

Kiedy ciało jest więzieniem a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci

1. Sytuacja osób transseksualnych

1.1. Potrzeba regulacji

W Polsce według różnych szacunków żyje od kilkuset do kilku tysięcy osób transseksualnych². Mimo niewielkiej liczebności tej grupy konieczność pochylenia się nad problemami, z którymi

¹ Autor jest studentem V roku prawa i II roku ekonomii.

² Por. M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, PiP 1987, nr 7, s. 67; M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu* [w:] *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, pod red. M. Filara, Toruń 1987, s. 83. Nie ma aktualnych wyników badań szacujących liczbę osób transseksualnych w Polsce. Samo takie oszacowanie jest trudne ze względu na możliwość przyjęcia różnorodnych kryteriów oraz okoliczność, że osoby te stanowią jedynie niewielką część populacji osób transgender (por. np. S. Whittle OBE et al., *Trangender EuroStudy: Legal Survey and Focus on the Transgender Experience of Health Care*, 2008, s. 13, <http://www.tgeu.org/sites/default/files/euro-study.pdf>, 26.01.2012; C. Weitze, S. Osburg, *Empirical Data on Epidemiology and Application of the German Transsexuals' Act During Its First Ten Years*, *The International Journal of Transgenderism*, vol. 2, nr 1, styczeń-marzec 1998, <http://www.iiav.nl/eazines/web/ijt/97-03/numbers/symposion/ijtc0303.htm#Results>, 26.01.2012.). W USA oraz Europie Zachodniej wyraźny jest trend wzrostowy w odniesieniu do liczby osób, które podejmują działania zmierzające do uzgodnienia płci biologicznej z płcią psychiczną, co wydaje się jednak wynikać z rosnącej akceptacji i społecznego zrozumienia ich potrzeb, a nie z rzeczywistego wzrostu liczebności tej grupy (por. np. B. Reed et al., *Gender Variance in the UK: Prevalence, Incidence, Growth and Geographic Distribution*, 2009, s. 13 i n., <http://www.gires.org.uk/assets/Medpro-Assets/GenderVarianceUK-report.pdf>, 26.01.2012; S. Whittle OBE et al., *Trangender EuroStudy...*, s. 64 i n.). O ile do niedawna niemal powszechnie przyjmowano, że stosunek liczby osób transseksualnych do reszty populacji wynosi 1: kilkudziesięciu/kilkuset tysięcy, o tyle najnowsze badania wskazują na znaczne zaniżanie liczebności tej grupy w dotychczasowych badaniach. Por. np. L. Conway, *How Frequently Does Transsexualism Occur*, referat wygłoszony na konferencji World Professional Association for Transgender Health, Inc w 2007 r., <http://ai.eecs.umich.edu/people/conway/TS/TSprevalence.html>, 26.01.2012.

borykają się jej członkowie wydaje się oczywista, gdyż „poziom kultury prawnej społeczeństwa rozpoznać można właśnie po ustosunkowaniu się do problemów mniejszości, jej sytuacja bowiem z samej swej natury jest szczególnie ciężka”³. Przytoczona opinia M. Filara jest wyjątkowo trafna w odniesieniu do sytuacji osób transseksualnych w Polsce, polski ustawodawca bowiem od dziesiątek lat (przynajmniej od lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia, kiedy to wydane zostało pierwsze orzeczenie sądu w tym przedmiocie) przechodzi nad ich problemami do porządku dziennego, nie podejmując żadnych prób ich rozwiązania. Jest to szczególnie dotkliwie przez nie odczuwane w odniesieniu do procedury korekty płci. Ze względu na rozległość tematu zasadniczo temu zagadnieniu jest poświęcony niniejszy tekst, a zwłaszcza jednemu z aspektów tej procedury, jakim jest kryterium ustalenia płci, aczkolwiek w celu dopełnienia obrazu sytuacji osób transseksualnych zostaną zasygnalizowane również problemy, z którymi mierzą się one już po zabiegu adaptacyjnym i zmianie płci metrykalnej, a które wynikają z braku stosownej legislacji. A to jest właśnie główna bolączka obecnego stanu prawnego w Polsce – nie istnieją szczególne regulacje w tym zakresie, a stosowanie obowiązujących przepisów prowadzi do rezultatów niedoskonałych i często krzywdzących osoby zainteresowane.

1.2. Uwagi terminologiczne

Przed przystąpieniem do analizy prawnych aspektów procedury zmiany płci konieczne jest poczynienie kilku uwag terminologicznych, gdyż dla wielu osób kwestie te są niejasne i wywołują wiele nieporozumień. Przede wszystkim należy zaznaczyć, że praca ta traktować będzie o sytuacji osób transseksualnych, czyli osób, których psychiczne poczucie przynależności do określonej płci nie odpowiada biologicznym właściwościom ciała, co wywołuje u nich silne pragnienie korekty ciała prowadzącej do uzgodnienia płci biologicznej z płcią psychiczną. Najpopularniejszą w polskiej literaturze definicję transseksualizmu stworzył K. Imieliński, wg którego: „transseksualizm [...] oznacza rozbieżność między poczuciem psychicznym płci a budową morfologiczno-biologiczną oraz płcią socjalną (metrykalną), które odczuwane są jako «obce i należące do płci przeciwnej»”⁴. Ta definicja wymaga jednak dalszych wyjaśnień. Przede wszystkim wskazuje na niejednoznaczność terminu „płeć”. Współczesna nauka nie postrzega bowiem płci jako monolitycznej właściwości człowieka, wręcz przeciwnie, wyróżnia: płeć

³ M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1996, nr 1, s. 74.

⁴ K. Imieliński, *Zarys seksuologii i seksiatrii*, Warszawa 1982, s.253. W Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych opracowanej przez WHO, w wersji klasyfikacyjnej ICD-10, transseksualizm opisany jest w następujący sposób: „Pacjent pragnie żyć i być akceptowany jako przedstawiciel płci przeciwnej, czemu towarzyszy zazwyczaj uczucie niezadowolenia (dyskomfort) z powodu niewłaściwości własnych anatomicznych cech płciowych oraz chęć poddania się leczeniu hormonalnemu czy operacyjnemu, by własne ciało uczynić możliwie najbardziej podobnym do ciała płci preferowanej”, Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych, Rewizja Dziesiąta, Tom I, Kraków 2000, s. 344.

biologiczną (w ramach której można z kolei wyróżnić w oparciu o odpowiednie kryteria płęć chromosomalną-genotypową, gonadalną, hormonalną, metaboliczną, mózgową, gonadoforyczną, zewnętrznych narządów płciowych czy somatotypową-fenotypową⁵), płęć społeczno-kulturową, płęć socjalną (metrykalną, prawną), płęć psychiczną. Istotne jest to, że poszczególne rodzaje płci w odniesieniu do konkretnej osoby nie muszą się pokrywać. Osoba o męskich zewnętrznych narządach płciowych może czuć się kobietą i odwrotnie. Ponadto, zagadnienie transseksualizmu nie ma nic wspólnego z interseksualizmem (hermafrodytyzmem), czyli sytuacją, kiedy osoba ma zarówno męskie, jak i żeńskie gonady, czy obojnactwem rzekomym, czyli przypadkiem, kiedy zachodzi niezgodność między gonadami a drugo- i trzeciorzędowymi cechami płciowymi⁶ (cechy płciowe dzielą się na: pierwszorzędowe – odrębność gonad, drugorzędowe – odrębność dróg płciowych i zewnętrznych narządów płciowych, trzeciorzędowe – odmienność postaci, takich jak owłosienie, postura⁷). W przypadku osób transseksualnych płęć biologiczna jest zasadniczo jednoznaczna. Wreszcie należy dodać, że transseksualizm to zagadnienie dotyczące identyfikacji płciowej, a nie sfery seksualności, dlatego też nie ma nic wspólnego z orientacją seksualną czy zaburzeniami seksualnymi, jak np. transwestytyzm.

1.3. Terapia osób transseksualnych

Niezgodność między płcią psychiczną a płcią biologiczną jest źródłem wielkiego cierpienia osób transseksualnych. Nie są wśród nich rzadkie przypadki samookaleczenia czy samobójstwa. Badania przeprowadzone w Polsce w latach osiemdziesiątych na grupie 200 osób transseksualnych wykazały, że ponad 90% miało myśli i tendencje samobójcze, a 55% podejmowało próby samobójcze⁸. Obecny stan wiedzy pozwala na usunięcie tej niezgodności tylko w jeden sposób – poprzez dokonanie zabiegu adaptacyjnego, zmieniającego na tyle, na ile jest to możliwe, płęć biologiczną takiej osoby i tym samym doprowadzającego do jej zgodności z płcią psychiczną. Wszelkie inne metody terapeutyczne takie jak psychoanaliza, hipnoza, awersyjne przewarunkowanie, terapia behawioralna, farmakoterapia okazały się bezskuteczne⁹. Zmiana właściwości fizycznych i biologicznych pozwala osobom transseksualnym normalnie funkcjonować w roli społecznej zgodnej z ich płcią psychiczną. Badania przedstawione przez S. Dulkę

⁵ Por. S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77*, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217, s. 516, 517; A. Strzelecka, *Związek pomiędzy poczuciem płci psychicznej a biologicznej*, Rozdział I – Płęć a Rodzaj, http://transfuzja.org/pl/artykuly/zwiazek_pomiedzy_poczuciem_ptci_psychicznej_a_biologicznej/rozdzial_i_plec_a_rodzaj.htm, 26.01.2012.

⁶ K. Imieliński (red.), *Seksuologia. Zarys encyklopedyczny*, Warszawa 1985, s. 266–267.

⁷ S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa...*, s. 217.

⁸ Por. K. Imieliński, S. Dulko, *Transseksualizm a rodzina. Analiza 200 przypadków*, [w:] *Prawo a medycyna...*, s. 105.

⁹ Por. S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany płci w drodze sądowej*, *Nowe Prawo* 1982, nr 9–10, s. 71; P. Daniluk, *Zabieg „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów jako czynność lecznicza*, *Prawo i Medycyna* 2007, nr 1 (26, vol.9), s. 102.

dowodzą, że już sama zmiana płci metrykalnej, bez dokonania zabiegu adaptacyjnego, przynosi wymierne efekty terapeutyczne¹⁰. Niech za przykład posłuży cytat z jego publikacji opisujący sytuację osoby transseksualnej pooperacyjnej typu m/k (czyli osoby o fizycznych znamionach płci męskiej i poczuciu przynależności do płci żeńskiej; odwrotny przypadek określa się skrótem k/m): „[...] pacjentka jest spokojna, pogodna, przystępna, w dobrym kontakcie słownym.[...] Ma bogate życie towarzyskie, powodzenie u mężczyzn. Prowadzi życie płciowe. Przeżywa orgazm. [...] Aktualnie ma stałego partnera, myśli o małżeństwie. Zmieniła też pracę. Żywo interesuje się osobami w podobnej sytuacji, pomaga, doradza”¹¹.

Procedura uzgodnienia płci w Polsce opisana została poniżej, przy czym z powodów dalej przedstawionych nierzadko ma inny lub niezupełny przebieg. Pierwszym etapem jest postawienie diagnozy przez lekarza seksuologa. Często wizyta u lekarza poprzedzona jest wykonaniem dodatkowych badań przez osobę zainteresowaną, takich jak konsultacje psychologiczne, psychiatryczne, tomografia komputerowa, EEG, badanie krwi, poziomu hormonów itp. W innych przypadkach to lekarz seksuolog przed postawieniem diagnozy kieruje na specjalistyczne badania. Po zdiagnozowaniu transseksualizmu następuje terapia hormonalna wywołująca pierwsze zmiany w trzeciorzędowych cechach płciowych (zmiana rysów twarzy, dystrybucji tłuszczu w organizmie, zmiana wysokości głosu i pojawienie się zarostu u transseksualistów typu k/m). Już na tym etapie osoby transseksualne odczuwają pewną ulgę, obserwując zmiany swojego ciała w kierunku przez nie pożądanym (przyjmowanie hormonów trwa do końca życia osoby transseksualnej). Ponadto niektórzy pacjenci i niektóre pacjentki przechodzą różnego rodzaju zabiegi kosmetyczne, takie jak plastyka nosa¹². Niekiedy kolejnym etapem u transseksualistów typu k/m jest zabieg mastektomii, czyli operacyjnego usunięcia piersi. Następnym krokiem jest tzw. sądowa zmiana płci. Temu etapowi przede wszystkim poświęcony jest tekst, dlatego jego szczegółowe omówienie znajdzie się w dalszej części pracy. Po jej przeprowadzeniu następuje wymiana dokumentów, odbywająca się równoległe do ostatniego etapu procesu uzgodnienia płci, którym jest operacja zmieniająca narządy płciowe, czyli zabieg adaptacyjny. U pacjentów typu m/k polega ona na utworzeniu pochwy z prącia i moszny. U osób typu k/m wymagane jest przeprowadzenie większej liczby zabiegów. Pierwszym z nich, po mastektomii, jest panhisterektomia, czyli usunięcie macicy. Drugą operacją jest neophalloplastyka polegająca na utworzeniu moszny i prącia. Jest to operacja skomplikowana i kosztowna, o rezultatach nierzadko odbiegających od oczekiwań pacjentów¹³. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że zabieg adaptacyjny wywołuje nieodwracalne zmiany w postaci utraty

¹⁰ S. Dulko, *Stwierdzenie...*, s. 75.

¹¹ S. Dulko, *Stwierdzenie...*, s. 75.

¹² Por. M. Fajkowska-Stanik, *Operacyjna zmiana płci i inne rodzaje korekt stosowanych w przypadkach transseksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1999, nr 6, s. 960.

¹³ Przebieg procedury zmiany płci na podstawie xL (artykuł napisany pod pseudonimem), *Jak wygląda zmiana płci w Polsce*, http://www.crossdressing.pl/main.php?lv3_id=820&lv1_id=9&lv2_id=7&lang=pl, 26.01.2012.

przez pacjenta lub pacjentkę zdolności płodzenia. Wytworzone chirurgicznie narządy płciowe dostarczają satysfakcji seksualnej, jednak nie pozwalają na prokreację. Niekiedy przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego zaleca się przeprowadzenie tzw. testu realnego życia, polegającego na czasowym funkcjonowaniu w roli społecznej odpowiadającej płci, do której przynależność odczuwa osoba transseksualna.

Procedura ta została w pewnym stopniu sformalizowana w Polsce w 1983 r., kiedy to na zjeździe specjalistów z różnych dziedzin nauk medycznych oraz prawników, zorganizowanym przez Klinikę Chirurgii Plastycznej AM w Łodzi, ogłoszono trzy zasady porządkujące procedurę zmiany płci u transseksualistów typu k/m¹⁴. Znamienne jest jednak to, że zasady te miały w dużej mierze charakter postulatów, gdyż brak było dla nich jasnego oparcia w obowiązującym prawie. W szczególności założono pierwszeństwo zmiany płci metrykalnej wobec zabiegu adaptacyjnego¹⁵.

2. Aktualny stan prawny

Jak już zostało wspomniane, polskie prawo zdaje się nie dostrzegać problemu osób transseksualnych. Wobec inercji polskiego legislatora rolę regulatora przejęły polskie sądy, twórczo interpretując obowiązujące prawo i starając się dostosować jego przepisy do niestandardowej sytuacji, jaką jest zmiana płci. Zasadniczo, jednak nie całkowicie, pominięte zostaną rozważania czysto doktrynalne, pojawiające się na gruncie obecnego stanu prawnego, a dotyczące aktualnej, cywilnoprawnej podstawy zmiany płci (przede wszystkim kwestii, czy jest to art. 31 PrASC czy art. 189 k.p.c.). Nie tylko dlatego, że Sąd Najwyższy postanowieniem z dnia 22 marca 1991 r.¹⁶ (oraz uzupełniającą go uchwałą z dnia 22 września 1995 r.¹⁷) ustalił praktykę, wedle której dokonuje się to na gruncie art. 189 k.p.c. i wiele już w tej kwestii pojawiło się wypowiedzi, zarówno krytycznych, jak i aprobujących, ale również dlatego, że przeważająca część ich autorów opowiada się za koniecznością stworzenia odrębnej ustawy poświęconej tej materii ze względu na

¹⁴ Por. J. Kruk-Jeromin i in., *Moralne i prawne problemy chirurgicznego leczenia chorych z transseksualizmem typu kobieta – mężczyzna*, [w:] *Prawo a Medycyna...*, s. 108.

¹⁵ Próbę ujednoczenia procedury terapeutycznej stosowanej w przypadku transseksualizmu podjęto Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (HBIGDA). Zaproponowało trzyetapowy proces, przedstawiony w *Standards of Care For Gender Identity Disorders, Sixth Version*, <http://www.wpath.org/documents2/socv6.pdf>, 26.01.2012. W najnowszej, siódmej wersji *SOC*, stowarzyszenie (które zmieniło nazwę na World Professional Association for Transgender Health – WPATH) zaprezentowało bardziej elastyczne podejście, przyjmując, że pomoc osobom transseksualnym wykracza poza zagadnienia terapii hormonalnej i zabiegu adaptacyjnego (por. *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, <http://www.wpath.org/documents/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH.pdf>, 26.01.2012).

¹⁶ III CRN 28/91; PS 1991, nr 5-6.

¹⁷ III CZP 118/95; OSP 1996, nr 4, poz. 78.

niedostatki dotychczasowych rozwiązań¹⁸. Zasadne wydaje się najpierw związłe przedstawienie orzecznictwa, które ukształtowało procedurę tzw. sądowej zmiany płci.

Pierwszym rozstrzygnięciem w tej materii było orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z dnia 24 listopada 1964 r.¹⁹, który dopuścił analogiczne stosowanie przepisów o sprostowaniu aktu urodzenia w stosunku do zoperowanego transseksualisty. Sprostowanie to następować miało ze skutkiem *ex nunc* od daty dokonania zabiegu. Linię orzeczniczą na długie lata ukształtowała jednak uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r.²⁰ Sąd stwierdził w niej, że dopuszczalne jest sprostowanie aktu urodzenia przez zmianę oznaczenia płci, wyjątkowo także przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny. Wyraził też przekonanie, że płeć człowieka determinowana jest nie tylko czynnikami fizycznymi i brak jest powodów dla przyznania im decydującego znaczenia. Stwierdził, 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. Jednoznacznie również uznał legalność zabiegów adaptacyjnych podyktowanych „rzeczywistą potrzebą organizmu”. Podejście to zostało radykalnie zmienione uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.²¹, której sentencji brzmiącej: „Występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć”, nadano moc zasady prawnej. W uchwale zauważono, że sprostowanie PrASC może nastąpić tylko wówczas, gdy wpis od początku był wadliwy i ma moc *ex tunc*. Niedopuszczalne jest zatem stosowanie tych przepisów wprost w przypadkach zmiany płci, jak również w drodze analogii. Sąd ponadto powołał się na zasadę niepodzielności stanu cywilnego, zgodnie z którą człowiek może mieć tylko jeden stan cywilny²², a ponadto na zasadę racjonalnego ustawodawcy, sugerując, że brak regulacji tej materii może być wyrazem dezaprobaty ustawodawcy wobec dotychczasowej praktyki sądowej. Niejednoznaczność rozstrzygnięcia spowodowała, że na jego gruncie pojawiły się wątpliwości co do dopuszczalności tzw. sądowej zmiany płci w ogóle, także w przypadku dokonanego już zabiegu adaptacyjnego. Istotnie, uchwała ta spowodowała zmniejszenie się liczby wykonywanych operacji, gdyż lekarze w obawie przed konsekwencjami prawnymi odmawiali ich przeprowadzenia bez uprzedniego postępowania sądowego w tym przedmiocie²³.

¹⁸ Postulat wprowadzenia stosownej regulacji zgłaszają m.in. M. Filar, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, PiP 1990, nr 10, s. 116; J. Pisuliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, PiP 1991, nr 6, s. 112; J. Leszczyński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, PaL 1992, nr 3-4, s. 100, M. Safjan, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r.*, IIICRN 28/91, PS 1993, nr 2, s. 90. Przeciwno odrębnej regulacji opowiedział się A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, RPEiS 1988, z. 2, s. 39 i n.

¹⁹ II CR 515/64.

²⁰ III CZP 100/77; OSPiKA 1983, nr. 10, poz. 217.

²¹ III CZP 37/89; OSNCP 1989, nr 12, poz. 188.

²² Por. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2000, s. 20.

²³ Por. M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 80.

W kolejnym postanowieniu, z dnia 22 marca 1991 r.²⁴, Sąd Najwyższy rozstrzygnął rozważane zagadnienie w duchu kompromisu, przyjmując, że przynależność do danej płci może być uznana za dobro osobiste, w związku z czym podlega ochronie w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c., nie stosuje się natomiast procedury sprostowania PrASC. Interesem prawnym, będącym podstawą powództwa, jest potrzeba prawidłowego ustalenia stanu osobistego powoda. Sąd jednocześnie ustalił dwa podstawowe warunki dopuszczalności sądowej zmiany płci: trwałość poczucia przynależności do określonej płci oraz brak kolizji z dobrami osobistymi osób trzecich. Orzeczenie, które zasadniczo powinno zapaść po operacji zmiany płci, ma skutek *ex nunc* i stanowi podstawę do wpisania stosownej wzmianki dodatkowej w PrASC (art. 21 PrASC). Postanowienie to, wyznaczające aktualny sposób postępowania sądów, zostało uzupełnione uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r.²⁵, w której Sąd stwierdził, że pozwanymi w procesie o ustalenie płci powinni być rodzice powoda, a w przypadku ich braku kurator.

Obecny stan prawny generuje mnóstwo problemów. Przytoczone orzeczenia wywołały dyskusję, w której pojawiły się głosy zarówno afirmatywne, jak i krytyczne co do przyjętych przez sądy rozwiązań. Jej przedmiotem były doniosłe zagadnienia prawne, których przedstawienie, choć z konieczności pobieżne, może okazać się przydatne dla rozważań nad przyszłymi działaniami legislacyjnymi. Ponadto brak specjalnej regulacji sprawia, że osoby, które dokonują zabiegu adaptacyjnego, borykają się z mnóstwem niedogodności. Problemy te nie są przedmiotem debaty akademickiej, ale ze względu na ich faktyczne znaczenie oraz dla zobrazowania potrzeby interwencji ustawodawcy, zostaną również omówione. Celem przedstawienia w dalszej części pracy różnorodnych zagadnień związanych z procesem zmiany płci będzie przede wszystkim wykazanie, że przyszła regulacja nie może jedynie przesądzać o trybie procedury zmiany płci, ale powinna mieć charakter kompleksowy, a jej wprowadzenie poprzedzone być powinno dokładną analizą problemu.

3. Niedostatki aktualnego stanu prawnego

Aby unaocznić niedostatki obecnego prawodawstwa, warto przytoczyć kilka trudności, z jakimi mierzyć się muszą osoby transseksualne pragnące dokonać zmiany płci metrykalnej.

Przedstawiona wcześniej procedura zmiany płci (nie tylko sądowa) w rzeczywistości różni się w zależności od sądu, gdyż określone przez Sąd Najwyższy przesłanki sądowej zmiany płci są na tyle ogólne, że wiele kwestii pozostawionych jest dyskrecjonalnej władzy sędziego.

²⁴ III CRN 28/91; PS 1991, nr 5-6, s. 118 i n.

²⁵ III CZP 118/95; OSP 1996, nr 4, poz. 78.

Sędziowie ustalają, czy konieczne są wcześniejsze zmiany fizyczne, a jeżeli tak, to jakie²⁶. Za-tem to nie lekarz, a sędzia decyduje o zastosowaniu konkretnej procedury medycznej. Może to prowadzić do wyjątkowo niebezpiecznych sytuacji. Przykładowo, poddanie się terapii hormonalnej w celu wniesienia powództwa, z jednoczesnym nieusunięciem gonad, do którego to zabiegu lekarze wymagają dokonania zmiany płci metrykalnej, wzmacnia ryzyko wystąpienia choroby nowotworowej²⁷. Często również sami seksuolodzy arbitralnie ustalają, jakie zmiany są konieczne przed wniesieniem powództwa. Spowodowało to powstanie swoistego rynku, nieujętego w żadne ramy prawne. Także pozamedyczne kryteria dopuszczalności zmiany płci metrykalnej zależą w zupełności od sędziego. Zdarzają się np. wypadki odmowy zmiany płci ze względu na orientację homo- lub biseksualną osoby transseksualnej, jej plany związane z posiadaniem rodziny czy wizualną prezencją²⁸. Trudno uznać, że sytuacja taka jest zgodna z zasadą demokratycznego państwa prawnego²⁹.

Poza problemami proceduralnymi obecny stan prawny nie pozwala na rozstrzygnięcie wielu innych istotnych kwestii. Zwykle nie dostrzegamy, w ilu sytuacjach nasza płć jest prawnie relewantna. Między innymi różnicuje wiek nabycia zdolności do zawarcia małżeństwa, wiek uprawniający do pobierania świadczeń emerytalnych, wpływa nawet na wysokość ubezpieczenia OC posiadacza pojazdu mechanicznego³⁰.

Większość autorów przyjmuje na przykład, że ustanie ewentualnego dotychczasowego małżeństwa powinno być warunkiem przeprowadzenia tzw. sądowej zmiany płci, w celu zapobieżenia pojawieniu się małżeństw jednopłciowych³¹. Nie rozważają jednak dopuszczalności wymagania od osoby, która pragnie żyć w zgodzie ze swoją płcią, rozwiązania małżeństwa i czy niestandardowa sytuacja zmiany płci nie umożliwiałaby pewnych odstępstw w tej kwestii. Niemiecki Trybunał Konstytucyjny uznał w 2008 r. przepis niemieckiej ustawy uzależniającej zmianę płci metrykalnej od niepozostawania w związku małżeńskim za niekonstytucyjny, ponieważ zmuszał on osoby pragnące dokonać takiej zmiany do wyboru pomiędzy dwoma fundamentalnymi, chronionymi przez konstytucję prawami – prawem do rozwoju osobistego

²⁶ Por. xL, *Jak wygląda...*

²⁷ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa – zagadnienia medyczne, społeczne i prawne*, [w:] *Prawa osób transseksualnych. Rozwiązania modelowe a sytuacja w Polsce*, Warszawa 2010, pod red. A. Śledzińska-Simon, s. 28.

²⁸ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 27, 28.

²⁹ Wpływ niezrozumienia (a w istocie odmowy zaakceptowania) istoty transseksualizmu przez sędziów na wydawane przez nich decyzje został przedstawiony w literaturze amerykańskiej przez S.E. Keller w *Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity*, Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review, Summer 1999, s. 329 i n.

³⁰ Różnicowanie wysokości ubezpieczenia OC ze względu na płć będzie od 21 grudnia 2012 r. niezgodne z Dyrektywą Rady 2004/113/WE z dnia 13 grudnia 2004 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług; Por. Wyrok ETS z 1 marca 2011 r., C-236/09.

³¹ Tak m.in. Z. Radwański, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego Izba cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, OSP 1991, nr 2, poz. 35, s. 66; P. Daniluk, *Prawne aspekty „chirurgicznej zmiany płci” u transseksualistów (Uwagi de lege ferenda)*, PiP 2007, nr 5, s. 79.

(art. 2 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN) oraz prawem do małżeństwa (art. 6 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN)³². Za niekonstytucyjne uznał również możliwe alternatywne rozwiązanie, zakładające automatyczne rozwiązanie małżeństwa z chwilą zmiany płci metrykalnej. Wymóg rezygnacji ze związku z osobą, z którą osobę transseksualną łączą liczne więzi, zwłaszcza emocjonalne, bez zapewnienia możliwości jego kontynuacji w formie podlegającej analogicznej ochronie jak małżeństwo, został przez Trybunał uznany za naruszający zasadę proporcjonalności. Zasugerował on dwa możliwe rozwiązania. Pierwsze dopuszczałoby dalsze trwanie małżeństwa, co stanowiłoby możliwe do zaakceptowania odstępstwo od generalnej zasady odmienności płciowej nupturientów, ze względu na niewielką liczbę osób, których ten wyjątek by dotyczył. Drugie rozwiązanie zakładałoby przyznanie takim osobom prawa do pozostawania w związku, któremu zagwarantowane byłyby takie same prawa jak małżeństwu³³. Z kolei ETPC w sprawie Wena i Anita Parry vs W.B. uznał, że analogiczny warunek zawarty w prawie brytyjskim nie stanowi naruszenia konwencji, właśnie dlatego, że istniejące związki partnerskie osób tej samej płci, dają niemal te same prawa co małżeństwa³⁴. Tak doniosła kwestia powinna być uregulowana w Polsce ustawowo, a nie pozostawiona praktyce orzeczniczej.

Kolejną bolączką osób transseksualnych w Polsce jest brak trybu wymiany dokumentów wydanych przed uczynieniem wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia. Na przykład brak jest podstaw do wymiany świadectwa pracy. Osoba taka musi zatem posługiwać się jednocześnie dokumentami, na których widnieje płeć metrykalna sprzed jej zmiany oraz odpisem aktu urodzenia. Oznacza to, że przy podejmowaniu pracy za każdym razem zmuszona jest ujawniać przeprowadzoną zmianę płci, co nie tylko narusza jej prawo do prywatności, ale także naraża na dyskryminację³⁵.

Innymi kwestiami wymagającymi uregulowania są m.in. stosunki z dziećmi postoperacyjnej osoby transseksualnej, tryb w jakim ma być dokonywana zmiana płci metrykalnej (czy ma to być postępowanie administracyjne czy sądowe, a jeśli sądowe, to w trybie procesowym czy nieprocesowym), czy i jeśli tak, to jak chronić prawa osób trzecich, które mogą zostać naruszone na skutek zmiany płci metrykalnej osoby transseksualnej, warunki przeprowadzania zabiegu adaptacyjnego, ewentualna dolna granica wieku poniżej której przeprowadzenie zabiegu adaptacyjnego jest niedopuszczalne i wiele innych³⁶. Możliwe jest tu jedynie ich zasygnalizowanie. Warto natomiast, z przyczyn które zostaną przedstawione w dalszej części tekstu, poświęcić uwagę kwestii, która rzadko kiedy jest przedmiotem głębszej analizy w literaturze prawniczej, czyli kryterium ustalenia płci.

³² Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE], 27maja 2008 r., 1 Bundesverfassungsgericht [BVL] 10/05.

³³ Por. G. A. Knott, *Transsexual Law Unconstitutional: German Federal Constitutional Court demands reformation of law because of fundamental rights conflict*, Saint Louis University Law Journal, Spring 2010, s. 997 i n.

³⁴ Sprawa do sygn. Akt 42971/05, Skarga uznana za niedopuszczalną 28 listopada 2006 r.

³⁵ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 30.

³⁶ Por. np. M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 77 (autor przedstawia założenia przyszłej ustawy); P. Daniluk, *Prawne aspekty...*

4. Kryterium ustalenia płci

4.1. Znaczenie kryterium ustalenia płci

Rozważając podstawy prawne zmiany płci, zarówno przytłaczająca większość przedstawicieli doktryny, jak i sądy zakładają, że taka procedura jest w Polsce dopuszczalna, powołując się przede wszystkim na względy humanitarne³⁷. Jednakże pojawiają się także głosy przeciwnie. Przede wszystkim uchwała Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 r. zdawała się wychodzić daleko poza samą kwestię prawidłowości przeprowadzania tzw. sądowej zmiany płci w formie sprostowania aktu urodzenia. Jak już zostało wspomniane, odczytywana była niekiedy jako zakazująca zmiany płci w ogóle³⁸. Najdalej idzie w swoich wnioskach C. Gromadzki, który nie tylko stwierdza, że „z całości porządku społeczno-prawnego da się wyciągnąć czytelną konkluzję, że poczucie przynależności do płci odmiennej nie może stać się kryterium decydującym dla ustalenia płci transseksualisty, gdyż groziłoby to niebezpiecznym odejściem od aksjologii stosunków prawnorodzinnych”, ale ponadto konkluduje: „na gruncie obowiązującego prawa nie jest dopuszczalna tzw. sądowa zmiana płci”. Warto zwrócić uwagę na to, że posługuje się on często argumentami aksjologicznymi, np. „ustawodawca [...] usankcjonował poprzez normy prawa pozytywnego zasady prawa naturalnego, akceptowane w ocenach społecznych i obyczajowych”³⁹. W istocie bowiem zagadnienie to ma charakter filozoficzny, u którego podłoża leży spór o to, co jest prawdziwą płcią człowieka⁴⁰. Przy rozważaniu poszczególnych zagadnień prawnych okaże się, że odpowiedź na nie jest wynikiem właśnie takiej presupozycji.

Rozstrzygnięcie powyższego zagadnienia ma kluczowe znaczenie dla przyszłej legislacji i powinno leżeć u jej podstaw, jeżeli ma ona tworzyć spójny system, a nie być jedynie luźnym zbiorem rozwiązań proceduralnych, choć oczywiście dla samych osób pragnących dokonać uzgodnienia płci biologicznej z płcią psychiczną, to właśnie ta druga kwestia ma podstawowe znaczenie. Pomimo pojawiających się wypowiedzi zarówno w doktrynie⁴¹, jak i w orzecznictwie o wielopłaszczyznowości człowieka (Sąd Najwyższy już w uchwale z 25 lutego z 1978 r. zwracał uwagę na fakt, że nie tylko cechy fizyczne, ale również psychika decyduje o płci człowieka) prawnicy nadal w przeważającej mierze postrzegają go przez pryzmat książki do anatomii, przyznając w praktyce prymat cechom biologicznym⁴². Nawet wówczas gdy za punkt wyjściowy przyjmują

³⁷ Por. M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 74.

³⁸ Por. Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65; M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 80.

³⁹ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, PS 1997, nr 10, s. 61 i n.

⁴⁰ Por. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 78-79; M. Safjan, *Glosa...*, s. 81.

⁴¹ Por. J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 114.; K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, PS 2005, nr 5, s. 157.

⁴² A czasem idą nawet dalej, co prowadzi do absurdalnych rezultatów. Niech za przykład posłuży fragment komentarza do art. 1 k.r.o.: „Kierownik urzędu stanu cywilnego odmówi odebrania oświadczeń (o wstąpieniu w związek

równoważność cech biologicznych i psychicznych⁴³, dopuszczają zmianę płci metrykalnej zasadniczo po przeprowadzeniu zabiegu adaptacyjnego. Samo zresztą przyjęcie, że obie płaszczyzny są równoważne, nie tylko nie rozstrzyga, ale nawet komplikuje zagadnienie, gdyż w przypadku osób transseksualnych zarówno psychika, jak i fizyczność odpowiadają ściśle określonej płci, tyle tylko, że są to płcie różne. Na jakiej więc podstawie przyjąć, jaką płć ma dana osoba? Konieczne więc wydaje się przyjęcie kryterium rozstrzygającego. Można przypuszczać, że w przypadku uznania za rozstrzygające kryteriów biologicznych tzw. sądowa zmiana płci będzie miała charakter wyjątkowy, obwarowana będzie szeregiem restrykcji. W przypadku gdy uznamy, że decyduje płć psychiczna, wszelkie restrykcje i ograniczenia będą miały charakter wyjątkowy. Będzie to miało zasadnicze znaczenie przy interpretacji i stosowaniu nowego prawa.

Wydaje się zatem zasadne wprowadzenie legalnej definicji płci⁴⁴, przynajmniej dopóty, dopóki to kryterium odgrywa rolę w polskim porządku prawnym. Być może w przyszłości będzie ona irrelevantna prawnie, jednak na razie wciąż ustawodawca skłonny jest różnicować prawa i obowiązki ze względu na płć. Argument o nadmiernej jurydyzacji życia społecznego i zbyteczności tego typu regulacji ze względu na oczywistość omawianego zagadnienia jest nietrafny, o czym świadczy chociażby przykład osób transseksualnych. Można tu ponadto wskazać jako podobną regulację zdefiniowanie pojęcia „matka” w k.r.o. Wydawać by się mogło, że intuicyjnie każdy wie, jaki jest desygnat tego pojęcia, jednakże zachodzące zmiany społeczne spowodowały konieczność regulacji tego zagadnienia⁴⁵. Prawo powinno nadążać za rozwojem nauki i nie wykazywać nadmiernego przywiązania do starych formuł, które w dynamicznie rozwijającym się świecie społecznym często okazują się archaiczne⁴⁶.

4.2. Stanowisko doktryny

Aby zobrazować stanowisko przedstawicieli doktryny, warto w skrócie przytoczyć dyskusję, która rozgorzała na gruncie przedstawionych orzeczeń Sądu Najwyższego, dotyczącą

matżeński – przyp. aut) w wypadku anomalii seksualnej, polegającej na transwestytyzmie, uzewnętrzniającym się między innymi w przebieraniu się w odzież noszoną przez osoby płci odmiennej, jeżeli stawia się przed nim osoby, których powierzchowność i sposób zachowania podkreślają brak różnicy płci. Dotyczy to także wypadku transwestyty heteroseksualnego”. (K. Piasecki, *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, 2009, s. 28).

⁴³ Por. J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 114.

⁴⁴ Podobny postulat zgłaszają: M. Filar. *Prawne i społeczne...*, s. 77; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 71; M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany płci metrykalnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym*, *Studia Prawnicze*, 2009, z. 1-2 (179-180), s. 237 i n.

⁴⁵ Art. 619 k.r.o. stanowiący, że „Matką dziecka jest kobieta, która je urodziła” wprowadzony został Ustawą z dnia 6.11.2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw.

⁴⁶ Por. J. Sawicki, *Błąd sztuki przy zabiegu leczniczym w prawie karnym, doktrynie i orzecznictwie*, Warszawa 1965, s. 10-11.

podstawy prawnej tzw. sądowej zmiany płci. Z orzeczeń tych jasno wynika, że mogą być co najmniej dwie takie podstawy.

Pierwszą jest art. 31 prawa o aktach stanu cywilnego⁴⁷, zgodnie z którym: „Akt stanu cywilnego podlega sprostowaniu w razie błędnego lub nieścisłego jego zredagowania”. Stanowisko takie zajął SN w uchwale z 25 lutego 1978 r., zanegował natomiast w uchwale z dnia 22 czerwca 1989 r. Przyjęcie takiej podstawy prawnej dla tzw. sądowej zmiany płci spotkało się zarówno z krytyką, jak i aprobatą przedstawicieli doktryny. Przeciwnicy takiego rozwiązania⁴⁸ podnosili przede wszystkim, że sprostować można jedynie to, co od początku było błędne. Zatem dopuszczalne jest sprostowanie aktu stanu cywilnego w odniesieniu do płci jedynie, gdy płeć dziecka została nieprawidłowo określona po jego urodzeniu, np. z powodu interseksualizmu, natomiast nie wówczas, gdy mamy do czynienia z faktyczną zmianą płci, którą ustala się przy zastosowaniu kryteriów somatyczno-biologicznych. Autorzy ci przyjmują zatem, że decydujące znaczenie w ustaleniu płci człowieka mają czynniki biologiczne, gdyż one jedynie mają charakter intersubiektywny. M. Safjan w głosie do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r. stwierdza, że tryb sprostowania byłby adekwatny w przypadku przyjęcia tezy o ciągłości płci człowieka i jednolitości kryteriów jej oceny. Wówczas przyjęcie określonej płci narodzonego dziecka uwzględniające jedynie jego anatomiczne cechy byłoby błędne, gdyby okazało się, że jest niezgodne z jego poczuciem przynależności do danej płci. Błąd taki, chociaż dotyczący rzeczywistości nierozpoznawalnej, mógłby być prawnie relewantny, jako należący do kategorii błędów, dla których podmiotowa niemożliwość ich wykrycia nie jest istotna (błąd obiektywny). Jednakże autor odrzuca taką możliwość. Po pierwsze dlatego, że wszelkie ustalenia w zakresie stanu cywilnego muszą być obiektywnie weryfikowalne, po drugie dlatego, że w rzeczywistości osoby transseksualne przez długi czas funkcjonują w ramach swojej płci metrykalnej, a dążenie do zmiany płci pojawia się w późniejszym okresie ich życia niż moment sporządzenia aktu urodzenia. Według niego „ustalenia w zakresie stanu cywilnego muszą z natury rzeczy opierać się na kryteriach dostatecznie pewnych, obiektywnych i w jakiś sposób weryfikowalnych. Stan cywilny nie należy do zakresu «samookreślenia się człowieka»; jest mu «dany», nie jest więc przedmiotem swobodnych dyspozycji. [...] [Ustalenia sądu – przyp. aut.] powinny więc nawiązywać do w miarę pewnych i obiektywnie ujętych ocen medycznych, tych przynajmniej, które zostały wypracowane w dotychczasowej praktyce medycznej związanej z postępowaniem wobec osób dotkniętych zaburzeniami w sferze identyfikacji płciowej”⁴⁹.

Niedopuszczalność stosowania art. 31 PrASC wynikać ma ponadto z tego, że sprostowanie wywołuje skutki *ex tunc*. Przyjęcie takiego skutku w przypadku zmiany płci spowodowałoby

⁴⁷ Ustawa Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz.U. 2004, nr 161, poz. 1688 (tekst jednolity).

⁴⁸ Por. Z. Radwański, *Glosa...*; M. Safjan, *Glosa...*; M. Sośniak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r.*, III CZP 100/77, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217; M. Filar, *Glosa...*; A. Zielenacki, *Zmiana płci...*

⁴⁹ M. Safjan, *Glosa...*

trudne do rozwiązania problemy, szczególnie na gruncie prawnorodzinym⁵⁰. Jednakże pojawiły się także głosy przeciwne. J. Pisuliński w głosie do uchwały z 22 czerwca 1989 r. wskazuje na niewyjaśnioną etiologię transseksualizmu i zwraca uwagę na niejednorodność tej grupy. W przypadku osób, u których występują pewne biologiczne zmiany właściwe dla płci przeciwnej niż ich płeć morfologiczna, np. obecność określonych enzymów, dopuszcza on możliwość stosowania omawianego przepisu *per analogiam* (jako sposób wypełnienia luki w prawie), z przyjęciem jednak skuteczności *ex nunc*⁵¹.

Innym rozwiązaniem, przyjętym obecnie przez praktykę sądową w oparciu o postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 r. oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., jest dopuszczenie zmiany płci metrykalnej wskutek wniesienia powództwa na podstawie art. 189 k.p.c. Rozwiązanie takie proponowali już Z. Radwański oraz J. Pisuliński w głosach do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r. Sąd Najwyższy, podobnie jak wspomniani autorzy, przyjął, że poczucie przynależności do danej płci jest dobrem osobistym podlegającym ochronie. Ochrona ta następuje w ramach powództwa o ustalenie. Jednocześnie jednak, zezwalając na zmianę płci zasadniczo po dokonaniu zabiegu adaptacyjnego, w istocie również przyjmują, że to cechy biologiczne mają pierwszorzędne znaczenie⁵². Zatem z jednej strony autorzy ci podnoszą, że same poczucie przynależności do danej płci jest zbyt wątpliwą podstawą dla jej sądowej zmiany, z drugiej strony jest na tyle istotne, by przyznać mu ochronę w ramach instytucji dóbr osobistych⁵³. Nie jest jednak jasne, na czym ma polegać ochrona takiego dobra, skoro w praktyce powołanie się na nie wymaga manifestacji w postaci transformacji ciała. W istocie bowiem w świetle tej koncepcji to nie poczucie przynależności do danej płci stanowi podstawę zmiany płci metrykalnej, ale dokonana zmiana płci biologicznej, która na gruncie założenia o prymacie cech biologicznych powoduje niezgodność między płcią biologiczną a metrykalną. Interesem uprawniającym do wniesienia powództwa o ustalenie jest wówczas potrzeba usunięcia tej niezgodności w imię zasady prawdy obiektywnej aktów stanu cywilnego. Konstrukcja dobra osobistego, jak słusznie zauważa M. Safjan, nie jest wówczas w ogóle potrzebna: „nie chodzi tu o wyrok ustalający prawo osobiste powoda do ochrony poczucia przynależności do określonej płci [...], ale o orzeczenie ustalające płeć danej osoby”⁵⁴. Prawdopodobnie dlatego też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 września 1995 r. nie odwołuje się

⁵⁰ Por. P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 83; M. Filar, *Transseksualizm jako...*, s. 79.

⁵¹ J. Pisuliński, *Glosa...*

⁵² Por. też Z. Radwański, *Glosa...*

⁵³ Z. Radwański pisze: „Swoiste dla transseksualistów poczucie przynależności do innej płci [samo poczucie nie jest swoiste, jest ono takie samo jak u każdej innej osoby, swoista jest jedynie niezgodność między tym poczuciem a płcią biologiczną] niż wskazują na to cechy biologiczne człowieka, jest niewątpliwie zbyt wątpliwą podstawą dla ustalenia tak ważnej dla stosunków społecznych okoliczności, jaką jest płeć człowieka”. (Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65).

⁵⁴ M. Safjan, *Glosa...*, s. 89.

już do instytucji dobra osobistego⁵⁵. M. Safjan nie poddając w wątpliwość charakteru poczucia przynależności do określonej płci jako dobra osobistego, stwierdza, że „zakres takiej ochrony [w ramach instytucji dóbr osobistych – przyp. aut.] byłby z natury rzeczy bardzo wąski i ograniczałby się do poszanowania uczuć danej osoby związanych z określoną płcią i nie mógłby na pewno obejmować tej sfery stosunków, w których niezbędne stawałoby się odwołanie do płci metrykalnej”⁵⁶. Na czym zatem ta ochrona miałaby w istocie polegać? Przyjmuje się, że dobrami osobistymi są uznane społecznie wartości, którym ochrony udziela się jednak w oparciu o kryteria obiektywne, a nie subiektywne⁵⁷. Skoro poczucie przynależności do określonej płci jest rzekomo trudno weryfikowalne i ustalenie płci w oparciu o nie byłoby niezgodne z zasadą prawdy obiektywnej, to na jakiej podstawie przyznawać mu jakąkolwiek ochronę?

Wykorzystanie drogi procesowej skrytykował w swojej glosie J. Ignatowicz⁵⁸, który wspiera koncepcję sprostowania PrASC, uznając, że psychiczne poczucie przynależności do określonej płci tkwi w człowieku już w chwili jego narodzin. Ponadto wskazuje on na sztuczność zabiegu uznania rodziców za stronę pozwaną w toczącym się procesie. Według niego „prawo do płci” to stan osobisty człowieka, a nie stan cywilny, zatem nie występują tu żadne analogie do np. ustalenia pochodzenia dziecka. Nikt poza samą osobą transseksualną nie ma interesu w prawidłowym ustaleniu jej płci. Autor zatem nie zgadza się również na uznanie Skarbu Państwa (obecnie gminy), reprezentowanego przez kierownika urzędu stanu cywilnego, za stronę pozwaną, jak proponowali niektórzy przedstawiciele doktryny. Uzasadnione miałyby to być obowiązkiem kierownika urzędu stanu cywilnego dbania o prawdziwość informacji ujawnionych w aktach stanu cywilnego⁵⁹. Podobnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie, że pozwanym może być każdy, kto kwestionuje prawo powoda⁶⁰. Byłaby to nie większa fikcja niż w przypadku uznania za legitymowanych biernie rodziców powoda.

4.3. Identyfikacja płciowa jako alternatywne dla właściwości biologicznych kryterium ustalenia płci

Przyjęcie, że decydujące znaczenie mają cechy biologiczne, rodzi wiele komplikacji. Nasuwa się przede wszystkim pytanie, jakie zmiany płci biologicznej są wystarczające dla przeprowadzenia tzw. sądowej zmiany płci. Czy wystarczą zmiany trzeciorzędowych cech płciowych będące następstwem kuracji hormonalnej czy też konieczne jest dokonanie operacji zewnętrznych

⁵⁵ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura...*, s. 255 i 256.

⁵⁶ M. Safjan, *Glosa...*, s. 87.

⁵⁷ Por. A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 106.

⁵⁸ J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r.*, III CZP 118/95, OSP 1996, nr 4, s. 194.

⁵⁹ Por. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s. 159; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53; J. Pisuliński wskazuje na możliwość przyjęcia biernej legitymacji gminy (J. Pisuliński, *Glosa...*, s. 115).

⁶⁰ Por. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s.159 i 160.

narządów płciowych? Jeżeli konieczna jest pełna zmiana płci biologicznej, to co w sytuacji, gdy osoba, która przeszła taką zmianę, nie wystąpi do sądu z powództwem. Wówczas jej płeć biologiczna będzie niezgodna z płcią metrykalną, podobnie jak w przypadku zmiany płci metrykalnej bez dokonania zabiegów medycznych. Czy taki stan rzeczy jest do pogodzenia z często powoływaną zasadą prawdy obiektywnej aktów stanu cywilnego? Nie można zastosować trybu sprostowania, gdyż doszło do zmiany płci, jak również art. 189 k.p.c., gdyż jak zauważył J. Ignatowicz „prawo do płci” to stan osobisty człowieka, zatem nikt poza samym zainteresowanym nie ma interesu w jego ustaleniu⁶¹. Jeżeli z kolei ustawodawca zdecyduje się uregulować to zagadnienie w ten sposób, że osoba najpierw zgłasza się do sądu, a ten wydaje orzeczenie zezwalające na zmiany medyczne, a po ich dokonaniu przeprowadza zmianę płci metrykalnej, to co jest wówczas podstawą wystąpienia do sądu? Właśnie poczucie przynależności do danej płci, niepoparte czynnikami biologicznymi – bo taka jest istota transseksualizmu.

W istocie trudno obecnie zrozumieć, jakie kryteria decydują o przypisaniu określonej płci. Z jednej strony zdaje się przeważać pogląd, że są to cechy biologiczne, z drugiej strony podstawą całego procesu zmiany płci jest *de facto* poczucie przynależności do określonej płci. Skoro o płci mają decydować cechy somatyczno-biologiczne, to na jakiej podstawie można dokonywać zmiany płci w ogóle? Czy płeć jest właściwością człowieka, którą może on swobodnie dysponować i podejmując odpowiednie zabiegi medyczne żądać nadania mu płci prawnej innej niż dotychczasowa⁶²? Przyjęcie prymatu płci psychicznej przy ustalaniu płci metrykalnej paradoksalnie zapobiegnie takiej konsekwencji⁶³, gdyż obecna nauka pozwala na zmianę budowy ciała i zależności hormonalnych, nie umożliwia natomiast zmiany identyfikacji płciowej, która w świetle aktualnej wiedzy naukowej jest stała⁶⁴.

Przeciwnicy stosowania obecnie art. 31 PrASC zbyt łatwo przyjmują, że w przypadku transseksualistów dochodzi do zmiany płci, utożsamiając płeć człowieka z jego płcią biologiczną, a przede wszystkim z budową anatomiczną. Tendencje we współczesnej medycynie są odwrotne. W sprawie Rees przeciwko Wielkiej Brytanii⁶⁵ skarżący przedłożył opinię lekarską dr. C. N. Armstronga, w której stwierdził on, że płeć psychiczna jest ważniejsza od płci biologicznej i to ona wyznacza przyszlą rolę społeczną podejmowaną przez daną osobę⁶⁶. Ponadto teorie starające się wyjaśnić etiologię transseksualizmu przyjmują na przykład, że płeć

⁶¹ J. Ignatowicz, *Glosa...*, s. 194.

⁶² Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 239. Autorka uważa, że nieuznanie płci psychicznej za decydującą o płci metrykalnej człowieka powinno prowadzić do niedopuszczalności tzw. sądowej zmiany płci.

⁶³ Oczywiście zakładając, że konsekwencja taka jest niepożądana, co zdaje się robią wszyscy wypowiadający się w tej kwestii autorzy – prawnicy. Dla przedstawicieli doktryny w innych krajach nie jest to już takie oczywiste – por. np. T.S. Kogan, *Transsexuals and Critical Gender Theory: The Possibility of a Restroom Labeled 'Other'*, *Hastings Law Journal*, August 1997, s. 1223-1255.

⁶⁴ Por. S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa...*, s. 517; P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 110.

⁶⁵ Wyrok z dnia 17 października 1986 r., do sygn. akt. 9532/81.

⁶⁶ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 250.

psychiczna jest rezultatem fizjologicznej budowy mózgu, a więc determinowana jest czynnikami biologicznymi, jednakże nie tak łatwo identyfikowalnymi jak zewnętrzne narządy płciowe. Jeżeli uznajemy, że to cechy biologiczne mają decydujące znaczenie, to dlaczego akurat mają to być zewnętrzne narządy płciowe czy inne zewnętrzne właściwości fizyczne? Skoro zatem brak argumentów na to, że to czynniki anatomiczne decydują o płci człowieka, dlaczego nie przyznać znaczenia rozstrzygającego poczuciu przynależności do danej płci? Byłoby to rozwiązaniem o wiele korzystniejszym dla osób transseksualnych, a w końcu *in dubio pro libertate*.

Część autorów dostrzega znaczenie poczucia przynależności do danej płci, nie jest jednak skłonna przyznać mu znaczenia rozstrzygającego. Jednakże nie powinno się *a priori* odrzucać koncepcji prawa do identyfikacji płciowej, którą M. Filar niesłusznie nazywa prawem do swobodnej identyfikacji rodzajowej⁶⁷, gdyż nie jest to kwestia woluntatywna, ale zdeterminowana czynnikami leżącymi poza sferą dyspozycyjności osób transseksualnych. Współczesna medycyna podkreśla, że poczucie przynależności do określonej płci ma charakter stały. Przyjęcie go za wyznacznik płci pozwoliłoby na uznanie go za dobro osobiste będące jednocześnie prawem podmiotowym do ustalenia płci w oparciu o to poczucie, miałoby zatem konkretną treść. Treścią tą byłoby uprawnienie do życia zgodnie z płcią odpowiadającą identyfikacji rodzajowej i zakaz przeszkadzania takiej osobie w dostosowaniu własnego ciała do tożsamości płciowej⁶⁸. Ponadto pozwoliłoby to na przyjęcie spójnej koncepcji zgodnej z koncepcją ciągłości płci i jednolitości stanu cywilnego człowieka (art. 3 PrASC). Osoba transseksualna nie dochodziłaby zmiany płci, ale jej poprawnego określenia. Z. Radwański słusznie zauważa, że przy przyznaniu dominującej roli cechom biologicznym, zezwolenie na zmianę płci stanowi „odstępstwo od tradycyjnego dogmatu niezmienności płci człowieka”. Jednocześnie stwierdza on, że „postęp medycyny i w tym zakresie każe korygować ustalone dawniej pryncypia”⁶⁹. Nie można się z tym stwierdzeniem nie zgodzić. Tyle tylko, że słuszniejsze jest zrezygnowanie z dogmatu o fizycznych wyznacznikach płci niż z dogmatu o niezmienności płci człowieka⁷⁰.

Uznanie prymatu płci psychicznej znajduje oparcie nie tylko w wiedzy medycznej, ale zdaje się mieć je również w najnowszym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Trybunał uznaje bowiem, że art. 8 EKPC gwarantuje każdemu prawo do rozwoju i sposobu życia zgodnie z własną identyfikacją płciową⁷¹.

Argumenty o nieweryfikowalności płci psychicznej oraz o jej wtórności wobec płci biologicznej są nietrafne. Pierwszy z nich zakłada, że uznanie dominującej roli płci psychologicznej jest

⁶⁷ M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 74.

⁶⁸ Podobnie M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 256.

⁶⁹ Z. Radwański, *Glosa...*, s. 65.

⁷⁰ Płeć psychiczną za rozstrzygającą uważa też M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 238 i n.; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 278-279; J. Leszczyński, *Glosa...*

⁷¹ Por. W. Burek, *Interpretacja ewolucyjna Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na przykładzie orzecznictwa w sprawach sytuacji prawnej transseksualistów kooperacyjnych*, Prawo i Medycyna, 2007, nr 1 (26, vol. 9), s. 114 i n.

niezgodne z prawdą obiektywną. Taki wniosek wynika jednak jedynie z przyznania dominującego znaczenia czynnikom biologicznym. Fakt, że płęć psychiczna nie jest weryfikowalna gołym okiem, nie oznacza, że nie poddaje się badaniom. Wprost przeciwnie, temu właśnie służą badania psychologiczne i psychiatryczne. Sąd często korzysta z opinii biegłych psychiatrów czy psychologów, kiedy do rozstrzygnięcia sprawy potrzebna jest wiedza specjalistyczna z tych dziedzin. Jeżeli badania psychiatryczne mogą służyć za podstawę nadzwyczajnego złagodzenia kary w postępowaniu karnym, to dlaczego nie mogłyby być podstawą dla ustalenia płci? Płęć psychiczna może zatem być tak samo obiektywnie weryfikowalna jak płęć biologiczna, tyle że za pomocą innych narzędzi. Zdarzają się przypadki, gdy np. homoseksualista został błędnie zdiagnozowany jako osoba transseksualna⁷², czy też poczucie przynależności do płci przeciwnej jest objawem zaburzeń psychotycznych⁷³, ale podobnie zdarzają się błędy w identyfikacji płci noworodków w oparciu o kryteria anatomiczne (np. z powodu interseksualizmu), która to czynność ma charakter rutynowy i powierzchowny⁷⁴, a nie jest to dla większości autorów argument przemawiający za zarzuceniem stosowania takich kryteriów. Nie ma również żadnego oparcia w rzeczywistości twierdzenie, że do zmiany płci psychicznej dochodzi w późniejszym okresie⁷⁵. Trudno wymagać od noworodka, aby określił swoje poczucie przynależności do określonej płci. Świadomość własnej płci pojawia się u dzieci w późniejszym okresie⁷⁶. Jednocześnie badania empiryczne wskazują, że często osoby transseksualne już od najwcześniejszych lat wykazują preferencje do zachowywania się jak przedstawiciele płci przeciwnej niż ich płęć metrykalna⁷⁷. Co więcej biologiczne teorie wyjaśniające przyczyny transseksualizmu, a także niektóre psychologiczne, wskazują, że źródło tego zaburzenia tkwi w dziecku już w chwili jego narodzin⁷⁸ (podobnie J. Ignatowicz w głosie do uchwały SN z dnia 22 września 1995 r.).

4.4. Skutki przyjęcie prymatu poczucia przynależności do określonej płci

Można zastanawiać się nad sensownością rozważań nad kryterium ustalania płci człowieka. Po pierwsze, w ogromnej większości przypadków psychiczne poczucie przynależności do określonej płci odpowiada płci biologicznej. Po drugie, istotą transseksualizmu jest nie tylko

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

⁷³ Por. M. Urban, *Transseksualizm czy urojenia zmiany płci? Uniknąć błędnej diagnozy*, *Psychiatria Polska*, t. XLIII, nr 6, 2009, s. 723 i n. Autorka przedstawia problem pacjentów cierpiących na pseudotransseksualne urojenia.

⁷⁴ Por. K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 136.

⁷⁵ Tak m.in. Z. Radwański, *Głosa...*, s. 65; M. Safjan, *Głosa...*, s. 83.

⁷⁶ Por. K. Osajda, *Transseksualizm w świetle...*, s. 143.

⁷⁷ Por. S. Dulko, K. Imieliński, W. Czerniewicz, *Prawne aspekty małżeństwa transseksualistów (Analiza niezwykłego przypadku)*, *Nowe Prawo* 1983, nr 6, s. 69; *Standards of Care for the Health...*, s. 12 i n.

⁷⁸ Por. S. Dulko, K. Imieliński, *Głosa...*, s. 517 i n.; K. Maksymowicz, M. Mędraś, K. Trubner, Ł. Szleszkowski, *Podstawy prawne dla orzekania płci osobniczej w zespole dezaprobaty płci pod postacią transseksualizmu. Porównanie stanu w Polsce i niektórych wybranych krajach*, *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminalistyki* 2005, nr 54, s. 62.

identyfikacja płciowa przeciwna do płci biologicznej, ale również chęć dokonania zmian fizycznych, które dostosują ciało do płci psychicznej zgodnie ze społecznymi wzorcami. Zatem większość osób będzie dążyła do przeprowadzenia także zabiegu adaptacyjnego⁷⁹.

Zagadnienie to nie jest jednak czysto teoretyczne, gdyż wiąże się z pytaniem: czy warunkiem zmiany płci metrykalnej może być dokonanie zabiegu adaptacyjnego? Odpowiedź na nie będzie miała praktyczne skutki, choć w niewielkiej liczbie przypadków. Po pierwsze, są osoby, którym do usunięcia poczucia dysharmonii między płcią fizyczną a psychiczną wystarczyłoby jedynie prawne uznanie ich płci psychicznej. Lekarze zwracają uwagę na terapeutyczną rolę tzw. sądowej zmiany płci, wskazując, że w części przypadków jest ona w zupełności wystarczająca⁸⁰. Niektóre osoby zadowolają się zmianą jedynie trzeciorzędowych cech płciowych, ze względu na niebezpieczeństwo i nie do końca satysfakcjonujące rezultaty operacji zewnętrznym narządów płciowych (dotyczy to zwłaszcza zabiegu neophalloplastyki)⁸¹. W końcu przeprowadzenie zabiegu adaptacyjnego jest niekiedy niemożliwe ze względu na stan zdrowia pacjenta.

Czy odpowiedź na to pytanie nie powinna być negatywna? Trudno wyobrazić sobie możliwość zmuszania kogokolwiek do tak drastycznej ingerencji we własną cielesność. Integralność cielesna jest rudymenarnym prawem człowieka⁸² i żadne względy nie przemawiają za dopuszczalnością stawiania przed nim takich wymogów, by mógł funkcjonować w pełnej zgodzie ze swoją płcią psychiczną⁸³. P. Daniluk, proponując kształt przyszłej ustawy, zakłada, że: „konieczne jest maksymalne zbliżenie takiej jednostki, pod względem fizycznym i prawnym, do pożądanej psychicznie płci”⁸⁴. Oznacza to, że osoba transseksualna typu k/m będzie musiała poddać się nie tylko mastektomii, ale również usunięciu macicy oraz utworzeniu prącia, natomiast osoba transseksualna typu m/k będzie musiała zostać poddana usunięciu prącia oraz moszny i utworzeniu pochwy. Dla ochrony ładu społecznego nie wystarczy zatem upodobnienie się ich płci biologicznej do zmiennej płci metrykalnej na poziomie trzeciorzędowych cech płciowych, ale konieczna jest jedna z najbardziej drastycznych ingerencji w integralność cielesną, nie wspominając już o ryzyku związanym z wykonywaniem takich zabiegów⁸⁵. Zdziwiająca jest, jak łatwo przychodzi autorom stawianie takich wymogów, bez głębszego rozważenia ich słuszności czy konieczności.

⁷⁹ Por. J. Bomba, J. Godlewski, *Przyczynek do zagadnienia transseksualizmu*, *Psychiatria Polska* 1968, nr 3, s. 272.

⁸⁰ Por. S. Dulko, *Stwierdzenie zmiany...*, s. 72.

⁸¹ Por. xL, *Jak wygląda...*

⁸² Por. np. art. 3 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

⁸³ Por. raport E. Hammarberga, Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, *Human Rights and Gender Identity*, 2009, https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365#P101_20803, 26.01.2012, p. 3.2.1. Wymóg zabiegu adaptacyjnego, a w konsekwencji przymusowa sterylizacja zostały uznane za naruszenie prawa do integralności cielesnej. Podobny pogląd wyraził austriacki Trybunał Administracyjny (patrz przyp. 96) oraz niemiecki Federalny Sąd Najwyższy (patrz przyp. 97). Jest on również podstawowym założeniem hiszpańskiej *Ley de Identidad de Género* z 2006 r. oraz brytyjskiej *Gender Recognition Act* z 2004 r.

⁸⁴ P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 73. Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 102.

⁸⁵ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 102.

Mimo że problem ten jest marginalny, warto poświęcić mu nieco więcej uwagi. Takie postawienie sprawy wywoła bowiem natychmiastowy sprzeciw. Jego przeciwnicy powołują się na potrzebę ochrony podstawowych zasad porządku społecznego czy ładu prawnego⁸⁶ przed sytuacjami, gdy osoba w oparciu o poczucie przynależności do określonej płci uzyska zmianę płci metrykalnej, nie dokonując zabiegu adaptacyjnego. Autorzy ci nie precyzują w jaki sposób ta sytuacja miałaby zagrażać ładowi prawnemu. W przypadku konfliktu domniemanego interesu społecznego i interesu indywidualnego nie można z góry zakładać prymatu tego pierwszego. Należy ważyć zaangażowane w konflikt dobra⁸⁷. Z jednej strony mamy cierpienie osoby, która zmuszana jest do pełnienia ról społecznych niezgodnie ze swoją płcią psychiczną. Nie będzie przesadą uznać, że zmuszanie jej do tego stanowi nieludzkie i okrutne traktowanie, zabronione przez art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Z drugiej mamy niesprecyzowany interes społeczny. W jaki sposób kilka tysięcy osób (a w praktyce o wiele mniej, które nie dokonałyby zabiegu adaptacyjnego) miałyby mu zagrażać? Słusznie J. Leszczyński pisze: „Nie można traktować zachodzącej w sporadycznych wypadkach transseksualizmu zmiany płci męskiej na żeńską jako zjawiska godzącego w obronność kraju lub wprowadzającego zamieszanie w stosunki małżeńskie lub ogólnospołeczne, gdyż byłoby to oczywistym absurdem”⁸⁸ (co prawda odnosi się on wprost do zmiany płci po dokonaniu zabiegu adaptacyjnego, ale autor neguje również obligatoryjność samego zabiegu). Przeciwnicy takiego rozwiązania wskazują, że stanowiłoby to zaburzenie dotychczasowego dychotomicznego podziału płci. Powstałaby wg nich swoista trzecia płeć, charakteryzująca się rozbieżnością między płcią fizyczną a płcią metrykalną⁸⁹. Oczywiście ten argument jest chybiony, jeżeli przyjmiemy decydującą rolę płci psychicznej (każdy będzie miał nadal jedną płeć, o której decydowałoby poczucie przynależności do danej płci, prawie zawsze zresztą odpowiadające płci biologicznej) i wynika jedynie z przedkładania właściwości fizycznych nad psychiczne. Autorzy ci przecież nie uznają, że można mówić o trzeciej płci w przypadku, gdy płeć metrykalna nie odpowiada płci psychicznej tak jak ma to miejsce obecnie w przypadku osób transseksualnych przed zabiegiem adaptacyjnym.

Większość autorów podnosi również, że sytuacja taka stwarzałaby obejście przepisów o odmienności płciowej nupturientów. Oczywiście wynika to ponownie z presupozycji o primacie cech fizycznych – małżeństwo nadal pozostawałoby związkiem kobiety i mężczyzny. Uznajmy jednak na chwilę, że podstawą porządku społecznego jest utożsamianie płci z zewnętrznymi narządami płciowymi, bo do tego w istocie ten argument się sprowadza⁹⁰. Trudno wyobrazić

⁸⁶ Tak SN w uchwale z 22 czerwca 1989 r., podobnie C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 80; P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78; A. Zielonacki, *Zmiana płci...*, s. 53.

⁸⁷ Por. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 26 listopada 2007 r., P 24/06, Dz.U. z dnia 3 grudnia 2007 r.

⁸⁸ J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 101.

⁸⁹ Por. P. Daniluk, *Prawne aspekty...*, s. 78.

⁹⁰ Por. L. Renee, *Impossible Existence: The Clash of Transsexuals, Bipolar categories, and Law*, American University Journal of Gender & the Law, Spring 1997, s. 361 i n. Autorka przywołuje koncepcję „sexual family” M. Fineman, która opisuje postrzeganie rodziny przede wszystkim przez pryzmat relacji seksualnych, a nie między-

sobie stosowanie takiego wybiegu przez osoby homoseksualne w celu obejścia prawa, zwłaszcza że uznanie niewłaściwego określenia płci na podstawie cech anatomicznych poprzedzone byłoby diagnozą psychologiczną i psychiatryczną. Autorzy przywołujący społeczne znaczenie rodziny zbyt dużą wagę zdają się przywiązywać do względów natury prokreacyjno-seksualnej⁹¹. Należy zastanowić się, czy jest to na tyle istotne kwestia, że przeważa nad innymi korzyściami, jakie społeczeństwo odnosi z istnienia małżeństwa, a przede wszystkim, czy jest na tyle istotna, by uniemożliwić osobie pełną realizację w ramach płci, z którą się identyfikuje⁹². Ponadto przeciwko argumentowi o potencjalnym zagrożeniu porządku społecznego przemawia obecna sytuacja w Polsce. Otóż podobne niebezpieczeństwo istnieje i przy przyjmowanym primacie cech fizycznych, gdyż w sytuacji, gdy tzw. sądowa zmiana płci została przeprowadzona przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego (co zdarza się ze względu na brak jednolitej procedury zmiany płci metrykalnej) brak jakichkolwiek przepisów w tym względzie sprawia, że tylko od osoby zainteresowanej zależy, czy podda się zabiegowi adaptacyjnemu. Może to stwarzać sytuacje, w których osoba prawnie funkcjonuje jako przedstawiciel/ka płci przeciwnej niż wynikałoby to z jej drugorzędowych cech płciowych. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie zawarcia przez nią związku małżeńskiego z osobą o odmiennej płci metrykalnej, ale takich samych zewnętrznych narządach płciowych. A jednak nie ma sygnałów destrukcyjnego wpływu takiej sytuacji na polski ład prawny.

4.5. Uwagi końcowe (w szerszej perspektywie)

Reasumując, przyjęcie identyfikacji płciowej za kryterium przynależności do danej płci pozwoliłoby stworzyć spójną koncepcję tzw. sądowej zmiany płci. Jednocześnie pozostawiona powinna być osobom zainteresowanym decyzja co do przeprowadzenia zabiegu adaptacyjnego, gdyż jego obligatoryjność stanowiłaby nadmierną ingerencję w ich integralność cielesną. Jeżeli ustawodawca chciałby doprowadzić do sytuacji, w której płeć metrykalna odpowiada

pokoleniowych (por. M.A. Fineman et al., *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Ashgate, 2009, rozdział przedstawiający koncepcję dostępny na stronie: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1516635, 26.01.2012.

⁹¹ Por. M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s.73. Sam Autor jednak w następujący sposób przedstawia to zagadnienie: „Organizacja życia społecznego opiera się na układzie dwóch przeciwstawnych płci. U jego źródeł leżą niewątpliwie względy przedłużenia gatunku. Chodzi tu zresztą nie tylko o względy natury prokreacyjno-seksualnej, lecz głównie o to, iż ze względu na długotrwały proces rozwoju istoty ludzkiej aż do uzyskania zdolności samodzielnego utrzymania się przy życiu, konieczne jest utworzenie takich mechanizmów społecznych, które zabezpieczyłyby realizację tego zadania”.

⁹² Por. A.H. Friedman, *Same-Sex Marriage and The Right To Privacy: Abandoning Scriptural, Canonical, and Natural Law Based Definitions of Marriage*, *Howard Law Journal*, winter 1992, s. 173 i n. Autor przedstawia konflikt między prawem do małżeństwa a zakazem małżeństw jedno płciowych na gruncie prawa amerykańskiego, analizuje jednak wiele argumentów, które podnoszą w Polsce przeciwnicy proponowanego rozwiązania odnoszącego się do osób transseksualnych.

płci biologicznej, powinien raczej wprowadzać udogodnienia pozwalające uzyskać taki rezultat, np. refundację zabiegu adaptacyjnego⁹³.

Takie podejście nie jest zresztą odosobnione. J. Leszczyński stwierdza: „Jeżeli chodzi natomiast o późniejszą [po narodzinach – przyp. aut.] identyfikację płci przez osoby dotknięte transseksualizmem, to trudno jest uznać za kryterium tej identyfikacji konieczność przeprowadzenia zabiegu chirurgicznego celem korekty płci, jak to postuluje Z. Radwański. Stan ów da się ustalić za pomocą badań lekarskich. Jeżeli więc konkretna osoba identyfikuje się z płcią przeciwną do tej, na którą wskazują jej zewnętrzne cechy biologiczne, prawo powinno znaleźć takie rozwiązanie, które umożliwiłoby jej normalne funkcjonowanie w społeczeństwie⁹⁴. Proponowane rozwiązanie może wydawać się nowatorskie w świetle dotychczasowych wypowiedzi polskiej doktryny oraz orzecznictwa, ale wpisuje się ono w jeden z nurtów toczącej się w Europie Zachodniej i Stanach Zjednoczonych dyskusji na temat wzorca tożsamości płciowej. Odrzuciwszy wzorec biologiczny (*biological model of gender*), zakładający prymat właściwości biologicznych przy ustalaniu płci człowieka, oraz zasadniczo model medyczny (*medical model of gender*), akceptujący znaczenie poczucia przynależności do określonej płci, ale jednocześnie wymagający możliwie najpełniejszego dostosowania ciała do płci psychicznej⁹⁵, opowiedzieć się należy za prymatem płci psychicznej (*model of gender self-determination*⁹⁶), który jako jedyny umożliwia pomoc osobom transseksualnym przy pełnym poszanowaniu ich praw⁹⁷. Wspomniane badania psychiatryczne oraz psychologiczne nie stanowiłyby przy tym ograniczenia tych praw, a wręcz przeciwnie, służyłyby ich zabezpieczeniu, gdyby ich racją było prawidłowe zdiagnozowanie transseksualizmu i wykluczenie innych przyczyn odmiennej identyfikacji płciowej, a nie utrudnienie poprawnego ustalenia płci.

Warto także przyjrzeć się rozwiązaniom stosowanym w innych państwach w odniesieniu do zmiany płci metrykalnej. Większość obcych regulacji przewiduje wymóg wcześniejszego przeprowadzenia zabiegu adaptacyjnego. Przykładowo belgijska ustawa z 10 maja 2007 r. do złożenia przed urzędnikiem stanu cywilnego oświadczenia o poczuciu przynależności do płci odmiennej

⁹³ Zabiegi korekty zewnętrznych narządów płciowych były refundowane do 16 kwietnia 1999 r. (Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 35.).

⁹⁴ J. Leszczyński, *Glosa...*, s. 101.

⁹⁵ Por. J. L. Madeira, *Law as a Reflection of her/his-story: Current Institutional Perceptions of, and Possibilities for, Protecting Transsexuals' Interests in Legal Determination of Sex*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, October 2002, s. 128-185; J.L. Koenig, *Distributive Consequences of Medical Model*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Summer 2011, s. 619 i n. Autor przedstawia konsekwencje zastosowania modelu medycznego przy ustalaniu tożsamości płciowej osób transeksualnych, wskazując wpływ doktryny na ich życie w Stanach Zjednoczonych, jednakże wiele z jego obserwacji można przenieść z powodzeniem na polski grunt.

⁹⁶ Termin *self-determination* może wprowadzać w błąd, sugerując możliwość dowolnego „kreowania” płci, jednakże jego użycie dla opisanego wzorca tożsamości płciowej jest uzasadnione podkreśleniem opozycji, w jakiej pozostaje wobec dwóch pozostałych, poprzez przyznanie decydującego znaczenia poczuciu przynależności do określonej płci.

⁹⁷ Por. F. H. Romeo, *Beyond A Medical Model: Advocating For A New Conception of Gender Identity In The Law*, *Columbia Human Rights Law Review*, Summer 2005, s. 713-753.

od płci metrykalnej wymaga od osoby transseksualnej przystosowania ciała do płci, do której przynależność odczuwa, tak dalece jak medycyna na to pozwala. Z kolei ustawa włoska nie przewiduje warunku przebycia operacji zmiany płci, jednakże sądy wypracowały praktykę, zgodnie z którą zabieg taki jest niezbędny⁹⁸. Takie podejście nie jest jednak normą. Przykładowo w Nowej Zelandii warunkiem zmiany płci jest „interwencja medyczna”, która nie jest utożsamiana z zabiegiem adaptacyjnym i jego przeprowadzenie nie jest konieczne do uzyskania zmiany płci metrykalnej uprawniającej do zawierania małżeństw i adoptowania dzieci⁹⁹. W Szwecji warunkiem wydania stosownego orzeczenia przez właściwą komisję lekarsko-prawniczą nie jest dokonanie zabiegu adaptacyjnego (zabieg taki jest niedopuszczalny bez uzyskania zgody tejże komisji)¹⁰⁰. Również w Finlandii¹⁰¹, na Węgrzech oraz w Wielkiej Brytanii zabieg adaptacyjny nie jest koniecznym warunkiem zmiany płci prawnej¹⁰². Orzeczenie o takiej treści wydał także w 2009 r. Trybunał Administracyjny w Austrii¹⁰³. Podobnie rozstrzygnął niemiecki Federalny Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 6 grudnia 2005 r.¹⁰⁴. Art. 1:28 holenderskiego kodeksu cywilnego wymaga przystosowania ciała do płci, do której przynależność odczuwa osoba transseksualna w stopniu, w jakim jest to medycznie i psychologicznie możliwe i uzasadnione¹⁰⁵. Hiszpańska ustawa z 2006 r. również nie stawia wymogu przejścia operacji chirurgicznej, a jedynie dwuletniej terapii hormonalnej¹⁰⁶. W końcu, w większości stanów Australii wymagane jest jedynie usunięcie zewnętrznych narządów płciowych (w przypadku transseksualistów typu k/m macicy i jajników), nie jest natomiast konieczne chirurgiczne wytworzenie narządów odpowiadających fizycznie płci psychicznej¹⁰⁷.

5. Konsekwencje przyjęcia prymatu płci biologicznej

Na zakończenie warto odnieść się do konsekwencji przyjmowania prymatu płci biologicznej w obecnym stanie prawnym oraz zagrożeń będących następstwem przyjęcia tej zasady w przyszłej ustawie.

⁹⁸ Por. M. Kosiedowska, *Zmiana płci w prawie włoskim*, Prawo i Medycyna 2008, nr 2 (31, vol. 10), s. 82.

⁹⁹ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 263 i n.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Por. tekst ustawy, która weszła w życie w styczniu 2003, <http://www.transstukupuiste.fi/en/transsexualism/ttp8407.php>, 26.01.2012.

¹⁰² Por. C. Castagnoli, *Transgender Persons' Rights in the EU Member States*, 2010, s. 5 i n. Raport sporządzony został na zlecenie Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych Parlamentu Europejskiego.

¹⁰³ VwGH 27.2. 2009.

¹⁰⁴ BVerfG, 1 BvL 3/03.

¹⁰⁵ Por. raport sporządzony przez Human Rights Watch, *Controlling Bodies, Denying Identities. Human Rights Violations against Trans People in Netherlands*, 2011, <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/netherlands0911webwcover.pdf>, 26.01.2012, s. 16 i n.

¹⁰⁶ Por. M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany...*, s. 263 i n.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

5.1. Legalność zabiegu adaptacyjnego

Niedostatki obecnego stanu prawnego są wyraźnie widoczne w kontekście kontrowersji związanych z legalnością zabiegu adaptacyjnego. Jak już zostało wspomniane, operacja zmieniająca zewnętrzne narządy płciowe skutkuje trwałym pozbawieniem zdolności płodzenia. Część doktryny¹⁰⁸ uważa, że wypełnia to znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 k.k., który stanowi:

Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci:
Pozbawienia człowieka [...] zdolności płodzenia,
[...] podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Taka ingerencja lekarska byłaby jednak dopuszczalna, gdyby dokonywana była za zgodą pacjenta, w celu leczniczym i zgodnie ze wskazaniem wiedzy i sztuki lekarskiej¹⁰⁹. O ile ten pierwszy warunek nie budzi większych wątpliwości, o tyle cel leczniczy zabiegu jest przez tych przedstawicieli nauki kwestionowany. Przykładowo M. Filar stwierdza¹¹⁰, że zabieg taki charakteryzuje się wręcz odwrotną kierunkowością, gdyż nie tylko nie leczy, ale utwierdza chorobliwe wyobrażenie na temat własnej płci. Ponownie wynika to z przyznania prymatu cechom fizycznym nad psychiką pacjenta. S. Dulko wykazuje błąd takiego podejścia, stwierdzając, że w przypadku transseksualistów ani ich ciało, ani psychika nie są chore, a jedynie pozostają w skrajnej dysharmonii¹¹¹. Współczesna medycyna wyróżnia dwa rodzaje leczenia: leczenie przyczynowe, nakierowane na usunięcie źródła choroby oraz leczenie objawowe, którego celem jest łagodzenie lub usuwanie symptomów choroby. Ponieważ nie opracowano innej skutecznej metody pomocy osobom transseksualnym, zabieg adaptacyjny ma charakter leczenia objawowego, a jego cel jest celem leczniczym¹¹². Usunięcie zewnętrznych narządów płciowych nie jest okaleczeniem ciała i dopasowaniem go do psychiki pacjenta, ale jedynym znanym, skutecznym sposobem na usunięcie niezgodności między tymi dwoma elementami ludzkiej tożsamości¹¹³. Jest to zatem czynność medyczna w ramach leczenia objawowego, usuwa cierpienie psychiczne wynikające z dysharmo-

¹⁰⁸ M.in. M. Filar, *Prawne i społeczne...*; G. Rejman, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, OSP 1991, nr 2, poz. 35, s. 67; C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*; J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 380-381; M. Safjan, *Prawo i medycyna*, Warszawa 2001, s. 78-79.

¹⁰⁹ W przypadku uznania, że zabieg ten nie ma charakteru leczniczego, jego legalność zależałaby od spełnienia innych przesłanek, takich jak przeprowadzenie zabiegu w celu ochrony dobra pacjenta o większej wartości niż dobro poświęcone (Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 99).

¹¹⁰ Por. M. Filar, *Prawne i społeczne...*, s. 74.

¹¹¹ S. Dulko [w:] K. Imieliński, S. Dulko, *Apokalipsa płci*, Szczecin 1989, s. 295.

¹¹² Na cel leczniczy wskazują: P. Daniluk, *Zabieg...*; M. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, Monitor Prawniczy 2003, nr 16, s. 743; J. Leszczyński, *Glosa...*; A. Sakowicz, *Prawnokarne...*

¹¹³ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 109.

nii między zdrowym ciałem a zdrową psychiką¹¹⁴. Należy przy tym przypomnieć, że za legalnością zabiegu adaptacyjnego opowiedział się jednoznacznie SN w chwale z 25 lutego 1978 r.

Nie powinna budzić wątpliwości konieczność uregulowania w przyszłej ustawie zabiegu adaptacyjnego. Nie chodzi tu tylko o wyraźne wskazanie jego legalności, ale także o szczegółowe ustalenie warunków jego wykonania, wyłączających odpowiedzialność lekarza. P. Daniluk wskazuje, że przyszła regulacja powinna również pełnić funkcje gwarancyjne wobec osób transseksualnych, m.in. poprzez ustalenie kryteriów kwalifikowania pacjentów do tych zabiegów czy kompetencji, jakie powinien mieć lekarz¹¹⁵.

5.2. Kolejność etapów procedury dostosowania płci biologicznej do płci psychicznej

Legalność zabiegu adaptacyjnego wiąże się z następnym zagadnieniem, a mianowicie kolejnością etapów procedury zmiany płci. Chodzi o ewentualne pierwszeństwo zabiegu adaptacyjnego wobec tzw. sądowej zmiany płci. Wymóg takiej właśnie kolejności wprowadził zasadniczo SN uchwałą z 22 marca 1991 r. Niemal wszyscy wypowiadający się w tej kwestii autorzy podzielają to stanowisko¹¹⁶. Znamienne jest, że czynią to zarówno ci, którzy proponują stosowanie procedury sprostowania PrASC, jak i ci, którzy za właściwszą drogę uznają proces wytoczony na podstawie art. 189 k.p.c. Wynika to oczywiście z przekonania o konieczności rozstrzygnięcia przez sąd w oparciu o obiektywne, weryfikowalne oceny medyczne, które jednak znowu sprowadzone są jedynie do oceny fizyczności osoby dokonującej zmiany płci. Z kolei w przytoczonych już wytycznych opracowanych na zjeździe lekarzy i prawników w Łodzi w 1983 r. wyraźnie wskazano, że przed dokonaniem zabiegu adaptacyjnego „chorzy winni uzyskać postanowienie sądu o sprostowaniu aktu urodzenia i zmianie dowodu osobistego”¹¹⁷. Powstaje zatem paradoksalna sytuacja, w której z jednej strony sąd odmawia uznania powództwa o ustalenie ze względu na wymogi prawdy obiektywnej, a z drugiej lekarz odmawia przeprowadzenia operacji zmiany zewnętrznych narządów płciowych, bojąc się odpowiedzialności karnej. Należy przy tym zaznaczyć, że dla części autorów nawet sprostowanie aktu urodzenia przed zabiegiem adaptacyjnym nie zwalnia lekarza od odpowiedzialności karnej¹¹⁸. Nie zagłębiając się w ten problem, należy zauważyć, że nie jest to oczywiste w świetle zasady subsydiarności prawa karnego, zgodnie z którą wszystko, co jest dozwolone w ramach jakiejś dziedziny prawa, nie może być sankcjono-

¹¹⁴ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 108 i n.; A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 278-279; J. Waryleski, *O duszy uwięzionej w obcym ciele – dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego*, *Gazeta Sądowa* 2000, nr 730-74, s. 57.

¹¹⁵ P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 113.

¹¹⁶ Por. m.in. M. Safjan, *Glosa...*; Z. Radwański, *Glosa...*; P. Daniluk, *Prawne aspekty...*; inaczej J. Leszczyński, *Glosa...*

¹¹⁷ J. Kruk-Jeromin i in., *Moralne i prawne...*, s. 108.

¹¹⁸ Por. C. Gromadzki, *Poczucie przynależności...*, s. 84.

nowane przez normy prawa karnego¹¹⁹. Można zatem zastanawiać się nad istnieniem w tym przypadku pozaustawowego kontratypu. Nie jest to zagadnienie czysto teoretyczne, ponieważ zdarzały się przypadki wszczęcia postępowania karnego przeciwko lekarzowi, który przeprowadził zabieg adaptacyjny¹²⁰. W przypadku przyjęcia prymatu płci psychicznej oraz dowolności dokonywania zabiegu adaptacyjnego problem kolejności w ogóle by nie powstał, gdyż zabieg nie byłby warunkiem zmiany płci metrykalnej. Warto jednak przytoczyć argumenty przemawiające za pierwszeństwem zmiany płci metrykalnej. Przede wszystkim sam zabieg operacyjny jest jedynie zwieńczeniem długotrwałej procedury medycznej, obejmującej m.in. kurację hormonalną. Procedura sądowa jest krótsza. Ponieważ nie kończy ona samego procesu dostosowywania się osoby transseksualnej do nowej roli społecznej, na który składa się np. wymiana dokumentów, wskazana byłaby wcześniejsza zmiana płci metrykalnej umożliwiająca dokonanie tych czynności jeszcze w trakcie trwania kuracji. Należy skrócić do minimum okres, w którym osoba po przeprowadzonej zmianie płci biologicznej w codziennych sytuacjach nadal musi posługiwać się dokumentami zawierającymi oznaczenie poprzedniej płci metrykalnej. Takie sytuacje są nie tylko niekomfortowe, ale i narażają ją na dyskryminację. W sprawie B. przeciwko Francji¹²¹ Europejski Trybunał Praw Człowieka wyraźnie wskazał na niemożność uzasadnienia trudności faktycznych i cierpienia wynikającego z konieczności każdorazowego tłumaczenia swojej sytuacji życiowej ochroną interesu ogólnego. Warto przytoczyć w tym miejscu pierwszą skargę wniesioną przed Europejski Trybunał Praw Człowieka przeciwko Polsce w kontekście praw osób transseksualnych. W sprawie M.M. przeciwko Polsce¹²² skarżąca studiowała pielęgniarstwo. Musiała jednak porzucić studia, ponieważ nie mogła znieść dyskryminacji i pogardy, z jaką spotykała się podczas stażu w szpitalu, będących wynikiem niezgodności między jej wyglądem (odbyła kurację hormonalną) a męskim imieniem, którym musiała się posługiwać, a które widniało choćby na jej identyfikatorze. Trybunał nie rozstrzygnął sprawy z powodu ugody, jaką zawarła skarżąca z polskim rządem. Fakt zawarcia ugody wskazuje na to, że rząd polski przewidywał niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcie w świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału.

Co więcej, nie można wykluczyć sytuacji, gdy po rozpoczęciu kuracji sąd odmówiłby zmiany płci metrykalnej, powołując się np. na ochronę praw osób trzecich, którą postulują przedstawiciele doktryny¹²³. Chyba nie trzeba nikogo przekonywać o dramacie takiej osoby, nie mówiąc już o zagrożeniach, jakie stwarzałoby to dla jej zdrowia i życia, gdyby np. zmiana zewnętrznych narządów płciowych miała dokonywać się po zmianie płci metrykalnej. Jak już zostało wspomniane, poddanie się terapii hormonalnej w celu wniesienia powództwa z jedno-

¹¹⁹ Por. A. Zoll [w:] K. Buchata, A. Zoll, *Kodeks Karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116, tom 1*, Kraków 1998, s. 204.

¹²⁰ Por. P. Daniluk, *Zabieg...*, s. 112.

¹²¹ Wyrok z dnia 25 marca 1992 r., do sygn. akt 13343/87; Por. W. Burek, *Interpretacja ewolucyjna...*, s. 123-125.

¹²² Sprawa do sygn. Akt 76158/01.

¹²³ Por. Z. Radwański, *Glosa...*; M. Filar, *Glosa...*

czesnym nieusunięciem gonad, do którego to zabiegu lekarze wymagają zmiany płci metrykalnej, wzmagają ryzyko pojawienia się choroby nowotworowej¹²⁴.

6. Konkluzje

ETPC w orzeczeniu w sprawie L. przeciwko Litwie z dnia 11 września 2007 r.¹²⁵ uznał brak uregulowania przez Litwę zabiegów zmiany płci za zaniechanie obowiązku ciężącego na państwie – stronie Konwencji na mocy jej art. 8. Państwa powinny bowiem dążyć do zapewnienia osobom transseksualnym gwarancji prawnych zapewniających im możliwość funkcjonowania w społeczeństwie. Obowiązek taki ma również Polska. Już choćby z tego względu wprowadzenie odpowiedniej regulacji jest konieczne, a skomplikowana natura zagadnienia powoduje, że najwłaściwsza wydaje się być kompleksowa ustawa, a nie jedynie nowelizacja dotychczasowych przepisów.

Ponadto rolą prawa jest nie tylko petryfikacja zastanych stosunków społecznych. Niekiedy może ono, i powinno, być instrumentem zmian, wpływać na kształtowanie się postaw¹²⁶. Ustawodawca, rezygnując z regulacji analizowanej materii, w najlepszym wypadku lekceważy problem, w najgorszym wykazuje dezaprobatę dla omawianego zjawiska. Taka sytuacja jest szczególnie dotkliwa dla osób transseksualnych, które zamiast ze zrozumieniem, spotykają się z represją, nawet ze strony najbliższych członków swojej rodziny, a które również pozostają pod ochroną państwa.

Z tych powodów konieczne jest jak najszybsze wprowadzenie odpowiedniej regulacji, która będzie realnie rozwiązywać skomplikowane problemy wiążące się z procedurą dostosowania płci metrykalnej do płci psychicznej w duchu poszanowania praw i godności osób, dla których taka zmiana jest konieczna dla prawidłowego funkcjonowania w społeczeństwie i samorealizacji.

¹²⁴ Por. W. Dynarski, A. Grodzka, L. Podobińska, *Tożsamość płciowa...*, s. 28.

¹²⁵ Wyrok z dnia 11 sierpnia 2007 r., do sygn. akt 27527/03.

¹²⁶ Por. K. Patecki, *Prawoznawstwo. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 133 i 134, 169 i n.