

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/338969457>

Dzieci bez płci : jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych. Cz. 2

Article · January 2016

CITATION

1

READS

7

3 authors, including:



Aneta Gawlik

Medical University of Silesia in Katowice

75 PUBLICATIONS 476 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)



Agnieszka Bielska-Brodziak

University of Silesia in Katowice

36 PUBLICATIONS 18 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Steroid Metabolomic Signature in nonsyndromic childhood obesity [View project](#)



Sex steroids in children [View project](#)

Dzieci bez płci. Jak polski prawodawca rozwiązuje problemy osób interseksualnych

Część druga

Zasady przypisywania płci prawnej

W pierwszej części opracowania nakreślone zostały biologiczne uwarunkowania płci człowieka oraz medyczne formy dysfunkcji, grożące konfliktem między płcią biologiczną a płcią prawną (metrykalną). W szczególności objaśniono rozróżnienie transseksualizmu jako anomalii, przy istnieniu której ciało człowieka jest jednej płci, zaś mózg odmiennej i zaburzeń rozwoju płci (ZRP, dawniej interseksualizm, obojnactwo, hermafrodytyzm) jako anomalii, przy wystąpieniu której ciało człowieka nosi cechy obu płci. Niniejsza część służy rozważeniu:

- zasad przypisywania płci prawnej w polskim porządku normatywnym,
- skutków odsuwania w czasie przypisania płci prawnej,
- skutków błędnego przypisania płci prawnej,
- aktualnych możliwości korekty takiego błędu.

Ukaże ona, że prawo nie tylko w niedostateczny sposób respektuje medyczne *status quo*, ale także bez należytego szacunku dla jednostki traktuje rozwiązywanie problemów, które samo stwarza¹.

¹ Problemy wynikające z reguł przypisywania płci prawnej są identyfikowane w wielu krajach – zob. np. O. Tomchin, *Bodies and Bureaucracy: Legal Sex Classification and Marriage-Based Immigration*

Najważniejszym dokumentem określającym płeć prawną jest **akt urodzenia**. Jego wyjątkowy status jest bezdyskusyjny – formalnie warunkuje on prawne „istnienie” dziecka (dokumentuje pojawienie się nowego podmiotu prawa i identyfikuje go), a tym samym możliwość realizowania jego praw. Akt urodzenia jest finalnym efektem złożonej procedury. Jak dochodzi do wpisania w nim płci? Czynność tę poprzedza powstanie pięciu dokumentów medycznych: **karty noworodka, księgi noworodków, znaku identyfikacyjnego, karty informacyjnej i karty urodzenia**. W każdym z nich wpisuje się płeć dziecka; stosowne formularze zawsze zawierają miejsce na jej podanie. To, co różni poszczególne dokumenty, to konsekwencje niewpisania płci wbrew istniejącemu obowiązkowi. O ile pierwsze cztery dokumenty w istocie rzeczy mogą funkcjonować w obrocie prawnym bez oznaczenia płci, o tyle jeśli brak taki wystąpi w karcie urodzenia - zgodnie z aktualną praktyką - skutkiem będzie niemożliwość sporządzenia aktu urodzenia. Najprawdopodobniej, jako że nie wynika to wprost z literalnego brzmienia przepisów (ustawodawca wyraźnie nie wskazał takiej konsekwencji), ale właśnie z obserwacji praktyki.

Dokumenty medyczne/szpitalne

Głównym aktem prawnym kreującym dokumentację szpitalną noworodka jest rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie rodzajów, zakresu i wzorów dokumentacji medycznej oraz sposobu jej przetwarzania² (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentacji medycznej).

for Trans People*, California Law Review, vol. 101/2013, s. 813: „In most jurisdictions in the United States, a birth certificate’s sex marker, as decided by the appearance of the infant’s genitals, creates a rebuttable presumption of legal sex requiring specified (but widely varying) evidence to overcome. These requirements for recognition are generally illogical, inconsistent, and unattainable for most trans* people. As a result, the majority of trans* people end up with conflicting sex markers on their identity documents. This regime of a legal sex designated at birth directly harms the most vulnerable and unfairly distributes life chances”. Zob. także opinię *Intersexuality*, German Ethics Council z 23 lutego 2012 r., prezentującą niemieckie status quo, dostępną pod adresem <http://www.ethikrat.org/files/opinion-intersexuality.pdf> [data dostępu: 06.09.2016 r.].

² Z dnia 9 listopada 2015 r., Dz. U. z 2015 r., poz. 2069, oznaczone dalej skrótem „rozporządzenie w sprawie dokumentacji medycznej”, wydane na podstawie upoważnienia zawartego w art. 30 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 186), oznaczona dalej skrótem „u.p.p.”.

Karta noworodka należy do dokumentacji indywidualnej, przeznaczonej na potrzeby podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych³. Przepis nakazuje założyć ją niezwłocznie⁴. Karta noworodka zawiera dwie grupy danych: dane obligatoryjne dla każdej dokumentacji indywidualnej⁵ oraz dane związane z urodzeniem noworodka (poza płcią – datę urodzenia, masę i długość ciała, obwód głowy, ocenę według skali Apgar)⁶. Z kolei **księga noworodków** stanowi dokumentację wewnętrzną o charakterze zbiorczym⁷, a więc dotyczącą ogółu pacjentów. Zawiera – identycznie jak karta noworodka – dwie grupy danych⁸, w tym obligatoryjnie określenie płci⁹. Kolejnym prawnym „przypięciem” płci dziecka jest **znak identyfikacyjny noworodka**¹⁰. W przypadku wszystkich trzech wspomnianych dotąd dokumentów przepisy *explicite* nie pozwalają na pominięcie wpisu płci w żadnej sytuacji (a zatem również wtedy, gdy jej określenie budzi wątpliwości). Wszystkie trzy są także dokumentami zakładowymi wewnętrznymi, wydawanymi na potrzeby podmiotu leczniczego. Odmiennej charakter ma czwarty z kolei – **karta informacyjna**. Zgodnie z § 12 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej jest ona dokumentem indywidualnym zewnętrznym, sporządzanym po wypisaniu ze szpitala, przeznaczonym na potrzeby pacjenta¹¹. Jak poprzednie, powinna zawierać wskazanie płci dziecka¹².

3 § 2 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

4 § 23 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

5 Określone w § 10 ust. 1 pkt 1-4 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej, czyli m.in. nazwa podmiotu leczniczego, adres miejsca udzielania świadczeń zdrowotnych, oznaczenie osoby udzielającej ich czy data wpisu.

6 § 23 ust 2 pkt 6 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

7 § 12 pkt 2 lit. j rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

8 Szczegóły reguluje § 35 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

9 § 35 ust. 1 pkt 5 lit. a rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

10 Umieszcza się go na opasce zakładanej niezwłocznie po urodzeniu, zazwyczaj na nadgarstek dziecka. Jego podstawę prawną stanowi rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie warunków, sposobu i trybu zaopatrywania pacjentów szpitala w znaki identyfikacyjne oraz sposoby postępowania w razie stwierdzenia ich braku (Dz. U. z 2012 r., poz. 1098). Zakres informacji, jakie powinny zawierać znak identyfikacyjny, wskazany jest w art. 36 ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 618 ze zm.).

11 § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej.

12 Zawartość karty informacyjnej jest określona m.in. w rozporządzeniu w sprawie dokumentacji medycznej (§ 24 ust. 3). Karta powinna zawierać dane takie, jakie zawiera każda dokumentacja indywidualna (§

Należy zwrócić uwagę, że wszystkie dokumenty szpitalne wytwarzane są przez szereg osób pracujących w zespole. Określenie płci dokonywane jest na podstawie badania wykonywanego przez lekarza po narodzeniu dziecka. Według zaleceń rozporządzenia z dnia 20 września 2012 r. w sprawie standardów postępowania medycznego (rozdział XII)¹³ zakres badań wykonywanych noworodkowi jest bardzo szeroki, jednak w zakresie płci **istnieje tylko jeden wymóg – zbadanie narządów zewnętrznych**¹⁴. Standard nie zmienia się więc mimo rozwoju metod diagnostycznych. Praca „w łańcuchu czynności” powoduje, że nawet jeśli na samym początku pojawiają się wątpliwości u osób mających bezpośredni kontakt z noworodkiem (lekarz, położna), to kolejni autorzy dokumentacji tych wątpliwości nie będą już doświadczać, chyba że miejsce na płeć pozostawiono by puste. Jeśli wątpliwość *prima facie* nie zostanie zasygnalizowana brakiem wpisu, a płeć zostanie wpisana niejako „na wyrost”, to kolejne dokumenty już tylko utrwala pierwotną, niepewną ocenę, czyniąc z niej trudny do obalenia pewnik. **Ponieważ jednak żaden przepis prawa nie wprowadza *expressis verbis* możliwości powstrzymania się z uzupełnieniem rubryki dotyczącej płci, dąży się do tego, aby dokumentacja dziecka była kompletna.** Ma to jak się wydaje istotne psychologiczne znaczenie, zwłaszcza że prawodawca w dwóch przypadkach (karta noworodka i znak identyfikacyjny) wyraźnie nakazuje sporządzenie dokumentów noworodka niezwłocznie, a w pozostałych dwóch (księga noworodka i karta informacyjna) nakaz postępowania bez zbędnej zwłoki wynika z wykładni systemowej wewnętrznej¹⁵. Inna rzecz, że lekarze

10 ust. 1 pkt 1-4 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej) w tym m.in. oznaczenie pacjenta zgodnie z art. 25 pkt 1 u.p.p.; wśród tych danych znajduje się również oznaczenie płci (art. 25 pkt 1 lit. c u.p.p.).

13 Rozporządzenie Ministra Zdrowia w sprawie standardów postępowania medycznego przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych z zakresu opieki okołoporodowej sprawowanej nad kobietą w okresie fizjologicznej ciąży, fizjologicznego porodu, położu oraz opieki nad noworodkiem, Dz. U. z 2012 r. poz. 1100.

14 Rozdział XII ust. 10 pkt 10 rozporządzenia.

15 Jeśli chodzi o księgę noworodka, to w przepisach bezpośrednio jej poświęconych nie ustanowiono żadnego szczególnego terminu na dokonanie wpisu, ale pomocne mogą być tutaj przepisy dotyczące karty noworodka. Jak wiemy, karta ma być założona niezwłocznie (§ 23 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej), a jednocześnie powinna zawierać między innymi numer w księdze noworodków, pod którym dokonano wpisu o urodzeniu (§ 23 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej). Ten ostatni musi więc powstać przed sporządzeniem karty noworodka (a ta ma być założona niezwłocznie).

najpewniej nie zdają sobie sprawy z konsekwencji prawnych, jakie spadną na dziecko w razie ich pomyłki. Jako że postępowania o zmianę płci metrykalnej są raczej wstydliwymi tajemnicami, brak jest świadomości społecznej w tym obszarze. Tymczasem, mimo istnienia obowiązku wpisania płci we wszystkich omówionych wyżej dokumentach szpitalnych, brak tego wpisu nie unicestwiałby ich bytu prawnego (nie stawałyby się one nieważne, nieskuteczne itp.). Prawdopodobnie zwyczaj i kulturowe uwarunkowania sprawiają jednak, że płeć jest automatycznie wpisywana i trudno wskazać przypadki, w których rubryka ta pozostała pusta.

Karta urodzenia

Karta urodzenia, ostatni ze szpitalnych dokumentów, zostanie omówiona osobno, jako że stanowi jedną z dwóch podstaw sporządzenia aktu urodzenia¹⁶. Przepisy regulują zarówno treść karty urodzenia¹⁷, jak i jej formę¹⁸. Dokument ten zawiera zaledwie trzy kategorie informacji: dane matki, miejsce, datę i godzinę urodzenia dziecka oraz właśnie **płeć dziecka**. Ustawodawca nałożył obowiązek przekazania karty urodzenia kierownikowi USC w bardzo krótkim terminie 3 dni od dnia jej sporządzenia¹⁹. **Nie wprowadził jednak wyraźnego terminu na samo sporządzenie tego dokumentu**, co pozwala naszym

Wynika z tego, że i wpisu w księdze noworodków trzeba dokonać niezwłocznie. Jeśli zaś chodzi o kartę informacyjną z leczenia szpitalnego, to zgodnie z przepisem § 24 ust. 8 rozporządzenia w sprawie dokumentacji medycznej wydaje się ją w dniu wypisu, a w przypadku wypisu na żądanie lub „karnego” wypisania ze szpitala – bez zbędnej zwłoki (chodzi tu o przypadki, o których mowa w art. 29 ust. 1 pkt 2 lub 3 ustawy o działalności leczniczej). Dodatkowo rozporządzenie w sprawie dokumentacji medycznej w § 4 ust. 1 ogólnie wskazuje, że wpisu w dokumentacji (nie ma rozróżnienia – toteż dotyczy to i dokumentacji indywidualnej wewnętrznej/zewnętrznej i dokumentacji zbiorczej) dokonuje się niezwłocznie po udzieleniu świadectwa zdrowotnego, w sposób czytelny i w porządku chronologicznym.

16 Art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 1741 ze zm.), oznaczona dalej skrótem „Pr.a.s.c.”.

17 Treść karty urodzenia określa art. 54 ust. 2 Pr.a.s.c.

18 Jej wzór określa rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2015 r w sprawie wzorów karty urodzenia i karty martwego dziecka, Dz. U. z 2015 r., poz. 171. W rozporządzeniu określono datę utraty przez niego mocy z dniem 1 stycznia 2018 r. (§ 2). Z tym dniem wejdzie w życie art. 54 ust. 4 Pr.a.s.c., zgodnie z którym karta urodzenia przekazywana będzie kierownikowi USC w formie dokumentu elektronicznego (zastąpi on dokument papierowy).

19 Art. 54 ust. 1 Pr.a.s.c.

zdaniem wyodrębnić dwie hipotezy interpretacyjne odnośnie do ograniczeń czasowych dla dokonania tej czynności. Wybór którejs z hipotez będzie rodził odmienne konsekwencje i możliwości prawne dla dziecka i jego rodziców.

Status karty urodzenia – hipoteza pierwsza

Zgodnie z pierwszą z możliwości, kartę urodzenia uznać należy – mimo pewnych obiekcji proceduralnych²⁰ – za zaświadczenie w rozumieniu Działu VII Kodeksu postępowania administracyjnego²¹. Przepis art. 217 § 2 pkt 1 k.p.a. stanowi bowiem, że zaświadczenie wydaje się, jeżeli urzędowego potwierdzenia określonych faktów lub stanu prawnego wymaga przepis prawa. Chodzi tu o takie czynności, które polegają na urzędowym potwierdzeniu obiektywnie istniejącego (aktualnie lub w przeszłości) stanu rzeczy²² i dokonywane są przez organy administracji publicznej w znaczeniu ustrojowym lub funkcjonalnym²³. Podmiot leczniczy uznać można za organ w drugim z tych znaczeń²⁴. Koncepcja zaświadczenia umożliwia określenie terminu na sporządzenie karty urodzenia – powinna być ona **wydana bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie siedmiu dni**²⁵. Ponieważ karta urodzenia jest wydawana obowiązkowo po zaistnieniu określonego

20 Jak podaje się w literaturze, postępowanie w sprawie wydania zaświadczenia wszczynane jest na podstawie żądania osoby uprawnionej, a przepisy nie dają podstaw do wystawiania zaświadczeń z urzędu. Zob. np. J. Borkowski (w:) B. Adamiak, J. Borkowski: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 690. Również Z.R. Kmiecik: *Instytucja zaświadczenia w prawie administracyjnym*, Lublin 2002, s. 22 pisze, że poza zakresem działania kodeksu pozostają zaświadczenia pochodzące wprawdzie od organów administracji publicznej, ale wydawane z urzędu. Tymczasem karta urodzenia powstaje z urzędu. Przyjmując hipotezę interpretacyjną kwalifikującą kartę urodzenia do kategorii zaświadczeń, należałoby te proceduralne zastrzeżenia odrzucić.

21 Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn. Dz. U. z 2016r., poz. 23), oznaczona dalej skrótem „k.p.a.”.

22 Organ potwierdza w nim, a nie stwierdza, istnienie danej sytuacji (L. Klat-Wertelecka: *Zaświadczenie w prawie administracyjnym*, Warszawa 2001, s. 38.).

23 Z.R. Kmiecik, *Instytucja zaświadczenia...*, jw., s. 10.

24 Przy przyjęciu kryterium funkcjonalnego podmioty mogą mieć status organu w zakresie realizacji danego zadania. W tej kategorii umieszcza się m.in. zakłady administracyjne (zob. E. Ura: *Prawo administracyjne*, Warszawa 2015, s. 57). Podmiot leczniczy należy uznać za zakład administracyjny.

25 Art. 217 § 3 k.p.a.

zdarzenia, termin do jej wydania liczyć należy od dnia następującego po dniu urodzenia się dziecka²⁶.

Istotne stają się więc możliwości **przedłużenia czasu na sporządzenie karty urodzenia, traktowanej jako zaświadczenie**. Literalnie biorąc, należałoby uznać, że jeżeli po urodzeniu się dziecka zaistnieją jakiegokolwiek wątpliwości (np. co do płci), to podmiot wydający kartę urodzenia ma jedynie maksymalnie 7 dni na ich rozwianie²⁷. Takie rozumienie prowadziłoby jednak do absurdu. Termin siedmiodniowy – mimo, że określony przez prawodawcę bardzo ściśle – wymaga zatem „uelastycznienia”. Jakie argumenty można tu przytoczyć? **Po pierwsze**, w orzecznictwie działanie „bez zbędnej zwłoki” rozumiane jest jako zakaz **nieuzasadnionego** powstrzymywania się od załatwienia sprawy oraz obowiązek działania bez **niepotrzebnych** przewlekłości²⁸. Trudno uznać, że oczekiwanie na ujednoznacznienie diagnozy co do płci dziecka jest zbędną zwłoką. **Po wtóre**, przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, poprzedzającego wydanie zaświadczenia, powinno być zwieńczone *par excellence* wyjaśnieniem stanu rzeczy²⁹, który w przypadku karty urodzenia będzie obejmował trzy fakty³⁰ – fakt urodzenia się, osobę matki i fakt posiadania określonej płci. Nawet jeśli w zakresie płci wystarczyć ma jedynie silne domniemanie, to na uprawdopodobnienie tego domniemania racjonalny prawodawca powinien dać stosowny czas. Trudno uznać za racjonalne rozumienie, zgodnie z którym prawidłowemu ustaleniu płci miałyby stanąć na przeszkodzie sztywne ograniczenie nieadekwatnym względem potrzeb

26 Termin wydania zaświadczenia „zwykłego” (czyli nie będącego kartą urodzenia) liczy się od dnia wszczęcia postępowania w sprawie wydania zaświadczenia, tzn. od dnia doręczenia żądania wydania go. Por. Z. Janowicz: *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 507. Zgodnie z art. 57 § 1 k.p.a., pierwszy dzień terminu do wydania zaświadczenia to dzień następujący po dniu urodzenia.

27 Organ powinien zadziałać „bez zbędnej zwłoki” („niezwłocznie”, „od ręki”), **maksymalnie zaś w ciągu 7 dni** (w razie konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego) – tak J. Borkowski (w.): B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego...*, jw., s. 690.

28 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2013 r., IV S/Wa 2143/12, CBOSA. Zob. także wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 września 2006 r., VII SAB/Wa 40/06, CBOSA.

29 Wyrok WSA w Warszawie z dnia 6 grudnia 2006 r., II SA/Wa 847/06, CBOSA.

30 W karcie urodzenia dochodzi do potwierdzenia określonego zdarzenia, czyli narodzenia się, które jest faktem w rozumieniu art. 217 § 2 k.p.a. Spełnia ono bowiem warunki, jakim musi odpowiadać „fakt”. Zob. W. Jakimowicz: *Wykładnia w prawie administracyjnym*, Warszawa 2006, s. 492.

terminem siedmiu dni. **Po trzecie**, w orzecznictwie podnosi się, że wydanie zaświadczenia jest niemożliwe tam, gdzie stan faktyczny jest sporny lub informacje nasuwają wątpliwości organu; w takiej sytuacji nie może on w sposób arbitralny przesądzać w formie zaświadczenia tych wątpliwych kwestii³¹. Wydaje się niezwykle zasadnym odnieść taki sposób interpretacji do karty urodzenia w zakresie płci. **Po czwarte** wreszcie, literatura stoi na stanowisku, że termin 7 dni na wydanie zaświadczenia ma charakter wyłącznie instrukcyjny³². Na możliwość wydania zaświadczenia w terminie przenoszącym 7 dni wskazuje wyraźnie orzecznictwo³³. **Po piąte**, warto rozważyć, jakie konsekwencje prawne mogą wystąpić przy restrykcyjnym, literalnym podejściu do terminu zawartego w art. 217 § 3 k.p.a. W przypadku niedotrzymania przez organ terminu odpowiednie zastosowanie znajdą przepisy art. 36-38 k.p.a., dotyczące bezczynności³⁴, zaś ewentualne postępowanie ze skargi na bezczynność jest długotrwałe, co paradoksalnie może przynieść korzyść dziecku – daje bowiem czas na przeprowadzenie dokładnej diagnostyki. Warto też wspomnieć o **możliwości wzruszenia karty urodzenia**. Ponieważ nie ma możliwości korekty już wydanego zaświadczenia³⁵, gdy nie odpowiada ono stanowi faktycznemu, zmiana

31 Wyrok NSA z dnia 3 lutego 2015 r., I OSK 1813/13, CBOSA.

32 Tak na przykład K. Celińska-Grzegorzcyk: *Komentarz do art. 217 KPA [w:] Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. R. Hauser, M. Wierzbowski, Warszawa 2014, s. 724: „Termin określony w art. 217 § 3 KPA zakwalifikować należy jako **instrukcyjny**. W sytuacji, w której organ nie wyda zaświadczenia w ustawowym terminie, podmiot, który zainicjował postępowanie, może bronić się składając skargę do sądu administracyjnego na bezczynność bądź przewlekłe prowadzenie postępowania”. Dostyc szeroko na temat terminu na wydanie zaświadczenia wypowiedział się K. Klonowski: *Komentarz do art. 217 k.p.a. (w:) Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. H. Knysiak-Molczyk, Warszawa 2015, s. 1166-1167.

33 Wyrok NSA z dnia 13 grudnia 2013 r., I OSK 1035/13, LEX nr 1528918. I dalej sąd wskazuje: „(...) sam fakt, że (...) organ nie wyda w powyższym terminie zaświadczenia nie oznacza (...), że organ pozostaje w bezczynności. Niezachowanie tego terminu, a nawet jego wielokrotne przekroczenie, może być uzasadnione koniecznością podejmowania określonych czynności (...)”.

34 L. Klat-Wertelecka, *Zaświadczenie...*, jw., s. 73. Podobnie: Z.R. Kmieciak, *Instytucja zaświadczenia...*, jw., s. 82. Stanowisko o odpowiednim stosowaniu przepisów art. 37-38 k.p.a. prezentowane jest także w orzecznictwie – zob. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 20 grudnia 2011 r., II SAB/Bk 38/11, CBOSA. Podobnie wyrok WSA w Krakowie z dnia 10 września 2013 r., III SAB/Kr 31/13, CBOSA. Zob. także wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 13 stycznia 2010 r., II SAB/Go 84/09. Na temat bezczynności zob. A. Krawiec (w:) *Postępowanie administracyjne*, red. T. Woś, Warszawa 2013, s. 239.

35 Np. w trybach nadzwyczajnych postępowania administracyjnego (wznowienie postępowania, stwierdzenie nieważności), zob. wyrok WSA w Gdańsku z dnia 26 kwietnia 2010 r., III SA/Gd 62/10, CBOSA.

treści może nastąpić jedynie poprzez wydanie nowego³⁶ (data wydania ma decydujące znaczenie – nowe unieważnia niejako stare³⁷). Karta urodzenia może być więc zastąpiona, a w obrocie prawnym powinno się respektować kartę z datą późniejszą. „Podmienienie” karty urodzenia możliwe jest jednak tylko do chwili sporządzenia aktu urodzenia. Później zastosowanie muszą znaleźć znacznie bardziej restrykcyjne przepisy o korekcie aktu urodzenia, niedozwalające na takie działanie. Trzeba również dodać, że zamiana karty urodzenia może sprawdzić się jedynie w tych sytuacjach, w których rozpoznanie błędnego określenia płci nastąpi niemal od razu. Nie rozwiąże natomiast problemu w tych przypadkach ZRP, w których nie będzie można w krótkim czasie z całą pewnością ustalić, że dziecko jest innej płci niż ta wynikająca z pierwotnej karty urodzenia. W tych sytuacjach antidotum mogłoby się stać przyjęcie przez ustawodawcę rozwiązania niemieckiego – możliwości czasowego niewpisywania płci do aktu urodzenia.

Status karty urodzenia – hipoteza II

W doktrynie procesowego prawa administracyjnego podkreśla się, że nie wszystkie „dokumenty potwierdzające” można uznać za zaświadczenia w rozumieniu Działu VII k.p.a., a to wtedy, gdy ich „treść wykracza poza stwierdzenie istniejącego stanu faktycznego lub prawnego i częściowo ma charakter opinii”³⁸. Charakterystykę tę odnieść można także do niektórych zaświadczeń lekarskich. Mają to być dokumenty, których „celem jest udostępnienie określonym organom lub instytucjom (sądowym, administracyjnym, ubezpieczeniowym) ustaleń, które mogą być prawidłowo wyprowadzone wyłącznie przez osoby

36 Wyrok WSA w Gdańsku z dnia 26 kwietnia 2010 r., III SA/Gd 62/10, CBOSA. Zaświadczenie jest „pochodną istniejących faktów lub stanu prawnego i wraz ze zmianą tych faktów lub stanu prawnego – staje się nieaktualne, w związku z czym może być wydane nowe, odpowiadające aktualnemu stanowi prawnemu lub aktualnym faktom” – zob. Z.R. Kmiecik, *Instytucja zaświadczenia...*, jw., s. 103. Zob. także wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 lutego 2015 r., VI SA/Wa 405/14, LEX nr 1806510.

37 Zaświadczenie stanowi dowód istnienia stwierdzonych w nim okoliczności w momencie wydania, a nie w momencie posłużenia się (okazania go) – zob. Z.R. Kmiecik, *Instytucja zaświadczenia...*, jw., s. 107.

38 R. Kmiecik, *Instytucja zaświadczenia...*, jw., s. 168.

posiadające wyższe studia medyczne”³⁹. Ponieważ nie istnieje jeden, ogólny reżim proceduralny dla wszystkich zaświadczeń lekarskich funkcjonujących w obrocie prawnym, dlatego też stosownych przepisów trzeba poszukiwać każdorazowo w tych aktach prawnych, które ustanawiają określony typ zaświadczenia lekarskiego. Jeśliby zaliczyć kartę urodzenia do tej kategorii dokumentów, odpowiednich przepisów procesowych należałoby szukać w samej Pr.a.s.c., ta zaś – jak już wspomniano – *explicite* nie nakłada na podmiot leczniczy żadnego terminu na sporządzenie karty urodzenia. Nie można jednak zapominać o art. 12 ust. 1 Pr.a.s.c, który w sprawach nieuregulowanych w ustawie nakazuje stosowanie przepisów k.p.a. Mogłoby się więc wydawać, że druga z hipotez – koniec końców – prowadzi do takich samych skutków, co pierwsza. Otwiera ona jednak drogę do argumentacji, że w istocie przepisy k.p.a. w sprawach nieuregulowanych w pr.a.s.c. należy stosować nie tyle wprost, co odpowiednio. **Jeśli zaś przepisy te należy stosować odpowiednio, to można także i z pewnymi modyfikacjami, które są uzasadnione szczególnym charakterem zaświadczenia lekarskiego.** Jego wystawienie wymaga bowiem nie tyle sprawdzenia pewnych danych w posiadanych rejestrach (tak jak dzieje się to w przypadku „klasycznego” zaświadczenia), lecz przeprowadzenia badań, które w pewnych przypadkach mogą trwać znacznie dłużej niż 7 dni. Oczywiście w praktyce karty urodzenia wypisywane są na podstawie wytworzonej już wcześniej dokumentacji szpitalnej, jednak nie ma uzasadnienia dla ujmowania w karcie urodzenia informacji dotyczącej płci, która jest wątpliwa, nawet jeżeli wcześniej znalazła się ona, na przykład, w karcie noworodka⁴⁰. **Sumując, skoro karty uro-**

39 *Ibidem*, s. 168 i n. Por. także P. Krzykowski: *Wydawanie zaświadczeń w polskim prawie administracyjnym*, Olsztyn 2010, s. 158-160.

40 Jeżeli nawet uznać, że karta urodzenia jest „klasycznym” zaświadczeniem, które wymaga po prostu przeniesienia do swojej treści danych już posiadanych w dokumentacji szpitalnej, to tym bardziej podkreśla to potrzebę dolożenia przez podmiot leczniczy staranności w sporządzeniu wpisu w księdze noworodka, karty noworodka etc. Z pewnością nie jest bowiem „zbędną zwłoką” wstrzymanie wytworzenia dokumentów ze względu na potrzebę wykonania dodatkowych badań koniecznych do prawidłowego oznaczenia płci dziecka. Jest jednak oczywiste, że podmiot leczniczy dla właściwego funkcjonowania musi jak najszybciej rejestrować w dokumentacji szpitalnej zdarzenia takie jak urodzenie się dziecka, dlatego też należałoby zalecać nie tyle niesporządzanie tych dokumentów do czasu oznaczenia płci, lecz raczej pominięcie tej informacji w dokumentach.

dzenia nie musimy traktować jak zaświadczenia i wobec tego nie ma żadnego szczególnego terminu na jej sporządzenie, to należałoby sądzić, że lekarze nie muszą się spieszyć z tą czynnością ponad rozsądną miarę.

Warto skończyć ten fragment opracowania następującą, nasuwającą się bardzo wyraźnie konkluzją: w obecnym stanie prawnym właśnie podmioty lecznicze powinny starać się zatrzymywać maszynę pochopnego przypisywania płci dziecku. Odłożenie w czasie sporządzenia karty urodzenia skutkować będzie czasowym brakiem możliwości sporządzenia aktu urodzenia. O ile co do zasady rodzi to niekorzystne konsekwencje (bez aktu urodzenia nie można realizować wielu uprawnień, o czym nieco niżej), to jednak może uchronić dziecko przed stygmatyzującym błędem, którego usuwanie wydaje się znacząco bardziej dolegliwe niż fakt niedysponowania aktem urodzenia. Rzecz jasna, czym dłużej dziecko miałoby funkcjonować bez aktu urodzenia, tym – ze względów kulturowych i prawnych - trudniej dla niego, lecz mimo to brak aktu urodzenia nie wydaje się zbyt wygórowaną ceną za możliwość dokonania późniejszego, zgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy wpisu i tym samym uniknięcia dotkliwych konsekwencji błędnego określenia płci.

Sporządzenie aktu urodzenia i możliwość przedłużenia procedury jego powstania

Co dzieje się po wydaniu karty urodzenia? Jak wskazano wyżej, jest ona podstawą sporządzenia aktu urodzenia, jednak nie jedyną; drugą stanowi zgłoszenie urodzenia dziecka (zazwyczaj przez rodzica)⁴¹ w USC, do protokołu, **w terminie 21 dni od dnia sporządzenia karty urodzenia**⁴². Akt urodzenia sporządza się w dniu zgłoszenia urodzenia dziecka⁴³, przy czym powstaje on nawet jeśli rodzice nie wykonają

41 Art. 57 Pr.a.s.c.

42 Art. 55 ust. 1 Pr.a.s.c. i art. 53 ust. 1 Pr.a.s.c.

43 Art. 52 ust 1 Pr.a.s.c.

swojego obowiązku⁴⁴. Piśmiennictwo uznaje, że termin 21-dniowy jest **terminem zawitym**, którego przekroczenie powoduje **konieczność sporządzenia aktu urodzenia z urzędu**⁴⁵, jeśli wpłynęła karta urodzenia dziecka. Warto także zwrócić uwagę na odnośny fragment uzasadnienia do projektu obecnie obowiązującej ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, w którym stwierdzono, że w projekcie: „określono zasady i warunki umożliwiające sporządzenie aktu urodzenia z urzędu jedynie na podstawie karty urodzenia bądź karty martwego urodzenia (...) Pierwszy przypadek (...) będzie aktywizował się w sytuacji, gdy osoby zobowiązane do zgłoszenia urodzenia nie dokonają zgłoszenia w ustawowym terminie (...). **Ta nowa regulacja w polskim porządku prawnym umożliwi niezwłoczne [sic! – ABB] sporządzenie aktu urodzenia, konieczne ze względu na dobro dziecka.** (...) oraz dla wyeliminowania przypadków braku aktu urodzenia dziecka i w konsekwencji braku możliwości nadania dziecku numeru PESEL”⁴⁶. Uzasadnienie podkreśla więc jako aksjologiczny priorytet prawodawcy wyeliminowanie sytuacji, w której dziecko nie posiada aktu urodzenia, nie zaś to, by zawartość aktu odpowiadała rzeczywistości, a tym samym realizowała dobro dziecka.

Trzeba uznać, że w aktualnym stanie prawnym kierownik USC nie dysponuje (legalną) możliwością wydłużenia terminu sporządzenia aktu urodzenia. Przepisy są tu precyzyjne, wyznaczając momenty dokonania czynności w sposób jednoznaczny. Nawet jeśli z najszlachetniejszych intencji nie sporządzi dokumentu, narusza prawo i w związku

44 Art. 55 ust 2 Pr.a.s.c.

45 Tak I. Basior, A. Czajkowska, D. Sorbian: *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i zwyczajowe oraz wzory dokumentów. Komentarz*, LEX 2015. Jeśli zaś chodzi o praktykę, badania empiryczne (osobisty kontakt z poszczególnymi urzędami) ukazały, że nie jest ona jednolita. Dla przykładu w USC w Katowicach po upływie 21 dni czeka się z nadzieją, że dziecko zostanie zgłoszone w późniejszym terminie, a sporządzenie aktu urodzenia z urzędu traktowane jest jako ostateczność. W USC w Białymstoku akt urodzenia sporządza się od razu (następnego dnia po upływie 21 dniowego terminu), nie ma możliwości przedłużenia ustawowego terminu. W USC w Lublinie wszystkie zgłoszenia wprowadzane są do kalendarza i ukazują się jako przeterminowane. Czekają się jeden, dwa dni po upływie 21 dni.

46 *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego*, druk nr 2620, Sejm VII kadencji, s. 29, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/A3F2218065524B31C1257D1C003DB428/%24F1le/2620.pdf> [data dostępu 06.09.2016].

z tym naraża się na odpowiedzialność⁴⁷. Tak więc, mimo iż kierownik USC sporządza dokument kluczowy dla przyszłości dziecka, którego zmiana jest dużo trudniejsza niż zmiana karty urodzenia, to jednak ma on najmniejsze legalne możliwości, aby tę czynność opóźnić, nawet jeśli powziął informację o medycznych wątpliwościach co do płci dziecka. Zaniechanie rodzi bowiem jego odpowiedzialność i nie ma on tego pola manewru, którym dysponuje szpital wystawiający kartę urodzenia. Jest to bez wątpienia rozwiązanie patologiczne, którego nieadekwatność do potrzeb jest dziś oczywista. Należy zatem ponownie podkreślić, że w obecnym stanie prawnym możliwość wydłużenia czasu na sporządzenie aktu urodzenia leży w zasadzie w dyspozycji podmiotu wystawiającego kartę urodzenia. Wyłącznie jego postawa może dać nieco więcej czasu na postawienie medycznej diagnozy (póki szpital nie pošle karty urodzenia, USC nie wie o narodzinach dziecka).

Konsekwencje aktualnych regulacji prawnych dla dziecka i jego rodziców

Aktualnie możliwe są dwa scenariusze. Pierwszy – w świetle wątpliwości szpital zwleka ze sporządzeniem karty urodzenia, co powoduje konsekwencje w postaci niepowstania aktu urodzenia. W tej sytuacji rodzice dziecka nie będą mogli nigdzie okazać dokumentu potwierdzającego fakt urodzenia. Drugi scenariusz – mimo medycznych wątpliwości karta urodzenia zostaje sporządzona, a akt urodzenia powstaje, jednak w przyszłości okazuje się, że wpis dotyczący płci był nieprawidłowy. W tym wariantcie kosztem osobistym dziecka będzie konieczność przeprowadzenia korekty aktu urodzenia, a do tego czasu życie w potencjalnym konflikcie tożsamości z płcią metrykalną.

⁴⁷ Odpowiedzialność pracowniczą - jest on pracownikiem samorządowym, a więc w sprawach nieuregulowanych w ustawie o pracownikach samorządowych mają do niego zastosowanie przepisy Kodeksu pracy (art. 43 u.p.s.).

„Koszty” rodziców i dziecka w przypadku nieposiadania aktu urodzenia

Szczególne moc aktu urodzenia wyznaczana jest z jednej strony niemożnością przedsięwzięcia bez niego większości czynności prawnych, z drugiej zaś - niemożnością zastąpienia go innym dokumentem. To ostatnie zdarza się w prawie niezwykle rzadko. W przypadku aktu urodzenia mamy do czynienia z „pierwotnością” jego pochodzenia - nie powstaje przed nim inny dokument, mogący stanowić dla niego substytut o porównywalnej mocy prawnej (zazwyczaj to akt urodzenia zastępuje później wydawane dokumenty np. w razie ich utraty). Tymczasem okazanie aktu urodzenia jest konieczne na gruncie wielu postępowań dotyczących samego dziecka, jak i uprawnień rodziców z tytułu jego urodzenia. W szczególności warto wymienić:

- reprezentowanie interesów dziecka w postępowaniach z zakresu prawa cywilnego (np. o zadośćuczynienie i odszkodowanie czy w sprawach spadkowych), prawa rodzinnego (alimenty czy ustalenie i zaprzeczenie ojcostwa) oraz prawa karnego;
- realizację uprawnień rodziców z tytułu urodzenia dziecka: uzyskanie urlopów związanych z rodzicielstwem⁴⁸ oraz zasiłku macierzyńskiego⁴⁹;
- nadanie numeru PESEL⁵⁰, którego posiadanie ma kluczowe znaczenie choćby w sprawach paszportowych⁵¹ czy dotyczących świadczeń rodzinnych (zasiłku rodzinnego, zasiłku

48 Zob. § 2 ust. 2 i inne przepisy rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 8 grudnia 2015 r. w sprawie wniosków dotyczących uprawnień pracowników związanych z rodzicielstwem oraz dokumentów dołączanych do takich wniosków (Dz. U. z 2015 r., poz. 2243).

49 Zob. § 9 i inne przepisy rozporządzenia Ministra Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 8 grudnia 2015 r. w sprawie zakresu informacji o okolicznościach mających wpływ na prawo do zasiłków z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa lub ich wysokość oraz dokumentów niezbędnych do przyznania i wypłaty zasiłków (Dz. U. z 2015 r., poz. 2205 ze zm.).

50 Art. 20 ust. 1 Pr.a.s.c. i art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 722 ze zm.).

51 Art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o dokumentach paszportowych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 758) i § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 sierpnia 2010 r. w sprawie dokumentów paszportowych (Dz. U. z 2010 r. Nr 152, poz. 1026 ze zm.).

pielęgnacyjnego etc.)⁵² i świadczenia wychowawczego tzw. 500+⁵³. Przykładowe wyliczenie ukazuje zakres ograniczeń dotyczących podmioty niedysponujące aktem urodzenia (okoliczność ta zapewne może wyjaśniać presję wywieraną na lekarzy przez niektórych rodziców dzieci z ZRP w celu przyspieszenia wydania dokumentacji medycznej). Nasuwa się więc następujące spostrzeżenie: o ile potrzeba szybkiego powstania aktu urodzenia jest z uwagi na jego prawne znaczenie bezdyskusyjna, **niejasne są powody, dla których jego niezbędnym składnikiem, w każdym przypadku od chwili powstania, musi być określenie płci (nawet za cenę ryzyka nieprawidłowego wpisu teje).** Przyczyny, dla których polski prawodawca zdecydował się na tego typu bezwyjątkowe rozwiązanie, nie są znane (nie zostały w szczególności wyrażone w materiałach z procesu legislacyjnego), mimo iż aktualnie obowiązujące Prawo o aktach stanu cywilnego jest ustawą nową, pochodzącą z czasu, kiedy wiedza medyczna na temat przypadków ZRP była już ugruntowana i wskazywała na potrzebę wprowadzenia możliwości wydłużenia czasu na medyczną ocenę płci dzieci z obojnaczymi narządami. Nieistnienie w polskim prawie instrumentów umożliwiających pozostawienie rubryki „płeć” pustą, skazuje dziecko na ryzyko błędnego zakwalifikowania. Jest to cena, jaką *de lege lata* musi ono ponieść za faktyczną możliwość zaistnienia jako podmiot prawa.

Mając to wszystko na względzie, dla prowizorycznego wyjścia z obecnej sytuacji należy postulować, aby dla potrzeb potwierdzenia faktu urodzenia przed powstaniem aktu urodzenia, uwzględnić kartę informacyjną (kartę wypisową ze szpitala). Ma ona charakter dokumentu urzędowego, co oznacza, że na gruncie procedur prawnych może stanowić potwierdzenie urodzenia się dziecka (zamiast aktu

52 Art. 23 ust. 3 ustawy z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 144 ze zm.).

53 Art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 11 lutego 2016 r. o pomocy państwa w wychowaniu dzieci (Dz. U. z 2016 r., poz. 195).

urodzenia). Jako dokument urzędowy karta informacyjna korzysta z domniemania prawdziwości. Przyjęcie takiej wykładni pozwoliłoby uniknąć sytuacji, w której brak aktu urodzenia paraliżuje możliwość realizowania uprawnień dziecka czy jego rodziców⁵⁴.

Konsekwencje podjęcia błędnej decyzji o przypisaniu płci. Możliwości korekty aktu urodzenia

Przedwczesna decyzja o przypisaniu płci (podjęta przed rozstrzygnięciem wątpliwości medycznych) jest obciążona ryzykiem błędu, którego dotkliwość zależy od procedury przyjętej w celu korekty płci metrykalnej. Praktyka orzecznicza wskazuje na funkcjonowanie dwóch wariantów. Wariant pierwszy: jeśli zdiagnozowana postać ZRP jest prosta⁵⁵ i pozwala przyjąć z całą pewnością, że już w chwili przypisania płci metrykalnej popełniono błąd, wówczas stosuje się (a przynajmniej powinno) procedurę sprostowania aktu urodzenia. Wariant drugi: jeśli zdiagnozowana postać ZRP jest na tyle skomplikowana, że w dacie przypisywania, mimo wykonania wszelkich badań, nie można było z całą pewnością określić płci (istniały wątpliwości co do jednoznaczności płci wymagające obserwacji dziecka w dłuższym czasie) właściwy jest tryb tzw. zmiany płci (powództwo o ustalenie z art. 189 kodeksu postępowania cywilnego).

Tryb nieprocesowy – sprostowanie aktu urodzenia osób z obojnaczymi narządami płciowymi.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotychczas rzadko odnosiło się do osób dotkniętych ZRP. W zasadzie należy przywołać dwa judykaty.

54 Do czasu zmian legislacyjnych należy dokonywać wykładni obowiązujących przepisów z perspektywy prawodawcy racjonalnego, a więc świadomego naukowego *status quo*. Kierunek taki ogólnie jest postulowany, kiedy mowa o styku bioetyki i prawa (zob. M. Boratyńska, P. Konieczniak: *Bioetyka a prawo* [w:] *Bioetyka*, red. J. Różyńska, W. Chańska, Warszawa 2013, s.57-63).

55 Np. wrodzony przerost nadnerczy

Zarówno w pierwszym z 1978 r.⁵⁶, jak i w drugim z 2013 r.⁵⁷ uznano (bez różnicowania przyczyn ZRP), że trybem właściwym dla korekty płci prawnej w przypadkach osób z obojnaczymi narządami płciowymi jest procedura sprostowania aktu urodzenia.

Pierwszy, mimo iż wydany w czasach dla medycyny zamierzchłych, zawiera cenne dla współczesności zapatrywania prawne. Wyróżnia mianowicie dwie sytuacje, na skutek których istnieje konieczność korekty płci prawnej: „albo płeć noworodka zostaje od początku wadliwie określona, albo też płeć, określona początkowo prawidłowo, ulegnie następnie na skutek zachodzących w organizmie zmian przekształceniu”. Wypadek pierwszy – powiada sąd – nie nastęrcza praktyce trudności: „Mylne określenie płci w akcie urodzenia powoduje wadliwość tego aktu istniejącą już w chwili sporządzenia (...), taka zaś nieprawidłowość może być usunięta w drodze sprostowania aktu (...). Wątpliwości natomiast nasuwa sytuacja druga (...), że wpis w akcie urodzenia (...) został dokonany prawidłowo, lecz następnie stał się na skutek późniejszych zmian nieprawdziwy”⁵⁸. Ta wypowiedź SN uwytkła istotę problemu osób z ZRP (wadliwość decyzji co do płci od samego początku) i jego odmienność od problemu, z jakim borykają się osoby transseksualne (w przypadku których, w oparciu o aktualne możliwości diagnostyczne trzeba stwierdzić - cytując SN - że „wpis w akcie urodzenia (...) został dokonany prawidłowo, lecz następnie stał się (...) nieprawdziwy”).

56 Uchwała SN z dnia 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77, LEX nr 1104539. Sąd podkreślał w niej także: „Rozstrzygnięcie nasuwających się wątpliwości wymaga przede wszystkim wyjaśnienia, kiedy można mówić – w wypadkach wątpliwych – bądź o płci męskiej, bądź żeńskiej. Trudności wynikają stąd, że w wypadkach takich różnorodne cechy płci nie są jednoznaczne, a granica między dwoma płciami jest niejasna. W takim wypadku występuje tzw. obojtnactwo, które jednak nie może być ujawnione w akcie urodzenia, gdyż prawo uznaje tylko dwie płci: męską i żeńską. W takiej sytuacji należy przeto za podstawę ustalenia płci człowieka wziąć wszystkie jej cechy, tak zewnętrzne, jak i wewnętrzne, nie wyłączając świadomości zainteresowanego osobnika. Z konieczności trzeba mu przypisać taką płeć, jakiej cechy są przeważające”.

57 Wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 r., I CSK 146/13, Baza orzeczeń SN – czytamy w nim: „W razie stwierdzenia u człowieka obojtnactwa oznaczenie jego płci dokonane w akcie urodzenia może podlegać sprostowaniu, zgodnie z przepisami o aktach stanu cywilnego, a zatem w postępowaniu sądowym (...). Interseksualizm i obojtnactwo uzasadnia określenie płci człowieka z uwzględnieniem wszystkich innych cech jego budowy, nie wyłączając także świadomości zainteresowanego. (...) Niewątpliwie tego przypadku dotyczyła uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77 (OSP/KA 1983, nr 10, poz. 217)”.

58 Uchwała SN z dnia 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77, LEX nr 1104539

W przekonaniu autorów niniejszego tekstu, niezależnie od postaci ZRP, jeśli tylko okaże się, że płeć dziecka została określona nietrafnie, z uwagi na istnienie obiektywnych i możliwych do stwierdzenia wątpliwości (obojnaczego ciała) właściwą procedurą korekty aktu urodzenia powinna być (w aktualnym stanie prawnym) procedura sprostowania. Nie wyłącza to rzecz jasna konieczności kontynuowania dążeń do tego, aby korekta płci prawnej wszystkich podmiotów, niezależnie od przyczyn tejże, doczekała się odrębnej ustawy (jak to miało mieć miejsce w projekcie o uzgodnieniu płci, zw. projektem Grodzkiej). W przypadku osób z ZRP wpis dotyczący płci nigdy nie jest dokonany prawidłowo – wobec istniejących i możliwych do zidentyfikowania wątpliwości medycznych, wpis ten do chwili stuprocentowej diagnozy powinien brzmieć „płci nie można określić”. Procedura sprostowania powinna znaleźć zastosowanie niezależnie od tego, czy obojnacze cechy będą ujawnione już przy narodzinach czy też później – wykrycie ich jest bowiem od początku obiektywnie możliwe. Jakkolwiek również w przypadku transseksualizmu podnosi się, że nieprawidłowo przypisana płeć powinna być traktowana jako błąd wymagający sprostowania, a nie stan rzeczy wymagający ustalenia⁵⁹, to jednak sytuacja osób dotkniętych tym schorzeniem jest póki co - ze względu na poznawcze ograniczenia aktualnej diagnostyki medycznej - odmienna (nie można powziąć wątpliwości, ponieważ wszystkie „poznawalne” komponenty płci są spójne).

Mimo powyższej argumentacji praktyka sądowa idzie w odmiennym kierunku. Badania empiryczne⁶⁰ ukazują, że w trybie sprostowania załatwiane są jedynie te przypadki, w których od samego początku bez wątpienia można było stwierdzić, iż płeć dziecka jest w oczywisty sposób inna niż wskazywałyby na to wygląd zewnętrznych narządów płciowych. Sprostowaniem aktu urodzenia konwalidowane

59 Podnosi się, że również tutaj mózg jest zdeterminowany już w życiu płodowym, a zatem już w chwili narodzin płeć jest „zapisana” na stałe.

60 Dowodzą tego badania postępowań toczących się w sądach rejonowych (wydziałach cywilnych nieprocesowych) właściwości sądu okręgowego w Katowicach oraz w sądzie okręgowym w Katowicach (w trybie art. 189 k.p.c.), a także wywiady z rodzicami dzieci leczonych w Klinice Pediatrii i Endokrynologii Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach.

są przypadki ewidentne – np. klasyczne postaci wrodzonego przeroztu kory nadnerczy. Bardziej skomplikowane (i mniej jednoznaczne) postaci ZRP, wymagające dłuższego czasu na postawienie diagnozy i ocenę płci, załatwiane są w drodze powództwa o ustalenie.

Poczyńmy kilka uwag odnośnie do samej procedury sprostowania. Zgodnie z art. 35 ust 1 Pr.a.s.c.: „Akt stanu cywilnego, który **zawiera dane niezgodne z danymi zawartymi w aktach zbiorowych rejestracji stanu cywilnego (...)**, o ile stwierdzają one zdarzenie wcześniejsze (...), podlega sprostowaniu”. Ustawa przewiduje dwa warianty sprostowania wpisu dotyczącego płci: przez kierownika USC (art. 35 ust.1 Pr.a.s.c.), jeśli akt urodzenia byłby niezgodny z kartą urodzenia oraz sprostowanie sądowe (art. 36 Pr.a.s.c.), dokonywane w postępowaniu nieprocesowym, jeśli sprostowanie aktu urodzenia nie jest możliwe na podstawie karty urodzenia (akt zbiorowych rejestracji stanu cywilnego).

Z perspektywy oceny przyczyn rzadkiego sięgania po procedurę sprostowania w poprzednim stanie prawnym ciekawych wniosków dostarcza porównanie brzmienia starej i obecnej ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego. W nowym stanie prawnym, obowiązującym od marca 2015 r., kluczowe jest pojęcie „niezgodności”(art. 35 ust 1 Pr.a.s.c.)⁶¹, zaś wedle poprzednio obowiązującej ustawy podstawą sprostowania było „błędne lub nieściśle zredagowanie aktu stanu cywilnego”⁶². W obecnej wersji akcent położony jest zatem na fakt niezgodności, nie zaś na stwierdzenie błędu (literalnie nie ma mowy o „**błędzie**” lub „**nieściśłości**”, lecz o danych **niezgodnych** z innymi danymi). Innymi słowy, w starym stanie prawnym, aby sprostować wpis określający płeć należało stwierdzić, że lekarz popełnił błąd w dacie wykonywania badania i następstwem tego błędu była treść karty urodzenia. Choć z materiałów legislacyjnych wynika, że ogólna intencja obu wersji

61 Słownikowe znaczenie słowa „niezgodny” to m.in. „będący w sprzeczności z czymś, odmienny od czegoś – tak *Słownik języka polskiego*, pod red. E. Sobol, Warszawa 2010.

62 Art. 31 ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego, która utraciła moc z dniem 1 marca 2015 r., brzmiał: „Akt stanu cywilnego podlega sprostowaniu w razie błędnego lub nieściśłego jego zredagowania”.

przepisu była identyczna⁶³, dostrzeżenie odmienności stylistycznej obu literalnych brzmień pozwala jednak być może zrozumieć przyczynę rzadkiego stosowania poprzedniej wersji przepisu o sprostowaniu i wybierania w jej miejsce procedury z art. 189 k.p.c. Aktualnie używany przez prawodawcę termin „niezgodność” wydaje się znacznie bardziej trafny. Nowe brzmienie przepisu pozwala naszym zdaniem łatwo rozciągnąć jego stosowanie na przypadki, kiedy w dacie badania (powstawania aktu urodzenia) istniały możliwe do stwierdzenia wątpliwości co do płci dziecka. One wszak są dowodem niezgodności wpisu z rzeczywistością - wpis zgodny z rzeczywistością powinien brzmieć „nie można ustalić płci” (aż do czasu postawienia pewnej diagnozy).

Konsekwencje zastosowania procedury „zmiany” płci

Jak już wspomniano, praktyka pokazuje, że w większości przypadków ZRP korekta płci metrykalnej jest przeprowadzana w drodze powództwa o ustalenie (art. 189 k.p.c.). Będzie to dotyczyć wszystkich tych sytuacji, w których w dacie pierwotnego przypisywania płci istniały możliwe do wykrycia wątpliwości (cechy płciowe nie były spójne), jednak nie można było mieć pewności co do płci, z jaką dziecko będzie się później utożsamiać⁶⁴. Procedura z art. 189 k.p.c. będzie się przy tym odnosić zarówno do pacjentów, u których wątpliwości zidentyfikowano tuż po porodzie, jak i do tych, u których takich wątpliwych cech nie dostrzeżono (ujawniono je później), ale były one możliwe do dostrzeżenia.

„Zmiana” płci prawnej na podstawie art. 189 k.p.c. jest rozwiązaniem, które nieraz już było poddawane krytyce. Przebieg procedury

63 W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy – *Prawo o aktach stanu cywilnego*, druk nr 2620, Sejm VII kadencji, s. 29, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/A3F2218065524B31C1257D1C003DB428/%24File/2620.pdf> [data dostępu 06.09.2016] czytamy „Podstawowa zmiana w procedurze sprostowania polega na unifikacji dwóch dotychczasowych trybów i wprowadzeniu wyłącznie jednej przesłanki do sprostowania, a mianowicie sytuacji, gdy akt zawiera dane niezgodne z innymi dokumentami.”

64 Będą to zatem wszelkie bardziej skomplikowane postaci ZRP np. pacjenci z kariotypem 46,XY z częściową niewrażliwością na androgeny lub pacjenci z kariotypem 46XY z nieprawidłową syntezą androgenów.

został szeroko omówiony w piśmiennictwie⁶⁵, a dotyczący jej dorobek orzecznicy jest bogaty, choć zmienny (ulegał w kolejnych latach częstym zmianom hipotez interpretacyjnych). Wspomnijmy więc jedynie krótko najbardziej spektakularne cechy „zmiany” płci na mocy art. 189 k.p.c., aby uświadomić raz jeszcze koszty ponoszone przez podmiot, w przypadku gdy aparat państwa pomyli się przy jej ustalaniu. W przypadku powództwa o ustalenie widzimy wyraźne odwrócenie sytuacji względem procedury przypisania płci. O ile akt urodzenia sporządzany jest w wymuszonym przez prawo pośpiechu, o tyle zmiana płci to zwykle przewlekły proces, niejednokrotnie dalece odległy w czasie od ujawnienia się konfliktu płci prawnej z biologiczną. Trzeba podkreślić (a pozwala to dostrzec znikomą ranę, jaką prawodawca wiąże z prawem podmiotu do posiadania płci zgodnej z tożsamością), że przepis art. 189 k.p.c. – z uwagi na nieistnienie specyficznych narzędzi prawnych – jest wykorzystywany do celów zmiany płci metrykalnej jedynie mocą praktyki orzeczniczej sądów. Możliwość ta stanowi na dziś złej jakości „protezę”: konieczną, lecz wysoce dolegliwą. Postępowanie ma charakter sporny – wymusza więc odnalezienie drugiej strony sporu. Stają się nią rodzice (a u osób dorosłych drugą stroną mogą stać się także małżonek i dzieci)⁶⁶. Wymóg ten jest najbardziej dotkliwy, gdy najbliżsi nie akceptują decyzji osoby pragnącej zmienić płeć metrykalną i naraża ją na niewątpliwe cierpienie, zmuszając do przeżywania otwartego konfliktu z krewnymi przed sądem. W przypadku małoletniego, którego rodzice są przeciwni „majstrowaniu” przy płci, prawdopodobnie w ogóle nie dojdzie do procesu (jeśli rodzice nie wykażą aktywności, a lekarze nie zaingerują w pasywną postawę rodziców zwracając się do prokuratora lub sądu rodzinnego), toteż dziecko będzie w zasadzie skazane na tkwienie w roli, która wynika z jego metryki

65 Szeroko opisane w J. Ostojka: *Sądowa zmiana płci*, praca doktorska napisana na WPiA UW w 2014 r.; A. Czechowska: *Wybrane zagadnienia chirurgicznej zmiany płci u osób dotkniętych transseksualizmem w Polsce*, PiM nr 2/2012, s. 91-104. Na temat karnoprawnych i cywilnoprawnych aspektów zmiany płci zob. *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009.

66 W przypadku małoletniego powództwo wytacza kurator.

(będzie to kształtować jego rolę szkolną, w grupie rówieśniczej, jego aktywności, sposób wyrażania siebie przez ubiór i zainteresowania).

Należy wreszcie nadmienić, że niezależnie od przyczyn zmiany wpisu płci w akcie urodzenia (a więc niezależnie od tego, czy jest to transseksualizm czy ZRP) i niezależnie również od trybu korekty (sprostowania aktu urodzenia czy powództwo o ustalenie), nie ma możliwości wykreślenia z aktu urodzenia płci pierwotnie wpisanej. Sporządza się tylko wzmiankę dodatkową⁶⁷ o nowej płci, zaś stara na zawsze pozostaje częścią historii życia podmiotu. Dzieje się tak nawet wówczas, gdy już w chwili określania płci, zaraz po urodzeniu, lekarze mieli (lub mogli i powinni powziąć) wątpliwości co do podejmowanej decyzji. Ślad pozostaje na zawsze, mimo iż w przypadku dzieci płeć nie ma żadnego znaczenia dla stosunków prawnych z innymi osobami (nie posiadają wszak ani małżonków, ani dzieci), co jest powoływane jako argument na rzecz pozostawiania informacji o dawnej płci w przypadku zmieniających ją osób dorosłych.

Zakończenie

Co byłoby najprostszym, najbardziej rozsądnym i jednocześnie empatycznym rozwiązaniem prawnym? Rzecz jasna nie wpisywać płci w akt urodzenia dziecka, jeśli tylko zaistnieją wątpliwości medyczne, a nawet jeśli zostanie ona pierwotnie określona, usunąć wpis i pozostawić rubrykę pustą w przypadku ujawnienia wątpliwości (do czasu, aż będzie można postawić jednoznaczną diagnozę). Prawnicza intuicja podpowiada jednak, że to szlachetne i proste rozwiązanie, mimo iż sprawdzone (na gruncie praktyki niemieckiej), jest dziś w Polsce trudne do pomyślenia. Praktyka dostarcza argumentów, że bez oznaczenia płci akt urodzenia raczej nie powstanie, niżli miałby powstać niekompletny. Warto jednak dodać, że pojawił się w tej kwestii w piśmiennictwie bardzo rozsądny (lecz póki co odosobniony) pogląd, zgodnie z którym: „Sporządzając akt z urzędu, kierownik urzędu stanu

67 art. 24 ust. 1 i 2 Pr.a.s.c

cywilnego jest zobowiązany do ustalenia danych, podlegających wpisaniu do aktu urodzenia dziecka. Jeżeli ustalenie pełnych danych nie będzie możliwe, do aktu urodzenia dziecka wpisuje się wyłącznie te dane, które udało się ustalić. Akt urodzenia dziecka sporządzony w tym trybie będzie można w przyszłości uzupełnić bądź sprostować (na podstawie art. 35 i 36).⁶⁸ Bez wątpienia pogląd ten należałoby uczynić powszechnie akceptowalnym, uznanym i praktykowanym. Mimo iż obecnie dostarczenie niekompletnej – w zakresie płci – karty urodzenia będzie najprawdopodobniej powodować, że organ powstrzyma się z wydaniem aktu urodzenia (wzywając ewentualnie podmiot leczniczy do sporządzenia pełnej karty), to działanie takie wynikać będzie wyłącznie z uwarunkowań kulturowych i ograniczeń społecznych. Odmienne działanie, a mianowicie wydanie aktu urodzenia bez wpisanej płci, jest możliwe już na gruncie wykładni aktualnego brzmienia ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego (ustawa literalnie tego nie zabrania) i ponad wszystko wydaje się najlepiej legitymizowaną ze względów aksjologicznych hipotezą interpretacyjną.

Obowiązujące w Polsce *status quo* powoduje, że pochoinnie przypisana płeć prawna staje się czasem dramatycznym stygmatem ciężącym przez całe życie. Zdarza się niejednokrotnie, że osoby pozostające w sytuacji konfliktu między płcią biologiczną a płcią prawną w ucieczce przed publiczną stygmatyzacją, decydują się na pozostawanie w niezgodnej ze swoją tożsamością płci metrykalnej, przyjmując w konsekwencji fikcyjne role społeczne. Zmiany obowiązujących procedur, nieadekwatnych względem wiedzy medycznej i potrzeb osób dotkniętych zaburzeniami różnicowania płci, napotykają jednak w Polsce na poważne przeszkody. Wspomniany już projekt ustawy o uzgodnieniu płci, zainspirowany przez transseksualną posłankę Annę Grodzką, po raz pierwszy w Polsce miał uregulować kwestie zmiany płci prawnej,

68 I Basior, A. Czajkowska, D. Sorbian, Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów. Komentarz. LEX 2015.

jednak finalnie nie stał się prawem obowiązującym⁶⁹, a próżnia legislacyjna jest nadal pożywką „rozstrzygnięć o charakterze przygodnym”⁷⁰

Rozmiar niekorzystnych skutków podjęcia złej decyzji co do płci metrykalnej jest tak dramatyczny, że tylko brak wiedzy może usprawiedliwiać niefrasobliwość osób biorących udział w podejmowaniu pochopnych decyzji. Przyczyn pomyłek szukać także można w fakcie rozdzielenia procesu decyzyjnego: lekarz tylko stwierdza medycznie płeć, a więc sam nie kreuje prawnego skutku, a jest co najmniej prawdopodobne, że nie posiada takiego poczucia. Kartę urodzenia (która ostatecznie staje się dokumentem źródłowym dla sporządzenia aktu urodzenia) wydaje szpital rękoma swoich pracowników administracyjnych. Nawet jeśli przez myśl lekarza przemknie choćby niewielki cień wątpliwości, istnieje bardzo mała szansa, że do nich powróci – inna ręka bowiem przypieczętuje los noworodka. Kierownik USC kreuje co prawda akt urodzenia, ale w części dotyczącej płci zaledwie wypisuje jej oznaczenie (działając na bazie wiedzy specjalistycznej, której sam nie posiada). Tak oto akt urodzenia - dokument o charakterze deklaratoryjnym - staje się aktem kreującym płeć prawną, która w przypadku błędu umieści dziecko w klatce płci niezgodnej z jego autoidentyfikacją. Wydostanie się z tej klatki dla wielu ludzi okazuje się przedsięwzięciem niemożliwym do udźwignięcia, na co wskazują nie tylko coraz bardziej widoczne ruchy społeczne, ale także liczne publikacje przedstawiające pełną wstydu, upokorzenia i smutku drogę do samostanowienia.

Należy zatem podkreślić konieczność wzmożonej uwagi lekarzy badających noworodka na symptomy ZRP. Jej deficyt może wynikać z braku wiedzy o fundamentalnych konsekwencjach nietrafnego

69 Projekt ustawy o uzgodnieniu płci (druk nr 1469, Sejm VII kadencji) był procedowany w latach 2013-2015 w Sejmie. Finalnie został uchwalony przez parlament w 2015 r., jednak veto do niego złożył Prezydent RP. Ponieważ w międzyczasie odbyły się wybory parlamentarne, ustawa nie mogła wrócić ponownie pod obrady i póki co nie powrócono do kolejnej inicjatywy legislacyjnej.

70 M. Boratyńska, *Ustawa o uzgodnieniu płci a przygody transseksualistów w próżni legislacyjnej*, PiM nr 3/2015, s. 56. W artykule Autorka bardzo trafnie nakreśliła sytuację osób transseksualnych w obecnym *status quo* prawnym, ukazując dramat jednostki i groteskowe wręcz nieradzenie sobie uwikłanego w kulturowe uwarunkowania prawa z rozwojem wiedzy medycznej.

określenia płci dla późniejszego funkcjonowania jednostki i jakości jej życia. Świadomość co do kosztów osobistych związanych z przebiegiem procedur korekty płci prawnej nie jest powszechna ani w środowiskach medycznych, ani prawniczych. Zaświadcza o tym najlepiej przypadek rodziny, w której w odstępie kilku lat urodziło się dwoje dzieci z ewidentnym ZRP w postaci wrodzonego przerostu nadnerczy, a którym przypisano płęć męską. Po narodzinach drugiego dziecka lekarz badający noworodka nie tylko błędnie określił płęć, ale również nie przeprowadził wywiadu rodzinnego (inna rzecz, że także rodzice milczeli na ten temat). Skutkiem tego kolejne dziecko zostało zakwalifikowane jako chłopięć, mimo że nie ma i nie powinno być od początku wątpliwości co do jego żeńskiej płci i tożsamości. Obecnie w stosunku do starszego z dzieci zakończyła się procedura korekty płci prawnej na żeńską, natomiast w stosunku do młodszego, obecnie trzyletniego, nie została jeszcze w ogóle zainicjowana. Póki co rodzice, starają się „zaczarować” rzeczywistość wierząc, że wszystko się „jakoś samo ułoży”.