnie zaświadczenia lekarza o przeprowadzeniu korekty płci wydany zostanie nowy akt urodzenia¹⁰⁰. Podobna droga urzędowa została przyjęta w Rhode Island, jednakże w tym stanie nowy akt urodzenia nosi oznaczenie, że został zmieniony Dołączane do niego jest też streszczenie podstawy tej zmiany (którą stanowi notarialnie poświadczony zaświadczenie lekarskie o przeprowadzonej chirurgicznej korekcie płci)¹⁰¹. Z kolei w Karolinie Południowej nie jest zmieniany oryginalny akt urodzenia, ale odpowiedni urząd przesyła wnioskodawcy kartę ze wskazaniem zmienionych płci i imienia, którą należy dołączyć do starego aktu urodzenia. Także w Montanie stosuje się wyłącznie ścieżkę administracyjną, tyle że poprawiony akt urodzenia nie będzie nosił oznaczenia, które zapisy zostały zmienione¹⁰².

Z kolei w Massachusetts do zmiany zapisu płci w oryginalnym akcie urodzenia konieczne jest nie tylko uprzednie przeprowadzenie zabiegu chirurgicznego (potwierdzone przez lekarza), ale także sądowa zmiana imienia. Natomiast sama zmiana zapisu płci w akcie urodzenia dokonywana jest już w urzędzie stanu cywilnego bez ingerencji sądowej¹⁰³. Analogicznie jest na Alasce, w Dystrykcie Kolumbii, na Florydzie czy w Północnej Dakocie¹⁰⁴. Ta sama procedura obowiązuje także w Arizonie, Iowa, Kentucky, Michigan, Nebrasce, Nevadzie, New Jersey, Nowym Meksyku, New York State, Północnej Karolinie, Pensylwanii, Teksasie i Waszyngtonie, przy czym w tych stanach zostanie wydany nowy akt urodzenia, a nie poprawiony pierwotny¹⁰⁵. Także w New York City wydany zostanie na tej podstawie nowy akt urodzenia, jednakże będzie on wskazywał nowe imię, ale nie będzie nosił w ogóle oznaczenia płci. Zbliżona procedura panuje w Oklahomie, gdzie po dokonaniu odpowiednich poprawek wydaje się dwustronicowy akt urodzenia - pierwsza to akt zmieniony, ze wskazaniem, że został zmieniony, druga - to akt oryginalny bez żadnych zmian¹⁰⁶. Analogicznie postępowanie wygląda w Illinois (które posiada najstarszą w tym zakresie regulację z 1967 r.) i Zachodniej Wirginii, choć w tych stanach nowy akt urodzenia będzie nosił przekreślone stare określenie płci i imienia i nadpisane nowe¹⁰⁸.

¹⁰⁰ *U.S. States and Canadian Provinces: Instructions Por Changing Name And Sex On Birth Certificate*, <http://www.drbecky.com/birthcert.html>, 29 lipca 2008 r.

¹⁰¹ *Transgender legal issues*, op. cit., s. 42.

¹⁰² *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹⁰³ *Transgender legal issues*, op. cit., s. 35-36.

¹⁰⁴ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 71-72.

¹⁰⁸ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

Odminną regulację przyjęło Maine, które do zmiany zapisu płci w akcie urodzenia wymaga drogi sądowej, przed sądem opiekuńczym (probate court). Wydanie orzeczenia pozytywnego możliwe jest dopiero po zakończonych zabiegach chirurgicznej korekty płci, poświadczonych przez lekarza. Nowy akt urodzenia będzie miał oznaczenie, że został zmieniony oraz zawierał datę zmiany i jej podstawę prawną¹⁰⁹. Analogicznie rozwiązał problem Vermont. Jednakże nowy akt urodzenia wydany w tym stanie zawiera przekreślony stary zapis płci i wpisany nowy¹¹⁰. Jeszcze mniej szanująca prawo do prywatności transseksualistów procedura panuje w Missisipi, gdzie co prawda można dochodzić sądowego stwierdzenia odmiennej płci i innego imienia, jednakże na podstawie orzeczenia sądu nowe zapisy zostają wpisane na marginesie aktu urodzenia, bez zmiany lub usunięcia pierwotnych¹¹¹. W Alabamie, Missouri i Wisconsin, gdzie także zarówno dla zmiany imienia, jak i zapisu płci konieczne jest wdrożenia postępowania sądowego, po przeprowadzonym zabiegu chirurgicznym, wzmianki umieszcza się na oryginalnym akcie urodzenia¹¹². Natomiast w Arkansas, Kalifornii, Kolorado, New Hampshire i Oregonie przy zachowaniu tej samej procedury sądowej i warunków formalnych, zostanie wydany nowy akt urodzenia¹¹³. W Marylandzie i Utah wydany zostanie co prawda po zastosowaniu tej procedury poprawiony akt urodzenia, ale bez jakiegokolwiek odwołania do oryginału¹¹⁴. W Luizjanie po zabiegu chirurgicznej korekty płci dana osoba może wystąpić do sądu o wydanie nowego aktu urodzenia ze wskazaniem odmiennej niż pierwotnie płci i innego imienia. Dodatkowo w odniesieniu do osób pozostających w związku małżeńskim na zmiany w akcie urodzenia musi wyrazić pisemną zgodę współmałżonek¹¹⁵.

Także w Kanadzie obowiązują regulacje na poziomie stanowym. Zostały one w większości stanów wprowadzone już w latach 70-tych (Alberta i Kolumbia Brytyjska - 1973; Saskatchewan - 1975; Ouebek - 1977). Wszędzie jednak obowiązuje droga administracyjna, przy czym wymaga się, aby najpierw przeprowadzona została chirurgiczna korekta płci potwierdzona przez jednego lub więcej lekarzy. Tak jest m.in. w Albercie, Kolumbii Brytyjskiej, Manitobie, Nowej Funlandii i na Labradorze, w Saskatchewan¹¹⁶, Nowym Brunzwicku oraz

¹⁰⁹ *Transgender legal issues*, op. cit., s. 37-38.

¹¹⁰ *Ibidem*, s44.

¹¹¹ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Changing legal gender assignment in Canada*, http://en.wikipedia.org/wiki/Changing_legal_gender_assignment_in_Canada, 30 lipca 2008 r.

w Nowej Szkocji¹¹⁷. Akt urodzenia ulega sprostowaniu, co ma skutek, że osoba transseksualna traktowana jest jakby od urodzenia należała do płci, do której czuje przynależność psychiczną. Odmiennie jest w Quebecu, gdzie skutek zmiany płci następuje od dnia zabiegu chirurgicznego¹¹⁸. Wyjątkowo w Ontario co prawda na poprawionym skróconym odpisie aktu urodzenia w tym stanie nie wskazuje się, które wzmianki zostały zmienione, jednak odmiennie jest na akcie pełnym - wskazane są i stare i nowe zapisy imienia oraz płci¹¹⁹. W stanach, w których dopuszczalne są małżeństwa osób tej samej płci, zniesiony został warunek pozostawania w stanie wolnym dla dokonania zmiany płci metrykalnej (np. Quebec, Kolumbia Brytyjska). Zmiana imienia jest niezależna od zmiany płci i nie wymaga uprzedniego przeprowadzenia zabiegu chirurgicznego

Także Republika Południowej Afryki na podstawie South African Births, Marriages and Deaths Registration (Amendment) Act z 1974 r. dopuszcza sprostowanie zapisu płci w akcie urodzenia przez urzędnika za rekomendacją Sekretarza Zdrowia. Sprostowanie takie dotyczy osób, które przeszły chirurgiczną korektę płci, o czym świadczy dokumentacja medyczna. Sprostowanie dokonane w akcie urodzenia ma taki skutek, jakby osoba od urodzenia była płci, która została ujawniona w wyniku operacji¹²¹.

W Australii prawo federalne reguluje jedynie kwestię wydawania paszportów. Transseksualistom po przejściu operacyjnej korekty płci, którzy także zmienili imię, wydawany jest nowy paszport ze wskazaniem nowych danych. Transseksualistom, którzy zmienili imię, lecz jeszcze nie przeszli operacji korekty płci, wydawany jest - na podstawie zaświadczenia lekarskiego o zamiarze przeprowadzenia takiej operacji - paszport czasowy, ważny przez rok. Z kolei na poziomie stanowym rozstrzygnięte zostało zagadnienie zmiany aktu urodzenia i innych dokumentów¹²².

Większość stanów reguluje to zagadnienie na drodze administracyjnej. Tak jest na Terytorium Północnym i na Australijskim Terytorium Stołecznym oraz w Nowej Południowej Walii, Queensland, Tasmanii i Wiktorii. Do uznania odmiennej płci wymagane jest wdrożenie postępowania chirurgicznego, ale nie muszą być ukończone wszystkie etapy prowadzące do wykształcenia zewnętrznych

¹¹⁷ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹¹⁸ *Integrating Transsexual and Transgendered People. A Comparative Study of European, Commonwealth and International Law*, <http://www.pfc.org.uk/node/347>, 30 lipca 2008 r.

¹¹⁹ *U.S. States and Canadian Provinces*, op. cit.

¹²⁰ *Changing legal gender assignment in Canada*, op. cit.

¹²¹ *Integrating Transsexual and Transgendered People*, op. cit.

¹²² *Ibidem*.

narządów rodnych płci przeciwnej¹²³. Uznaje się, że w przypadku operacji narządów męskich wystarcza usunięcie penisa, a w wypadku narządów żeńskich - usunięcie macicy i jajników. Przykładowo w sprawie z 2001 r. Re Kevin and Another sąd uznał Kevina za mężczyznę i wydał zgodę na zawarcie małżeństwa z kobietą, pomimo nieprzeprowadzenia phalloplastii (chirurgicznej konstrukcji penisa)¹²⁴.

Ostatnio duże zainteresowanie wywołała sprawa 12-letniej dziewczynki, która od czwartego roku życia przejawia poczucie bycia chłopcem i wykazuje zachowania w związku z tą płcią. W maju 2008 r. sąd rodzinny w stanie Wiktoria (sprawa trafiła do sądu wobec konfliktu między rodzicami dziewczynki) wydał orzeczenie zezwalające - w interesie dziecka - na rozpoczęcie fazy leczenia hormonalnego, aby nie doprowadzić do naturalnego uzewnętrznienia się hormonów kobiecych w postaci miesiączkowania i rozrostu gruczołów piersiowych. Co prawda zabiegi chirurgiczne oraz ewentualna zmiana dokumentów będą mogły być dokonane dopiero po uzyskaniu przez dziewczynkę pełnoletniości, jednakże sąd uznał, że dla dobra dziecka należy podjąć już na tym etapie jej rozwoju kroki pozwalające mu w przyszłości żyć jako mężczyzna¹²⁵.

Wszystkie powyższe stany i terytoria australijskie wydają na podstawie decyzji administracyjnej nowy akt urodzenia, wywierający skutki prawne od daty jego wydania. Jedynie w Tasmanii na tym nowym dokumencie istnieje wzmianka, że osoba było poprzednio zarejestrowana pod inną płcią¹²⁶.

Z kolei w Południowej Australii przyjęto drogę sądową zmiany płci metrykalnej. Zgodnie z Sexual Reassignment Act z 1988 r. sędziowie wyznaczeni przez gubernatora mogą wystawiać certyfikaty uznania płci. Z wnioskiem o wydanie takiego certyfikatu może wystąpić transseksualista, który przeszedł pełen chirurgiczny zabieg korekty płci na terenie stanu lub jest zarejestrowany w stanowym rejestrze urodzeń, a w przypadku dziecka - jego przedstawiciel ustawowy. O złożeniu wniosku sąd powiadamia ministra oraz każdą osobę, którą uzna za stosowne - w takim wypadku może ona wziąć udział w rozprawie. Warunkami orzeczenia o wydaniu certyfikatu o uznaniu płci jest przekonanie wnioskodawcy, że jego prawdziwą płcią jest płeć ujawniona w wyniku zabiegu chirurgicznego, osoba ta żyje zgodnie z tą płcią oraz otrzymała odpowiednie doradztwo z zakresu identyfikacji

¹²³ Wymaganie dokonania pełnej korekty narządów rodnych wprowadzone zostało w Południowej i Zachodniej Australii; David, E., Blight, J., *Understanding Australia's Human Rights Obligations in Relation to Transsexuals: Privacy and Marriage in the Australian Context*, <http://www.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLRev/2004/16.html>, 30 lipca 2008 r.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Squires, N., *judge gives girl, 12, go-ahead to change sex*, Telegraph.co.uk, 26 maja 2008 r.

płciowej. W wypadku osoby niepełnoletniej, sąd musi być przekonany, że zmiana płci metrykalnej leży w najlepiej pojętym interesie dziecka. Na podstawie tego sądownie wydane go certyfikatu uznania płci, rejestr urodzeń zmienia zapisy w aktach danej osoby. Taki zmieniony akt urodzenia nie może być wykorzystywany poza stanem, chyba że prawo tego kraju na to zezwala i zostały poinformowane odpowiednie władze o dokonanej zmianie płci metrykalnej.

W Nowej Zelandii kwestie te reguluje Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts Amendment) Act z 1996 r. Zgodnie z tą ustawą warunkiem zmiany zapisu płci w akcie urodzenia jest „interwencja medyczna”, jednakże wobec braku dokładniejszej definicji tego pojęcia przyjmuje się, że transseksualiści przed zabiegiem chirurgicznym także mogą starać się o zmianę płci metrykalnej, a w wyniku jej przeprowadzenia, zawierać związki małżeńskie i adoptować dzieci¹²⁷.

Natomiast Japonia przyjęła odpowiednią ustawę w lipcu 2003 r. decydując się na procedurę sądową. Jednakże warunkiem do zmiany płci metrykalnej jest według niej niepozostawanie w związku małżeńskim oraz bezdzietność¹²⁸. Na chwilę obecną japoński Sąd Najwyższy utrzymuje te dwa warunki jako konieczne dla przeprowadzenia niniejszej procedury mając na względzie ochronę i przejrzystość stosunków rodzinnych¹²⁹.

Pierwszym krajem europejskim, który wprowadził ustawę dotyczącą regulacji prawnej sytuacji transseksualistów, była Szwecja. Akt z 21 kwietnia 1972 r. przewidywał sprostowanie zapisu w księgach stanu cywilnego w trybie procedury administracyjnej na podstawie orzeczenia komisji lekarsko-prawniczej o trwałym i nieodwracalnym transseksualizmie, przy czym orzeczenie takie może otrzymać wyłącznie osoba pełnoletnia, całkowicie niezdolna do prokreacji i nie- pozostająca w związku małżeńskim. Warunkiem prawnej zmiany płci nie jest uprzednie przeprowadzenie chirurgicznego zabiegu adopcyjnego, wręcz przeciwnie - przeprowadzenie takiej adaptacji bez zgody powyższej komisji traktowane jest jak przestępstwo¹³⁰.

W dniu 10 września 1980 r. uchwalona została niemiecka ustawa o zmianie imion i ustaleniu przynależności rodzajowej w określonych przypadkach. Przewi-

¹²⁷ *Integrating Transsexual and Transgendered People*, op. cit.

¹²⁸ *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

¹²⁹ *Japanese court denies transsexuals' pleas to change records*, ABC News, 30 października 2007 r.

¹³⁰

Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 70-71; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, CIEC, Strasburg, 2002, s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12; Osajda, K., op. cit., s. 145.

duje ona dwa warianty postępowania w Władku transseksualistów. Tzw wariant mały dotyczy dorosłego transseksualisty¹³¹, będącego obywatelem niemieckim, azylantem albo bezpaństwowcem, zamieszkującego na terenie Niemiec, od trzech lat żyjącego zgodnie z płcią przeciwną do wskazanej w akcie urodzenia, wobec którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że identyfikacja płciowa nie zmieni się. W odniesieniu do takiej osoby sąd dokonuje zmiany imienia zgodnie z płcią psychiczną. Nie następuje natomiast zmiana zapisu płci w akcie urodzenia. Taką zmianę przewiduje tzw. wariant duży, który oprócz wymienionych wyżej warunków wymaga, aby osoba nie pozostawała w związku małżeńskim i przeszła chirurgiczny zabieg adaptacji płci, w wyniku którego będzie trwale niezdolna do prokreacji. W tym ostatnim wypadku zmiana płci następuje w formie wzmianki marginesowej na oryginale aktu urodzenia¹³³.

Zbliżone do rozwiązań niemieckich są uregulowania austriackie, tyle że zostały one przyjęte na poziomie nie ustawy, ale rozporządzeń administracyjnych (rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 18 lipca 1983 r.) i nie przewidują udziału sądu. Poza tym - tak jak w Niemczech - możliwe są dwa rozwiązania. Rozwiązanie pełne oznacza, że organ administracyjny wpisuje w postaci wzmianki marginesowej w akt urodzenia nowy zapis o płci. Procedura ta może mieć miejsce w stosunku do osób, które przynajmniej od roku żyją zgodnie z płcią przeciwną do metrykalnej i przeszły chirurgiczny zabieg korekcyjny, co stwierdzone zostało przez odpowiedni ośrodek medyczny. Procedurę tę mogą zastosować wyłącznie osoby niepozostające w związku małżeńskim. Oprócz tego istnieje rozwiązanie niepełne - pozwalające, bez konieczności spełniania powyższych warunków, na zmianę imienia mającego konotację płci na imię neutralne rodzajowo

Także Słowacja przyjęła ścieżkę administracyjną. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Ministra Zdrowia z 1981 r. przewidują możliwość zmiany imienia i nazwiska oraz określenia płci w akcie urodzenia na podstawie

¹³¹ Początkowy warunek ukończenia 25 lat został uznany za niezgodny z konstytucją przez Bundesverfassungsgericht, orzeczeniem z 16 marca 1982 r.; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 5.

¹³² Wyrokiem z lipca 2008 r. niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał ten warunek za niekonstytucyjny i dał ustawodawcy rok na wprowadzenie odpowiedniej zmiany ustawowej; *Un transsexuel de 79 ans peut rester marié*, Insolite, 23 lipca 2008 r.

¹³³ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 69-70; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., str. 10; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 11.

¹³⁴ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12.

płciowej. W wypadku osoby niepełnoletniej, sąd musi być przekonany, że zmiana płci metrykalnej leży w najlepiej pojętym interesie dziecka. Na podstawie tego sądownie wydane go certyfikatu uznania płci, rejestr urodzeń zmienia zapisy w aktach danej osoby. Taki zmieniony akt urodzenia nie może być wykorzystywany poza stanem, chyba że prawo tego kraju na to zezwala i zostały poinformowane odpowiednie władze o dokonanej zmianie płci metrykalnej.

W Nowej Zelandii kwestie te reguluje Transgender (Anti-Discrimination and Other Acts Amendment) Act z 1996 r. Zgodnie z tą ustawą warunkiem zmiany zapisu płci w akcie urodzenia jest „interwencja medyczna”, jednakże wobec braku dokładniejszej definicji tego pojęcia przyjmuje się, że transseksualiści przed zabiegiem chirurgicznym także mogą starać się o zmianę płci metrykalnej, a w wyniku jej przeprowadzenia, zawierać związki małżeńskie i adoptować dzieci¹²⁷.

Natomiast Japonia przyjęła odpowiednią ustawę w lipcu 2003 r. decydując się na procedurę sądową. Jednakże warunkiem do zmiany płci metrykalnej jest według niej niepozostawanie w związku małżeńskim oraz bezdzietność¹²⁸. Na chwilę obecną japoński Sąd Najwyższy utrzymuje te dwa warunki jako konieczne dla przeprowadzenia niniejszej procedury mając na względzie ochronę i przejrzystość stosunków rodzinnych¹²⁹.

Pierwszym krajem europejskim, który wprowadził ustawę dotyczącą regulacji prawnej sytuacji transseksualistów, była Szwecja. Akt z 21 kwietnia 1972 r. przewidział sprostowanie zapisu w księgach stanu cywilnego w trybie procedury administracyjnej na podstawie orzeczenia komisji lekarsko-prawniczej o trwałym i nieodwracalnym transseksualizmie, przy czym orzeczenie takie może otrzymać wyłącznie osoba pełnoletnia, całkowicie niezdolna do prokreacji i nie- pozostająca w związku małżeńskim. Warunkiem prawnej zmiany płci nie jest uprzednie przeprowadzenie chirurgicznego zabiegu adopcyjnego, wręcz przeciwnie - przeprowadzenie takiej adaptacji bez zgody powyższej komisji traktowane jest jak przestępstwo¹³⁰.

W dniu 10 września 1980 r. uchwalona została niemiecka ustawa o zmianie imion i ustaleniu przynależności rodzajowej w określonych przypadkach. Przewi-

¹²⁷ *Integrating Transsexual and Transgendered People*, op. cit.

¹²⁸ *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

¹²⁹ *Japanese court denies transsexuals' pleas to change records*, ABC News, 30 października 2007 r.

¹³⁰ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 70—71 ; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, CIEC, Strasburg, 2002, s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12; Osajda, K., op. cit., s. 145.

duje ona dwa warianty postępowania w Władku transseksualistów. Tzw. wariant mały dotyczy dorosłego transseksualisty¹³¹, będącego obywatelem niemieckim, azylantem albo bezpaństwowcem, zamieszkującego na terenie Niemiec, od trzech lat żyjącego zgodnie z płcią przeciwną do wskazanej w akcie urodzenia, wobec którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że identyfikacja płciowa nie zmieni się. W odniesieniu do takiej osoby sąd dokonuje zmiany imienia zgodnie z płcią psychiczną. Nie następuje natomiast zmiana zapisu płci w akcie urodzenia. Taką zmianę przewiduje tzw. wariant duży, który oprócz wymienionych wyżej warunków wymaga, aby osoba nie pozostawała w związku małżeńskim i przeszła chirurgiczny zabieg adaptacji płci, w wyniku którego będzie trwale niezdolna do prokreacji. W tym ostatnim wypadku zmiana płci następuje w formie wzmianki marginesowej na oryginale aktu urodzenia¹³³.

Zbliżone do rozwiązań niemieckich są uregulowania austriackie, tyle że zostały one przyjęte na poziomie nie ustawy, ale rozporządzeń administracyjnych (rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z 18 lipca 1983 r.) i nie przewidują udziału sądu. Poza tym - tak jak w Niemczech - możliwe są dwa rozwiązania. Rozwiązanie pełne oznacza, że organ administracyjny wpisuje w postaci wzmianki marginesowej w akt urodzenia nowy zapis o płci. Procedura ta może mieć miejsce w stosunku do osób, które przynajmniej od roku żyją zgodnie z płcią przeciwną do metrykalnej i przeszły chirurgiczny zabieg korekcyjny, co stwierdzone zostało przez odpowiedni ośrodek medyczny. Procedurę tę mogą zastosować wyłącznie osoby niepozostające w związku małżeńskim. Oprócz tego istnieje rozwiązanie niepełne - pozwalające, bez konieczności spełniania powyższych warunków, na zmianę imienia mającego konotację płci na imię neutralne rodzajowo

Także Słowacja przyjęła ścieżkę administracyjną. Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Ministra Zdrowia z 1981 r. przewidują możliwość zmiany imienia i nazwiska oraz określenia płci w akcie urodzenia na podstawie

¹³¹ Początkowy warunek ukończenia 25 lat został uznany za niezgodny z konstytucją przez Bundesverfassungsgericht, orzeczeniem z 16 marca 1982 r.; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 5.

¹³² Wyrokiem z lipca 2008 r. niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał ten warunek za niekonstytucyjny i dał ustawodawcy rok na wprowadzenie odpowiedniej zmiany ustawowej; *Un transsexuel de 79 ans peut rester marié*, Insolite, 23 lipca 2008 r.

¹³³ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 69-70; Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., str. 10; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 11.

¹³⁴ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12.

zaświadczenia lekarskiego o diapozie nieodwracalnego transseksualizmu oraz przebytej operacji korekty płci¹³⁵.

Z kolei ustawa włoska z 1 czerwca 1982 r. wybrała postępowanie sądowe w trybie nieprocesowym ze skutkiem zmiany zapisu o płci *ex nunc* w formie wzmianki marginesowej na akcie urodzenia i to bez formalnej konieczności uprzedniego przeprowadzania operacji chirurgicznej korekty płci, niezależnie od wieku wnioskodawcy i bez żadnych warunków dodatkowych, orzeczenie takie powoduje jedynie ustanie z mocy prawa związku małżeńskiego wnioskodawcy¹³⁶. Natomiast samo przeprowadzenie chirurgicznej korekty płci wymaga uzyskania uprzedniej zgody sądu udzielanej po zweryfikowaniu diagnozy nieodwracalnego transseksualizmu. W praktyce przyjęło się więc, że sądy wydają ostateczną decyzję o zmianie płci metrykalnej po zakończeniu terapii, w tym po zabiegu chirurgicznym¹³⁷.

Kolejnym aktem europejskim, który umożliwił zmianę płci metrykalnej, była holenderska ustawa z 1985 r. Dopuszcza ona sądową zmianę płci w formie wzmianki marginesowej na akcie urodzenia, na wniosek obywatela holenderskiego albo obcokrajowca, zamieszkującego terytorium Holandii co najmniej od roku, pod warunkiem niepozostawania w związku małżeńskim oraz braku zdolności do prokreacji. Osoba musi przejść zabieg chirurgiczny adaptacji płci oraz przedstawić zaświadczenie lekarskie o diagnozie nieodwracalnego transseksualizmu¹³⁸. Wnioskodawca może żądać, aby oryginalne dokumenty wskazujące płeć i imię zostały zniszczone, jednak na nowych dokumentach stanu cywilnego będzie wskazane, decyzją jakiego sądu i kiedy które elementy stanu cywilnego zostały zmienione¹³⁹.

Turecka ustawa z 4 maja 1988 r. jest zbliżona w treści do prawa włoskiego i nie stawia praktycznie żadnych warunków do zmiany płci metrykalnej z wyjątkiem poświadczenia przez lekarza diagnozy transseksualizmu¹⁴⁰, przy czym o ile osoba pozostaje w związku małżeńskim to - ponieważ zmiana płci metrykalnej powoduje z urzędu anulowanie małżeństwa - sprawa jest wytaczana przeciwko współmałżonkowi¹⁴¹. Odmienne są jednak skutki wyroku zmieniającego płeć

¹³⁵ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12-13.

¹³⁶ Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 70; Osajda, K., op. cit., s. 145-146.

¹³⁷ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 12.

¹³⁸ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 11-12.

¹³⁹ Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 19.

¹⁴⁰ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 6.

¹⁴¹ W takich wypadkach sąd musi również z urzędu rozstrzygnąć kwestię opieki nad

metrykalną - o ile we Włoszech nowy zapis płci jest wpisywany w formie wzmianki marginesowej na oryginale aktu urodzenia, o tyle w Turcji stary akt urodzenia jest anulowany i wystawiany jest nowy ze wskazaniem odmiennego zapisu płci¹⁴².

Wielka Brytania, na skutek przegranej przed Trybunałem Praw Człowieka sprawy Goodwin, wydała 1 lipca 2004 r. Gender Recognition Act. Zgodnie z tą ustawą, każda pełnoletnia osoba, która żyje zgodnie z płcią odmienną niż wynikająca z aktu urodzenia przez okres co najmniej dwóch lat i zamierza żyć zgodnie z tą płcią do śmierci, może złożyć wniosek o uznanie tej płci do Gender Recognition Panel, składającego się z prawników i lekarzy lub psychologów wybieranych przez Lorda Kanclerza, przy czym do wniosku musi dołączyć zaświadczenie lekarza lub psychologa o zdiagnozowaniu transseksualizmu i wdrożonych oraz przewidywanych formach terapii. Na podstawie takiego wniosku, po zweryfikowaniu istnienia wszystkich przesłanek, panel wydaje osobie niepozostającej w związku małżeńskim certyfikat o uznaniu płci. W wypadku odmowy wydania takiego certyfikatu wnioskodawcy przysługuje prawo odwołania do sądu. Certyfikat stanowi podstawę do uznania stwierdzonej w nim płci danej osoby w każdych stosunkach prawnych, nie ma on jednak wpływu na ważność czynności wcześniejszych (z wyjątkiem małżeństwa - wydany osobie pozostającej w związku małżeńskim certyfikat czasowy stanowi podstawę do unieważnienia małżeństwa). Certyfikat z urzędu jest wysyłany do rejestru aktów urodzenia i na jego podstawie wydawane są odpisy zawierające nowe określenie płci. Osoba, która uzyskała uznanie płci może zawrzeć związek małżeński z osobą płci przeciwnej do jej obecnej płci metrykalnej, choć ustawa wyraźnie wskazuje, że kapłan może odmówić udzielenie ślubu, jeśli ma podejrzenia, że osoba zmieniła płeć. W takim wypadku transseksualista ma prawo do małżeństwa cywilnego.

Zgodnie z hiszpańską ustawą z czerwca 2006 r. zmiana imienia oraz oznaczenia płci w akcie urodzenia i wszystkich dokumentach tożsamości nie jest związana z warunkiem przejścia operacji chirurgicznej, wymaga się jedynie dwuletniego okresu terapii hormonalnej¹⁴³.

W dniu 10 maja 2007 r. wydana została belgijska ustawa *Loi relative a la transsexualite*, modyfikująca kodeks cywilny i kodeks sądowy. Zgodnie z tą ustawą, każdy obywatel Belgii oraz obcokrajowiec, który jest wpisany do belgijskiego rejestru ludności, może złożyć oświadczenie przed urzędnikiem stanu cywilnego, że ma trwałe poczucie przynależności do płci odmiennej, niż wpisana w jego akcie

¹⁴² Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 10; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 18.

¹⁴³ *Legal aspects of transsexualism*, http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_aspects_of_transsexualism, 28 lipca 2008 r.

urodzenia, jeśli jego ciało zostało przystosowane - jak dalece to możliwe z punktu widzenia medycyny - do płci, do której przynależność odczuwa. Oświadczenie takie może złożyć także osoba niepełnoletnia pod warunkiem, że zostanie ono potwierdzone przez jej przedstawiciela ustawowego. Do oświadczenia należy dołączyć zaświadczenie prowadzącego psychiatry lub chirurga potwierdzające stałe poczucie przynależności do innej płci, fakt przeprowadzenia chirurgicznego zabiegu korekcyjnego oraz niezdolność do prokreacji zgodnie z płcią metrykalną. Na podstawie tych dokumentów urzędnik stanu cywilnego wystawia odpis aktu urodzenia, wskazujący nowe określenie płci, wywierający prawne skutki od momentu jego rejestracji w rejestrze aktów urodzenia. Zapis nowej płci wpisywany jest na oryginale aktu urodzenia w postaci wzmianki marginesowej. O fakcie tym urzędnik stanu cywilnego ma obowiązek poinformować prokuraturę i właściwy miejscowo sąd pierwszej instancji. W wypadku odmowy wpisania nowej płci do aktu urodzenia, urzędnik wydaje umotywowaną decyzję, od której wnioskodawcy przysługuje odwołanie do sądu. Prokurator oraz każda osoba mająca w tym interes prawny mogą wnieść do sądu odwołanie od decyzji urzędnika stanu cywilnego zmieniającej zapis płci w akcie urodzenia. Ustawa pozwala także na zmianę imion i nazwiska na zgodne z płcią psychiczną i to jeszcze przed zmianą płci metrykalnej, a nawet przed zabiegiem korekcyjnym. Zmiana płci metrykalnej nie ma znaczenia dla stosunków rodzinnych danej osoby, ani rodzicielskich, ani małżeńskich, co wynika z faktu, że Belgia uznaje możliwość zawarcia małżeństwa przez osoby tej samej płci¹⁴⁴.

Niektóre państwa, które nie przyjęły regulacji ustawowych lub administracyjnych w odniesieniu do zmiany płci przez transseksualistów, rozstrzygnęły to zagadnienie - podobnie jak Polska - na poziomie orzecznictwa. Przykładowo Bułgaria dopuszcza w drodze praktyki sądową zmianę płci metrykalnej oraz imienia po przebytych zabiegach chirurgicznych. Przed sądem należy udowodnić za pomocą świadków i ekspertów medycznych istnienie syndromu transseksualizmu. Sąd dokonuje odpowiednich sprostowań, przyjmując, że zapis płci w oparciu o wygląd zewnętrznych genitaliów był błędny oraz że istnieje ważny interes prawny w zmianie imienia¹⁴⁵.

Także Francja do tej pory nie przyjęła żadnych regulacji prawnych w tym zakresie, jednakże od wyroku Trybunału w Strasburgu w sprawie B. przeciwko

¹⁴⁴ Kleniewska, I, *Zarejestrowane związki partnerskie i małżeństwa osób tej samej płci za granicą prawo polskie*, artykuł oddany do druku, s. 2.

¹⁴⁵ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 7; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 13-14; Okoliyski, M., Velichkov, P., *Bulgaria*, <http://www2.huberlin.de/sexology/IES/bulgaria.html#7>, 28 lipca 2008 r.

Francji, Cour de cassation zmienił swoją politykę w tym względzie i dwoma orzeczeniami z 11 grudnia 1992 r. ustalił nową linię orzeczniczą. Zezwolił tym samym na modyfikację zapisu płci w formie wzmianki marginesowej na akcie urodzenia, a co za tym idzie - zmianę imienia osoby, w odniesieniu do której diagnoza trans- seksualizmu została udowodniona sądową ekspertyzą medyczną i która przeszła chirurgiczny zabieg korekcyjny. W praktyce można spotkać także jedynie wnioski o zmianę imienia, którym sądy niższych instancji czynią zadość¹⁴⁶.

W Danii, Finlandii i Norwegii, pomimo braku regulacji prawnych, przyjęta jest praktyka administracyjna zmiany płci metrykalnej i imienia oraz numeru identyfikacyjnego przez urzędnika stanu cywilnego po przedstawieniu mu odpowiedniej dokumentacji medycznej, wskazującej na przejście zabiegu chirurgicznego korekty płci i niezdolność do prokreacji¹⁴⁷.

Również w Irlandii brak jest przepisów umożliwiających zmianę płci metrykalnej. Do tej pory sądy na tej podstawie odmawiały dokonywania przedmiotowej zmiany. Jednakże w wyroku z 14 lutego 2008 r. w sprawie wniesionej przez dr Lidę Foy High Court orzekł - odwołując się do wyroku Trybunału w Strasburgu w sprawie Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii - że Civil Registration Act, który nie przewiduje możliwości zmiany zapisu płci w akcie urodzenia, jest sprzeczny z art. 8 Konwencji. Sąd stwierdził również, że brak regulacji dotyczącej małżeństw transseksualistów jest sprzeczny z art. 12 Konwencji. Rząd Irlandii ma prawo wniesienia odwołania do Sądu Najwyższego, jednakże w wypadku braku zaskarżenia lub oddalenia odwołania, będzie zobowiązany do wprowadzenia rozwiązań prawnych zgodnych z Europejską Konwencją Praw Człowieka według jej interpretacji wynikającej ze sprawy Goodwin¹⁴⁸.

Podobnie sytuacja wygląda w Korei Południowej. Od lat 90-tych sądy zasadniczo dokonują zmiany płci metrykalnej. Co więcej w wyroku z 2006 r. Sąd Najwyższy orzekł, że transseksualiści mają prawo do tego, aby wszystkie ich dokumenty zawierały oznaczenie płci zgodnej z ich poczuciem wewnętrznym i przystosowaniem medycznym i to nie tylko jako odpowiednio: mężczyzna czy kobieta, ale wręcz jako „urodzony jako mężczyzna” albo „urodzona jako kobieta”.

¹⁴⁶ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 8; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 14-15; Radal, B., *Hommes et femmes transsexuel(le)s en France. Entre normalisation et subversion*, mémoire Université de Provence, Aix-Marseille 1, 2002, s. 31.

¹⁴⁷ Granet, F., *Le transsexualisme en Europe. Note de synthèse*, op. cit., s. 9; Granet, F., *Transsexualism in Europe*, op. cit., s. 16-17.

¹⁴⁸ Whittle, S., Turner, L., Combs, R., Rhodes, S., *Transgender EuroStudy: legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, ILGA Europe, Bruksela, 2008, s. 19; *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

Transseksualista otrzymuje również automatyczne uznanie płci odmiennej niż metrykalna w momencie zawarcia związku małżeńskiego z osobą tej samej płci co jego płeć metrykalna¹⁴⁹.

Jak widać z powyższych rozważań, nie ma wśród krajów świata jednej przeważającej ścieżki prawnej prowadzącej do uznania płci psychicznej transseksualistów. Nie ulega jedynie wątpliwości, że powszechnie uznano ich prawo do zmiany płci metrykalnej oraz innych danych osobowych. Niezależnie od tego, czy dany kraj wybrał drogę procedury administracyjnej czy cywilno-sądowej, najczęściej wymaganymi warunkami wstępnymi - oprócz diagnozy nieodwracalnego transseksualizmu - są przebieg operacji korekty płci, niezdolność płodzenia oraz niepozostawanie w związku małżeńskim. Ostatnie doniesienia prasowe oraz decyzje sądowe wskazują jednak, że właśnie wymaganie spełnienia tych warunków wcale nie jest już takie oczywiste.

VI Być jednocześnie kobietą i mężczyzną - prawne znaczenie określenia płci we współczesnym prawie rodzinnym

Safian omawiając przytoczony powyżej wyrok Sądu Najwyższego z 1991 r., który podkreślił, że warunkiem sądowej zmiany płci jest trwałe poczucie przynależności do płci przeciwnej niż metrykalna, podnosi, że nietrwałość bądź odwracalność tego poczucia (czego dowodem byłoby pozostawanie w związku małżeńskim, czy zachowanie zdolności do płodzenia lub urodzenia dziecka), prowadziłyby do powstania wątpliwości, czy w ogóle możemy mówić o „zmianie płci”, a tym samym - skutkowałyby oddaleniem powództwa¹⁵⁰. Podobne zastrzeżenia zgłaszał wielokrotnie Filar, który uważał, że warunkiem wstępnym zmiany płci metrykalnej powinna być chirurgiczna operacja korekcyjna, gdyż w przeciwnym wypadku może dojść do zawarcia związku małżeńskiego przez dwie osoby o co prawda odmiennej płci prawnej, ale identycznej płci biologicznej, co może prowadzić do zniszczenia instytucji małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety nastawionego na spłodzenie potomstwa¹⁵¹. Podobne obawy można zgłosić nie tylko zresztą odnośnie do zawierania małżeństw, ale także do kwestii rodzicielstwa. Jeśli bowiem transseksualista po zmianie płci metrykalnej a przed zabiegiem korekcyjnym

¹⁴⁹ *Legal aspects of transsexualism*, op. cit.

¹⁵⁰ Safian, M., op. cit., s. 89-90.

¹⁵¹ Jak to Filar obrazowo określa: „możemy być narażeni na to, że dopiero w trakcie nocy poślubnej okaże się, że będą z niej nici”; Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., s. 5; Filar, M., *Glosa*, op. cit., s. 118.

spłodzi lub urodzi dziecko, to czy jego ojcostwo albo macierzyństwo powinno się oznaczać zgodnie z płcią prawną czy biologiczną?

Jak widać z powyższych rozważań prawno-porównawczych, większość ustawodawstw zagranicznych stoi lub przynajmniej początkowo stała na tym samym stanowisku, w imię - jak to ładnie ujął Sąd Najwyższy Japonii - przejrzystości i ochrony stosunków rodzinnych¹⁵². Także orzecznictwo strasburskie, w odniesieniu do zagadnień prawno-rodzinnych wydaje się głosić zbliżone poglądy.

Dowodem tego, że według Trybunału Praw Człowieka warunkiem niezbędnym do zmiany płci metrykalnej jest trwałość i nieodwracalność poczucia przynależności do płci odmiennej jest choćby orzeczenie Komisji z 23 października 1997 r. w sprawie Theodor (Dora) Roetzheim przeciwko Niemcom. Roetzheim domagał się uznania, że Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen - Transsexuellengesetz z 1980 r. jest niekonstytucyjna i narusza jego prawo do prywatności, gdyż nie dopuszcza do zmiany imienia oraz zapisu płci w aktach stanu cywilnego bez uprzedniej operacji chirurgicznej korekty płci. Roetzheim był chromosomalnym mężczyzną, żonatym, ojcem jednego dziecka. W 1992 r. zaczął przejawiać zachowania typowe dla płci żeńskiej i ubierać się jak kobieta, odmówił jednak poddania się operacji korekty płci, pozostawał również nadal płodny jako mężczyzna. Pomimo to wystąpił do sądu o zmianę zapisu płci. W momencie wydawania wyroku odmownego w sądzie pierwszej instancji postępowanie rozwodowe pomiędzy Roetzheimem a jego żoną było w toku. Gdy sąd odwoławczy utrzymywał ten wyrok w mocy, Roetzheim był już ponownie żonaty i został ojcem kolejnego dziecka. Niemiecka Transsexuellengesetz do zmiany prawnej płci wymaga, aby przekonanie o przynależności do płci przeciwnej niż wpisana w akcie urodzenia było trwałe - osoba ma żyć zgodnie z tą płcią przez okres co najmniej trzech lat, ma niepozostawać w związku małżeńskim oraz przejść chirurgiczną korektę płci i być trwale bezpłodna. Oddalając skargę jako niedopuszczalną, Komisja wskazała, że kroki, które poczyniły Niemcy, aby zapewnić prawne uznanie płci transseksualistów, są wystarczające. Państwo nie ma obowiązku traktować jako osobę innej płci człowieka, który ma chromosomalne, biologiczne i prokreacyjne zdolności drugiej płci, jeśli ten nie chce zmienić tych cech, które są możliwe (za pomocą operacji korekty płci i usunięcia zdolności płodzenia), a co więcej społecznie kontynuuje przynajmniej częściowo zachowania i role przynależne do jego płci metrykalnej (jak w tym wypadku zawarcie

¹⁵² *Japanese court denies*, op. cit.

¹⁵³ Sygn. 31177/96.

ponownego związku małżeńskiego jako mężczyzna czy splodzenie w naturalny sposób kolejnego dziecka).

Wydaje się jednak, że także w tym zakresie orzecznictwo Trybunału ulega przynajmniej częściowej ewolucji. Jeśli bowiem spojrzymy na niedawną sprawę L. przeciwko Litwie (a także choć pośrednio na sprawę M.M. przeciwko Polsce), to nie ulega wątpliwości, że Trybunał przystaje na możliwość zmiany płci metrykalnej jeszcze przed przeprowadzeniem zabiegu korekcyjnego, o ile transseksualista deklaruje chęć przeprowadzenia tej operacji po uzyskaniu wyroku sądowego i życia zgodnie z daną płcią, niemając jednocześnie gwarancji, że takie zabiegi faktycznie później podejmie.

Jeśli chodzi o prawo małżeńskie, to co prawda Trybunał od wyroku w sprawie Goodwin stoi na stanowisku, że osoby transseksualne mają prawo do zawarcia małżeństwa zgodnie z nową płcią metrykalną, nigdy jednak do tej pory nie narzucił państwu obowiązku uznania małżeństw osób o tej samej płci metrykalnej. Dowodem tego mogą być dwie decyzje o niedopuszczalności skargi z 28 listopada 2006 r. wydane w zbliżonych pod względem stanu faktycznego sprawach przeciwko Wielkiej Brytanii: Wena i Anita Parry¹⁵⁴ oraz R i F.¹⁵⁵

W pierwszej sprawie po 38 latach małżeństwa, z którego urodziło się troje dzieci, małżonek Parry zdecydował się na podjęcie kroków w kierunku zmiany płci na żeńską. Operacja została przeprowadzona w ramach publicznej służby zdrowia Parry zmienił imię na żeńskie i podjął w całości funkcjonowanie społeczne jako kobieta. Małżeństwo Parry nie zostało jednak rozwiązane, gdyż oboje postanowili trwać w tym związku jako kochająca się para, tym bardziej że byli bardzo religijni. Po wejściu w życie Gender Recognition Act Weny Parry wystąpiła o prawne uznanie jej płci. Jednakże zgodnie z treścią ustawy, ponieważ pozostawała w związku małżeńskim, odpowiedni organ wydał jej tylko tymczasowy certyfikat, który pozwala jedynie na wystąpienie do sądu o anulowanie małżeństwa. Dopiero po takim wyroku (pod warunkiem, że postępowanie wytoczono w ciągu sześciu miesięcy od wydania certyfikatu) ustawa zezwala na całkowite uznanie nowej płci, przy czym z wnioskiem o uznanie trzeba wystąpić w okresie sześciu miesięcy od uprawomocnienia się wyroku i osoba nie może zawrzeć w tym okresie kolejnego związku małżeńskiego. Jednakże Wena i Anita Parry nie chciały wystąpić o unieważnienie małżeństwa. Stan faktyczny w drugiej sprawie różnił się od pierwszej jedynie o tyle, że skarżący pozostawali w związku małżeńskim od pięciu lat przed chirurgiczną korektą płci przez męża i nie mieli dzieci. Podlegali oni prawu szkockiemu, a więc do wystawienia certyfikatu uznania płci

¹⁵⁴ Sygn. 42971/05.

¹⁵⁵ Sygn. 35748/05.

potrzebny był ich rozwód, a nie unieważnienie małżeństwa, jednakże Gender Recognition Act traktuje obie instytucje analogicznie, także w kwestii terminów

W obu sprawach skarżący podnosili, że uzależnienie uznania prawnego płci psychicznej od rozwiązania ich małżeństwa stanowi naruszenie art. 8 i 12 Konwencji. Według ustawodawstwa zarówno Anglii, jak i Szkocji, osoby zawierające małżeństwo muszą być odmiennej płci prawnej. Od 5 grudnia 2005 r. obowiązuje jednak Civil Partnership Act, który umożliwia rejestrację związków partnerskich osób jednej płci, dając im te same prawa i obowiązki co w małżeństwie, jednakże bez konotacji religijnych, jakie niesie ze sobą zawarcie małżeństwa. Pozostawanie w zalegalizowanym związku partnerskim nie stoi na przeszkodzie wydaniu ostatecznego certyfikatu uznania nowej płci. Trybunał uznał, że takie rozwiązanie prawne - które nie zmusza pary do rozstania się i nie zmienia faktycznie ich uprawnień i obowiązków względem siebie oraz wiąże się z relatywnie niskimi kosztami - stojące na straży tradycyjnej instytucji małżeństwa, nie jest dysproporcjonalną ingerencją państwa w prawo do prywatności, ani tym bardziej nie narusza prawa kobiety i mężczyzny do zawarcia małżeństwa. Wobec powyższego obie skargi zostały oddalone jako oczywiście niezasadne.

Także jednak w tym aspekcie dostrzec można ostatnio zasadniczą ewolucję, co prawda jeszcze nie na poziomie Trybunału Praw Człowieka, ale sądów narodowych. Warto bowiem wspomnieć o orzeczeniu niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe w lipca 2008 r., w którym sąd uznał za niekonstytucyjny analogiczny do brytyjskiego przepis niemieckiej ustawy o transseksualistach, stawiający jako warunek zmiany płci metrykalnej niepozostawanie w związku małżeńskim. W przedmiotowej sprawie 79-letni transseksualista, który w 2002 r. przeszedł operację korekty płci na kobietę, pozostawał w związku małżeńskim od 56 lat i był ojcem trójki dzieci. Zaskarżył on fakt, że ustawa o transseksualistach zmusza go do rozwodu, jeśli chce, aby prawnie uznano go za kobietę. Sędziowie stwierdzili, że nie można wymagać od transseksualisty pozostającego w związku małżeńskim, aby się rozwiódł, bez zapewnienia mu jednocześnie prawnie równie bezpiecznej możliwości życia w parze, a więc tym samym uznali, że istniejący w Niemczech legalny konkubinaty osób tej samej płci nie stanowi wystarczającej gwarancji poszanowania praw transseksualisty do życia w związku małżeńskim¹⁵⁶. W tym uzasadnieniu widać wyraźnie, że niemiecki Trybunał Konstytucyjny odszedł właśnie od tych argumentów, które według wcześniej przytoczonych decyzji Trybunału Praw Człowieka świadczyły o braku naruszenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Z kolei jeśli chodzi o prawa rodzicielskie transseksualistów, to w chwili obecnej tak naprawdę trudno przewidzieć, jakie byłoby współcześnie orzeczenie

¹⁵⁶ *Untranssexuel de 79 ans*, op. cit.

Trybunału w Strasburgu w tym zakresie. Do tej pory postępowanie dotyczące tej kwestii pojawiło się tylko raz na wokandzie i to parę lat przed orzeczeniem Goodwin - 22 kwietnia 1997 r. Trybunał rozstrzygnął sprawę X, Y i Z przeciwko Wielkiej Brytanii¹⁵⁷. Skarga dotyczyła transseksualisty X, który zmienił płeć z żeńskiej na męską, jego partnerki Y oraz dziecka Z, urodzonego przez tę ostatnią dzięki procedurze sztucznej inseminacji, przy czym dawca spermy był anonimowy. X domagał się uznania go za ojca Z. Według prawa brytyjskiego partner matki dziecka, nawet nie będący jego genetycznym ojcem, miałby takie uprawnienie. Jednakże X odmówiono ze względu na fakt, że był transseksualistą po zmianie płci z żeńskiej, a więc formalnie dla organów Wielkiej Brytanii - nadal kobietą (pomimo to dziecku dano jego nazwisko, para miała też uprawnienie do otrzymania wspólnego miejsca zamieszkania z dzieckiem, a tym samym wspólnej władzy rodzicielskiej nad dzieckiem, na wzór stałych związków homoseksualnych). Trybunał nie stwierdził co prawda naruszenia art. 8 Konwencji, wskazując, że w kwestiach stosunków rodzinnych w odniesieniu do transseksualistów brak jest konsensusu wśród państw europejskich, jednak wyraźnie zdefiniował związek skarżących jako rodzinę¹⁵⁸.

W świetle ewolucji orzecznictwa Trybunału, która nastąpiła po dacie powyższego orzeczenia, można się chyba zasadnie spodziewać, że na dzień dzisiejszy decyzja byłaby inna, szczególnie w świetle ostatnich doniesień prasowych dotyczących przypadku urodzenia w Oregonie pod koniec czerwca 2008 r. córki przez osobę będącą z punktu widzenia prawa mężczyzną. 34-letni Thomas Be- atie przyszedł na świat jako kobieta o imieniu Trący Lagondino. Pracował jako modelka i dotarł nawet do finału Miss Hawajów. Kiedy pięć lat temu spotkał 11 lat starszą Nancy, mamę dwóch córek, stwierdził, że jest to kobieta jego życia. Prawo Hawajów zakazuje jednak małżeństw osobom tej samej płci, więc Beatie postanowił zostać mężczyzną. Zaczął specjalną kurację, zoperował piersi, z czasem nawet zapuścił brodę. Następnie doprowadził do zmiany oznaczenia płci w akcie urodzenia i poślubił Nancy. Choć oficjalnie został mężczyzną, to jednak nie usunięto mu wszystkich kobiecych narządów płciowych, co wynikało z od początku wyrażanej przez Beatie woli urodzenia dziecka, tym bardziej że wiedział, iż Nancy po usunięciu macicy nie będzie mogła więcej zostać matką¹⁵⁹. Do zapłodnienia

¹⁵⁷ Sygn. 21830/1993.

¹⁵⁸ Pogodzińska, P., op. cit., s. 131.

¹⁵⁹ Z doniesień medialnych trudno wręcz wywnioskować, czy przeszedł operację usunięcia pochwy i zbudowania prącia, tym bardziej, że prasa donosi, iż dziecko zostało urodzone drogą naturalną, co wskazywałoby na brak operacji ostatecznie korygującej płeć, choć prawo Hawajów wymaga tego przed zmianą płci metrykalnej; *Mężczyzna, który urodził dziecko opowiada o porodzie*, Deser.pl, 21 lipca 2008 r.

doszło dzięki sztucznej inseminacji nasieniem dawcy. Była to druga ciąża Beatie, pierwsza - trojacza - została poroniona z powodu rozwoju płodów poza macicą. Beatie deklaruje, że dla dziecka chce być ojcem, ale też że szykuje się do następnej ciąży¹⁶⁰. W tej sytuacji pozostaje wciąż ważne z prawnego punktu widzenia pytanie: czy Beatie jest ojcem czy matką swojej córki?

Obserwowane w ostatnich latach zmiany w legislacji, orzecznictwie, zjawiskach społecznych i mentalności w myśleniu o rodzinie stawiają nas przed potrzebą stworzenia nowej definicji płci i wskazania jej znaczenia w stosunkach prawnych. Coraz więcej krajów dopuszcza małżeństwa, a przynajmniej związki partnerskie, osób tej samej płci¹⁶¹. Nie wszystkie kraje wymagają przed zmianą płci metrykalnej zaistnienia faktycznej niezdolności do prokreacji u danej osoby. Niektóre dopuszczają do zmiany imienia i wskazania w dokumentach tożsamości płci odmiennej bez formalnej zmiany zapisu płci w akcie urodzenia, a tym bardziej bez przeprowadzenia chirurgicznej korekty płci. Sądy polskie standardowo ustalają płeć odmienną od metrykalnej przed przeprowadzeniem zabiegu, bez kontroli, czy ten zabieg później zostanie faktycznie przeprowadzony. Sąd rodzą się wątpliwości, czy faktycznie wskazanie płci prawnie coś jeszcze oznacza, jeśli ojcowie mogą być matkami a mężowie żonami i na odwrót. Nie pierwszy raz stajemy wobec takich etycznych i prawnych problemów. Wynikły one już z faktu wprowadzenia możliwości zapłodnienia pozaustrojowego, kiedy rozdzielone zostało rodzicielstwo genetyczne od biologicznego i społecznego, gdzie przy użyciu gamet dawców dziecko może mieć dwóch ojców i nawet cztery matki. Może się to wydawać niepojęte, a nawet nieetyczne, ale nie zatrzyma rozwoju społecznego i nie powstrzyma ludzi przed realizacją ich potrzeb co do życia zgodnie z własną tożsamością seksualną, zawierania małżeństw czy realizacji rodzicielstwa. Niezależnie od obaw Filara należy mieć więcej zaufania do ludzi, że jeśli będą chcieli się związać z drugą osobą, to ją poinformują o zmianie płci metrykalnej i biologicznej lub o niecałkowitym przeprowadzeniu tych zmian. Ostatnie przykłady niemieckie i brytyjskie wskazują, że partnerzy transseksualistów mają w sobie dużo tolerancji, która wypływa najpewniej z miłości do konkretnego człowieka, niezależnie od tego, jakiej jest faktycznie płci. Podobnie - jeśli ludzie decydują się na posiadanie dzieci, to po to, żeby je kochać, niezależnie od tego, czy nazwiemy ich ojcem czy matką. Dzieci rodzone i adoptowane przez pary homoseksualne są tego najlepszym dowodem.

Może więc dla uproszczenia stosunków prawnych należałoby wręcz w ogóle zrezygnować z oznaczania płci metrykalnej. Może wystarczy mówić po prostu

¹⁶⁰ Trocka, J., *Mężczyzna urodził córeczkę*, Polska Rozmaitości, 5 lipca 2008 r.

¹⁶¹ Kleniewska, I, op. cit., s. 3-6.

„współmałżonek”, „rodzic”, „człowiek”. Takie postępowanie wymagałoby jednak wprowadzenia najpierw całkowitej równości traktowania wszystkich w każdym aspekcie prawa, do czego przynajmniej w Polsce jeszcze daleko, pomijając już nawet aspekty kulturowe i religijne związane z tradycyjną rodziną.

Tak więc w chwili obecnej pozostaje jedynie zgodzić się z powszechnie panującym w doktrynie przekonaniem¹⁶², że pilnie postulowane jest prawne uregulowanie kwestii związanych z transseksualizmem i jego terapią, zarówno w aspekcie prawno-karnej dopuszczalności dokonywania operacyjnych zabiegów korekty płci, jak i procedury obejmującej zagadnienia zmiany zapisów w aktach stanu cywilnego oraz ich wpływu na relacje rodzinne. Regulacja ta musi respektować prawa człowieka, w tym prawo do prywatności, a więc na pewno powinna pozwolić na utajnienie nawet przed najbliższymi faktu dokonanej zmiany, tak w ramach wydanych w jej rezultacie dokumentów, jak i na etapie samej procedury.

Niestety choć postulaty doktryny o wprowadzenie odpowiedniej ustawy sięgają lat osiemdziesiątych, nie doprowadziły do tej pory do zainteresowania ustawodawcy tym zagadnieniem. Należy jednak pamiętać, że argument o niewielkim znaczeniu społecznym rozważanych kwestii, wobec stosunkowo nielicznej w społeczeństwie grupy transseksualistów okazał się nieprzekonywający dla Trybunału Praw Człowieka, który nakazał pilne wprowadzenie takiej regulacji Litwie w odniesieniu do 50 osób. Warto więc wyciągnąć wnioski w tym względzie na podstawie orzeczeń dotyczących innych państw, bo przecież z doświadczenia wiemy, że lepiej i taniej dla Polski jest, wprowadzić odpowiednie regulacje, zanim Trybunał w Strasburgu skąże nas za nieprzestrzeganie praw człowieka, a rząd chyba czuje przed tym faktyczną obawę, o czym świadczy polubowne rozstrzygnięcie w sprawie M.M.

¹⁶² Adamczyk, M., op. cit., s. 230-231; Daniluk, P., *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., str. 73 i n.; Daniluk, P., *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci”*, op. cit., s. 111; Filar, M., *Dwie płci*, op. cit., s. 5; Filar, M., *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, op. cit., s. 76—77; Filar, M., *Transseksualizm*, op. cit., s. 79; Rozentel, K., op. cit., s. 68; Safian, M., op. cit., s. 90; Zielonacki, op. cit., s. 54.

THE PROCEDURE OF LEGAL GENDER REASSIGNMENT FOR TRANSGENDER PEOPLE AND THE PROTECTION OF RIGHT TO PRIVATE LIFE IN THE POLISH AND FOREIGN LAWS

The following article presents the legal situation of transgender people and the rules of legal identification of their gender. From the legal point of view we should ask what is more important - biology or psychic - and what follows - if the diagnosis of transsexualism can justify the change of gender assignment and sex connected name in the birth certificate and other identity documents. If the answer is positive we should decide what preconditions and what a legal procedure for such a reassignment shall be.

On the 12 September 1989 the European Parliament enacted the Resolution on discrimination of transsexuals. According to this resolution the life concordant to one's gender identity is acknowledged as a personal right of every human being, issued from the innate dignity. The European Parliament appealed to States to adapt adequate national laws permitting to transsexuals both the medical and legal gender reassignment. The same attitude to the human rights of transsexuals is presented nowadays also by the Tribunal of Human Rights which in the case *Van Kuck v. Germany* from the 12 June 2003 explicitly declared that the gender identity and sexual orientation are included in the private life protected by the art. 8 of the European Convention on Human Rights. Also the matters of name changes and legal gender reassignment are enveloped by this protection.

The Polish Supreme Court assumed that legal gender reassignment shall be done in the judicial process based on the art. 189 of code of civil procedure and the case is sued against the parents of the transsexual. In the light of the jurisdiction by the Strasburg Tribunal there is no doubt that the transsexual has a right to keep in secret the fact of gender reassignment - such is the aim of changes of gender and name in birth certificates and other identity documents, as well as in the insurance or identity numbers. There is no contraindication against the assumption that the right to secret includes the next of kin, so also the parents. The experience shows that the transgender people often isolate from their families, change their life conditions just in order to omit the necessity of confrontation with the parents and the risk of psychological rejection. Therefore it should be admitted that such a judicial procedure of legal gender reassignment accepted by Polish jurisdiction which obliges the transsexuals to sue their parents infringes the fundamental right to privacy of transgender people by forcing them to reveal their gender identity and the fact of gender reassignment to their parents.

Among various countries there is no one main procedure of legal gender reassignment for transgender people. Some states have chosen the civil process, others the administrative way. However, there is no doubt that commonly their right to change gender and other personal data in birth certificate or identity documents has been acknowledged. Not everywhere the inability to procreate is a precondition to legal gender reassignment (there are even cases noted when a legal man gave birth to a child). Some countries allow even a change of name and gender in identity documents without surgical gender reassignment and without formal change of these data in birth certificate. At present the transgender people after the legal gender reassignment have also the right to stay marry with their previous relationships. Therefore, an important doubt appears if the gender nowadays still has any legal meaning. When fathers are able to be mothers and husbands are able to be wives, perhaps shall we resign from the legal gender assignment and speak only about “spouse”, “parent” and “human being” and no more about “man” and “woman”?