



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Irena LIPOWICZ

Warszawa, 1. VIII. 2014

RPO-660929-I/10/MO

00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Tel. centr. 22 551 77 00
Fax 22 827 64 53

Pan

Krzysztof Kwiatkowski

Minister Sprawiedliwości

Al. Ujazdowskie 11

00-950 Warszawa

Szanowny Panie Ministrze,

Od dłuższego czasu Rzecznik Praw Obywatelskich współpracuje z Fundacją Trans-Fuzja, która zajmuje się problemami osób transseksualnych. Współpracownicy Fundacji zwracają uwagę na sytuację osób chcących zmienić płeć. Jednym z głównych problemów przedstawionych przez Fundację jest prawna droga zmiany płci metrykalnej. Z jednej strony bowiem brak jest pozytywnej regulacji tej kwestii, z drugiej natomiast wypracowany przez orzecznictwo sposób zmiany płci jest postrzegany jako krzywdzący dla osób transseksualnych i ich rodzin. W aktualnym stanie prawnym jedynie wystąpienie na drogę procesową w trybie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. *Kodeks postępowania cywilnego* (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) i pozwanie rodziców danej osoby może doprowadzić do zamierzonego rezultatu. Należy podkreślić, że szczególnie gdy chodzi o rodziców osoby transseksualnej, sytuacja taka jest dla nich niekorzystna. Dostępny obecnie tryb postępowania w sprawie o ustalenie płci generuje zatem zbędne, emocjonalne koszty, które w procesie zmiany płci i tak są niezwykle wysokie.

Wobec powyższego, w mojej ocenie, konieczne jest uchwalenie aktu prawnego, który w sposób całościowy regulowałby sytuację osób transseksualnych. Jednakże, do czasu jego opracowania i uchwalenia, niezbędne jest wprowadzenie przynajmniej częściowych zmian do polskiego systemu prawa, tak by umożliwić osobom

transseksualnym jak najszybsze rozwiązanie ich problemów w sposób najbardziej dla nich przyjazny.

Analiza poczyniona przez Rzecznika, która zostanie przedstawiona poniżej, dostarcza szeregu argumentów, w tym prawnoporównawczych, wspierających przedstawione stanowisko. Okazuje się bowiem, że Polska jest jednym z nielicznych krajów, w których w sposób tak obojętny system prawa traktuje osoby transseksualne. By unaocznić skalę problemu oraz niedoskonałość polskich rozwiązań, należy sięgnąć do rozwiązań systemowych niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej.

W Niemczech obowiązuje uchwalona 10 września 1980 r. ustawa *o zmianie imion i ustaleniu przynależności do danej płci w szczególnych przypadkach* - *Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen* (Transsexuellengesetz, dalej: TSG). Ustawa ta obowiązuje w Niemczech od ponad 30 lat i można zaobserwować ewolucję poglądów zmierzających w kierunku zapewnienia rozwiązań prawnych jak najbardziej przyjaznych transseksualistom. W Niemczech istnieją dwie drogi umożliwiające uregulowanie statusu transseksualisty. Pierwsza z nich dotyczy sądowej zmiany imion osób transseksualnych (*kleine Lösung*). § 1 TSG w tym celu wymaga, by wnioskodawca odczuwał przynależność do innej płci niż ujawniona w jego akcie urodzenia i przynajmniej przez 3 lata urzeczywistniał pragnienie przynależności do innej płci; wymagane jest również, by istniało duże prawdopodobieństwo, że odczucie przynależności do innej płci nie zmieni się. Ponadto ustawa odnosi się w dalszej części do wymagań w zakresie obywatelstwa. Jak wskazuje się w doktrynie, faza ta stanowi „fazę przejściową (tzw. test dnia codziennego) do tzw. dużego rozwiązania (*große Lösung*), które reguluje kwestię zmiany płci metrykalnej” (J.M. Szczęsny, *Sytuacja prawna osób transseksualnych w Niemczech*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, pod. red. A. Śledzińskiej-Simon, Warszawa 2010, s. 65).

Druga procedura prowadząca do zmiany płci metrykalnej uregulowana jest w § 8 TSG dotyczącym ustalenia przynależności do płci. Oprócz wymagań stawianych przez ustawę w § 1, początkowo ustawodawca niemiecki wymagał, by wnioskodawca nie pozostawał w związku małżeńskim, a także by był trwale bezpłodny oraz po operacji zmieniającej jej lub jego cechy płciowe, tak by jej efekt zbliżał wygląd tej osoby do przeciwnej płci. Jednak przesłanki wskazane w § 8 TSG były przez ostatnie lata

kwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny Niemiec. W postanowieniu z dnia z 27 maja 2008 r. Trybunał uznał za sprzeczne z Konstytucją Niemiec wymaganie, by wnioskodawca chcący skorzystać z możliwości zmiany płci metrykalnej miał nie pozostawać w związku małżeńskim. W styczniu 2011 r. Trybunał uznał także za sprzeczne z Konstytucją dwie kolejne przesłanki, zawarte dotychczas w § 8 TSG: wymagania zawarte w ust. 1 pkt 3 (trwała bezpłodność) i 4 (przejsie operacji) są niekonstytucyjne (zob. www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvgl1-007en.html), co oznacza, że przepisy te już nie obowiązują.

W Wielkiej Brytanii od 2004 r. obowiązuje *Gender Recognition Act* (dalej: GRA) regulujący sposób zmiany płci oraz konsekwencje prawne związane z tą sytuacją. Osoba ubiegająca się o zmianę płci otrzymuje certyfikat poświadczający przynależność do określonej płci. Z wnioskiem o zmianę płci może wystąpić osoba, która ukończyła 18 lat, jeżeli żyje z poczuciem przynależności do płci przeciwnej lub zmieniła płeć zgodnie z prawem kraju czy terytorium znajdującego się poza obszarem Wielkiej Brytanii (art. 1. 1 (a i b)). Wniosek jest oceniany przez powołaną do tego instytucję, Gender Recognition Panel, która musi wniosek ocenić pozytywnie jeżeli wnioskodawca ma lub miał dysfориę płciową, żył przez okres 2 lat w „nabytej płci” (*acquired gender*), zamierza żyć w nabytej płci do końca życia oraz spełnia jeszcze dodatkowe wymagania dotyczące dowodów świadczących o przynależności do płci. Zgodnie z art. 3 GRA chodzi o dołączenie do wniosku raportu sporządzonego przez zarejestrowanego praktyka medycyny, zajmującego się w ramach swojej praktyki dysfориą płciową razem z raportem przygotowanym przez innego zarejestrowanego lekarza praktyka (który może, ale nie musi praktykować w tym obszarze); albo raportu sporządzonego przez zarejestrowanego psychologa zajmującego się problemami dysfории płciowej wraz z raportem sporządzonym przez zarejestrowanego praktyka w dziedzinie medycyny (który może, ale nie musi praktykować w dziedzinie dysfории płciowej). W dalszej części przepisu wyszczególnione są wypadki precyzujące co muszą zawierać poszczególne raporty (art. 3(2) i (3)), a także dodatkowe wymagania, które muszą być spełnione w zależności od tego, która z opcji przedstawionych wyżej zostanie wybrana. Należy podkreślić, że GRA zawiera kompleksową regulację dotyczącą konsekwencji wydania certyfikatu poświadczającego zmianę płci, także w razie, gdy wydawany jest

tw. przejściowy certyfikat, gdy transseksualista pozostaje w związku małżeńskim (zob. J.K. Dziura, *Status osób transpłciowych w Wielkiej Brytanii. Gender Recognition Act i prawne konsekwencje jego wydania*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, pod. red. A. Śledzińskiej-Simon, Warszawa 2010, s. 85 i nast.).

Od 2007 r. w Hiszpanii obowiązuje ustawa z dnia 15 marca 2007 r. regulująca rejestrowane sprostowanie wzmianki dotyczącej płci (*Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, BOE numero 65 de 16/3/2007, paginas 11251 a 11253). Artykuł 4 przywołanej ustawy wymaga, by osoba ubiegająca się o zmianę była zdiagnozowana z powodu dysforii płci (ze szczegółowym opisem jakiego rodzaju informacje ma przedstawić lekarz lub psycholog kliniczny) oraz poddawana terapii medycznej przez przynajmniej dwa lata w celu dostosowania jej cech fizycznych do płci, do której czuje przynależność, przy czym to ostatnie wymaganie nie odnosi się do osób, które z powodu przeszkód zdrowotnych czy wieku nie mogą się poddać takiej terapii i to wykażą. Nie jest wymagane przejście operacji chirurgicznych. Decyzja, która aprobuje zmianę uzyskuje moc prawną od chwili wpisania jej do akt stanu cywilnego. Można w tym miejscu nadmienić jedynie, że w lutym 2005 r., w Barcelonie, sąd wydał wyrok, w którym dopuścił do zmiany płci osoby małoletniej (chodziło wówczas o osobę w wieku 16 lat) bez konieczności przejścia operacji zmiany płci (<http://www.elmundo.es/elmundo/2005/02/03/sociedad/1107418280.html>).

Konieczne jest również przedstawienie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: Trybunał), odnośnie do możliwości zmiany płci.

Od najwcześniejszych orzeczeń poczynając Trybunał, uznając prawo osób transpłciowych do zmiany ich płci metrykalnej, powołuje się na brzmienie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., ratyfikowanej przez Rzeczypospolitą Polską w dniu 2 października 1992 r. (dalej też: EKPCz). Przepis ten wyraża prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Wskazane jest przytoczenie kilku najważniejszych orzeczeń Trybunału ilustrujących zmianę jego poglądów: od pierwszych, w których mimo braku wewnętrznych regulacji prawnych umożliwiających zmianę płci nie dostrzegał naruszenia art. 8 EKPCz i potrzeby

uregulowania tej problematyki na podstawie Konwencji w systemie prawa krajowego, do ostatnich, w których w sposób jednoznaczny opowiedział się za taką koniecznością (szczegółowo, wraz z przytoczeniem stanów faktycznych będących podstawą dla wydanych orzeczeń, omawia je K. Osajda, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące transseksualizmu*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, pod red. A. Śledzińskiej - Simon, Warszawa 2010, ss. 99-119, także P. Podgórski, *Znudziłem się Bogu w połowie*, Katowice 2009, ss. 123-132).

W pierwszych orzeczeniach Trybunał dosyć ostrożnie wypowiadał się w kwestii dopuszczalności zmiany płci metrykalnej, wskazując m. in. w uzasadnieniu wyroku z dnia 17 października 1986 r., w sprawie *Rees przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, że jest to sfera należąca do swobodnej regulacji przez państwa, co w konsekwencji oznacza niemożność zmuszenia państw na podstawie Konwencji do wydawania przez nie wewnętrznych aktów prawnych, w których dopuszczałyby zmianę płci. W kolejnym wyroku z dnia 27 września 1990 r., w sprawie *Cossey przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, Trybunał podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko, ale zdań odrębnych złożonych przez sędziów było aż 8, a więc znacznie więcej niż w poprzedniej sprawie, gdzie były jedynie 3 zdania odrębne (dane wyroków i argumentacja przytoczona za K. Osajda, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw...*, ss. 101-103).

Przełomowy w tym obszarze okazała się wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, a stanowisko tam wyrażone podtrzymane zostało następnie w kolejnych orzeczeniach, w których Trybunał zajmował się problematyką zmiany płci w ocenie ważności małżeństwa zawartego przez transseksualistę oraz przejścia na emeryturę w wieku ustalonym dla płci, do której po zmianie należy transseksualista: wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. */. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z dnia 23 sierpnia 2006 r. *Grant przeciwko Wielkiej Brytanii*, a także wyrok z dnia 11 września 2007 r. *L. przeciwko Litwie* (podane za K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów*, w: *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, pod red. R. Wieruszewskiego i M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2009, ss. 182-183).

W wyroku *Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał, odstępując od poprzedniej linii orzeczniczej, tym razem uznał, że art. 8 Konwencji jest przepisem, na

podstawie którego państwa są zobowiązane do tego, by umożliwić transseksualistom po chirurgicznej zmianie płci wpis przynależności do określonej płci. Stanowisko to było wyrazem dokonania przez Trybunał dynamicznej wykładni Konwencji, która - jak wskazano - powinna odzwierciedlać zmiany zachodzące w państwach-stronach Konwencji (K. Osajda, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw ...*, s. 108).

Powyższe uwagi uzupełnić należy także ilustracją orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (przedstawione za K. Osajda, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, pod red. A. Śledzińskiej - Simon, Warszawa 2010, ss. 119-130). Ze spraw, w których TS UE zajmował się kwestiami związanymi ze zmianą płci, wskazać należy trzy najważniejsze:

1. *P. przeciwko S.* (C-13/94) - wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r., w którym Trybunał rozpoznawał, czy dyrektywa 76/207/WE w sprawie równego traktowania kobiet i mężczyzn obejmuje swoim zakresem także sytuację osoby transseksualnej. Trybunał stwierdził, że dyrektywa ta nie dotyczy jedynie „nierównych warunków zatrudnienia ze względu na to, iż dana osoba jest kobietą czy mężczyzną. Raczej dotyczy jakichkolwiek przejawów dyskryminacji, związanych z przynależnością danej osoby do określonej płci.” W konsekwencji niezgodne z dyrektywą 76/207/WE jest zwolnienie pracownika ze względu na przejście przez niego operacji zmiany płci.
2. *K.B. przeciwko National Health Service Pensions Agency* - wyrok z dnia 7 stycznia 2004 r., w którym Trybunał zajmował się kwestią równej płacy kobiet i mężczyzn.
3. *Richards przeciwko Secretary of State for Work and Pensions*, w wyroku z dnia 27 kwietnia 2006 r. Trybunał wypowiedział się co do tego, że odmowa przyznania transseksualistom, którzy przeszli operację zmiany płci z męskiej na żeńską bez zmiany w rejestrze urodzeń przynależności do płci, z racji niedopuszczalności dokonania zmiany, prawa do emerytury w wieku właściwym dla kobiet, nie może być uznane za działanie zgodne z dyrektywą Rady 79/7/WE.

Warto odnotować także postanowienia ważnego dokumentu o randze międzynarodowej, opracowanego z inicjatywy Międzynarodowej Komisji Prawników oraz International Service for Human Rights, a uchwalonego w dniach 6-9 listopada 2006 r., pod nazwą „Zasady Yogyakarty” (szczegółowo pisze o tym dokumencie R. Wieruszewski,

Zasady Yogyakarty-charakterystyka dokumentu, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, pod. red. R. Wieruszewskiego i M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2009, s.11 i nast.). Należy zauważyć, że dokument ten zawiera „międzynarodowe standardy praw człowieka w odniesieniu do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej” (R.Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty...*, s. 11). W odniesieniu do analizowanej problematyki szczególnie ważna wydaje się być zasada 3. Prawo do podmiotowości prawnej, z której wynika m. in., że „nikt nie może być zmuszany do poddania się zabiegom medycznym, włączając w to chirurgiczną korektę płci, sterylizację czy terapię hormonalną jako wymogowi uznania przez prawo ich tożsamości płciowej. Żaden ze statusów takich jak małżeństwo czy rodzicielstwo, nie może być wykorzystany do uniemożliwienia uznania przez prawo tożsamości płciowej danej osoby.” (R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty...*, s. 22).

Ponadto koniecznym jest zwrócenie uwagi na przetłumaczony niedawno na język polski dokument tematyczny autorstwa T. Hammarberga, Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, noszący tytuł *Tożsamość płciowa a prawa człowieka*. W dokumencie tym przedstawione zostały kwestie dotyczące możliwości zmiany płci (także metrykalnej), jej wpływu na życie zawodowe i rodzinne osoby transpłciowej oraz problemy związane z dyskryminacją tychże osób. Warto w tym miejscu, antycypując dalsze rozważania podkreślić, że szczególną rangę Komisarz przywiązuje do wyroków sądów państwowych (Austrii i Niemiec), w których sądy te uznały, że warunkiem zmiany płci prawnej ani imienia nie może być obowiązek dokonania chirurgicznej korekty płci (obydwa wyroki powołane są na str. 12 omawianego dokumentu wraz z argumentacją).

W prawie polskim nie istnieją do dzisiaj przepisy prawne regulujące możliwość zmiany płci, a także zmiany akt stanu cywilnego osób transseksualnych. Jedyne rozwiązania, jakie umożliwiają zmianę płci metrykalnej wypracowało orzecznictwo sądowe, które dopiero w latach 90-tych XX w. jednoznacznie określiło drogę, którą osoby chcące zmienić płeć metrykalną winny obrać.

Początkowo Sąd Najwyższy (dalej: SN) próbował umożliwić dokonanie zmiany płci w drodze sprostowania aktu stanu cywilnego, czego wyrazem była uchwała SN z dnia 25 kwietnia 1978 r. (III CZP 100 77, OSPiKA 1983 nr 10, poz. 217), w której stwierdzono, że „w wypadku wyjątkowym sąd może sprostować akt urodzenia przez zmianę oznaczenia

płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające". W uzasadnieniu orzeczenia SN jasno podkreślił, „(...) że o płci decydują nie tylko zewnętrzne organy, oraz cechy wewnętrzne, ale także - jak zaznaczono - świadomość zainteresowanego przynależności do określonej płci; do tej zwłaszcza cechy specjaliści przywiązują duże znaczenie. (...) Osobnik taki w swoim przekonaniu - nie dowolnym, lecz wynikającym z obiektywnego ukształtowania większości cech organizmu związanych z płcią - uważa się za przynależącego do odmiennej płci aniżeli wynikająca z oficjalnych zapisów i takie też jest jego zachowanie. W efekcie także otoczenie traktuje go jako osobę mającą nową płć. W tych warunkach nie ma podstaw do przypisania w każdym wypadku rozstrzygającego znaczenia zewnętrznym cechom płciowym transwestyty, pomimo że organy te nie zostały jeszcze skorygowane. Co więcej zmuszenie takiego osobnika do poważnego zabiegu operacyjnego tylko w tym celu, aby umożliwić mu dostosowanie stanu prawnego do nowopowstałego stanu rzeczywistego, nie byłoby uzasadnione. Jest to kwestia tak ściśle osobista, że o dokonaniu zabiegu, o którym mowa, powinien decydować sam zainteresowany." (uzasadnienie uchwały SN z dnia 25 lutego 1978 r., OSPiKA 1983 nr 10, ss. 514-515). Pomijając wytknięte już SN nieścisłości terminologiczne (M. Sośniak, Głosa do uchwały SN z dnia 25 lutego 1978 r., OSPiKA 1983, nr 10, s. 516), podkreślić należy, że stanowisko to wychodzi naprzeciw oczekiwaniom osób transseksualnych. Kierując się bowiem niezwykłym zrozumieniem sytuacji takich osób SN dopuścił możliwość zmiany płci jeszcze przed dokonaniem operacji chirurgicznych. Przypisał również poczuciu przynależności do określonej płci znaczenie dominujące, umożliwiające transseksualistom wystąpienie z wnioskiem o sprostowanie aktu urodzenia (głosę aprobowaną do analizowanej uchwały napisali S. Dulko i K. Imieliński, OSPiKA 1983, nr 10, ss. 516-518). Orzeczenie to można wobec tego nazwać pionierskim, a SN określić jako prekursora działań prawnych w tym obszarze, które jednak nie były kontynuowane w duchu zaproponowanym przez SN.

Jak się wydaje, dla uniknięcia drogi postępowania procesowego, Sąd Najwyższy chciał, podobnie zresztą jak uczynił to Sąd Wojewódzki w Warszawie w orzeczeniu z dnia 24 września 1964 r. (Państwo i Prawo 1965, z. 10, s. 600 i nast.), przeprowadzić zmianę płci w drodze analogicznego stosowania art. 26 ust. 3 ustawy *Prawo o aktach stanu cywilnego* (aktualnie jest to art. 31 ustawy z dnia 29 września 1986 r. *Prawo o aktach stanu*

cywilnego (Dz.U. z 2004 r. Nr 161, poz. 1688 z późn. zm.; dalej u.p.a.s.c). Obydwa Sądy, świadome braku regulacji odnoszącej się do tej kwestii, a jednocześnie niemożliwości zastosowania wprost art. 26 ust. 3 dawnego p.a.s.c. regulującego instytucje sprostowania aktu stanu cywilnego (chodzi bowiem nie o błędne zredagowanie aktu od samego początku, ale o zmianę sytuacji, która doprowadziła do tego, że to co było pierwotnie prawidłowe, po jej zaistnieniu przestało takie być) podobną sytuację próbowały uregulować przez przepis odnoszący się do sprostowania aktu, w myśl premii *ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio* (uzasadnienie stanowiska SW w Warszawie..., s. 601).

W doktrynie można było spotkać stanowiska, z których wynikała akceptacja dopuszczalności zmiany płci przed dokonaniem zabiegu operacyjnego (S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany płci w drodze sądowej*, Nowe Prawo 1982, nr 9-10, s. 72, gdzie powołuje autorów dopuszczających tę opcję. Autor przytacza też cztery przypadki zmiany płci i opisuje „kilka przypadków transseksualizmu, które leczone były m.in. przez sądową zmianę płci”). Jednak istniały też głosy wskazujące już wówczas na niedopuszczalność zmiany płci metrykalnej w trybie sprostowania aktu, a postulujące jednak stosowanie w tej sytuacji art. 189 K.p.c, gdyż na podstawie uzyskanego wyroku można dokonać wzmianki w trybie art. 21 u.p.a.s.c. (tak A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 1988, z. 2, ss.51-52). Postulowano, by legitymację bierną posiadali rodzice lub małżonek osoby żądającej zmiany płci, lecz nie wykluczano też możliwości, by pozwanym był Skarb Państwa reprezentowany przez kierownika właściwego urzędu stanu cywilnego (A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53).

Przełomowe, bo ustalające na przyszłość drogę postępowania w tej kwestii, było orzeczenie SN z dnia 22 czerwca 1989 r., w którym SN stwierdził, że „występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć” (uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89, OSP 1991 nr 2, poz. 35, uchwale nadano moc zasady prawnej). W uzasadnieniu powyższej uchwały SN stwierdził, że w polskim stanie prawnym można mówić o luce „ewentualnej” oraz dostrzegł jednocześnie możliwość wydania odrębnego aktu prawnego regulującego problematykę zmiany płci, w tym zarówno, gdy chodzi o zabiegi adaptujące, jak też zmiany imion i nazwisk, itp. (uzasadnienie uchwały z dnia 22 czerwca 1989 r., s. 64). Jednak najbardziej niepokojące w tym stanowisku było to, że SN wykluczył wprawdzie możliwość

sprostowania aktu urodzenia, jednak nie zaproponował żadnej alternatywy prawnej dla osób chcących zmienić płeć metrykalną.

W głosie do tej uchwały podniesione zostało, że wprawdzie rację ma SN wypowiedając się przeciwko możliwości analogicznego stosowania art. 31 u.p.a.s.c. w przypadku wystąpienia transseksualizmu, niemniej jednak wyeliminowanie tej możliwości i niezaproponowanie innej, musi budzić wątpliwości (tak Z. Radwański, *Glosa do uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 1991, nr 2 s. 65). W ten sposób jedyną drogą dla zmiany płci miał się stać proces wytoczony w oparciu o art. 189 K.p.c, mający na celu ochronę przynależności do określonej płci, będącej elementem stanu cywilnego, który należy zaliczyć do dóbr osobistych. Jednakże proces taki miałby być możliwy dopiero po zabiegu operacyjnym polegającym na „przystosowaniu organów płciowych do nowej płci, połączony z odpowiednim przestrojeniem hormonalnym” (Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65). Jednocześnie, nieuregulowanie w ustawie u.p.a.s.c kwestii transseksualizmu jest zrozumiałe, gdyż „jak o tym pouczają obce ustawodawstwa - może być sensownie unormowana tylko w sposób kompleksowy, a więc w szczególności przy równoczesnym rozstrzygnięciu zasadniczych problemów związanych z zabiegami medycznymi. (...)” (Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65-66). W innej głosie do tego orzeczenia wyrażono natomiast pogląd, w myśl którego umożliwienie transseksualistom zmian w akcie stanu cywilnego, jako wyrazu manifestacji przynależności do innej płci, w wielu przypadkach jest dla takiej osoby wystarczające, wobec tego, że płci rzeczywistej nawet w wyniku przebytych operacji nie jest w stanie uzyskać (G. Rejman, *Glosa do uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, *OSP* 1991 nr 2, s. 67; Autorka analizuje legalność okaleczenia człowieka i uczynienia go bezpłodnym wskutek takich operacji z punktu widzenia prawa karnego).

Powyższe dwa stanowiska SN wywołały istotne rozbieżności w doktrynie. Wskazywano na przeszkody jakie stawia prawo karne, które traktuje jako czyn bezprawny i penalizuje pozbawienie zdolności płodzenia. Trudno bowiem uznać, by był to zabieg zmierzający do poprawy zdrowia, skoro transseksualizm uznawany jest za chorobę, a „operacja adaptująca w swej istocie nie prowadzi do jej wyleczenia, tj. przywrócenia prawidłowej identyfikacji rodzajowej, a przeciwnie, przez stworzenie

atrap zewnętrznych narządów płciowych, utrwała jedynie patologiczną identyfikację rodzajową czyniąc ponadto stan ten nieodwracalnym" (M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, Państwo i Prawo 1987 nr 7 s. 74). Natomiast uznanie, że zabiegi mają na celu poprawę zdrowia psychicznego powoduje, że uchylene bezprawności upatrywać należy w przepisach dotyczących stanu wyższej konieczności, co nie jest przecież i humanitarne, i realistyczne (M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 74-75). W konsekwencji, jeżeli chodzi o możliwość tzw. sądowej zmiany płci, to art. 31 u.p.a.s.c. nie może być podstawą do zmiany płci, gdyż sprostowanie takie, co stanowi największy zarzut, wywołuje skutek *ex tunc* - w konsekwencji implikuje wiele komplikacji chociażby w sferze prawnorodzinnej. Ponadto instytucja ta zakłada, że w dacie sporządzenia aktu jakiś element został nieprawidłowo wpisany, a z sytuacją taką w przypadku transseksualizmu nie mamy do czynienia (M. Filar, *Prawne i społeczne...*, ss. 75 i 76). W przypadku transseksualistów określenie płci od początku nie budzi wątpliwości (M. Filar, *Glosa do Uchwały Składu Siedmiu Sędziów z 22 VI 1989, CZ 37/89*, Państwo i Prawo 1990 z. 10, s.118). Stąd jedynie przepisy ustawy *o zmianie imion i nazwisk* można zastosować do sytuacji transseksualistów, z tym że stan *de lege lata* uznawany jest za wysoce niezadowolający i postulowano już ponad dwadzieścia lat temu uchwalenie nowego aktu, kompleksowo regulującego te kwestie, szczegółowo punktując elementy na które ustawodawca powinien zwrócić uwagę (M. Filar, *Prawne i społeczne...*, ss. 76-77). Postulat ten został powtórzony także po orzeczeniu SN z dnia 22 czerwca 1989 r. W glosie do tego orzeczenia autor zauważył, że „po stosunku do „mniejszości” rozpoznajemy poziom kultury społeczno-prawnej społeczeństwa. Jeżeli mamy więc żyć w państwie prawnym, o czym ostatnio coraz głośniej, pilnym zadaniem ustawodawczym jest podjęcie akcji legislacyjnej, której celem byłoby znalezienie kompromisu pozwalającego uplasować możliwie bezboleśnie wprawdzie, lecz bardzo pokrzywdzoną przez los (bez jakiegokolwiek własnego przyczynienia się), grupę transseksualistów w ogólny system dychotomicznego płciowo świata prawnego społecznego.” (M. Filar, *Glosa do Uchwały...*, s. 118).

Część z przytoczonych poglądów powtarzana była później i stanowiła podstawę dla negatywnej oceny obowiązującego stanu prawnego. Wskazywano bowiem, że na gruncie obowiązującego prawa nie ma możliwości i wręcz niedopuszczalna jest tzw.

sądowa zmiana płci (C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia*, Przegląd Sądowy 1997 nr 10, ss.72-86). Ani bowiem na gruncie przepisów u.p.a.s.c. taka zmiana nie jest możliwa (Autor wskazuje także przepisy K.r.o. jako stanowiące przeszkodę dla takiej zmiany, gdy chodzi o definicję małżeństwa, bądź pochodzenia dziecka), a dodatkowo nie ma podstaw, by umożliwić przeprowadzenie tzw. zabiegów adaptujących, bowiem zabiegi takie będą uznawane za bezprawne. Nie można uznać zatem, że zgoda pacjenta uchyla tę bezprawność, gdyż nie jest on jedynym dysponentem dobra, nie ma też możliwości by obronić tezę, że zabiegi takie mają charakter leczniczy (tak C. Gromadzki, *Poczucie przynależności płci...*, ss.83-84). W konsekwencji jedynie administracyjna zmiana imienia i nazwiska wydaje się dopuszczalna, a ewentualna ochrona poczucia przynależności do określonej płci na podstawie art. 23-24 K.c, która odnosiłaby się jednak tylko do sfery uczuciowej, nie miałaby wpływu na akta stanu cywilnego (C. Gromadzki, *Poczucie przynależności płci...*, s. 88).

W kolejnych glosach do orzeczenia z dnia 22 czerwca 1989 r. niektórzy autorzy opowiadali się za dotychczasowym, tj. wypracowanym przez SN i zaprezentowanym w wyroku z dnia 25 lutego 1978 r., stanowiskiem dopuszczającym sprostowanie aktu stanu cywilnego, mimo że rozwiązanie to obarczone było wieloma wadami, nowe rozwiązanie uznając za „zbyt formalistyczne” (tak J. Leszczyński, *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. 100). Wyraźnie podkreślano, że interes transseksualisty, który dąży do zmiany aktu stanu cywilnego, wcale nie musi pozostawać w konflikcie z interesem społeczeństwa, ani z wykładnią obowiązujących przepisów. Stąd też powoływany przez SN argument zagrożenia porządku prawnego w analizowanych sytuacjach nie wydaje się trafny: „w demokratycznym systemie prawa nikt nie może być dyskryminowany, a wykładnia obowiązujących przepisów nie powinna być dokonywana pod kątem abstrakcyjnej formalistyki, lecz uwzględniać zasady logiki oraz społecznej przydatności tychże przepisów” (J. Leszczyński, *Glosa do uchwały...*, s. 101). Podważano także wymóg przeprowadzania zabiegu operacyjnego w celu korekty płci jako kryterium identyfikacji z płcią: „jeśli więc konkretna osoba identyfikuje się z płcią przeciwną do tej, na którą wskazują jej zewnętrzne cechy

biologiczne, prawo powinno znaleźć takie rozwiązanie, które umożliwiłoby jej normalne funkcjonowanie w społeczeństwie." (J. Leszczyński, *Glosa do uchwały...*, s.101). *De lege lata* natomiast przepisy powinny być tak stosowane, by ułatwić funkcjonowanie w społeczeństwie osób transpłciowych, stąd za trafne należy uznać te poglądy, które proponują stosowanie w tej sytuacji art. 189 K.p.c, a następnie ujawnienie w akcie urodzenia w formie wpisu dodatkowego zmiany płci (J. Leszczyński, *Glosa do uchwały...*, s.101).

Odnotować można wreszcie głosy kwestionujące stanowisko SN z jednej strony, z drugiej zaś poszukujące rozwiązania sytuacji, którą stworzył swoim orzeczeniem Sąd Najwyższy. Przede wszystkim wyrażono stanowisko, w myśl którego nie jest wykluczone stosowanie art. 31 u.p.a.s.c w drodze analogii do przypadków osób chcących zmienić płeć, gdyż brak regulacji pozytywnej tego przypadku implikuje konieczność analogicznego zastosowania tego przepisu właśnie w przypadku osób transpłciowych (tak np. J. Pisuliński, *Glosa do uchwały składu 7 sędziów z 22 VI 1989 III CZP 37/89*, Państwo i Prawo 1991 nr 6, s. 113). Nie stoi temu na przeszkodzie ani fakt, że przepis ten miałby mieć charakter wyjątkowy, bo takiego przypisać mu nie można, ani też zastosowanie wniosku *a contrario*, bowiem nie wynika wcale z takiej interpretacji, by w pozostałych przypadkach niezgodności właściwe miałyby być postępowanie administracyjne. W konsekwencji, nie ma przeciwwskazań, by zastosować w drodze analogii art. 31 u.p.a.s.c. i inne przepisy ustawy także ze skutkiem *ex nunc* (J. Pisuliński, *Glosa do uchwały...*, ss. 113-114). Autor zastanawia się także nad drogą, jaką przyjął SN, a więc nad możliwością ustalenia przynależności do oznaczonej płci w drodze art. 189 K.p.c. Wprawdzie tryb procesowy może rodzić pewne komplikacje, dotyczące głównie legitymacji biernej, której jak twierdzi powołany Autor nie powinni posiadać rodzice powoda, gdyż nie o prawa stanu tu idzie, jednak wobec braku innej regulacji także wyrok ustalający przynależność do określonej płci (obok ustalającego czy kształtującego stan cywilny) winien mieć skutek *erga omnes* (tak np. J. Pisuliński, *Glosa do uchwały...*, ss. 114-116).

Kolejne lata przyniosły ugruntowanie stanowiska Sądu Najwyższego. Najpierw SN uzupełnił stanowisko wyrażone w uchwale z dnia 22 czerwca 1989 r., poprzez wskazanie, że „w przypadku ustalenia w wyroku, że nastąpiła zmiana płci człowieka,

orzeczenie takie działa ze skutkiem *ex nunc* i jest podstawą do ujawnienia tej okoliczności w aktach stanu cywilnego w formie wpisu dodatkowego na podstawie art. 21 ustawy z 1986 r. - *Prawo o aktach stanu cywilnego*" (postanowienie SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, Przegląd Sądowy 1991, nr 5-6, s. 118). Jak wskazał SN w uzasadnieniu tego stanowiska: „możliwość uwzględnienia powództwa o ustalenie płci zależeć powinna od oceny przez sąd trwałości poczucia przynależności transseksualisty do innej płci, co przemawia za występowaniem z takim powództwem w zasadzie dopiero po dokonaniu korekcyjnego zabiegu operacyjnego. Podkreślić jednocześnie trzeba, że zmiana płci jednego człowieka nie jest zdarzeniem dotyczącym wyłącznie dóbr osobistych tej właśnie osoby. Fakt ten może bowiem mieć doniosłe znaczenie także dla praw stanu i dóbr osobistych innych osób (np. małżonka lub dzieci transseksualisty). Okoliczności te powinien wszechstronnie rozważyć sąd, który rozpoznawałby sprawę o ustalenie płci na podstawie art. 189 k.p.c." (uzasadnienie postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r.). Teoretycznie wobec tego, mimo dokonania zabiegu korekcyjnego, mogłoby się okazać, że sąd powództwo o ustalenie miałby prawo oddalić. Jak wskazano w glosie do tego orzeczenia, mogłoby to być „pewne istotne okoliczności związane z sytuacją rodzinną powoda (fakt pozostawania w związku małżeńskim, posiadanie dzieci)" świadczące o istnieniu wątpliwości, czy w ogóle doszło do zmiany płci, albo też czy poczucie przynależności ma charakter trwały (zob. M. Safjan, *Glosa do postanowienia z dnia 22 marca 1991 r.*, Przegląd Sądowy 1993, nr 2, ss. 89-90).

Następnie w uchwale z dnia 22 września 1995 r. SN stwierdził, że dopuszczalne jest dochodzenie w procesie ustalenia płci transseksualisty (art. 189 k.p.c); pozwanymi w sprawie powinni być rodzice powoda (uchwała z dnia 22 września 1995 r., III CZP 118/95, OSP 1996, nr 4 poz. 78). Jednakże mimo tak ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie, w glosie do powyższego orzeczenia, zauważono, że sprostowanie aktu urodzenia w trybie art. 31 u.p.a.s.c jest możliwe do obrony, gdyż w przypadku transseksualizmu płeć psychiczna „zakotwiczona" była od samego początku w organizmie, a wszelkie późniejsze zabiegi prowadziły nie do jej zmiany, ale ujawnienia (J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego - Izba Cywilnego z dnia 22 września 1995 r.*, III CZP 118/95, OSP 1996, nr 4, s. 194). Natomiast odrzucenie powyższego poglądu o dopuszczalności stosowania art. 31 ustawy u.p.a.s.c wprost,

nakazywałoby stosowanie tego przepisu w drodze analogii. Wynika to z ogólniejszej konstatacji, w myśl której w prawie polskim istnieją podstawy do honorowania płci psychicznej (zob. J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały SN...*, s. 193).

Mając na uwadze przegląd najważniejszych orzeczeń i stanowisk prezentowanych w doktrynie należy wskazać, że obecnie jedyną dopuszczalną podstawą prawną żądania zmiany płci jest powództwo oparte na art. 189 *Kodeksu postępowania cywilnego*. Uruchomione zostaje w ten sposób postępowanie, w którym osoba żądająca ustalenia musi pozywać swoich rodziców, a gdy ci nie żyją, ustanowionych w ich miejsce kuratorów. Ze skarg kierowanych do Rzecznika Praw Obywatelskich wynika, że proces z udziałem najbliższych powoduje ogromne spustoszenie emocjonalne u stron, zwłaszcza u osób najbliższych. Co więcej, jeżeli osoby te nie zgadzają się na zmianę płci (co nie jest przecież niezwykle, zważywszy na fakt, że dla rodziców istotna jest ciągła i stała identyfikacja własnego dziecka jako człowieka, którego urodzili i wychowywali), to proces taki może się przedłużać w nieskończoność. Jeżeli jeszcze dodać sytuację rodziców mieszkających w małych społecznościach, nakazywanie im obecności w procesie zmiany płci własnego dziecka, musi rodzić szczególne trudności. Takiego zbiegu nie da się wytłumaczyć żadnym celem jaki realizować mają normy prawa.

Jako Rzecznik Praw Obywatelskich pragnę wyrazić pogląd, że sytuacja osób transpłciowych wymaga ustanowienia w tym zakresie odpowiednich regulacji prawnych. W mojej ocenie najbardziej pożądane byłoby podjęcie inicjatywy ustawodawczej zmierzającej do uchwalenia aktu prawnego regulującego w sposób kompleksowy problematykę zmiany płci, tak jak to zostało uczynione m. in. w Wielkiej Brytanii.

Wydaje się, że w ustawie takiej należałoby przyjąć rozwiązania umożliwiające nie tylko zmianę płci metrykalnej, którego to problemu -jako zasadniczego - dotyczy niniejsze wystąpienie. Mając na uwadze wielość elementów składających się na tę problematykę, należałoby uregulować także m. in. skutki w sferze rodzinnoprawnej takiej osoby, kwestię wymiany dokumentów, możliwość refundacji kosztów przebytych zabiegów, jak też wprowadzić swoisty kontratyp uchylający bezprawność dokonywanych zabiegów chirurgicznych. Aktualnie bowiem, na co także zwraca się

uwagę, lekarze są narażeni na możliwą odpowiedzialność karną z art. 156 § 1 pkt 1 K.k. (spowodowanie ciężkiego uszczerbku przez pozbawienie zdolności płodzenia). Znany jest przypadek postawienia zarzutów lekarzowi, który w 1963 r. przeprowadził pionierską operację zmiany płci (pisze o tym P. Daniluk, *Legalność zabiegów „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów z perspektywy polskiego prawa karnego* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa 2009, s. 170). Postuluje się, by w razie wyrażonej przez pacjenta świadomej zgody na zabieg uznać go za „czynność leczniczą i jeżeli zostanie on wykonany zgodnie z zasadami wiedzy i sztuki medycznej (*lege artis*), wówczas uznać za legalny” (P. Daniluk, *Legalność zabiegów...*, s. 174). To, że lekarze nie są pociągani do odpowiedzialności karnej wynika więc z istnienia kontratypu zwyczajowego, w którym za jedno ze znamion uznać należy zgodę pokrzywdzonego (tak J. Warylewski, *O duszy uwięzionej w obcym ciele - dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, artykuł dostępny na www.transfuzja.org; stan na 1 marca 2011 r.): „mógłby on być nazywany np. kontratypem transseksualizmu lub zmiany płci i nie zawierałby wymagania celu leczniczego”. Ponadto „kontratyp ten wyłącza kryminalną bezprawność chirurgicznej korektury narządów płciowych nawet wtedy, gdy wykonuje się ją jeszcze przed zmianą (sprostowaniem) aktu urodzenia transseksualisty” (J. Warylewski, *O duszy...*, s. 5, powołujący w przypisie nr 38 K. Rozentala, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, *Państwo i Prawo* 1991, nr 10, s. 64, jako zwolennika proponowanego rozwiązania jako swoistego prowizorium do czasu ustawowej regulacji).

Jeżeli chodzi o możliwość zmiany płci metrykalnej, w opinii Rzecznika Praw Obywatelskich, przyszła kompleksowa regulacja, ewentualnie częściowe zmiany w aktualnym stanie prawnym, winny umożliwiać taką zmianę jeszcze przed dokonaniem zabiegu adaptującego. Jest to postulat znajdujący odzwierciedlenie także w regulacjach innych krajów. Nikogo nie można bowiem zmuszać do dokonania operacji powodującej trwałe zniekształcenia jego ciała. Zgoda na przeprowadzenie takich zabiegów powinna być całkowicie wolna od jakichkolwiek nacisków. Ponadto czasami wykonanie operacji nie jest u pewnych osób możliwe, z powodu np. przeciwwskazań medycznych, (ze statystyki przedstawionej przez P. Daniluka, *Legalność zabiegów...*, s. 174, w przypisie

31, wynika że może to stanowić przyczynę samobójstw wśród osób z tej grupy). Poza tym dla niektórych transseksualistów wystarczające jest dokonanie zmiany płci metrykalnej, nie muszą posuwać się do zabiegów adaptujących. Wydaje się, że obecnie coraz więcej przedstawicieli doktryny dopuszcza możliwość zmiany płci metrykalnej zanim dokonana zostanie seria zabiegów medycznych (tak np. K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 186; w ostatnim orzeczeniu niemiecki Trybunał Konstytucyjny również uznał za niekonstytucyjne wymaganie bezpłodności i przejścia operacji w celu zmiany płci metrykalnej; ponadto rozwiązania w Hiszpanii, Wielkiej Brytanii i Portugalii również to gwarantują).

W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich trafny jest postulat, wedle którego zmiana płci nie powinna odbywać się w trybie procesu. Rozwiązanie to słusznie nazywane jest sztucznym (K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty...*, s. 201) i niesie ze sobą szereg nierozwiązywalnych trudności. Kompleksowa regulacja powinna wobec tego zakładać możliwość dokonania zmiany w akcie urodzenia (na skutek wydanej decyzji czy orzeczenia) w możliwie „bezbolesny” sposób, a już na pewno nie z udziałem pozwanych osób najbliższych, które z racji tej sytuacji poddane są niezwykle stresowi. Jako Rzecznik Praw Obywatelskich pozwolę sobie wyrazić pogląd, iż za najbardziej pożądane należałoby uznać stworzenie regulacji umożliwiającej dokonanie zmiany płci metrykalnej na podstawie oświadczenia transseksualisty popartego dwoma opiniami właściwych lekarzy, na wzór rozwiązań brytyjskich. Wymaganie przejścia zabiegów operacyjnych jest obecnie niezrozumiałe, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę możliwość funkcjonowania przez transseksualistów bez takiego zabiegu. Poza tym zabieg powinien być przeprowadzony jedynie wtedy, gdy nie ma żadnej wątpliwości co do stanu pacjenta, a on sam wyraził na to zgodę w sposób całkowicie dobrowolny z zachowaniem zasad autonomii woli.

Z przedstawionej wyżej analizy wynika, że istnieją regulacje prawne, które w sposób szanujący prawa i wolności obywatelskie, rozwiązują powstałe problemy. Wśród dostępnych rozwiązań wskazać należy możliwość zmiany płci w trybie administracyjnym, by po wydaniu decyzji o zmianie płci, dochodziło do zmiany aktu stanu cywilnego. Zgodnie z art. 40 ust. 1 p.o.a.s.c akt urodzenia sporządza się na podstawie pisemnego zgłoszenia urodzenia dziecka wystawionego przez lekarza, położną lub zakład opieki zdrowotnej. W

obecnym stanie prawnym nie istnieją wobec tego przeszkody, dla których tych kompetencji w przypadku zmiany płci, odmówić należałoby lekarzom specjalizującym się w złożonej problematyce konfliktu płci. Stąd uzasadnione jest wymaganie, by wraz z oświadczeniem transseksualisty do zmiany płci konieczne było dostarczenie opinii lekarzy, którzy mogą stwierdzić występowanie zjawiska transseksualizmu.

Osobną kwestią byłoby zawarcie w takiej regulacji przepisów przekazujących określone kompetencje do wydania czy zaświadczenia o zmianie płci, czy też odpowiedniego orzeczenia (mającego charakter cywilny bądź administracyjny), o ile zdecydowano by się na przekazanie kompetencji w tej sprawie istniejącym instytucjom. Utworzenie specjalnej komisji złożonej ze specjalistów, która orzekałaby w sprawie, mogłoby jednak odciążyć sądy czy organy administracji oraz zmniejszyć koszty postępowania.

Wydaje się, że zmiana płci powinna generalnie wywierać skutki *ex nunc*, natomiast większość jest zgodna co do tego, że nie powinno to wpływać na stosunki między rodzicami a dziećmi. Skutek *ex nunc* jest rozwiązaniem korzystnym, gdy chodzi o problem pozostawania w małżeństwie osoby, która zmieniła płeć. Regulacja taka mogłaby wprowadzać podstawę dla unieważnienia małżeństwa, albo też skorzystać z rozwiązania przewidzianego w art. 15¹ § 1 pkt. 2 K.r.o. (unieważnienie małżeństwa z powodu błędu co do tożsamości przyszłego małżonka; chociaż uznać należy, że to rozwiązanie nie jest najlepsze) (podobnie K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, pod red. R. Wieruszewskiego i M. Wyrzykowskiego, Warszawa 2009, s. 191). Zmiana płci nie powinna jednak wpływać na ustabilizowane już stosunki między rodzicami a dziećmi.

Jednak do czasu wydania kompleksowej regulacji, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, konieczne jest niezwłoczne wprowadzenie do polskiego prawa przepisów wyraźnie regulujących poruszony problem.

Ze skarg, które zgłaszane są Rzecznikowi Praw Obywatelskich wynika, że aktualnie wypracowany przez orzecznictwo sposób zmiany płci jest nieefektywny. Powinno to skłonić prawodawcę do podjęcia działań zmieniających tę niekorzystną sytuację. Podkreślić należy, że w ocenie Rzecznika bardziej właściwym trybem postępowania jest ten, który zaproponował Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 22 lutego 1978 r., a który został

zaaprobowany przez część doktryny (zob. powoływani wyżej J. Pisuliński, J. Ignatowicz). Instytucja sprostowania aktu urodzenia wydaje się najwłaściwsza, ponieważ rozstrzygnięcie zapada w trybie postępowania nieprocesowego, bez zbędnej konfrontacji z rodzicami. Ponadto uwzględnić należy, że podobne rozwiązanie funkcjonuje z powodzeniem w ustawodawstwie hiszpańskim, gdzie również mamy do czynienia z instytucją sprostowania płci, co rozumieć należy w ten sposób, że błąd w jej określeniu istniał już od samego początku.

Zgodnie z treścią art. 31 u.p.a.s.c akt stanu cywilnego podlega sprostowaniu w razie błędnego lub nieściśłego jego zredagowania. Gdy chodzi o sprostowanie błędu, jak opisano powyżej, wskazuje się, że sprostować można to, co od początku było błędne (zob. J. Litwin, *Prawo o aktach stanu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 1961, s. 255). Coraz więcej nowych poglądów naukowych głosi, że zaburzenia tego typu powstają już w fazie życia płodowego (podane za P. Podgórski, *Znudziłem się Bogu w połowie...*, s. 30; Autor w przypisie 41 i 42 przywołuje publikacje prasową w której przytaczane są wyniki badań holenderskich badaczy wskazujących na „kobiecą strukturę mózgu u genetycznie męskich transeksualistów”; Autor przytacza też wypowiedź S. Dulki, który w powołanej publikacji prasowej stwierdził, że „zaburzenie identyfikacji z własną płcią biologiczną powstaje w okresie życia płodowego, dlatego ma charakter wrodzony, a zatem trwały i nieodwracalny”). Tym samym, o ile przyjąć rozpowszechnioną definicję płci, jako cech odnoszących się nie tylko do zewnętrznych narządów płciowych, ale też m. in. tzw. płci psychicznej (o definicji płci pisze m.in. A. Zielonacki, *Zmiana płci..*, s. 39), to niezgodność istnieje już w chwili sporządzania aktu urodzenia. Jest to fakt zrozumiały, bowiem płeć dziecka zwykle oceniana jest po wyglądzie zewnętrznych narządów płciowych, a trudno wymagać, by lekarz po urodzeniu ustalał również płeć psychiczną. Nie może to jednak oznaczać, że osoby, u których ujawni się rozbieżność w zakresie przynależności do płci przypisanej w dacie urodzenia, nie mogą uzyskać sprostowania aktu urodzenia z tego powodu, że lekarz nie miał możliwości ustalenia tego elementu płci. Sprostowanie aktu wobec tego powinno zakładać, że mimo prawidłowo określonej płci na podstawie cech zewnętrznych lekarz błędnie określił płeć psychiczną co w konsekwencji prowadzi do rozbieżności między nimi.

W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich nawet w sytuacji, gdyby badania naukowe nie były w stanie potwierdzić tezy o wrodzonym charakterze tej przypadłości, instytucja sprostowania aktu urodzenia opisana w art. 31 u.p.a.s.c. mogłaby zostać wprowadzona w życie w drodze odpowiedniego zastosowania. W celu usunięcia tych wątpliwości należałoby wobec tego wprowadzić pozytywny przepis, tj. uzupełnienie treści art. 31 u.p.a.s.c. poprzez dodanie możliwości sprostowania aktu stanu cywilnego w sytuacji wystąpienia przypadku transseksualizmu. Postępowanie nieprocesowe jest w tej sytuacji najbardziej pożądanym rozwiązaniem, zgodnie z art. 4 u.p.a.s.c.



Ponieważ sprostowanie aktu stanu cywilnego niesie ze sobą skutki wsteczne, należałoby również rozważyć możliwość wprowadzenia w tej konkretnej sytuacji analogicznego rozwiązania do tego, jakie przewiduje ustawodawca w przypadku unieważnienia małżeństwa, a więc wyodrębnienie grup sytuacji, w których sprostowanie powoduje skutki na przyszłość - głównie chodziłoby tu o ustalone już stosunki prawnorodzinne między osobą zmieniającą płeć a jego zstępny, czy stosunki majątkowe. Skutek *ex tunc* istotny byłby głównie w aspekcie uzyskanych kwalifikacji szkolnych, zawodowych i innych, i ułatwiałby zmianę dokumentów.

Jeżeli zaś chodzi o małżeństwo to przyjęcie tego trybu powoduje, że otwiera się droga do uznania małżeństwa za nieistniejące, co może jednak kłócić się z przyjętą wyżej propozycją, by rozdzielić skutki sprostowanego aktu, zwłaszcza w zakresie pochodzenia dziecka. Stąd najbardziej pożądane byłoby wówczas wprowadzenie dodatkowej przesłanki unieważnienia małżeństwa, bez zmuszania kogokolwiek do rozwiązania związku małżeńskiego zanim zmieniona zostanie płeć metrykalna. Można też rozważyć zastosowanie instytucji ustania małżeństwa, bowiem osoba, która była do tej pory małżonkiem „przestała istnieć”, prawie tak jakby nastąpił koniec jej bytu prawnego.

Pozostaje również do rozważania kwestia, czy w analizowanych wypadkach należy sporządzić nowy akt stanu cywilnego czy też pozostawić dawny z odpowiednimi zmianami, zważywszy na stanowisko NSA w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2008 r., II OSK 845/07, w którym stwierdził, że „umieszczenie w zupełnym akcie urodzenia danych nakazanych prawem (zmiana imion, zmiana płci, podanie orzeczenia sądowego, na podstawie którego dokonano wzmianki) z samego założenia nie może być traktowane jako

zamieszczenie danych naruszających dobra osobiste. Rozumowanie przeciwne prowadziłyby bowiem do wewnętrznej sprzeczności ustawy."

Mając powyższe na względzie, działając na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o *Rzeczniku Praw Obywatelskich* (Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.), zwracam się z uprzejmą prośbą o przedstawienie przez Pana Ministra stanowiska w niniejszej sprawie oraz rozważenie możliwości podjęcia inicjatywy ustawodawczej mającej na celu wprowadzenie przepisów regulujących problematykę zmiany płci. Będę wdzięczna za pozytywne ustosunkowanie się do zaproponowanych rozwiązań.

Do wiadomości:

Pan
Jerzy Miller
Minister Spraw Wewnętrznych
i Administracji
ul. Stefana Batorego 5
02-591 Warszawa