

Prawidłowa legislacja urzędowej zmiany płci w świetle rekomendacji europejskich oraz na tle najnowszych uregulowań w prawie obcym

Wstęp

Gdy w 2015 r. procedowano w Sejmie projekt ustawy o uzgodnieniu płci¹, wszystko wskazywało na to, że osoby transseksualne oraz interseksualne doczekają się ostatecznie uregulowania swojej sytuacji prawnej. Projekt miał być pierwszą uchwaloną w Polsce legislacją dotyczącą transseksualizmu i zakładał gruntowną zmianę procedury urzędowej korekty płci. Dotychczasowa, wypracowana przez orzecznictwo Sądu Najwyższego, wymagała wniesienia na podstawie art. 189 kpc powództwa o ustalenie przynależności do płci odmiennej niż metrykalna i uzyskanie w ten sposób prawomocnego orzeczenia umożliwiającego naniesienie wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia. Doktryna była zgodna, że procedura ta jest co do zasady wadliwa, lecz w obliczu braku aktywności ustawodawcy stanowiła zło konieczne dla zapewnienia osobom transseksualnym jakiegokolwiek ochrony prawnej.

Ustawa o uzgodnieniu płci przewidywała szereg zmian, z których najważniejszą miało być przyjęcie trybu postępowania nieprocesowego. Powszechnie znany jest jednak fakt, że na ostatnim etapie została zawetowana przez Prezydenta Andrzeja Dudę i skierowana z powrotem do Sejmu, którego ponownie już nie opuściła. Tym sposobem ukształtowana przez orzecznictwo praktyka urzędowej zmiany płci, która odegrać miała

¹ Tekst projektu ustawy o uzgodnieniu płci dostępny pod adresem [http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/1469_u/\\$file/1469_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie7.nsf/nazwa/1469_u/$file/1469_u.pdf)

rolę rozwiązania tymczasowego, od 24 lat pozostaje w swojej niezmiennionej, ułomnej formie, podczas gdy ustawodawca uparcie ignoruje pojawiające się zalecenia i rezolucje instytucji europejskich oraz wyroki europejskich trybunałów, niezmiennie nie uchwalając odpowiednich regulacji.

Transseksualizm i płeć w pojęciu medycznym i prawnym

By odpowiednio zrozumieć istotę transseksualizmu, należy przyrzeć się najpierw terminologii stosowanej w kwestii płci. Polska doktryna, idąc za medyczną definicją płci, określa ją *jako zespół cech odróżniających w obrębie gatunku organizmy żeńskie wytwarzające komórki jajowe od organizmów męskich wyróżniających plemniki*².

Podział płci u ludzi następuje co do zasady dychotomicznie, ale istnieją odstępstwa: na czele ze znanymi już w czasach starożytnych osobami interseksualnymi (dawniej nazywane androgynicznymi od imienia postaci z mitologii greckiej). Są ponadto osoby, które mimo posiadania cech określonej płci nie identyfikują się z żadną z nich – są to osoby tzw. aplciowe (ang. *non-binary*). W tym miejscu zaznaczyć należy jednak, że między tymi grupami istnieje znacząca różnica. Osoby interseksualne mogą posiadać cechy biologiczne (ang. *sex*) obu płci, jednak ich tożsamość płciowa (płeć psychiczna) zazwyczaj odpowiada płci żeńskiej albo męskiej. Z kolei osoby aplciowe lub biplciowe posiadają cechy określonej płci biologicznej, jednak w swoim poczuciu psychicznym bądź utożsamiają się z obiema, bądź nie odczuwają żadnej. Ta złożoność dowodzi, iż stosowana powszechnie procedura określania płci oparta na podstawie wyglądu narządów płciowych noworodka jest procedurą przestarzałą. Ponadto błędne jest także jednotorowe myślenie o płci wyłącznie w jej aspekcie biologicznym.

Termin *transseksualizm* wprowadzony został do nauki seksuologii przez Davida Caudwella w 1949 r., a upowszechniony przez Harry'ego Benjamina, pioniera stosowania u osób transseksualnych zastępczej terapii

² K. Imieliński, S. Dulko, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Kraków 2001, s. 3.

hormonalnej. Początkowo definiowany był jako poczucie „uwięzienia w obcym ciele”, względem którego terapia psychiatryczna nie odnosiła skutku i od którego mogła osobę transseksualną uwolnić wyłącznie operacja korekty płci. Do dnia dzisiejszego środowisko medyczne nie jest w stanie jednoznacznie wskazać etiologii transseksualizmu. W początkowym okresie wielu seksuologów, idąc za teorią Johna Moneya, traktowało identyfikację płciową jako efekt socjalizacji na wczesnym etapie życia dziecka. Teoria ta została jednak obalona, a jako tragiczny przykład jej błędnych założeń przywołać można eksperyment znany jako przypadek Davida Reimera. Polegał na wychowaniu jako dziewczynki chłopca, u którego doszło do zwęglenia penisa podczas zabiegu usunięcia napletka (spowodowanego stulejką) z użyciem noża elektrycznego. Zaordynowane przez Moneya „leczenie” polegać miało na wczesnej socjalizacji do płci żeńskiej, połączonej z terapią hormonalną i stopniową korektą narządów na żeńskie. Eksperyment nie powiódł się, za to wyrządził nieodwracalne szkody w psychice pacjenta, który w wieku 38 lat, po nieudanych próbach ułożenia sobie życia, popełnił samobójstwo³.

W Polsce pierwszy zabieg korekty płci odbył się w 1937 r. w Szpitalu Dzieciątka Jezus w Warszawie na osobie K/M⁴, natomiast po wojnie kolejne operacje zaczęto ponownie wykonywać w latach 60. Wbrew pozorom nad zjawiskiem transseksualizmu przeprowadzono dotychczas w Polsce stosunkowo szerokie badania – zasługę za to należy przypisać Kazimierzowi Imielińskiemu oraz Stanisławowi Dulce, którzy uważani są za najwybitniejszych badaczy transseksualizmu w kraju⁵.

³ Historia Bruce’a/Davida Reimera opisana została m. in. przez J. Colapinto, *As nature made him: the boy who was raised as a girl*, New York 2002. Zob. A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych*. Cz. 1, Prawo i Medycyna nr 2/2016, s. 13–14 i tam przywołane źródła.

⁴ M. Teler, *Czy przed wojną zmieniano w Polsce płeć? Historia Witolda Smetka*, 4 VII 2018 r., <https://www.focus.pl/arttykul/czy-przed-wojna-zmieniano-w-polsce-plec-historia-witolda-smetka>

⁵ Kazimierz Imieliński był pierwszym w Polsce seksuologiem. Stanisław Dulko współpracował z nim przez wiele lat, dzięki czemu stał się największym znawcą zjawiska transseksualizmu w Polsce. Zob. m.in. tychże *Przekleństwo Androgyny. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, PWN 1988.

Obecnie transseksualizm definiowany jest jako *rozbieżność pomiędzy poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno-biologiczną ciała oraz płcią metrykalną, które są odczuwane jako obce i należące do płci odmiennej*⁶. Przez Międzynarodową Klasyfikację Chorób (*International Classification of Diseases – ICD*, wersja 10) transseksualizm zakwalifikowany został do kategorii zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania oraz do subkategorii zaburzeń osobowości i zachowania u osób dorosłych o typie zaburzeń identyfikacji płciowej⁷. Od wielu lat organizacje działające na rzecz ochrony praw osób trans zabiegały o wykreślenie transseksualizmu z kategorii zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania, ponieważ taka kwalifikacja prowadziła nierzadko do stygmatyzacji. Zastrzeżenia te uwzględnia uaktualniona ICD, wersja 11 (ICD-11), opublikowana przez WHO w czerwcu 2018 r. Transseksualizm został tam przeniesiony z kategorii zaburzeń psychicznych do rozdziału związanego z szeroko pojętym zdrowiem seksualnym (ang. *Conditions Related to Sexual Health*). Zmieniona została również terminologia: zamiast terminu *transseksualizm* ICD-11 definiuje tę przypadłość w dwóch kategoriach: *niezgodność płciowa u osób nastoletnich i dorosłych oraz niezgodność płciowa u dzieci*. Najnowsza klasyfikacja została zatwierdzona w maju br., a jej implementacja do krajowych systemów prawnych nastąpić ma 1 stycznia 2022 r.⁸

Ze względu na to, że transseksualizm zaliczany był dotychczas do grupy zaburzeń identyfikacji płciowej, spotyka się określenie tego zjawiska jako „transpłciowości”. Nie można jednak podzielić poglądu, jakoby pojęcie *transpłciowość* mogło być stosowane zamiennie. Transpłciowość jest bowiem swoistym pojęciem parasolem, zawierającym w sobie również zaburzenia takie jak transwestytyzm, apłciowość i bipłciowość. Tak więc mimo że każda osoba transseksualna będzie również osobą transpłciową,

⁶ K. Imieliński, *Seksiatria. Patologia seksualna*, Warszawa 1990, s. 285.

⁷ J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, praca doktorska pod kierownictwem K. Pietrzykowskiego, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2014 r., s. 22 i 23.

⁸ <https://oko.press/swiatowa-organizacja-zdrowia-who-transpłciowosc-to-nie-zaburzenie-psychiczne-zycie-bez-stygmatyzacji/>

to nie każda osoba transpłciowa będzie transseksualistą⁹. Transpłciowość w wolnym tłumaczeniu na angielski brzmi *transgender*. Jednak gdyby przetłumaczyć je dosłownie, uzyskalibyśmy polski *transgenderyzm*, a to z kolei w polskiej seksuologii oznacza osobę, która mimo utrwalonej tożsamości z płcią odmienną nie chce poddawać się chirurgicznej korekcie narządów płciowych.

Powyższa, silnie skomplikowana siatka pojęciowa, w połączeniu z tragicznie niską świadomością społeczną dotyczącą zaburzeń płci doprowadziła do sytuacji, w której osoby transseksualne są bardzo często mylone z transwestytami lub z osobami homoseksualnymi. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest zupełny brak zrozumienia dla ich cierpienia, a nierzadko silny sprzeciw wobec ich inności, demonstrowany poprzez dyskryminację czy sprowadzenie ich przypadłości do miana zbroczenia.

Ochrona praw osób transseksualnych na poziomie unijnym

Aktualny stan wiedzy medycznej nie przekłada się w Polsce na ochronę tożsamości płciowej przez prawo stanowione. Tymczasem w ramach Unii Europejskiej zostało już wydanych kilka aktów wskazujących kierunek, w jakim powinno pójść ustawodawstwo. Pierwszą instytucją unijną, która wypowiedziała się w tej kwestii, był Parlament Europejski. Już w 1989 r. przyjęto rezolucję¹⁰ nakładającą państwa członkowskie do uchwalenia odpowiedniej legislacji w celu umożliwienia osobom transseksualnym zmiany płci w rozumieniu prawnym, medycznym i społecznym. Parlament wskazał również na konieczność finansowania przez państwa członkowskie operacji przystosowujących do nowej płci. W tym samym roku Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy przyjęło zalecenie¹¹ co do konieczności uregulowania procedury zmiany płci w celu wyeliminowania dyskryminacji osób transseksualnych. Następnie, w 2011 r.,

⁹ Ibidem.

¹⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 12 IX 1989 r., za: J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, s. 63.

¹¹ Zalecenie Zgromadzenia Parlamentu Europejskiego nr 1117 z 29 IX 1989 r., dostępne pod adresem <https://rm.coe.int/090000168091cf4d>

Parlament Europejski przyjął kolejną rezolucję¹² w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich ONZ. Wypowiedziano się w niej przeciwko kwalifikacji transseksualizmu jako choroby psychicznej i wezwano WHO do usunięcia go z listy zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania oraz stworzenia dlań nowej klasyfikacji. Poczynając od 2011 r., instytucje europejskie wydały również inne zalecenia i rezolucje, ale na tyle podobne treściowo, że przywoływanie wszystkich nie wydaje się konieczne. Na szczególną uwagę zasługuje natomiast rezolucja 2048¹³ Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy z dnia 22 kwietnia 2015 r. Wezwano w niej państwa członkowskie do uregulowania całego wachlarza kwestii związanych z urzędową zmianą płci. Do najważniejszych należy zaliczyć: wprowadzenie całkowitego zakazu dyskryminacji na tle tożsamości płciowej, stworzenie szybkiej, transparentnej, łatwo dostępnej oraz bazującej na samookreśleniu jednostki procedury zmiany płci, uchylenie wymogu sterylizacji oraz innych niedobrowolnych zabiegów medycznych (również diagnozy psychiatrycznej) jako prawnych przesłanek dla zmiany płci, a także zniesienie zakazów uniemożliwiających pozostawanie osobom transseksualnym w dotychczasowych związkach małżeńskich. Rezolucja nie pozostawia wątpliwości, że instytucje europejskie coraz bardziej zdecydowanie podchodzą do kwestii poszanowania dla transseksualizmu, a z każdym kolejnym wydanym aktem¹⁴ ich zalecenia skłaniają się ku większej liberalizacji przepisów, co zasługuje na aprobatę.

Ochrony prawnej udzielają osobom transseksualnym również Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zajęcie przez ETPCz oraz TSUE stanowiska w tej sprawie

¹² Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 IX 2011 r., dostępna pod adresem <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0427+0+DOC+XML+V0//EN>

¹³ Rezolucja 2048 Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy z 22 IV 2015 r., tekst rezolucji dostępny pod adresem <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?file-id=21736>

¹⁴ Mimo że są to tzw. akty prawa miękkiego, stanowią ważny przykład oraz wskazówkę dla wszystkich państw członkowskich.

było o tyle istotne, że przyjęte dotychczas unijne akty prawa o charakterze wiążącym w żaden sposób nie regulowały tej kwestii¹⁵. Do 2002 r., za sprawą orzeczenia ETPCz w sprawie *Rees p. Wielkiej Brytanii*¹⁶, państwa członkowskie były przekonane, że w zakresie regulacji dotyczącej osób transseksualnych przysługuje im tzw. margines swobody¹⁷. Powyższy stan rzeczy uległ zmianie 11 lipca 2002 r., gdy ETPCz w sprawie *Goodwin p. Wielkiej Brytanii* jednomyślnie orzekł, że prawo do zmiany płci wywodzi się z art. 8 EKPCz¹⁸, a dokładniej – z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Ten przełomowy pogląd został również potwierdzony rok później w wyroku z 12 czerwca 2003 r. w sprawie *Van Kuck p. Niemcom*¹⁹. Kolejnym przełomowym orzeczeniem ETPCz, które zasługuje na szczególną uwagę, jest stosunkowo nowe, w sprawie *A.P., Garçon i Nicot p. Francji*²⁰. Rozstrzygnięcie to wywarło bezpośredni wpływ na te kraje Unii Europejskiej, które przed umożliwieniem urzędowej zmiany płci wciąż wymagają poddania się zabiegom medycznym. Trybunał uznał bowiem taką praktykę za niedopuszczalną, ponieważ pogwałca ona fundamentalne prawa człowieka; m.in. prawo do prywatności.

Z upływem lat również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej musiał rozpoznać skargi składane przez osoby transseksualne. Należy z aprobatą stwierdzić, iż TSUE, stosownie do swoich możliwości, udzielał takim osobom ochrony prawnej, m.in. w sprawach: *K.B. przeciwko National*

¹⁵ J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, s. 65, za: P. Pogodzińska, *Tożsamość płciowa..., Prawa osób transseksualnych...*, red. A. Śledzińska-Simon, s. 133 i n.

¹⁶ Wyrok ETPCz w sprawie *Rees p. Wielkiej Brytanii*; skarga nr 9532/81. ETPCz uznał wówczas, że w przypadku legislacji dotyczącej transseksualizmu państwowo-stronom przysługuje margines swobody.

¹⁷ Doktryna marginesu swobody (ang. *Margin of appreciation*) przewiduje swobodę każdego z państw członków do wewnętrznego uregulowania pewnych kwestii. Omówiona przez: W. Burek, *Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów kooperacyjnych*, PiM nr 1/2007, s. 114.

¹⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.

¹⁹ K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski i M. Wyrzykowski, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2009, s. 181.

²⁰ Wyrok ETPCz z 6 IV 2017 r. (skargi 79885/12, 52471/13 and 52596/13).

*Health Service Pensions Agency Secretary of State*²¹ czy *Sarah Margaret Richards przeciwko Secretary of State for Work and Pensions*²².

Procedura zmiany płci w Polsce i w Europie

Pierwszym rozstrzygnięciem dotyczącym problematyki transseksualizmu na gruncie polskiego systemu prawnego było orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z 24 listopada 1964 r.²³ Sąd dopuścił wówczas możliwość analogicznego zastosowania przepisów o sprostowaniu aktu urodzenia z art. 26 ust. 3 prawa o a.s.c. w stosunku do transseksualisty, u którego została już wykonana operacja korekty płci. Sprostowanie takie następować miało ze skutkiem *ex nunc*²⁴ od daty dokonania operacji. Orzeczenie to nie ugruntowało jednak praktyki w taki sam sposób, jak zrobiła to uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r.²⁵, w której Sąd stwierdził, że dopuszczalne jest sprostowanie aktu urodzenia przez zmianę oznaczenia płci (wyjątkowo także przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego), jeżeli cechy płci, do której dąży dana osoba transseksualna, są przeważające i stan ten jest nieodwracalny. Ważną kwestią, na którą zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu, jest fakt, że płeć człowieka determinowana jest nie tylko czynnikami fizycznymi i brak powodów dla przyznania im decydującego znaczenia. Sąd zaznaczył również, że nie do pogodzenia z zasadą prawdy obiektywnej i potrzebą ochrony dóbr osobistych byłoby zmuszanie osoby do występowania w roli społecznej odmiennej od wskazywanej przez jej organizm. Sąd Najwyższy uznał ponadto legalność zabiegów adaptacyjnych podyktowanych „rzeczywistą potrzebą organizmu” oraz orzekł o niewłaściwości postępowania procesowego w sprawach o zmianę płci.

²¹ Wyrok TSUE z 7 I 2004 r.; C-117/01.

²² Wyrok TSUE z 27 IV 2006 r.; C-423/04.

²³ Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego z 24 IX 1965 r., sygn. II CR 515/64, PiP z. 10/1965, s. 601 i n.

²⁴ Zob. przywoływane także C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, Przegląd Sądowy nr 10/1997, s. 66; A. Zielonacki, *Zmiana...*, s. 48. Za Ł. Błaszczak, *Charakter prawny powództwa...*

²⁵ Uchwała SN z 25 II 1978 r., III CZP 100/77; OSPiKA nr 10/1983, poz. 217.

W wyniku wydanej przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego uchwały z 22 czerwca 1989 r.²⁶ nastąpiła jednak zmiana stanowiska. Sentencja brzmiała: *Występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć*, a nadano jej moc zasady prawnej. Sąd uznał, iż sprostowanie aktu stanu cywilnego może zostać dokonane jedynie, gdy wpis od początku był wadliwy i sprostowanie takie ma skutek *ex tunc*. W przypadku urzędowej zmiany płci uznał zastosowanie tych przepisów za niedopuszczalne tak wprost, jak w drodze analogii. Swoje stanowisko argumentował zasadą niepodzielności stanu cywilnego, zgodnie z którą człowiek może mieć tylko jeden²⁷. Co więcej, Sąd, powołując się na racjonalność ustawodawcy, spekulował, iż brak uregulowania tej problematyki może być wyrazem dezaprobaty ustawodawcy wobec stosowanej dotychczas praktyki sądowej. Skutkiem takiej argumentacji było podanie w wątpliwość dopuszczalności sądowej zmiany płci jako takiej. Stawiało to w wyjątkowo trudnej sytuacji osoby, które już poddały się operacji korygującej. Nie sposób stwierdzić, czy działanie Sądu Najwyższego było celowe, jednak pociągnęło za sobą również inny istotny skutek – liczba operacji korekty płci drastycznie spadła. Lekarze, w obawie przed ewentualnymi konsekwencjami prawnymi, bali się je przeprowadzać przed zakończeniem wcześniejszego postępowania sądowego²⁸.

Ponownie w tej kwestii Sąd Najwyższy wypowiedział się w postanowieniu z 22 marca 1991 r.²⁹ Sąd stwierdził tam, że przynależność do danej płci może być postrzegana jako dobro osobiste i w związku z tym podlega ochronie w drodze powództwa o ustalenie z art. 189 kpc, a interes prawny powoda przejawia się w potrzebie prawidłowego ustalenia stanu osobistego. Za dwa warunki dopuszczalności dochodzenia sądowej zmiany płci na podstawie art. 189 kpc Sąd uznał: trwałość poczucia przynależności do określonej płci oraz brak kolizji z dobrami osobistymi osób

²⁶ Uchwała 7 sędziów – zasada prawna z 22 VI 1989 r., III CZP 37/89; OSNCP nr 12/1989, poz. 188.

²⁷ Por. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 20.

²⁸ Sytuacje takie są na porządku dziennym. Por. M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 80.

²⁹ Postanowienie SN z 22 III 1991 r., III CRN 28/91; LEX nr 519375 s. 118 i n.

trzech. Sądowe orzeczenie o zmianie płci, które co do zasady powinno zapaść już po dokonaniu operacji korekty płci, wywołuje skutki *ex nunc* i stanowić może podstawę do wpisania stosownej wzmianki dodatkowej w akcie stanu cywilnego (art. 21 PrASC).

Jedynym istotnym uzupełnieniem stała się późniejsza uchwała Sądu Najwyższego z 22 września 1995 r.³⁰, w której Sąd potwierdził dopuszczalność urzędowej zmiany płci dopiero na podstawie orzeczenia wydanego w postępowaniu z art. 189 kpc, a jako stronę pozwaną wskazał rodziców powoda. Potwierdzono tam również, że zmiana taka nie jest sprostawianiem aktu urodzenia, ale może skutkować sporządzeniem w nim wzmianki dodatkowej, której dokonać można jednak dopiero po poddaniu się zabiegowi chirurgicznemu³¹. Biorąc pod uwagę stosunkowo najnowsze orzecznictwo, nie sposób pominąć orzeczenia Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r., gdzie Sąd stworzył kompletne *novum*, a mianowicie doszedł do wniosku, że jeśli osoba transseksualna jest w związku małżeńskim oraz ma dzieci, to również te osoby powinny zostać pozwane, a gdy dzieci są małoletnie, w ich imieniu występować ma kurator sądowy. Z rozstrzygnięcia tego Sąd wycofał się następnie wyrokiem z 10 stycznia 2019 r.³²:

Charakter praw osobistych, w tym prawa do płci, przesądza o tym, że interes w ustaleniu płci lub ustaleniu jej zmiany ma wyłącznie podmiot tego prawa. Inaczej mówiąc, skoro zainteresowanym w funkcjonowaniu takiego prawa jest tylko podmiot tego prawa, to rozstrzygnięcie o płci lub jej zmianie powinno następować wyłącznie z udziałem tego podmiotu. Ewentualny wzgląd na dobro innych osób, w szczególności dzieci osoby dochodzącej stwierdzenia zmiany płci, może mieć jedynie znaczenie materialnoprawne, tj. dotyczy sfery zbadania zasadności żądania (por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 22 marca 1991 r., III CRN 28/91, nie publ.) i nie stanowi o potrzebie udziału we właściwym postępowaniu tych osób (odmiennie SN w wyroku z dnia 6 grudnia

³⁰ Uchwała SN z 22 IX 1995 r., III CZP 118/95; OSNC nr 1/1996 poz. 7.

³¹ K. Osajda, *Cywilnoprawne...*, s. 185.

³² Wyrok SN z 10 I 2019 r., II CSK 371/18; LEX 2616188.

*2013 r., I CSK 146/13, OSNC-ZD 2015, nr B, poz. 19), podobnie jak
względ na dobro wspólnych małoletnich dzieci małżonków może wpływać na
ocenę zasadności żądania rozwodu (art. 56 § 2 k.r.o.), lecz nie uzasadnia ich
udziału w procesie rozwodowym po którejś ze stron.*

Wszystkie omówione orzeczenia legły u podstaw praktyki sądowej, z którą spotykamy się obecnie w przypadku procesów wytaczanych przez osoby transseksualne na podstawie art. 189 kpc. Pomimo stosunkowo bogatego orzecznictwa³³ model skonstruowany przez Sąd Najwyższy jest niezmiennie źródłem wielu wątpliwości procesowych oraz materialnoprawnych.

Pojawiające się kolejne rozstrzygnięcia, nierzadko wzajemnie sobie przeczące, jasno wskazują, że ustawodawca powinien raz wreszcie zająć się wyczerpującym unormowaniem problemu prawnego, jakim jest sytuacja osób trans- oraz interseksualnych. Choć osoby takie stanowią populacyjną mniejszość (szacuje się, że w Polsce jest ich od kilkuset do kilkudziesięciu tysięcy³⁴), to fakt ten nie powinien być traktowany jako usprawiedliwienie ustawodawcy, który zdaje się tej grupy w ogóle nie zauważać. Jak słusznie zauważył M. Filar, poziom kultury prawnej społeczeństwa rozpoznać można właśnie po ustosunkowaniu się do problemów mniejszości, ich sytuacja bowiem z samej swej natury jest szczególnie ciężka³⁵. Oprócz tego należy mieć na uwadze również to, iż brak prawa poważnie utrudnia transseksualistom w Polsce życie, już wystarczająco ciężkie ze względu na ogrom dyskryminacji ze strony społeczeństwa. Wspomniane wcześniej poczucie „uwięzienia w obcym ciele” jest do tego stopnia obciążające psychicznie, że bardzo często doprowadza do samookaleczeń oraz samobójstw. Przeprowadzone w Polsce w latach 80. badania na grupie 200 osób transseksualnych

³³ Zob. E. Holewińska-Lapińska, *Sądowa zmiana płci. Analiza orzecznictwa z lat 1991–2008*, *Studia i Analizy Sądu Najwyższego*, t. IV, Warszawa 2010.

³⁴ Por. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP nr 7/1987, s. 67.

³⁵ M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS nr 1/1996, s. 74.

wykazały, że ponad 90% miało myśli i tendencje samobójcze, a 55% podejmowało próby odebrania sobie życia³⁶.

Ustawa o uzgodnieniu płci

Rozpoczęcie przez Sejm prac nad ustawą o uzgodnieniu płci dało nadzieję, iż ignorowane dotychczas problemy osób transseksualnych zostaną w końcu chociażby częściowo rozwiązane, zwłaszcza że w projekt zaangażowana była na wszystkich etapach Anna Grodzka – pierwsza transseksualna posłanka w historii polskiej polityki (obecnie również prezes Fundacji Trans-Fuzja). Osoby transseksualne nie mogłyby sobie wyobrazić lepszej reprezentacji w polskim parlamencie niż ktoś, kto z własnego doświadczenia doskonale zna wszystkie przeszkody, z którymi muszą się na co dzień mierzyć. Jednakże, jak powszechnie wiadomo, ustawa nigdy nie weszła w życie, zawetował ją bowiem nowo wybrany Prezydent Andrzej Duda, a Sejm nie zdołał tego weta przelamać. We wniosku o ponowne rozpatrzenie ustawy przez Sejm Prezydent obszernie swoją decyzję uargumentował³⁷. By zrozumieć te zarzuty, warto przedstawić najpierw najważniejsze założenia ustawy.

Ustawa miała regulować procedurę i skutki, jakie wywiera uzgodnienie płci osób, których tożsamość płciowa różni się od płci wpisanej do aktu urodzenia³⁸. Tożsamość płciowa zdefiniowana została tam jako *utrwalone, intensywne, odczuwane doświadczenie i przeżywanie własnej płciowości, która odpowiada lub nie płci wpisanej do aktu urodzenia*. Przyjęcie takiej definicji umożliwiałoby skorzystanie z procedury uzgodnienia płci tylko osobom, dla których jest to konieczne ze względów terapeutycznych, czego dowodzić

³⁶ K. Imieliński, S. Dulko, *Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków*, [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, red. M. Filar, Toruń 1987, s. 105.

³⁷ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/0B469110C09F2076C1257ED500363D54/%24File/3978.p>

³⁸ Art. 1 projektowanej ustawy o uzgodnieniu płci.

miałyby zaświadczenia lekarskie wystawione przez specjalistów³⁹. Już na samym wstępie ustawa poruszała jedną z najistotniejszych kwestii, uważaną dotychczas za najbardziej problematyczną – tryb postępowania. Zamiast sądowego postępowania procesowego, które pociąga za sobą konieczność pozywania własnych rodziców, art. 3 ustawy przewidywał tryb nieprocesowy. Z tym rozwiązaniem ściśle korespondował art. 4 stanowiący, że *zainteresowanym w sprawie o uzgodnienie płci jest tylko wnioskodawca*⁴⁰, co ostatecznie rozwiązałoby przewijający się nieustannie w orzecznictwie sądów polskich problem, kto powinien być drugą stroną postępowania. Dla przykładu w tym samym roku, w którym projekt powyższej ustawy trafił do Sejmu, Sąd Najwyższy wydał przywołane wcześniej kontrowersyjne orzeczenie⁴¹, gdzie stwierdził, że w razie potrzeby oprócz rodziców powinni to być również współmałżonek i dzieci. Niedoszła ustawa takiej możliwości nie dopuszczała. Do rozpoznawania wniosków właściwy miał być jeden wyspecjalizowany ośrodek – Sąd Okręgowy w Łodzi. Przesłanki legitymacji czynnej wskazano w art. 5 i były to⁴²:

- 1) pełna zdolność do czynności prawnych;
- 2) niepozostawanie w związku małżeńskim oraz
- 3) stwierdzony transseksualizm, czego dowodem byłyby dołączane do wniosku dwa orzeczenia stwierdzające występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia, wystawione bądź przez dwóch lekarzy posiadających tytuł specjalisty w dziedzinie psychiatrii lub seksuologii lub specjalizację II stopnia w dziedzinie psychiatrii albo przez jednego z takich lekarzy i psychologa z certyfikatem seksuologa klinicznego.

³⁹ M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej*, PiM nr 3/2015, s. 57.

⁴⁰ Za jego zgodą do toczącego się postępowania w sprawie o uzgodnienie płci mogłyby natomiast przystąpić organizacje samorządowe, do których zadań statutowych należy działanie na rzecz ochrony praw człowieka lub organizacja pomocy prawnej dla osób zagrożonych dyskryminacją lub doświadczających dyskryminacji (art. 4 ust. 3 ustawy).

⁴¹ Wyrok SN z 6 XII 2013 r., I CSK 146/13; LEX nr 1415181.

⁴² Wyliczenie dokonane przez K. Urbanowicz, M. Bętkowską w: *Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich*, Medyczna Wokanda nr 10/2018, s. 9.

We wniosku należało podać również imię, jakie wnioskodawca zamierza przybrać po uzgodnieniu płci. Dla osoby małoletniej, której płeć metrykalna różni się od tożsamości płciowej, ustawa przewidywała tylko zmianę imienia. Kolejną istotną kwestią był stosunkowo krótki, bo trzymiesięczny termin wyznaczony na rozpoznanie wniosku. Byłby on możliwy do dochowania dzięki przyjęciu w art. 6, iż *Sąd może ograniczyć postępowanie dowodowe do dowodów z dokumentów załączonych do wniosku i dowodu z przesłuchania wnioskodawcy*. Ustawa wprowadzała również szereg przepisów o charakterze administracyjnym, pozwalających na korektę dokumentów takich jak np. dyplom ukończenia studiów.

Krytyczne uwagi Prezydenta w większości wydają się mieć podłoże światopoglądowe, a nie prawne. W dodatku niemal każde z zaproponowanych przezeń rozwiązań alternatywnych stanowiłoby pogwałcenie praw człowieka. Pierwszą problematyczną kwestią miało być jakoby tolerowanie wielokrotnej zmiany płci – skoro brak w ustawie wymogu podjęcia terapii hormonalnej lub operacji korekty płci przed wystąpieniem z wnioskiem o urzędową zmianę. Takie supozycje oparte są jednak na czystych spekulacjach, a zmuszanie kogokolwiek do poddawania się radykalnym interwencjom chirurgicznym z nieodłączną sterylizacją jest ewidentnie niehumanitarne bez względu na przyczynę. Za niedopuszczalną Prezydent uznawał sytuację, w której osoba transseksualna, mimo uprawomocnienia się sądowego postanowienia o zmianie płci, wciąż funkcjonowałaby w społeczeństwie zgodnie z płcią biologiczną dotychczasową, czyli niezgodną z płcią przeżywaną psychicznie. Uszedł zatem jego uwagi fakt, że organizacje międzynarodowe zajmujące się prawami człowieka alarmowały już wówczas, iż wymóg formalny w postaci poddania się jakimkolwiek zabiegom medycznym przed umożliwieniem urzędowej zmiany płci może być rozważany w kategorii pogwałcenia praw człowieka, co zostało w 2017 r. potwierdzone przez ETPCz. Prezydentowi powinny być również znane odnośne wytyczne Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, które jako preferowany sposób zmiany płci jasno wskazywały samookreślenie jednostki, co automatycznie wyłącza wymuszanie jakichkolwiek zabiegów medycznych przed przystąpieniem do tego procesu. Powyższe potwierdza, iż wymóg sterylizacji nakładany na

osoby transseksualne pragnące żyć w zgodzie ze swoją płcią psychiczną jest niezgodny z Europejską konwencją praw człowieka oraz Kartą praw podstawowych. Prezydent wyraził ponadto głęboką obawę przed sytuacją, w której brak wymogu wykazania „trwałości bądź nieodwracalności” poczucia przynależności do odmiennej płci będzie próbą obejścia przez środowisko LGBT zakazu małżeństw jednopłciowych oraz adopcji dzieci przez pary jednopłciowe. W ten sposób uprzedzenia wobec jednej grupy zostały przeniesione na inną, której z tego tylko powodu odmawia się ochrony prawnej. Obawy te jasno ukazują przy tym kompletny brak zrozumienia zjawiska transseksualizmu oraz problemów, z jakimi osoby transseksualne muszą się na co dzień mierzyć. Pomijając fakt, że od wielu już lat po zmianie płci urzędowej zawierają one małżeństwa i nieznane są jak dotąd przypadki, by były to ukryte małżeństwa jednopłciowe, to dodatkowym błędem logicznym w rozumowaniu Prezydenta jest łączenie procedury zmiany płci z homoseksualizmem. Zdarzają się rzecz jasna przypadki osób transseksualnych będących również homoseksualistami. Jednak założenie, że osoby homoseksualne (niebędące transseksualistami) byłyby zdolne do takich poświęceń jak urzędowa zmiana płci wyłącznie po to, by móc legalnie zawrzeć związek małżeński w Polsce, jest zdecydowanie bezpodstawne. Wynika to z faktu, iż osoby homoseksualne identyfikują się ze swoją płcią tak samo silnie jak osoby heteroseksualne⁴³.

Kolejnym zarzutem skierowanym przez Prezydenta wobec ustawy o uzgodnieniu płci była obawa przed sprowadzeniem sądu do „roli notarialnej” ze względu na ograniczenie wpływu składu sędziowskiego na podejmowane decyzje w zavisłych przed nim sprawach. Jest to jedyny argument, z którym można się zgodzić. Sprzeciw wobec sprowadzenia sądu do „roli notarialnej” powinien wynikać jednak z zupełnie innych przyczyn niż przedstawione przez Prezydenta. Zamiast bowiem tego, by sąd wydawał postanowienie potwierdzające tylko *de facto* ustalenia cudze, osoby transseksualne powinny mieć moim zdaniem możliwość złożenia oświadczenia woli o zmianie płci w sposób możliwie niekłopotliwy, to

⁴³ http://transfuzja.org/pl/artykuly/artykuly_teksty_opracowania/orientacja_seksualna_osob_trans.htm

jest właśnie u notariusza – jak to zostało przyjęte na Malcie. Rozwiązanie takie jest zgodne z obecnym trendem legislacyjnym, wytycznymi Rady Europy oraz dodatkowo odciążąłoby sądy.

Następnie Prezydent odniósł się do pojawiającej się bardzo często w tego rodzaju sprawach kolizji dóbr: prawa do życia zgodnie z odczuwaną płcią psychiczną i praw członków najbliższej rodziny: dzieci oraz współmałżonka. Przytoczone zostało zapatrywanie wyrażone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 6 grudnia 2013 r.⁴⁴, od którego jednak Sąd odszedł, ale dopiero później – w wyroku z 10 stycznia 2019 r.⁴⁵

Kolejne fragmenty uzasadnienia prezydenckiego weta mają już wydźwięk jednoznacznie ideologiczny i stanowią przejaw myślenia schematycznego, opartego na stereotypach. By uzmysłowić ten punkt widzenia, niech wystarczy przytoczenie trzech. Pierwszy: *Stan cywilny nie należy do zakresu „samookreślenia się człowieka”, jest wyznaczany zamsze przez przepisy bezwzględnie obowiązujące, nie jest więc przedmiotem swobodnej dyspozycji*⁴⁶. Stwierdzenie ma charakter pozytywistycznie formalistyczny. Prezydent postuluje bowiem sztywne uregulowanie kwestii, które wynikają nie wyłącznie z biologii, ale również z głębokiego poczucia psychicznego człowieka. Legislacja stworzona z poszanowaniem autonomii jednostki i jej prawa do samookreślenia obowiązuje z powodzeniem w wielu krajach europejskich i w żadnym z nich system prawa cywilnego nie legł z tego powodu w gruzach. Ponadto akurat płci nie da się wyczerpująco określić „przepisami bezwzględnie obowiązującymi” – *vide* osoby dotknięte zaburzeniami w różnicowaniu płci, dawniej nazywane androgynicznymi. Następnym argumentem z tego samego gatunku jest: *Podstawą dla funkcjonowania człowieka jest tożsamość płciowa, czyli świadomość bycia kobietą lub mężczyzną*. Uszło, zdaje się, uwadze Prezydenta i to, iż od wielu lat w społeczeństwie funkcjonują osoby, które nie identyfikują się z żadną z dwóch płci⁴⁷, co

⁴⁴ Wyrok SN z 6 XII 2013 r., sygn. I CSK 146/13; LEX nr 1415181.

⁴⁵ SN z 10 I. 2019 r., sygn. II CSK 371/18.

⁴⁶ Prezydent cytuje w tym miejscu M. Safjana w głosie do postanowienia SN z 22 III 1991 r., sygn. III CRN 28/91, Przegląd Sądowy nr 2/1993.

⁴⁷ E. Głazewska, *Płeć i antropologia. Kulturowa koncepcja płci w ujęciu Margaret Mead*, Toruń 2005, s. 125.

znalazło już odzwierciedlenie w legislacji niektórych krajów europejskich. Ponownie jako dobry przykład takiej legislacji można podać Malte, która od 2017 r. zezwala na wybór określenia płci w paszporcie jako „X”, gdy dana osoba nie identyfikuje się ani z płcią żeńską, ani męską⁴⁸. Jako ostatnie można przytoczyć stwierdzenie poniekąd łączące się z poprzednim, iż w ustawie promowane są *zmiany, które realnie mogą prowadzić do destabilizacji norm społecznych poprzez zaprzeczenie istnienia dychotomicznego podziału ludzi na kobiety i mężczyzn*. Zdanie to idealnie podsumowuje wszystkie wcześniejsze zarzuty oraz bardzo dobrze przedstawia stan świadomości (lub nieświadomości) Prezydenta o aktualnym stanie wiedzy medycznej oraz tym, w jakim kierunku rozwija się otaczający nas świat.

Procedura zmiany płci w wybranych państwach europejskich

Legislacja regulująca sytuację osób transseksualnych różni się w zależności od kraju, jednak zdecydowana większość państw europejskich – w przeciwieństwie do Polski – normuje ten problem co najmniej na gruncie ustawowym. Trend legislacyjny, który możemy zauważyć od kilku lat w Europie, polega przede wszystkim na uproszczeniu procedur, ograniczeniu formalności oraz zwiększeniu nacisku na poszanowanie prawa jednostki do samookreślenia. Wpływ na to mają nie tylko zalecenia Rady Europy, lecz również raport wydany w 2014 r. pod przewodnictwem WHO we współpracy z takimi organizacjami jak OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA oraz UNICEF⁴⁹. Raport miał za zadanie przyczynić się do wyeliminowania wymuszonych, przymusowych czy w jakikolwiek inny

⁴⁸ Ministry for Social Dialogue, Consumer Affairs and Civil Liberties “LGBTIQ Action Plan 2015–2017”, s. 11, <https://meae.gov.mt/en/documents/lgbtiq%20action%20plan/lgbtiq%20action%20plan%20lo%20res.pdf>

Możliwość wyboru markera „X” pojawiła się po uchwaleniu w 2015 r. przez Parlament na Malcie *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*.

⁴⁹ OHCHR – The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, UN Women – United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, UNAIDS – program Narodów Zjednoczonych dot. HIV/AIDS, UNDP – United Nations Development Programme, UNFPA – United Nations Population Fund, UNICEF – United Nations International Children’s Emergency Fund.

sposób niedobrowolnych zabiegów sterylizacji⁵⁰. Osoby transseksualne oraz interseksualne wymieniane są tam jako przykład wykonywania takich zabiegów wyłącznie ze względu na wymagania prawne, a nie ze względu na wewnętrzną potrzebę jednostki.

Pierwszym europejskim państwem, które postanowiło dostosować do nich swoją legislację, została Dania. W 2014 r. uchwalono ustawę, która przyznaje osobom transseksualnym prawo do samookreślenia poprzez złożenie oświadczenia woli, a następnie odbycie sześciomiesięcznego okresu „autorefleksji”, po którego upływie oświadczenie takie staje się w pełni skuteczne.

Kolejnych przykładów postępowej legislacji dostarczają Malta i Irlandia. Oba te kraje łączy głęboko zakorzeniony katolicyzm, który miał tak silny wpływ na obowiązujące tam prawo, że Irlandia zalegalizowała świeckie rozwody dopiero w 1996 r., a na Malcie zakaz ten obowiązywał jeszcze przez kolejne 6 lat, aż do referendum w 2011 r.⁵¹ Obecnie ta sama Malta świeci przykładem wprowadzania odpowiednich reform celem stworzenia kraju przyjaznego środowisku LGBT oraz osobom identyfikującym się jako *gender-neutral*. W kwietniu 2015 r. parlament w Valetcie przyjął ustawę *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*. Ustawa ta koreluje ze standardami wyznaczonymi przez Radę Europy, które kładą nacisk na „szybką, transparentną, łatwo dostępną oraz bazującą na samookreśleniu” procedurę korekty płci⁵². Wprowadzona na Malcie procedura wymaga od osoby transseksualnej jedynie złożenia oświadczenia woli przed notariuszem i zakazuje żądania jakiegokolwiek dokumentacji medycznej, przy czym cały proces nie trwa dłużej niż 30 dni. Ponadto rodzice małoletnich mogą w ich imieniu wnioskować o zmianę płci do sądu oraz mają możliwość wstrzymania

⁵⁰ Tekst raportu *Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement* dostępny pod adresem https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/112848/9789241507325_eng.pdf;jsessionid=54CECDEBB2B50D2C7751F21BDF1B1862?sequence=1

⁵¹ <https://www.newsweek.pl/swiat/malta-rozwody-na-malcie-beda-legalne/rb393bg>

⁵² *A short guide to gender recognition*, Rada Europy, <https://rm.coe.int/1680492119>

się z wpisaniem płci dziecka w akcie urodzenia do czasu, aż płeć ta zostanie określona⁵³.

W ślad za Maltą wkrótce poszła Irlandia, stając się trzecim państwem europejskim, które zezwala na formalną zmianę płci bez konieczności poddawania się jakimkolwiek zabiegom medycznym. Jako główne kryterium również wprowadziła samookreślenie jednostki, w związku z czym procedura urzędowej zmiany płci wymaga tylko złożenia odpowiedniego oświadczenia. Kolejnym krokiem jest uzyskanie tzw. *Gender Recognition Certificate*. Ponadto ustawa zniosła dotychczasowy obowiązek uzyskania rozvodu poprzedzającego złożenie powyższego oświadczenia. Mimo to nie jest to akt uważany za idealny; środowisko LGBT zarzuciło mu zbytne obostrzenia w stosunku do osób małoletnich w przedziale wiekowym 16–18 lat, od których wymaga się obowiązkowej obserwacji lekarskiej, zgody rodzica lub opiekuna prawnego oraz zgody sądu.

Warunków takich nie postawiła natomiast Norwegia, która w czerwcu 2016 r. uchwaliła *The Legal Gender Amendment Act*. Ustawa ta należy do najbardziej liberalnych w całej Europie. By formalnie zmienić płeć, osoba transseksualna musi jedynie wypełnić formularz online i wysłać go do najbliższego urzędu skarbowego⁵⁴. Obniżona została również granica wieku – formularz mogą złożyć samodzielnie osoby, które ukończyły 16 lat (wcześniej mogły to zrobić tylko osoby pełnoletnie). Co więcej, jeśli każde z rodziców wyraża zgodę, za pośrednictwem tego samego internetowego formularza można zmienić płeć dziecka, które ukończyło 6 lat⁵⁵.

⁵³ <https://tgeu.org/malta-adopts-ground-breaking-trans-intersex-law/>

⁵⁴ Formularz zmiany płci można pobrać pod adresem <https://www.skatteetaten.no/en/person/national-registry/changing-gender/>

⁵⁵ Tekst *The Legal Gender Amendment Act* dostępny pod adresem <https://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/07/Prop74LEng.pdf>

Konsekwencje braku polskiego ustawodawstwa w zakresie zmiany płci

1. Postępowanie procesowe

Stosowana obecnie przez polskie sądy procedura zmiany płci, oparta na powództwie o ustalenie z art. 189 kpc, ma wiele wad. Porównując powyższą procedurę z aktami obowiązującymi w innych państwach europejskich, niezwykle ciężko jest wskazać chociażby jeden jej dobry aspekt. Analizę warto rozpocząć od kwestii, która jest najczęściej wskazywana przez doktrynę oraz środowisko LGBT jako wysoce problematyczna: brak odpowiednich regulacji prawnych nie pozostawia innego wyjścia niż skorzystanie z ustalonej praktyki orzeczniczej i wszczęcie postępowania procesowego przez wniesienie powództwa o ustalenie. Jak powszechnie wiadomo, proces wymaga dwóch stron – powoda i pozwanego, między którymi co do zasady istnieje spór. Sąd Najwyższy, nie zważając szczególnie na skutki takiego rozwiązania, jako stroną pozwaną w procesach o urzędową zmianę płci wskazał rodziców powoda. Problematyczność wymogu pozwania własnych rodziców jest wielopłaszczyznowa i wynika z faktu, że osoby transseksualne często nie utrzymują z rodzicami kontaktu i w obawie przed nieprzychylną reakcją nie chcą ujawniać przed nimi swoich pragnień przynależności do odmiennej płci. Tego rodzaju wyznania powszechnie napotykają ze strony rodziny na brak zrozumienia i całkowity opór. Rodzice często nie są w stanie zaakceptować decyzji dziecka, przez co wchodzi z nim w konflikt, który następnie zostaje przeniesiony na salę sądową i przez to dodatkowo się zaostrza. Konflikty rodzinne dodatkowo przedłużają postępowanie sądowe, które już samo w sobie jest długie i żmudne. Jako przykład można podać historię trzydziestoletniej kobiety (M/K), która od dwóch lat toczy z rodzicami prawdziwą batalię sądową, choć o swoim transseksualizmie powiedziała im ponad dekadę wcześniej. Posiada diagnozę, przeszła terapię hormonalną, jednak rodzice wciąż nie są w stanie tego zaakceptować. Matka stale negatywnie ustosunkowuje się do opinii biegłych i składa wnioski o kolejne badania. Przed rozprawą kobieta utrzymywała z rodzicami kontakt, choć matka konsekwentnie zwracała się do niej w rodzaju męskim. Obecnie, ze względu na konflikt, który zaognił się w sądzie, kontakt z rodziną

został zerwany, lecz jak mówi sama bohaterka, *nie miała wyboru*⁵⁶. Historia ta w idealny sposób obrazuje upokorzenie, z jakim muszą mierzyć się osoby transseksualne pragnące dokonać urzędowej zmiany płci. Stawiane są przed nieopisanie trudnym wyborem: życia w zgodzie z samym sobą albo życia w zgodzie z rodziną. Procedura ta narusza ponadto prawo do poszanowania życia rodzinnego chronione przez art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Co więcej, po latach stosunkowo ugruntowanej praktyki orzeczniczej, w 2013 r. Sąd Najwyższy wydał przywołane wcześniej i szeroko krytykowane orzeczenie (sygn. I CSK 146/13), nakazujące w sprawie o uzgodnienie płci pozywanie również małżonka i dzieci. Orzeczenie wydaje się kompletnie niezrozumiałe, biorąc pod uwagę postęp w świadomości społecznej oraz pojawiające się od wielu instytucji sygnały, że procedury zmiany płci, takie jak ta stosowana w Polsce, mogą naruszać prawa człowieka. Mimo to Sąd Najwyższy, zamiast uczynić procedurę prostszą, bardziej przystępną i najzwyczajniej ludzką – próbował dodatkowo ją skomplikować. Wprawdzie niedawno, bo w styczniu 2019 r., wycofał się z tego stanowiska, ale zło już się dokonało. Transseksualistka, i to już po wykonaniu korekty operacyjnej, została prawnie cofnięta do płci męskiej dla ocalenia ważności zawartego wcześniej małżeństwa⁵⁷, a zawarta w uzasadnieniu argumentacja posłużyła Prezydentowi RP za narzędzie krytyki bardzo skądinąd umiarkowanej ustawy. Z powyższych względów procesowy tryb urzędowej zmiany płci jest krzywdzący i wymaga natychmiastowej korekty.

2. Wymóg niepozostawania w związku małżeńskim

Z powyższym problemem powiązany jest wymóg uzyskania rozwodu przed uzyskaniem orzeczenia o sądowej zmianie płci. Obecnie żaden sąd nie orzeknie o zmianie płci w momencie, gdy osoba transseksualna

⁵⁶ Historia opisana przez Agnieszkę Sowę na portalu polityka.pl 9 stycznia 2019 r.: <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/spoleczenstwo/1637427,1,musza-pozwac-do-sadu-wlasnych-rodzicow-zeby-moc-byc-soba.read>

⁵⁷ Zob. M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przystość...*, s. 68.

pozostaje w związku małżeńskim⁵⁸. Wynika to pośrednio z art. 18 Konstytucji: *Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod opieką Rzeczypospolitej Polskiej*. Przesłanką konieczną istnienia małżeństwa jest w Polsce odmienność płci nupturientów w momencie zawarcia, jak również w okresie trwania małżeństwa, a to znaczy, że małżeństwa jednopłciowe są niezgodne z prawem⁵⁹. Ustawodawca pozostaje niewzruszony na możliwe naruszenie w ten sposób praw człowieka i konsekwentnie wymaga od osób transseksualnych uprzedniego rozwiązania małżeństwa. Zadziwiające, że „opieka Rzeczypospolitej Polskiej”, o której mowa w art. 18 Konstytucji, kończy się wobec osób choćby w najmniejszym stopniu odbiegających od norm przyjętych przez ustawodawcę. Przed podobnym problemem został postawiony w 2008 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec, który uznał wówczas wymóg niepozostawania w związku małżeńskim dla metrykalnej zmiany płci za niezgodny z Ustawą Zasadniczą RFN. Trybunał za niekonstytucyjne uznał zmuszanie obywateli do wybierania pomiędzy dwoma, chronionymi konstytucyjnie prawami – prawem do rozwoju osobistego⁶⁰ oraz prawem do małżeństwa⁶¹. Co więcej, za niekonstytucyjną uznał także możliwość automatycznego rozwiązania małżeństwa w przypadku zmiany płci przez jednego z małżonków – notabene postulowaną przez niektórych prawników polskiej doktryny. W tym przypadku Trybunał stwierdził, że powyższa formuła narusza zasadę proporcjonalności poprzez stworzenie sytuacji, w której obywatel zmuszony jest zrezygnować z formal-

⁵⁸ Z. Radwański, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r.*, IIICzP 37/89, OsP 1991, nr 2, poz. 35, s. 66; P. Daniluk: *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, PiP nr 5/2007, s. 79, również M. Safjan, *Glosa do postanowienia SN z 22.03.1991 r. III CRN 28/91*, s. 118, podobnie M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci...*, s. 69.

⁵⁹ M. Domański, *Rozdzielność płci nupturientów jako przesłanka istnienia małżeństwa (art. 1 kro)*, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* z. 4/2013, s. 823. Odmiennej koncepcję interpretacyjną przedstawił niedawno Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 9 I 2019 r., sygn. I SA/Wa 2618/18, gdzie wprost stwierdził, że Konstytucja nie jest przeszkodą do wprowadzenia w Polsce małżeństw jednopłciowych.

⁶⁰ Art. 2 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN.

⁶¹ Art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN.

nego związku z osobą, z którą łączą go silne więzi emocjonalne, a państwo nie zapewnia mu rozwiązania podlegającego analogicznej ochronie prawnej, jakiej podlega instytucja małżeństwa – np. prawnie uregulowanego związku partnerskiego. W dniu 30 czerwca 2017 r. parlament niemiecki uchwalił nowelizację tamtejszego kodeksu cywilnego, zmieniając § 1353 na brzmiący: *Małżeństwo zawierają dożywotnio dwie osoby różnej lub tej samej płci*. Dyskusja na temat małżeństw osób transseksualnych nie jest więc już w Niemczech kontynuowana. W kwestii tej wypowiedział się również ETPCz m.in. w sprawie *Parry & Parry p. Wielkiej Brytanii*⁶². Stwierdził wówczas, że wymóg analogiczny do stosowanego w Polsce był zgodny z zapisami Konwencji, ponieważ Wielka Brytania posiadała w swoim systemie prawnym alternatywę dla związku małżeńskiego⁶³, tj. związek partnerski. Nie ma wątpliwości, że zmuszanie do rozwodu związku, w którym jedno z małżonków jest transseksualistą, jest krzywdzące i wymaga głębokiej refleksji. Z całą pewnością kwestie związane z instytucją o takiej doniosłości jak małżeństwo uregulowane zostać powinny na poziomie ustawowym, a nie w drodze praktyki orzeczniczej.

Przymus uprzedniej interwencji medycznej

Równie niezrozumiała, naruszająca prawa człowieka oraz niezgodna z orzeczeniem ETPCz jest praktyka wymuszająca poddawanie się przed sądowym orzeczeniem o zmianie płci jakimkolwiek zabiegom medycznym. Jak już zostało wcześniej wspomniane, w 2014 r. połączony komitet, na czele którego stanęło WHO, alarmował, że zmuszanie osób transseksualnych do poddawania się zabiegom medycznym, które w nieunikniony sposób skutkują sterylizacją, narusza następujące prawa człowieka: netykalność cielesną, samookreślenie oraz godność człowieka. Zostało to

⁶² Sygnatura sprawy *Parry & Parry p. Wielkiej Brytanii* – 42971/05, <http://www.pfc.org.uk/caselaw/Parry%20&%20Parry%20v.%20United%20Kingdom.pdf>

⁶³ Jest to oczywiście pogląd nieaktualny, od kiedy w 2013 r. Wielka Brytania opowiedziała się za możliwością zawierania jedнопłciowych małżeństw, w bardzo dobry sposób wskazuje on jednak braki w polskim ustawodawstwie.

potwierdzone przez Radę Europy w wydanych przez nią wytycznych⁶⁴ oraz, co najważniejsze, w 2017 r. przez ETPCz w sprawie *A.P., Garçon i Nicot przeciwko Francji*, gdzie wymóg poddania się zabiegowi medycznemu skutkującemu sterylizacją został uznany za pogwałcający fundamentalne prawo człowieka do prywatności. W Polsce zaś stosowana dotychczas ułomna praktyka doprowadziła do funkcjonowania błędnego koła, w którym lekarze odczuwają strach przed oskarżeniem o przestępstwo ciężkiego uszkodzenia ciała przez pozbawienie zdolności płodzenia⁶⁵ w razie dokonania operacji korekty płci na pacjencie, który nie legitymuje się stosownym orzeczeniem sądowym. Z kolei sądy domagają się niepodważalnych dowodów na identyfikowanie się z płcią przeciwną i za taki uważają dokonane już zabiegi chirurgiczne, które mają fizycznie upodobnić do płci odczuwanej. Doprowadziło to do sytuacji, gdy osoba transseksualna odsyłana jest z sądu do lekarza, a od lekarza do sądu⁶⁶. W tym miejscu warto wspomnieć, że od wielu lat doktryna rozprawia nad sposobami legalizacji działań lekarzy, postulując m.in. wprowadzenie do kodeksu karnego kontratypu ustawowego zabiegu leczniczego transseksualnego⁶⁷.

Praktyka ukształtowana przez Sąd Najwyższy w zdecydowanej większości przypadków zmusza więc sądy powszechne do wymagania chociażby rozpoczęcia zastępczej terapii hormonalnej (HTZ). Można odnieść wrażenie, że nie stoi to *de facto* w sprzeczności z orzecznictwem ETPCz, jednak należy mieć na uwadze, że terapia hormonalna także liczy się jako zabieg medyczny i pociąga za sobą niepożądane skutki uboczne. Badania dotyczące skutków długotrwałego przyjmowania

⁶⁴ Dokument *A short guide to legal gender recognition*, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, 2015 dostępny pod adresem <https://rm.coe.int/1680492119>

⁶⁵ Art. 156 § 1 pkt 1 *in fine* kodeksu karnego.

⁶⁶ M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody...*, s. 58.

⁶⁷ Tak m.in. J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, praca doktorska, Sopot 1997, s. 142–143. Za: M. Młot, *Sytuacja prawna osób transseksualnych pozostających w związku małżeńskim*, Kortowski Przegląd Prawniczy, s. 203. Podobnie R. Kubiak, *Karnopravna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje*, Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica 2015/74, s. 100.

hormonów płciowych przeprowadzone zostały już przez wiele środowisk medycznych⁶⁸. Choć ilość badań skoncentrowanych wyłącznie na wpływie HTZ na dorosłe osoby transseksualne jest wciąż ograniczona, Klinika Mayo jako niektóre z możliwych działań ubocznych terapii hormonalnej na osobach K/M podaje⁶⁹: nadprodukcję czerwonych krwinek, przybieranie na wadze, łysienie androgeniczne, wzrost parametrów wątrobowych, zwiększenie ilości lipidów we krwi oraz większe ryzyko powstania zespołu wielotorbielowatych jajników (PCOS), zwiększone ciśnienie tętnicze, cukrzyca typu 2 oraz choroby układu sercowo-naczyniowego, gdy u pacjenta obecne są czynniki ryzyka. Z kolei HTZ stosowana u pacjentów M/K może wywołać następujące działania niepożądane⁷⁰: zatory w żyłach głębokich lub w płucach, wysoką wartość trójglicerydów w krwi, wzrost parametrów wątrobowych, kamicy nerkową, bezpłodność, wysoki poziom potasu oraz wysokie ciśnienie tętnicze, cukrzyce typu 2, choroby układu sercowo-naczyniowego, gdy obecne są co najmniej inne dwa czynniki ryzyka.

Wynika stąd jasno, że poddanie się terapii hormonalnej przed przystąpieniem do procedury sądowej zmiany płci może mieć dla osób transseksualnych szkodliwe skutki, tak więc decyzja w tej sprawie powinna zostać oddana całkowitej swobodzie osoby transseksualnej i nie wynikać w żaden sposób z zewnętrznego, prawnego przymusu. Wniosek taki potwierdza dodatkowo fakt, że decydujący efekt terapeutyczny przynosi już sama formalna zmiana płci⁷¹.

⁶⁸ E. Malolepsza, L. Pawlik-Sobolecka, I. Kokot, S. Placzkowska, *Wpływ stosowania leków antykoncepcyjnych i hormonalnej terapii zastępczej na gospodarkę lipidową, podstawowe parametry wątrobowe i koagulologiczne*, Journal of Laboratory Diagnostics, Vol. 47, Nr 4/2011, http://www.diagnosticslaboratoryjna.eu/journal/DL-4_2011._str_403-408.pdf

⁶⁹ Artykuł opublikowany przez Mayo Clinic, dostępny pod adresem <https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/ftm-hormone-therapy/about/pac-20385099>

⁷⁰ Artykuł opublikowany przez Mayo Clinic, dostępny pod adresem <https://www.mayoclinic.org/tests-procedures/mtf-hormone-therapy/about/pac-20385096>

⁷¹ M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody...*, s. 61 na podstawie badań S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

Prymat płci biologicznej nad płcią psychiczną

Z omówionego powyżej wymogu dostosowania cech fizycznych do odczuwanej płci psychicznej przed uzyskaniem orzeczenia sądowego o zmianie płci wylania się jasny wniosek o przyznaniu przez Sąd Najwyższy prymatu płci biologicznej nad płcią psychiczną. Niespójne orzecznictwo doprowadziło do sytuacji, gdy nie sposób jednoznacznie stwierdzić, jakie zmiany dokonane w organizmie wystarczą, by z powodzeniem przeprowadzić sądową zmianę płci. Obecna polska praktyka nie pozwala na jednoznaczne określenie kryteriów, które decydują o przypisaniu osobie danej płci. Sądy wymagają dostosowania cech fizycznych do płci, do której określenia dąży transseksualista, co wskazywałoby na zapatrywanie, że to właśnie cechy biologiczne są w tym zakresie decydujące. Jednak dokładniejsze przyjrzenie się problemowi pozwoli zauważyć, że w zasadzie to właśnie poczucie przynależności do innej płci stanowi podstawę powództwa. Stawiając sobie pytanie, czy płeć jest właściwością, o której człowiek może swobodnie decydować i dostosowując swoje cechy biologiczne poprzez zabiegi chirurgiczne, wymagać następnie nadania płci prawnej zgodnej z tymi cechami, J. Michalik zauważa trafnie⁷², że może takim sytuacjom zapobiec przyjęcie w tym zakresie prymatu płci psychicznej nad biologiczną. Obecnie możliwości dokonywania zmian cech biologicznych są bowiem w zasadzie nieograniczone, natomiast płeć psychiczna co do zasady jest stała i nie można nią swobodnie manipulować⁷³.

Obecnie wielu autorów nazbyt pochopnie przyjmuje, że w przypadku transseksualistów bezsprzecznie dochodzi do *zmiany płci*, odrzucając tym samym możliwość zastosowania art. 31 PrASC, podczas gdy nowe badania medyczne zdają się prowadzić do zgoła innych wniosków. Jak zauważa M. Boratyńska w kontekście ustawy o uzgodnieniu płci: [...] *wyrażenie „uzgodnienie płci” jest trafne, ponieważ niezależnie od chwili uświadomienia*

⁷² J. Michalik, *Kiedy ciało jest więzieniem, a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ, nr 2/2012.

⁷³ Dowodem tego jest omawiany wcześniej eksperyment przeprowadzony przez doktora Moneya. Ibidem za: S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa...*, s. 517; P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 110.

sobie przez pacjenta owego dysonansu, dąży on do ustalenia, iż płeć odmienna od metrykalnej jest zgodna z odczuwaną. Z urzędowego punktu widzenia jest to zmiana, z tym że jako „zmiane” płci może taką czynność postrzegać jedynie otoczenie, zwracające uwagę głównie na znamiona zewnętrzne, które w odniesieniu do transseksualisty stanowią mylący pozór, zaś u interseksualisty mogą stanowić zbiór niejednoznaczny.

Już w 1986 r. w sprawie *Rees p. Wielkiej Brytanii*⁷⁴ przedłożona została opinia lekarska sporządzona przez dr. C.N. Armstronga, w której stwierdzono, że płeć psychiczna ma pierwszeństwo przed płcią biologiczną i to właśnie płeć psychiczna w największym stopniu wyznacza rolę społeczną przyjmowaną w przyszłości przez daną osobę⁷⁵. Nic nie leży zatem na przeszkodzie, by stwierdzić, że człowiek rodzi się z pewną tożsamością psychiczną, która podlega następnie dodatkowemu ukształtowaniu poprzez czynniki wewnętrzne i zewnętrzne, jednak co do zasady, od urodzenia pozostaje stała⁷⁶. Trudno również znaleźć dowody na potwierdzenie tezy, jakoby niezgodność płci u osoby transseksualnej następowała nagle, w pewnym momencie jej życia.

Zakładając zatem, że w przypadku płci człowieka ważniejszy jest jej aspekt psychiczny niż biologiczny, należy rozważyć, jakie skutki wywieńrałby powyższy stan rzeczy. Ponownie należy wskazać tu na udowodnione aspekty terapeutyczne samej sądowej zmiany płci u osób transseksualnych⁷⁷. Oparcie możliwości korekty płci na psychicznej tożsamości płciowej pozwoliłoby na dokonanie takiej zmiany osobom, które z różnych względów nie mogą poddać się zabiegom chirurgicznym. Przeciwwskazaniem do operacji mogą być bowiem względy zdrowotne⁷⁸ lub finansowe. Autorzy przeciwni nadaniu prymatu płci psychicznej⁷⁹ powołują

⁷⁴ ETPCz z 17 X 1986 r., skarga 9532/81.

⁷⁵ M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 250.

⁷⁶ Pogląd podziela m.in. J. Ignatowicz w głosie do uchwały SN z 22 IX 1995 r.

⁷⁷ S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

⁷⁸ Dla przykładu schorzeniem, które wiąże się ze zwiększonym ryzykiem wykonania jakiegokolwiek operacji, będzie skaza krwotoczna.

⁷⁹ Tak SN w uchwale z 22 VI 1989 r., podobnie C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 80; P. Dąniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53. Podają za: J. Michalik, *Kiedy ciało jest więzieniem, a państwo strażnikiem*.

się często na bliżej nieokreślony ład prawny oraz ochronę podstawowych zasad porządku społecznego. Nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniem, że w razie kolizji interesu indywidualnego z interesem społecznym należy zawsze chronić przede wszystkim interes społeczny⁸⁰. Te dwa dobra w każdej sytuacji muszą być bowiem odpowiednio ważone⁸¹. W przypadku transseksualizmu mamy bowiem do czynienia z prawdopodobnie kilkoma tysiącami osób (transseksualistów, którzy nie zdecydowali się na żadne zmiany swoich cech biologicznych, będzie w praktyce znacznie mniej), które przeżywają nieopisane cierpienie psychiczne, będąc uwięzionymi w obcych sobie ciałach, a z drugiej strony mamy bliżej nieokreślony interes ponad 40-milionowego społeczeństwa. Interes ten niektórzy autorzy dostrzegają w możliwości zaburzenia w ten sposób dychotomicznego podziału płci na kobiety i mężczyzn (pogląd ten znalazł się również, przypomnijmy, w uzasadnieniu weta Prezydenta). Twierdzi się bowiem, że w efekcie braku konieczności dokonywania zmian biologicznych cech płciowych powstanie jakoby trzecia płeć, która charakteryzować się będzie rozbieżnością między płcią fizyczną a płcią metrykalną⁸². Argument ten nie znajduje jednak uzasadnienia, gdy przyjmiemy (dowiedziona medycznie) przewagę płci psychicznej nad biologiczną, ponieważ każda z tych osób będzie utożsamiać się albo z płcią żeńską, albo z męską. Nietrafione zdaje się również stwierdzenie, jakoby powyższy stan rzeczy miał umożliwić osobom homoseksualnym zawieranie małżeństw jednopłciowych. Jak już zostało wspomniane wcześniej, osoby homoseksualne w znacznej większości przypadków identyfikują się ze swoją płcią równie intensywnie jak osoby heteroseksualne. Trudno więc wyobrazić sobie, że decydowałyby się na takie poświęcenie. Z kolei sytuacja osoby transseksualnej, pragnącej wejść w związek małżeński po zmianie płci, nie koliduje w żaden sposób z wymogiem odmienności płci nupturientów, ponieważ z prawnego (i praktycznego) punktu widzenia małżeństwo będzie związkiem kobiety i mężczyzny.

⁸⁰ Zob. J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci...*, s. 215–217; M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu...*, s. 71 i n.

⁸¹ Wyrok TK z 26 XI 2007 r., P 24/06.

⁸² P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78.

W tym miejscu warto zasygnalizować jeszcze dwa problemy, które stanowią konsekwencję przyjęcia w polskim systemie prawnym prymatu płci biologicznej. Po pierwsze, z przeszkodami jeszcze większymi niż osoby transseksualne spotykają się w Polsce osoby transseksualne niebinarne, czyli takie, które nie identyfikują się ani z płcią przypisaną im po narodzinach, ani w pełni z płcią przeciwną, ponieważ odczuwają płeć jako płynną. Transseksualistom niebinarnym szczególnie trudno jest uzyskać diagnozę lekarską, dzięki której mogliby rozpocząć terapię hormonalną i przystąpić do sądowej procedury zmiany płci⁸³. Tym bardziej, że w ich przypadku i tak nie jest to rozwiązanie idealne. Ustawa o uzgodnieniu płci nie przewidywała żadnych rozwiązań skierowanych *stricte* do osób niebinarnych, co w głównej mierze wynikać mogło ze świadomości uprzedzeń światopoglądowych większości społeczeństwa. Należy zdać sobie bowiem sprawę, że prawidłowe uregulowanie kwestii transseksualistów niebinarnych wymagałoby wprowadzenia do systemu prawnego trzeciej płci, czyli oznaczenia wskazującego jednoznacznie, że dana osoba nie identyfikuje się ani z płcią męską, ani z żeńską. Jako przykład państwa europejskiego, które dopracowało się takiej regulacji, ponownie można przywołać Malte, gdzie oprócz prostej procedury zmiany płci wprowadzono wariant oznaczenia płci neutralnym „X” na oficjalnych dokumentach, takich jak paszport. Co więcej, możliwość taka przysługuje każdemu obywatelowi i nie jest obwarowana żadnymi dodatkowymi warunkami.

Po drugie, absolutyzowanie binarnego podziału na płeć żeńską i męską, połączone ze ślepym identyfikowaniem płci wyłącznie poprzez jej aspekt biologiczny, doprowadziło do sytuacji, w której osoby dotknięte wrodzonym Zaburzeniem Rozwoju Płci (ZRP)⁸⁴ poddawane są krótko

⁸³ Ciężką sytuację transseksualistów niebinarnych opisał G. Michalik, *Nie chcę udawać, że jestem chłopcem albo dziewczyną*, Gazeta Wyborcza z 1 VII 2019 r.

⁸⁴ Chodzi o osoby, które rodzą się z nieprawidłowo wykształconymi zewnętrznymi i/lub wewnętrznymi narządami płciowymi, posiadające cechy fizyczne zarówno męskie, jak i żeńskie, albo o niezgodność występującą między wyglądem zewnętrznych narządów płciowych a narządami wewnętrznymi oraz układem chromosomów. (I.A. Hughes, C. Houk, S.F. Ahmed, P.A. Lee, *LWPES/ESPE Consensus Group...*, jw., s. 554–563 oraz O. Hiort, W. Birnbaum, L. Marshall, L. Wünsch, R. Werner, T. Schröder,

po urodzeniu pośpiesznym operacjom narządów płciowych, by nadać im cechy jednoznaczne. Skutkiem takiego stanu rzeczy cechy płci biologicznej, do której dostosowane zostało interseksualne dziecko, nie rzadko okazują się niezgodne z odczuwaną w późniejszym okresie płcią psychiczną lub nawet z płcią fenotypową⁸⁵. Skala tego zjawiska okazała się tak duża, że w USA powstało Towarzystwo Osób Interseksualnych Ameryki Północnej, które silnie oponuje wobec przeprowadzania zabiegów adaptacyjnych na dzieciach krótko po urodzeniu. Zamiast tego postulują, by takie dzieci przebywały pod stałą opieką lekarską, a operacje korygujące były wykonywane dopiero, gdy pacjent będzie w stanie sam określić swoją tożsamość płciową⁸⁶. Brak odpowiedniej legislacji dotyczącej uzgodnienia płci dotyka zatem, oprócz transseksualistów, jeszcze jedną grupę osób, dostrzeganą w zasadzie tylko przez wąskie grono specjalistów⁸⁷.

Skomplikowana sytuacja prawna osób cierpiących na ZRP wynika z faktu, iż stosowana w Polsce od dziesięcioleci procedura wyznaczania płci prawnej (metrykalnej) skupia się wyłącznie na płci genitalnej. Lekarz ustala płeć po wyglądzie zewnętrznych narządów płciowych noworodka. Niezależnie, czy ma całkowitą pewność, czy też identyfikacja płci jest utrudniona ze względu na wygląd narządów – prawo narzuca konieczność szybkiego określenia płci w celu sporządzenia aktu urodzenia. Procedura ta kłóci się z aktualnymi ustaleniami nauki, które jako mający największe znaczenie dla wyznaczenia płci noworodka wskazują komponent

U. Döhnert, P.M. Holterhus, *Management of disorders of sex development*, Nature Review Endocrinology, nr 10(9)/2014, s. 520–529, za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych*, cz. I, PiM nr 2/2016.

⁸⁵ J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, za: K. Kula, J. Slowikowska-Hilczer, *Kliniczne znaczenie badań nad różnicowaniem i dymorfizmem płciowym mózgu*, *Psychiatria w Praktyce Ogólnolekarskiej* t. III, nr 1/2003, s. 7–16, A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci...*, s. 24–25.

⁸⁶ Ibidem, za postulaty Intersexual Society of North America, dostępnymi pod adresem <http://www.isna.org/faq/patient-centered>

⁸⁷ Zob. A. Bielska-Brodziak, M. Boratyńska, *Zaburzenia różnicowania płci i transseksualizm*, [w:] *System Prawa Medycznego* (red. nac. E. Zielińska), t. 2, cz. 2 (red. M. Boratyńska, P. Konieczniak), Wolters Kluwer 2019, s. 529–534.

hormonalny, czyli obecność i działanie hormonów płciowych, zapoczątkowane już w życiu płodowym⁸⁸.

Badania postępowań toczących się w sądach rejonowych⁸⁹ wykazały, że w większości przypadków ZRP korekty płci dokonuje się w drodze powództwa z art. 189 kpc, tj. poprzez umieszczenie wzmianki w akcie urodzenia, a nie jego sprostowania. Jak już zostało powtórzone, procedura ta jest wielce ułomna oraz długotrwała, a sytuacja dodatkowo komplikuje się w przypadku małoletnich, których rodzice są temu całkowicie przeciwni. W takich przypadkach los dziecka leży w rękach lekarzy, którzy muszą z własnej inicjatywy wystąpić do sądu lub prokuratora o ustanowienie kurateli dla osoby małoletniej. Kuriozalną sytuacją jest również sam proces, w trakcie którego w imieniu dziecka występuje kurator, pozwanymi są rodzice, a wszystko przez prawnie wymuszony pośpiech przy ustalaniu płci po narodzinach dziecka i powstały z tego powodu błęd.

Małoletnie osoby transseksualne

Szczególny problem prawny i etyczny stanowią małoletnie osoby transseksualne. Jak zostało wcześniej wskazane, naukowcy coraz bardziej zdecydowanie wyrażają opinie o tym, w którym momencie życia jesteśmy w stanie określić swoją tożsamość płciową. Konsekwencją jest kształtująca się coraz większa świadomość o występowaniu transseksualizmu już u kilkuletnich dzieci, nie wspominając o dzieciach starszych czy nastolatkach. Transseksualizm małoletnich niesie ze sobą szereg problemów natury nie tylko prawnej, ale również społecznej. Konieczna jest bowiem w tym wypadku wzmożona ochrona prawna takich osób połączona z niezwykle delikatnym podejściem do sprawy, odpowiednim dla

⁸⁸ S. Dulko, *ABC... Płci...*, jw., s. 7–8. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci...*, s. 14.

⁸⁹ Badania postępowań w wydziałach cywilnych sądów rejonowych okręgu katowickiego oraz w Sądzie Okręgowym w Katowicach (w trybie art. 189 kpc), a także wywiady z rodzicami dzieci leczonych w Klinice Pediatrii i Endokrynologii Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, G. Krawiec, *Dzieci bez płci...*, cz. 2, PiM nr 3/2016, s. 23–24.

niewykształconych całkowicie systemów nerwowych dzieci, które nie potrafią radzić sobie z emocjami jak osoby dorosłe. Obecna procedura sądowej zmiany płci praktycznie wyklucza możliwość przeprowadzenia tego przez osobę małoletnią, co jest szczególnie niezręczne, gdy rodzice nie akceptują tożsamości płciowej własnego dziecka. Znane są oczywiście polskiej praktyce prawnej przypadki pozywania własnych rodziców przez osoby małoletnie reprezentowane przez kuratora, jednak istnienie omawianego wcześniej „błędnego koła” prawnego skutecznie utrudnia taką drogę w przypadku urzędowej zmiany płci. Wynika to z faktu, iż osoby małoletnie nabywają (częściową) możliwość decydowania o poddaniu się jakimkolwiek zabiegowi diagnostyczno-terapeutycznemu dopiero po ukończeniu 16. roku życia. Od tego momentu wymagana jest bowiem tzw. zgoda kumulatywna, czyli uzyskanie zgody nie tylko od rodziców, lecz również od osoby małoletniej, a gdy w kwestii tej występuje spór – od sądu opiekuńczego⁹⁰. Podjęcie więc przez osobę małoletnią decyzji o poddaniu się terapii hormonalnej lub zabiegom chirurgicznym mającym na celu dostosowanie do płci odczuwanej będzie każdorazowo warunkowane zgodą rodziców lub sądu opiekuńczego. Osobną kwestią są oczywiście koszty wszelkich terapii lub zabiegów, których przeciętny kilkunastoletek nie jest w stanie samodzielnie pokryć.

Problem próbowała rozwiązać zawetowana ustawa o uzgodnieniu płci, której art. 15 przewidywał możliwość sądowej zmiany imienia osoby małoletniej na imię niewskazujące na płeć. Zmiana dokonywana miała być na wniosek przedstawiciela ustawowego, lecz koniecznym wymogiem było przedstawienie orzeczenia wydanego przez lekarza ze specjalizacją w zakresie psychiatrii lub seksuologii, stwierdzającego występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci wpisanej do aktu urodzenia. Rozwiązanie to było swoistym kompromisem, który zapobiec miał wielu problemom, z jakimi spotykają się na co dzień dzieci transseksualne oraz ich rodzice. Próżnia legislacyjna, w której pozostają osoby transseksualne, rodzi bowiem problemy w różnych aspektach życia, do których

⁹⁰ Art. 32 ust. 5 i 6 oraz art. 34 ust. 4 i 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i dentysty (Dz.U. 1997 Nr 28 poz. 152).

większość społeczeństwa nie przykłada w życiu codziennym większej wagi. Problemy te zostały w idealny sposób zobrazowane w artykule opisującym historię pięcioletniego Bartka, który urodził się jako Zosia, oraz jego mamy, która zmuszona jest walczyć na każdym kroku o akceptację syna przez otaczające go środowisko (m.in. administrację przedszkolną)⁹¹. Sytuacji małoletnich osób transseksualnych w środowisku szkolnym poświęcony jest raport *Transplciowa młodzież w polskiej szkole*, sporządzony przez Fundację Trans-Fuzja w 2016 r.⁹² Zgodę na przeprowadzenie badania wyraziło czterech dyrektorów szkół, w których uczą się dzieci transseksualne. Raport w znacznym stopniu obnażył brak wsparcia dla administracji szkolnej od władzy zwierzchniej w przedmiocie radzenia sobie w sytuacji uczęszczania do szkoły dzieci transseksualnych. Problemów jest bowiem niezliczona ilość: od wystawienia legitymacji szkolnej, wpisu imienia dziecka w dzienniku szkolnym, korzystania z toalet aż po podziały grup na zajęciach wychowania fizycznego na żeńskie i męskie oraz przynależne tym grupom szatnie. Przyjęcie przez ustawodawcę rozwiązania proponowanego w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci pomogłoby rozwiązać chociażby część z nich, co już stanowiłoby ogromną pomoc dla małoletnich transseksualnych oraz ich rodziców.

W obecnej sytuacji jedynym rozwiązaniem pozwalającym prowizorycznie uregulować sytuację prawną dziecka transseksualnego w szkole jest administracyjna zmiana imienia⁹³ na imię niewskazujące na płeć. Możliwość taka została wprowadzona nowelizacją ustawy o aktach stanu cywilnego w 2015 r.⁹⁴ Administracyjna zmiana imienia jest jednak sytuacją wyjątkową, może być dokonana tylko z ważnego powodu i każdorazowo zależy od decyzji kierownika urzędu stanu cywilnego. Rozwiązanie to, podobnie jak rozwiązanie proponowane przez projekt

⁹¹ M. Karst-Adamczyk, Z. Bakhula, *Bóg kocha go tak samo jak ja*, Gazeta Wyborcza nr 162.9674,1, 2019.

⁹² *Transplciowa młodzież w polskiej szkole*, red. W. Dynarski, I. Jąderek, A.M. Klonkowska, Gdańsk, 2016 r., http://transfuzja.org/download/publikacje/transplciowa_mlodziwz.pdf

⁹³ Art. 4 ustawy o zmianie imienia i nazwiska (Dz.U. 2008 Nr 220 poz. 1414).

⁹⁴ Art. 59 ust. 3 ustawy o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2014 poz. 1741).

ustawy o uzgodnieniu płci, wydaje się jednak poniekąd ułomne, ponieważ oczywiście jest, że w większości przypadków dziecko transseksualne będzie chciało posługiwać się imieniem jednoznacznie przypisanym do płci, z którą się identyfikuje – tak jak w opisywanym powyżej przypadku Bartka, który imię wybrał sobie sam.

Interesujące podejście do powyższego problemu prezentuje przywoływane już ustawodawstwo norweskie. Urzędowej zmiany płci dziecka transseksualnego można tam dokonać za zgodą rodziców już od 6. roku życia, a od 16. roku życia może o to wnioskować sam małoletni. Przed ukończeniem 16 lat, gdy w kwestii tej pomiędzy rodzicami występuje spór, sprawę rozstrzyga sąd. Co więcej, zmiany oznaczenia płci w dokumentach można dokonywać wielokrotnie, jednak sam zabieg operacyjnej korekty narządów płciowych może zostać wykonany dopiero po ukończeniu przez daną osobę 18 lat.

Możliwe rozwiązania legislacyjne

1. Postępowanie urzędowe w razie błędnego oznaczenia płci na skutek ZRP

Choć obecnie procedura zmiany płci dla osób, u których zdiagnozowano ZRP, jest w większości⁹⁵ taka sama jak dla osób transseksualnych – w przypadku osób interseksualnych problem prawny jest o wiele mniej skomplikowany oraz zdecydowanie mniej kontrowersyjny. Dobry przykład, jak prosto i skutecznie go rozwiązać, stanowią Niemcy, gdzie od 2013 r. dopuszczalne jest odroczenie w czasie decyzji o wyznaczeniu płci dziecka. Nowelizacja niemieckiej ustawy o prawach stanu (*Personenstandsgesetz*)⁹⁶, która weszła w życie 1 XI 2013 r., stanowiła w § 22 ust. 3, że jeśli dziecku nie można przypisać jednoznacznie fizycznych cech płciowych

⁹⁵ Oprócz małego odsetka osób, u których korekcy płci dokonuje się poprzez sprostowanie aktu urodzenia.

⁹⁶ *Personenstandsgesetz* z 8 VIII 1957 r., BGBl. I S. 1125; link do wersji online: <https://www.gesetze-im-internet.de/pstg/BJNR012210007.html>. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci...*, cz. 1, s. 26–27.

męskich albo żeńskich, w jego akcie urodzenia nie wpisuje się oznaczenia płci⁹⁷. Oznacza to, że u dzieci, u których lekarze po porodzie mieli trudność ze zidentyfikowaniem płci, zamiast płci żeńskiej lub męskiej umieszczano się „X”. Nie chodziło jednak o trzecią płć, a o formułę prawną umożliwiającą dalsze diagnozowanie dziecka w kierunku ZRP, bez konieczności pośpiechu narzuconego przez ustawodawcę. Oznaczenie takie można było przypisać również następczo. Intencją prawodawcy niemieckiego było przede wszystkim odciążenie rodziców i lekarzy, zmuszonych dotychczas do podejmowania pośpiesznych decyzji o ewentualnych korektach operacyjnych lub do wpisania do dokumentacji dziecka płci, która nie była całkowicie pewna. Prawodawcy zależało również na tym, by dać dziecku możliwość samodzielnego określenia płci, gdy wydośleje⁹⁸. Unormowanie to okazało się jednak niewystarczające: zdaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego zdarzały się przypadki, gdy dochodziło do naruszeń prawa do ochrony własnej osobowości oraz zakazu dyskryminacji. Z tego powodu Trybunał nałożył w 2017 r. na niemiecki parlament obowiązek uchwalenia bardziej odpowiednich regulacji, stawiając legislaturę przed następującym wyborem: albo wprowadzenie trzeciej opcji płci, albo całkowite uchylenie wymogu identyfikacji płci podczas narodzin. W grudniu 2018 r. Bundestag uchwalił nowelizację, wedle której osoby o niejednoznacznych cechach płciowych uzyskały możliwość wyboru trzeciej płci określanej mianem *divers*, czyli *inna, odmienna*⁹⁹. Rodzice mogą wybrać takie oznaczenie w momencie narodzin dziecka lub w czasie późniejszym, jeśli wystąpią problemy z przypisaniem mu płci. Z kolei osoba dorosła pragnąca zmienić oznaczenie swojej płci na *divers* ma obowiązek przedstawić odpowiednie zaświadczenie lekarskie świadczące o zdiagnozowanym ZRP.

⁹⁷ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften zu 7 V 2013 r., BGBl. I S. 1122. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, *Dzieci bez płci...*, cz. I, s. jw.

⁹⁸ Wynika to z zapisu debat parlamentarnych, materiały dostępne pod adresem <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/17/17219.pdf#P.27217>. Za: A. Gawlik, A. Bielska-Brodziak, jw.

⁹⁹ <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1775620,1,trzecia-plec-w-niemcech-w-scisle-okreslonych-przypadkach.read>

Omówione rozwiązanie mogłoby być dla polskiego systemu prawnego złotym środkiem na problemy rodzin, w których rodzą się dzieci interseksualne. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż dla środowisk LGBT przeprowadzona w 2018 r. w Niemczech zmiana stała się nie przełomem, a straconą szansą. Głównym zarzutem kierowanym w stronę najnowszej nowelizacji jest bowiem przyznanie możliwości wyboru oznaczenia *divers* tylko osobom, u których istnieje podejrzenie albo rozpoznanie zaburzenia rozwoju płci¹⁰⁰. Środowisk osób trans oraz interseksualnych nie zadowala również fakt, że niemiecki parlament nie rozważył wystarczająco przedstawionej przez Federalny Trybunał Konstytucyjny opcji zupełnego zniesienia wymogu identyfikacji płci¹⁰¹ oraz że nie zostały wzięte pod uwagę interesy osób, które nie identyfikują się ani z płcią męską, ani z żeńską. Przekładając powyższe na sytuację Polski – w chwili obecnej, ze względu na czynnik społeczny, jak również relewantność, jaka przypisywana jest w prawie polskim płci metrykalnej, powyższe rozwiązanie nie miałyby szans poparcia u polskiego ustawodawcy.

2. Prawidłowa regulacja urzędowej zmiany płci *de lege ferenda*

Rozwiązania proceduralne

Istnieje wiele różnych możliwości proceduralnych, wśród których wybiierać mógłby polski ustawodawca, gdyby zdecydował się uchwalić akt prawny regulujący sytuację osób transseksualnych. Jako przykład mogłyby służyć wypróbowane regulacje stosowane w innych państwach europejskich. Jednakże, biorąc pod uwagę, jak mało postępową jest od kilkunastu lat legislacja polska, prawdziwym sukcesem stałoby się już wprowadzenie procedury zmiany płci przeprowadzanej w postępowaniu nieprocesowym. Rozwiązanie, które zostało zaproponowane w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci, było uczciwym kompromisem między prowizorium

¹⁰⁰ Oświadczenie prasowe dostępne pod adresem https://www.dgti.org/images/pdf/Pressemeldung_Kabinettsentwurf.pdf

¹⁰¹ Grietje Baars, *New German Intersex Law: Third Gender but not as we want it*, <http://criticallegalthinking.com/2018/08/24/new-german-intersex-law-third-gender-but-not-as-we-want-it/>

stosowanym obecnie a procedurą w pełni honorującą samookreślenie jednostki. Postępowanie nieprocesowe wyeliminowałoby przede wszystkim konieczność pozywania własnych rodziców (a według odosobnionego poglądu Sądu Najwyższego – również małżonka i dzieci). Model wypracowany w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci był godny aprobaty, rozwiązywał bowiem większość problematycznych kwestii, które powodowało postępowanie procesowe. W omawianym postępowaniu nie pozostawiono miejsca na dowolność wyboru płci: poczucie przynależności miało być utrwalone i intensywne¹⁰², a musiało zostać potwierdzone diagnozą medyczną – co budzi już nieco większą wątpliwość. Ponadto ustawa nie nakładała na wnioskodawcę obowiązku poddania się jakimkolwiek interwencjom medycznym, co jest w zupełności zgodne z poszanowaniem autonomii jednostki oraz prawami człowieka. Rozwiązywała też problem przewlekłości postępowania oraz regulowała kwestie wpisów w aktach urodzenia – prawomocne postanowienie o zmianie płci wywierałoby bowiem skutek *ex nunc*. Warte ponownego zasygnalizowania jest to, jak dużą zmianą byłaby ta legislacja w polskim systemie prawnym. Choć ustawa ta nie była doskonała, różnica, jaką poczyniłaby dla osób transseksualnych oraz interseksualnych, w porównaniu ze stanem obecnym, jest kolosalna.

Wysuwając propozycje rozwiązań legislacyjnych, nie można pominąć tych najsilniej respektujących zasadę samookreślenia oraz autonomii jednostki. Procedury przyjęte w takich krajach jak Malta, Irlandia czy Norwegia nadają ton zmianom legislacyjnym, jakie powinny wprowadzić również inne kraje europejskie. Należy mieć oczywiście na uwadze aspekt społeczny oraz całokształt systemu prawnego danego państwa, jednak prędzej czy później efekt końcowy powinien być wszędzie podobny – stworzenie procedury szybkiej, transparentnej, łatwo dostępnej oraz bazującej na samookreśleniu¹⁰³.

¹⁰² Art. 2 pkt 1 ustawy o uzgodnieniu płci.

¹⁰³ Zgodnie z rezolucją przyjętą przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy.

Warte uwagi jest przede wszystkim rozwiązanie zastosowane na Malcie, gdzie wystarczy, by zainteresowana osoba złożyła odpowiednie oświadczenie woli w obecności notariusza. Trudno oprzeć się wrażeniu, że jest to procedura zbliżona do tej przedstawionej w projekcie ustawy o uzgodnieniu płci. Zasadniczą różnicą jest tu oczywiście brak wymogu przedstawiania jakiejkolwiek dokumentacji medycznej potwierdzającej transseksualizm. W tym miejscu znaczące różnice zaczynają się zacierać, ponieważ jak zauważył Prezydent Andrzej Duda, w projekcie ustawy z 2015 r. sąd został niejako sprowadzony do roli *notarialnej*¹⁰⁴. Wyłączne uczestnictwo w postępowaniu wnioskodawcy oraz możliwość ograniczenia postępowania dowodowego do przedłożenia odpowiednich dokumentów i przesłuchania wnioskodawcy¹⁰⁵ istotnie ogranicza władzę dyskrecyjną sądu w przedmiocie orzeczenia o uzgodnieniu płci. W tej sytuacji warto zastanowić się w trakcie prac nad kolejnym projektem ustawy regulującym urzędową zmianę płci, czy powyższe rozwiązanie nie jest warte przyjęcia. Doniosłość prawna urzędowej zmiany płci zostałaby wówczas zachowana poprzez złożenie oświadczenia woli przed urzędnikiem państwowym, przy jednoczesnym poszanowaniu dla samookreślenia jednostki. Odebrane przez notariusza oświadczenie woli, odpowiednio poświadczony, stanowiłoby dokument urzędowy, na podstawie którego osoba transseksualna mogłaby wnioskować o wydanie nowego aktu urodzenia, nadanie nowego numeru PESEL czy wydanie nowego dowodu osobistego. Wszystkie powyższe kwestie musiałyby oczywiście znaleźć jasną podstawę prawną w przepisach. Złożenie oświadczenia podlegać powinno odpowiedniej opłacie w wysokości, która nie stanowiłaby realnej przeszkody, jednak skutecznie zniechęcała osoby, które w rzeczywistości nie identyfikują się z odmienną płcią¹⁰⁶. Nowelizacji wymagałaby również ustawa – Prawo o aktach stanu cywilnego, ze względu na obowiązujący

¹⁰⁴ Sformułowanie użyte przez Prezydenta w uzasadnieniu do wniosku o wszczęcie ponownych prac nad ustawą o uzgodnieniu płci.

¹⁰⁵ Art. 6 pkt 2 ustawy o uzgodnieniu płci.

¹⁰⁶ Dla przykładu w Wielkiej Brytanii wniosek o urzędową zmianę płci podlega opłacie w wysokości 140 funtów brytyjskich (GBP), tj. około 665 złotych.

obecnie art. 3 tejże ustawy¹⁰⁷. Rozwiązanie takie byłoby wyrazem najwyższego poszanowania dla autonomii jednostki oraz jej prawa do samo-określenia, zamykając jednocześnie procedurę zmiany płci w rozsądnych ramach formalnych poprzez dokonanie jej przed osobą zaufania publicznego, jaką jest notariusz.

Małżeństwa osób transseksualnych

Kwestia wpływu urzędowej zmiany płci na ważność zawartego wcześniej małżeństwa była podejmowana już wielokrotnie. Jednym z postulatów jest pozostawienie małżonkom możliwości decyzji o rozwodzie, również po zmianie płci przez małżonka transseksualnego. Jest to rozwiązanie najbardziej respektujące autonomię jednostki oraz najmniej krzywdzące dla małżonków. Ze względu jednak na wykładnię systemową prawa wielu autorów sprzeciwia się takiej możliwości. Jak wskazuje R. Krajewski, wątpliwe jest, czy małżeństwo zawarte przed zmianą płci jest wciąż ważne¹⁰⁸. Art. 1 § 1 i 2 kro stanowi bowiem, iż *małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński*, a art. 18 Konstytucji RP mówi o małżeństwie jako związku kobiety i mężczyzny. *Ratio legis* tego przepisu wskazuje natomiast, że warunkiem koniecznym dla ważności małżeństwa jest odmiennosc płci przy jego zawieraniu i przez cały czas trwania. Tak więc z chwilą zmiany płci przez jednego z małżonków i odzwierciedleniem tej zmiany w aktach stanu cywilnego małżeństwo uznane zostać powinno za nieistniejące. R. Krajewski uważa, że trwanie małżeństwa mimo formalnej zmiany płci przez jednego z małżonków jest niedopuszczalne z perspektywy systemowej wykładni prawa.

Inną propozycję przedstawił m.in. K. Rozental, który postulował znowelizowanie artykułu o ustaniu małżeństwa w ten sposób, że z chwilą

¹⁰⁷ Art. 3 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego. Akty stanu cywilnego stanowią wyłączny dowód zdarzeń w nich stwierdzonych; ich niezgodność z prawdą może być udowodniona jedynie w postępowaniu sądowym.

¹⁰⁸ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Oficyna 2009, s. 215.

uprawomocnienia się orzeczenia o zmianie płci małżeństwo osoby transseksualnej ustaje z mocy prawa. Rozwiązanie takie miałyby zapobiec sytuacji, w której osoby tej samej płci pozostają w związku małżeńskim¹⁰⁹. Jest ono jednak wadliwe, ponieważ rozwiązuje tylko problem jedнопłciowości małżeństwa, jednocześnie kompletnie ignorując takie kwestie jak najlepszy interes ewentualnych dzieci, brak alternatywy prawnej dla pary, którą wciąż może łączyć uczucie, czy prawo do poszanowania życia rodzinnego.

Koncepcją najczęściej omawianą w piśmiennictwie polskim jest rozwiązanie małżeństwa przez rozwód przed uzyskaniem sądowego orzeczenia o zmianie płci (opowiedział się za nią m.in. Z. Radwański¹¹⁰). Jest to wymóg stosowany obecnie przez sądy, wypracowany w praktyce orzekania. Bierze do pewnego stopnia pod uwagę interesy pochodzących ze związku dzieci, tak jak przewiduje to kodeks rodzinny i opiekuńczy, a przy tym nie sprzeciwia się wprost Konstytucji RP. Kwestia jest jednak zdecydowanie bardziej złożona. Powstaje bowiem pytanie, czy w interesie dziecka, które jest świadome tożsamości płciowej jednego z rodziców i akceptuje ją (a rodzice mimo zmiany płci jednego z nich nie chcą się rozwodzić), będzie życie w rozwiedzionej rodzinie w imię litery prawa. Nasuwa się również wątpliwość, czy sąd może orzec rozwód, gdy nie zachodzą wszystkie jego pozytywne przesłanki – mimo transseksualizmu jednego z małżonków wcale nie musi dojść do trwałego i zupełnego rozkładu pożycia, ponieważ więź emocjonalna i ekonomiczna może wciąż istnieć, nawet jeśli fizyczna ustala.

Podsumowując przedstawione powyżej rozwiązania legislacyjne dotyczące małżeństw, w których jedno z małżonków jest osobą transseksualną, oraz biorąc pod uwagę obowiązujące obecnie w Polsce prawo (przede wszystkim art. 18 Konstytucji RP), pozostaje jedynie postulowanie *de lege ferenda*, w duchu równouprawnienia, zalegalizowania małżeństw jedнопłciowych, aby w ten sposób rozwiązać problemy nie tylko

¹⁰⁹ K. Rozental, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, PiP nr 10/1991, s. 68–73.

¹¹⁰ Z. Radwański, *Glosa I do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 37/89*, OSPiKA nr 2/1991, s. 65.

osób transseksualnych, ale również dyskryminację, jakiej poddawane są w Polsce osoby homoseksualne¹¹¹. Skoro jednak dla zalegalizowania małżeństw jednopłciowych konieczna jest zmiana Konstytucji¹¹², co skutecznie odwołuje od tego pomysłu, warto rozważyć opcję, która uregulowana zostać może na szczeblu ustawy zwykłej – rejestrowane związki partnerskie¹¹³. Wiele państw europejskich w drodze do równości małżeńskiej skorzystało już z tej konstrukcji prawnej – wprowadzając najpierw związki partnerskie, a następnie po kilku latach legalizując małżeństwa jednopłciowe. Przejście to jest na tyle płynne, że daje szansę społeczeństwu, by zaakceptowało zmianę kulturową, a parlament zyskuje dzięki niemu dodatkowy czas na wprowadzenie ewentualnych zmian w Konstytucji. Małżeństwa, w których jeden z małżonków jest transseksualistą i które nie wyrażają woli rozwiązania związku małżeńskiego po uzyskaniu przez małżonka sądowego orzeczenia o zmianie płci (lub chciałyby same o tym fakcie zadecydować, a nie być zmuszane poprzez wymóg prawny), mogłyby wówczas z mocy prawa przekształcać się w związki partnerskie, objęte taką samą ochroną prawną jak związek małżeński. Rozwiązałoby to dodatkowo problem przewlekłości procedury zmiany płci, ponieważ nie byłoby już konieczne uzyskiwanie orzeczenia o rozwiązaniu związku małżeńskiego przed zmianą płci (sprawy rozwodowe potrafią trwać bardzo długo). Związek małżeński przekształciłby się bowiem w związek partnerski z mocy prawa i wówczas obie lub jedna ze stron mogłyby złożyć oświadczenie o woli rozwiązania takiego związku¹¹⁴. Powyższa regulacja byłaby ponadto zgodna z linią orzeczniczą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹¹⁵.

¹¹¹ Osobom homoseksualnym, które ze względu na zakaz małżeństw jednopłciowych zawierają takie małżeństwa poza granicami kraju, odmawia się następnie transkrypcji aktu małżeństwa.

¹¹² Inaczej WSA w Warszawie w wyroku z 8 I 2019 r. sygn. IV SA/Wa 2618/18.

¹¹³ Podobny pogląd wypowiada M. Boratyńska, *Przygody transseksualistów...*, s. 66.

¹¹⁴ Zakładając wprowadzenie przepisów podobnych do przedstawionych w art. 5 projektu ustawy o umowie związku partnerskiego z dnia 19 V 2011, druk sejmowy nr 4418, <https://mnw.org.pl/app/uploads/2018/04/Ustawa-o-umowie-zwiazku-partnerskiego-SLD-2011.pdf>

¹¹⁵ Zob. omawiana już wcześniej sprawa *Parry & Parry p. Wielkiej Brytanii*.

Zniesienie obowiązku interwencji medycznych

Kolejną kwestią wymagającą od ustawodawcy pilnej interwencji jest prawidłowe uregulowanie wymogów związanych z urzędową zmianą płci. Przy braku konkretnych regulacji prawnych procedura wypracowana i stosowana przez Sąd Najwyższy otwarcie faworyzuje osoby transseksualne, które jeszcze przed wniesieniem powództwa z art. 189 kpc rozpoczęły terapię hormonalną, a tym bardziej jeśli zdecydowały się na najbardziej radykalny krok w drodze do korekty swojej płci – chirurgiczną operację narządów płciowych wewnętrznych i/lub zewnętrznych. Choć obecnie nie ma w Polsce formalnego wymogu poddania się powyższej operacji chirurgicznej przed wniesieniem powództwa, zdarza się, że osoby transseksualne w obawie przed możliwością jego oddalenia decydują się na wykonanie zabiegu, by zagwarantować sobie wydanie przez sąd orzeczenia zgodnego z ich żądaniem. Jak zauważa J. Ostojka:

Rozbieżne stanowiska Sądu Najwyższego, konsekwentny brak ustalenia przesłanek warunkujących zmianę płci prawnej, posługiwanie się pojęciem nieodwracalności zmian cech płciowych, postulowanie konieczności poddania się przez osobę transseksualną operacji na narządach płciowych a jednocześnie operowanie konstrukcją dobra osobistego w postaci poczucia przynależności do danej płci jako podlegającego ochronie w procesie o ustalenie płci, spowodowały swoisty chaos w orzecznictwie. Wszystkie powyższe kwestie zostały bowiem oddane do dyskrecyjnej władzy sądu orzekającego w przedmiocie ustalenia płci transseksualisty. To sądy ustalają, jakie kryteria powinna spełnić osoba ubiegająca się o ustalenie płci, przy czym kryteria te niekiedy bardzo się różnią, na co wskazuje przywołane orzecznictwo sądów pierwszoinstancyjnych¹¹⁶.

Taki stan rzeczy jest niemożliwy do zaakceptowania w kraju, który uchodzi za demokratyczne państwo prawa. Wywieranie bowiem na osoby transseksualne jakiegokolwiek presji, by poddawały się zabiegom

¹¹⁶ J. Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, s. 132.

prowadzącym do nieodwracalnej sterylizacji, jest niezgodne z fundamentalnymi prawami człowieka, co zostało potwierdzone orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹¹⁷.

Ustawa o uzgodnieniu płci jest odpowiednim przykładem legislacji, która została stworzona z poszanowaniem praw osób transseksualnych w zakresie autonomii jednostki. Przewidziany w niej wymóg uzyskania przez wnioskodawcę dwóch orzeczeń lekarskich¹¹⁸ nie jest bowiem równoznaczny z koniecznością poddania się uprzednio jakimkolwiek zabiegom medycznym. Decyzję o rozpoczęciu terapii hormonalnej lub poddaniu się zabiegom chirurgicznym mającym na celu upodobnienie się do płci odmiennej pozostawia całkowicie wnioskodawcy i nie uzależnia od dokonania tych czynności możliwości wniesienia wniosku o uzgodnienie płci. Rozwiązanie takie zasługuje z całą pewnością na aprobatę i w przypadku decyzji ustawodawcy o uregulowaniu procedury zmiany płci w drodze postępowania nieprocesowego powinno zostać przyjęte.

Uwagi końcowe

Powszechny brak zrozumienia dla zjawiska transseksualizmu, a jednocześnie wrażliwość, z jaką trzeba do tej kwestii podchodzić, zdają się sprawiać ustawodawcy problem na tyle duży, że od czasu ostatniej, nieudanej próby uregulowania procedury zmiany płci nie poczyniono zupełnie żadnych kroków w celu naprawienia powyższego stanu rzeczy. Podczas gdy osoby transseksualne w Polsce trwają w legislacyjnym letargu, instytucje europejskie z każdym rokiem wykazują coraz większą świadomość skali problemu, jakim jest brak zapewnienia przez niektóre państwa członkowskie ochrony prawnej osobom transseksualnym i interseksualnym. Przyjmowane rezolucje i zalecenia, choć są aktami prawa miękkiego, wskazują pożądaną kierunek zmian legislacyjnych. Wyroki europejskich trybunałów, takie jak omawiany w sprawie *Garçon i Nicot p. Francji* zakaz

¹¹⁷ Vide omawiany już wcześniej wyrok ETPC w sprawie *Garçon & Nicot p. Francji*.

¹¹⁸ Art. 5 pkt 3 projektowanej ustawy o uzgodnieniu płci.

interwencji medycznych skutkujących sterylizacją czy zalecenia wydane przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w rezolucji 2048 z dnia 22 IV 2015 r., zasługują na najwyższą aprobatę.

Obecna praktyka sądowa jest nieprawidłowa pod każdym względem. Poczynając od postępowania procesowego, które wymaga pozowania własnych rodziców, poprzez niejasny wymóg uprzedniego poddania się chociażby terapii hormonalnej, kończąc na orzeczeniu, które wywiera skutki *ex nunc*. U podstaw błędnego przyjęcia takiej praktyki legło przekonanie, że płeć może być podzielna w czasie i że w przypadku osób transseksualnych rozbieżność między ich płcią psychiczną a płcią metrykalną pojawia się nagle, w pewnym momencie życia. Co więcej, zbyt wielka uwaga poświęcona została biologicznemu aspektowi płci przy ignorowaniu ogromnego wpływu, jaki na życie człowieka ma jego płeć psychiczna. Twierdzenie, jakoby płeć była właściwością decyzyjną każdego człowieka, nie znajduje oparcia – za uzasadnione można uznać stwierdzenie, że jest wręcz przeciwnie. Rozwój medycyny pozwala nam coraz lepiej zrozumieć proces różnicowania płci, dzięki czemu środowisko medyczne coraz pewniej wypowiada się na temat tego, w którym momencie kształtuje się płeć. Z niemal całkowitym przekonaniem można więc stwierdzić, że z tożsamością płciową większość z nas już się rodzi. Można sobie jedynie wyobrazić, jak ciężka jest sytuacja osób transseksualnych, które nie identyfikują się ze swoją płcią metrykalną. Sytuacja ta polega bowiem na nieustannych zmaganiach na kilku jednocześnie frontach – z samym sobą, z własną rodziną oraz z nieakceptującym społeczeństwem. W świetle tych okoliczności kompletne ignorowanie problemu przez ustawodawcę nie tylko czyni życie osób transseksualnych jeszcze cięższym, ale jest wręcz działaniem niehumanitarnym.

Nie ulega wątpliwości, iż kwestia w sposób tak oczywisty dotycząca podstawowych praw człowieka powinna być przedmiotem regulacji na poziomie ustawowym. Jakakolwiek dłuższa zwłoka ustawodawcy w uchwaleniu odpowiedniej legislacji jest zwyczajnie krzywdząca dla osób transseksualnych oraz interseksualnych co biorąc pod uwagę kierunek orzecznictwa ETPCz i TSUE, naraża również Skarb Państwa na

konieczność wypłaty odszkodowań w ewentualnych powództwach wytoczonych przez wspomniane wyżej osoby.

W obecnej sytuacji pozostaje jedynie apelowanie do ustawodawcy o wyzbycie się nieuzasadnionych oporów i spojrzenie na kwestię osób transseksualnych i interseksualnych z czysto prawnego oraz medycznego punktu widzenia, mając na szczególnej uwadze prawa człowieka. Tylko w ten bowiem sposób może powstać ustawa zgodna ze standardami europejskimi, szanująca prawa człowieka oraz uwzględniająca postęp nauk społecznych i medycznych.

Summary

The correct legislation for official gender reassignment

This work aims to analyze the issue of judicial gender reassignment in the Polish legal order. First, the concept of gender and the term transsexuality were explained then legal acts adopted by European institutions aimed at providing legal protection to transsexual persons were discussed. The author also presented the most important case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union regarding these issues. Then, based on the case law of Polish courts, the practice used in cases of gender reassignment was discussed. A crucial part of this work is also an analysis of the *Bill on Gender Reconciliation*, which was adopted by the Parliament in 2015 and then vetoed by President Andrzej Duda. Due to the lack of appropriate regulations at the statutory level, the aforementioned judicial practice was compared with the legislation on the same issue adopted in selected European countries.

A detailed analysis of all the mentioned above issues and basing the work on scientific literature, both legal and medical, allowed the author to isolate the most problematic issues that are a consequence of the legislative negligence of the Polish legislator on the subject of judicial gender reassignment. In addition, the final part of the work presents proposals for legal regulations, the adoption of which would lead to compliance of Polish law with acts issued by European institutions and with the jurisprudence of the ECtHR and the CJEU.