

Jacek Karakulski, Justyna Pyłko¹

Wątpliwości konstytucyjne w zakresie sądowej procedury zmiany płci

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu są konstytucyjne podstawy sądowej procedury zmiany płci. Autorzy wskazują na problem kolizji wartości występujący na gruncie konstytucyjnym w przedmiocie procedury ukształtowanej orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz prawa do prywatności. Ustalona przez orzecznictwo grupa podmiotów legitymowanych biernie w omawianej procedurze budzi uzasadnione wątpliwości. Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego osoba transseksualna jest zmuszona pozwać swoich najbliższych krewnych: swoich rodziców, współmałżonka oraz dzieci. Autorzy uważają, że jest to nieproporcjonalne wkroczenie w prawo do prywatności osób transseksualnych. Jednym z postulatów wynikających z niniejszego tekstu jest ukształtowanie procedury sądowej zmiany płci w trybie nieprocesowym.

Słowa kluczowe: transseksualizm, prawo konstytucyjne, procedura sądowej zmiany płci, prawo do prywatności

1. Wprowadzenie

Praca ta ma na celu wyeksponowanie obiekcji dotyczących stosowanej obecnie procedury zmiany płci metrykalnej (prawnej). Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego² (dalej: SN) możliwe jest przeprowadzenie zmiany płci (i szerzej tożsamości) osoby

¹ Autorzy są studentami odpowiednio III i V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² Uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., sygn. III CZP 118/95, LEX nr 9240.

zainteresowanej na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.)³.

W pierwszej kolejności zaprezentowane zostanie skrótowo materialnoprawne i procesowe podłoże konstytucyjne żądania przez jednostkę prawnej zmiany jej płci oraz jedynie w niezbędnym zakresie zagadnienie chirurgicznej jej korekty. W dalszej części nastąpi przybliżenie rozwoju linii orzeczniczej w omawianym zakresie, w szczególności odniesienie się *ad meritum* do poglądu SN wyrażonego we wspomnianej uchwale (w składzie 3 sędziów) z 1995 r., iż pozwanymi winni być w przedmiotowej sprawie rodzice lub ustanowiony na ich miejscu kurator – co upowszechniło takową praktykę orzeczniczą sądów niższej instancji. Ponadto katalog podmiotów posiadających legitymację bierną w omawianym procesie został w 2013 r. poszerzony przez SN o współmałżonka i dzieci powoda⁴. Autorzy skupią się na przedstawieniu istniejących w tym zakresie kolizji na płaszczyźnie praw i wolności konstytucyjnych oraz zaprezentują odpowiednie postulaty *de lege ferenda*.

2. Konstytucyjne podstawy zmiany płci

2.1. Uwagi ogólne

Jak stanowi art. 30 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵ z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej: Konstytucja RP), przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło przysługujących mu praw i wolności. Oczywiście nie ulega wątpliwości, iż część z przyznanych jednostce przez Konstytucję RP praw jest mocniej związanych z godnością (tu chociażby prawo do prawnej ochrony życia – art. 38 Konstytucji RP) a niektóre zdecydowanie słabiej (jak prawo do składania petycji, wniosków i skarg – art. 63 Konstytucji RP). Toteż w tym miejscu zaznaczyć należy, iż im ściślej dane prawo lub wolność związane jest z nienaruszalną godnością istoty ludzkiej, tym bardziej ostrożnym należy być w zakresie ograniczania jednostce swobodnego z nich korzystania. Powyższe związane jest również z zakazem naruszania istoty praw i wolności – co wyrażone zostało *explicite* w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Istota prawa oceniana może być czysto abstrakcyjnie lub kazuistycznie. Zgodnie z już większościowym poglądem ulegać powinna ona dookreśleniu dopiero w oparciu o konkretny stan faktyczny⁶. Niemniej jednak, przy próbie bardziej abstrakcyjnego jej wyłączenia z zakresu danego prawa lub wolności, często przydatna może być perspektywa ulokowania jej źródła w godności z art. 30 Konstytucji RP. Uzasadnionym jest postawienie tezy, iż im bardziej zbliżamy się bezpośrednio do zakresu przedmiotowego art. 30 Konstytucji RP analizując konkretne prawo lub wolność, tym większe jest prawdopodobieństwo, że w danym stanie

³ Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296 z późn. zm.

⁴ Zob. wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013r., sygn. I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

⁵ Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.

⁶ Trybunał Konstytucyjny zdaje się podzielać ten pogląd. Zob. wyr. TK z dnia 12.01.1999r. w sprawie o sygn. P 2/98: „Wskazanie istoty prawa lub wolności powinno uwzględniać przy tym kontekst sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia danego uprawnienia”.

faktycznym (w określonych okolicznościach – również normatywnych) naruszenie tej sfery normowania prawa lub wolności będzie wiązało się z naruszeniem jego istoty.

Uprawnienie jednostki do żądania prawnego uznania dokonanej przez nią zmiany płci może wynikać z dwóch sytuacji niezgodności stanu faktycznego ze stanem prawnym. Pierwszą okolicznością, aktualizującą owe uprawnienie jednostki, jest istniejący błąd w dokumentach urzędowych polegający na tym, że jednostka od początku zakwalifikowana powinna zostać jako przynależąca do płci przeciwnej (zgodnie z istniejącymi w chwili urodzenia standardami wyznaczania płci dziecka). Drugą z nich jest sytuacja, w której jednostka dokonała całkowitej medycznej (w tym chirurgicznej) zmiany płci⁷.

Pierwsza nadmieniona wyżej sytuacja związana jest w opinii autorów z uprawnieniem jednostki wynikającym z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Zostanie to poruszone szerzej pod koniec niniejszego punktu opracowania, przy generalnym odniesieniu się do żądania przez jednostkę formalnej zmiany płci. W pierwszej kolejności warto bowiem przywołać materialnoprawne konstytucyjne podłoże dla dokonania fizycznej jej zmiany, w celu poszerzenia perspektywy istniejących dylematów dotyczących prawnego uznania przez władzę publiczną dokonanych zmian w rzeczywistości.

Druga wymieniona przesłanka zaktualizowania się omawianego uprawnienia związana jest z prawem podmiotowym do samostanowienia. Prawo to zostało wyrażone przede wszystkim w art. 47 Konstytucji RP *in fine*. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż owo fundamentalne prawo jednostki znajduje wyraz w szeregu innych norm konstytucyjnych. Przywołać w tym miejscu można choćby generalną (meta) zasadę wolności (z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP), czy też mającą charakter absolutny wolność sumienia (z art. 53 ust. 1 Konstytucji RP). Zdefiniować je można jako „prawo do życia własnym życiem, układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej”⁸. W zakresie omawianej autonomii mieści się również zdrowie każdego człowieka, które jest elementem jego życia osobistego, podlegającego ochronie prawnej i objętego gwarancją dysponowania tym dobrem według własnego uznania w myśl art. 47 Konstytucji RP⁹. Jakkolwiek byśmy uszczegółowili zakres normowania art. 47 Konstytucji RP *in fine*, z pewnością jest ono jednym z praw silniej związanych z zasadą godności z art. 30 Konstytucji RP.

2.2. Wokół zmiany płci biologicznej

W tym miejscu warto przystąpić do skrótowej analizy problematyki chirurgicznej ingerencji w fizyczne cechy płciowe jednostki, powiązanej immanentnie z prawem jednostki do samostanowienia. Oczywiście problem dotyczy również prawa do tożsamości płciowej, które ma swoje głębsze usadwienie w generalnej klauzuli godności istoty ludzkiej. Jednakże uznać należy, iż prawo do tożsamości płciowej ma charakter nieco bardziej wewnętrzny (związany ze sferą osobistej akceptacji i gotowości do pełnienia

⁷ Dokonanie chirurgicznej zmiany płci nie zawsze jest jednak uznawane za przesłankę konieczną do sądowej jej zmiany. Zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1978 r., sygn. III CZP 100/77, LEX nr 1104539.

⁸ Wyrok TK z dnia 11 października 2011 r., sygn. K 16/10, OTK 2011, nr 8 A, poz. 80.

⁹ *Ibidem*.

określonych funkcji społecznych). Prawo do samostanowienia nie ma charakteru absolutnego w sferze integralności cielesnej jednostki (a szerzej jej zdrowia). Oczywistym jest fakt, iż państwo ma prawo ograniczać pewne prawa i wolności jednostki w celu ochrony pewnych interesów całej wspólnoty budującej dobro wspólne (jakim jest Rzeczpospolita). Nie jest to jednak tak jasne w przypadku paternalistycznej chęci ochrony jednych praw na niekorzyść innych praw tej samej osoby. Zaznaczyć należy, iż jedynie w sposób wyjątkowy władza publiczna może ingerować w (bardzo szerokie) prawo jednostki do samostanowienia ze względu na potrzebę ochrony wartości, jakimi są inne jej prawa lub wolności. Jedyłą taką przesłanką ograniczania praw i wolności dającą się wprost powiązać z jednostką, której to prawa lub wolności są ograniczane, jest zdrowie publiczne *sensu largo*. Niezasadne jest powoływanie się wprost na prawo do ochrony zdrowia (z art. 68 ust. 1 Konstytucji RP) jednostki chcącej zmienić płeć, gdyż przesłanką wprowadzenia ograniczeń nie mogą być inne prawa lub wolności tej samej jednostki. Na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie powinny stanowić adekwatnej przesłanki usprawiedliwienia wprowadzania ograniczeń omawianych praw i wolności także ani moralność publiczna ani porządek publiczny, bowiem żaden organ władzy publicznej a tym bardziej społeczeństwo nie ma prawa arbitralnie decydować (odnosić się prawnie relewantnie) w kwestiach stanowiących tak istotną sferę autonomii jednostki. W związku z powyższym, można się zastanowić, czy w tej sytuacji nie można skutecznie powołać się jedynie na owo wspomniane zdrowie publiczne, które w szerokim ujęciu rozumiane może być jako chroniące jednostki przed zagrożeniami płynącymi od zewnątrz (zdrowie publiczne *sensu stricto*) jak i tymi pochodzącymi od niej samej – od wewnątrz (zdrowie publiczne *sensu largo*). Kazuistyczną ocenę możliwości ograniczenia prawa przeprowadzać mógłby sąd.

Zgoda sądu na samo dokonanie stosowanych zmian biologicznych służyłaby temu, aby nie dochodziło do zbyt daleko idącego szkodzenia sobie samej przez jednostkę. Pamiętać należy również, iż dokonanie zabiegu chirurgicznej zmiany płci przez osobę trzecią (w przypadku braku wykazania koniecznych przesłanek medycznych) jest *de lege lata* ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu¹⁰, na dokonanie którego jednostka samodzielnie nie może wyrazić zgody, w związku z czym przewidzenie odrębnego orzeczenia sądu w kwestii samej zgody na dokonanie zmian biologicznych może być tym bardziej pożądane. Oczywiście pochodną zapobiegania niezasadnej zmianie płci jest chęć przeciwdziałania woli uchylecia się od obowiązków publicznych (jak obowiązek wojskowy) lub chęci korzystania z warunków socjalnych przewidzianych dla płci przeciwnej (tu np. wcześniejsze przejście na emeryturę). Można zastanowić się również, czy dokonanie takiej zmiany (póki co jedynie fizycznej, a nie prawnej) w czasie trwania związku małżeńskiego i tak nie byłoby próbą obejścia przepisów prawnorodzinnych, czemu również przeciwdziałałoby wtedy takowe (wstępne) orzeczenie sądu.

W kontekście niniejszego opracowania warto przywołać pewną zawiśłą przed Sądem Kasacyjnym we Włoszech sprawę. W polskich realiach systemowych nie wydaje

¹⁰ Problem ten jest jednak jeszcze dyskutowany w nauce prawa karnego; zob. L. Lachowski, *Inne kontraty typy [w:] System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 501-502.

się możliwe do zaakceptowania stanowisko włoskiego Sądu w sprawie Massimiliano Marchesiego¹¹, w której stwierdził on, iż płeć jest kwestią odgrywania pewnych ról społecznych a nie zagadnieniem czysto biologicznym, w związku z czym zezwolił na zmianę płci metrykalnej bez przeprowadzenia chirurgicznej zmiany płci biologicznej. Sytuacja ta doprowadza do tego, iż będąca w świetle prawa kobietą Sonia Marchesi (wcześniej Massimiliano Marchesi) dalej posiada cechy płciowe męskie i o ile kuracja hormonalna nie uczyniła jej bezpłodną, to może ona skutecznie zapłodnić inną kobietę. Sprawa ta przywołana zostaje ze względu na fakt, iż w niej również sąd oparł się na zasadzie godności człowieka (która jest punktem wyjścia dla całokształtu przedstawianych tu rozważań) i z niej wywiódł szereg konstatacji, z których najistotniejszą (a zarazem najbardziej kontrowersyjną) zdaje się być ta o niedopuszczalności uniemożliwienia formalnej zmiany płci ze względu na odmowę poddania się przez petenta zabiegowi chirurgicznemu z powołaniem się na względy zdrowotne.

Na kanwie tej włoskiej sprawy tym bardziej uzasadnione wydaje się stwierdzenie, iż godność istoty ludzkiej (przynajmniej tej o której mowa w art. 30 Konstytucji RP¹²) winna być w kontekście zmiany płci rozumiana jako bezwzględne prawo jednostki do wewnętrznego ustalenia własnej tożsamości płciowej oraz względne (uzależnione jedynie od jej stanu cywilnego oraz fizycznej zmiany cech płciowych) prawo jednostki do żądania formalnej zmiany płci. Tylko tak rozumiane prawo do tożsamości płciowej (oraz szerzej prawo do samostanowienia) zdaje się wynikać z treści art. 30, art. 31 ust. 1 i 2 oraz art. 47 Konstytucji RP. Reasumując, należy zdecydowanie odróżnić prawo do tożsamości płciowej (oraz prawo do płci) od prawa do prawnego uznania tej tożsamości.

Na koniec rozważań o materialnoprawnej problematyce zmiany płci w zakresie regulacji konstytucyjnej zwróćmy uwagę na jeszcze jedno zagadnienie. Zauważmy, iż występujący tu konflikt wartości, biorąc pod uwagę płaszczyznę ewentualnej karnoprawnej odpowiedzialności lekarza za dokonanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, cechuje się więcej niż jedną relacją kolizyjną. Przywołać w tym miejscu należy konflikt pomiędzy prawem do samostanowienia jednostki, wartością jaką jest zdrowie publiczne *sensu largo* oraz będące z brzegu prawa i obowiązki chirurga, mogącego ponosić ewentualną odpowiedzialność karną za dokonanie „nielegalnego” zabiegu. To ostatnie winno zależeć od sposobu rozwiązania kolizji wartości wymienionych w pierwszej kolejności. Kolizja ta z pewnością może być rozwiązana na korzyść prawa jednostki do samostanowienia. Niemniej jednak zasadnym jest przyjęcie, aby to bezstronny sąd każdorazowo oceniał, czy w danej sytuacji zasadnym jest przyjęcie takiego wyważenia. Niewątpliwie w interesie całego społeczeństwa jest to, aby płeć metrykalna odpowiadała płci fizycznej jednostki. Co najistotniejsze w kontekście materialnoprawnych podstaw dokonania i formalizacji zmiany płci jednostki, wszystkie te uprawnienia związane

¹¹ <http://www.rp.pl/Swiat/307219817-Moze-byc-ojcem-i-moze-byc-kobieta.html#ap-1>, 30.04.2017.

¹² Autor zdaje sobie sprawę z szerokiego pozatekstualnego znaczenia art. 30 Konstytucji RP, warunkowanego jego prawnonaturalnym charakterem; niemniej jednak zasadnym jest przyjęcie różnego do pewnego stopnia rozumienia godności w różnych porządkach prawnych jednakowo osadzonych w europejskiej kulturze (chrześcijańskiej).

są bardzo silnie z godnością człowieka, której istotnym elementem jest dbałość o jego integralność fizyczną i psychiczną. Regulacja ustawowa normująca tak newralgiczną kwestię, jak prawna możliwość dokonania omawianych modyfikacji, musi być tworzona mając uwadze ryzyko naruszenia art. 30 Konstytucji RP, istoty wymienionych już praw i wolności oraz nieproporcjonalnego ich naruszenia. Na marginesie warto zaznaczyć, iż integralność seksualna człowieka oraz jego poczucie przynależności do danej płci stanowią dobra osobiste podlegające ochronie na gruncie prawa cywilnego¹³ (art. 23 i 24 k.c.). Dobro osobiste, będące pojęciem ustawowym, przez doktrynę prawa cywilnego dość silnie wiązane jest właśnie z godnością¹⁴.

2.3. Wokół zmiany płci metrykalnej

Żądanie formalnej (prawnej) korekty płci jednostki jest jedynie pochodną jej uprawnienia do kształtowania własnej tożsamości płciowej i finalnie dokonania fizycznej zmiany płci. „Artykuł 51 ust. 4 mówi o szczególnym uprawnieniu wynikającym z ogólnej zasady art. 47 Konstytucji, obejmującej prawo do przedstawiania/kształtowania swego publicznego obrazu, rysującego się na tle danych zebranych przez władzę”¹⁵. Zbieżność biologicznej płci jednostki z figurującymi w dokumentach danymi jest wręcz dalej idąca aniżeli tylko publiczny obraz jednostki o jakim mówi TK. Skoro płeć prawna jednostki oddziałuje na szereg jej uprawnień i obowiązków – co wiąże się również z ogólnospołecznym interesem do prawidłowego jej ustalenia – to jednostka ma uzasadniony interes, aby żądać sprostowania wszelkich nieprawidłowości w tym zakresie. System prawny demokratycznego państwa prawnego (jaki wynika z art. 2 Konstytucji RP) powinien każdorazowo odpowiednio reagować na zaistniałe niezgodności pomiędzy obiektywnie istniejącym stanem faktycznym oraz prawnym jego odzwierciedleniem. Oczywiście zasada ta, między innymi w imię pewności prawa, może podlegać ograniczeniom (w szerszym kontekście chociażby terminy prekluzyjne na wznowienie postępowania¹⁶); niemniej jednak w sytuacji tak newralgicznej sfery prywatnej jednostki, jaką jest jej prawo to tożsamości (również płciowej), przez wzgląd na godność istoty ludzkiej, nie sposób jest odmówić jej żądania sprostowania jej danych metrykalnych. Jediną podstawą ograniczenia tego uprawnienia, hipotetycznie, mógłby być stan cywilny jednostki.

¹³ Postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91, LEX nr 519375.

¹⁴ Zob. m.in. P. Machnikowski, *Komentarz do art. 23 k.c.* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2016, Legalis.

¹⁵ Tak co prawda w innym od omawianego kontekście TK w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK 2005, nr 11 A, poz. 132.

¹⁶ Zob. m.in. wyrok TK z dnia 22 września 2015r., sygn. SK 21/14, OTK 2015, nr 8 A, poz. 122: „Zdaniem Trybunału, pięcioletni termin prekluzyjny jest rozwiązaniem przydatnym w świetle zakładanych przez prawodawcę celów. (...) Przechodząc do oceny niezbędności ograniczenia Trybunał stwierdził, że prawo do wznowienia postępowania cywilnego (...) nie może pozostać nieograniczone w czasie z uwagi na konstytucyjny nakaz ochrony praw nabytych, praw majątkowych i niemajątkowych oraz prawa do sądu. (...) Wyrok Trybunału nie podważa przydatności i niezbędności pięcioletniego terminu na wniesienie skargi o wznowienie postępowania cywilnego. Trybunał Konstytucyjny stwierdził jedynie, że w wypadku, o którym mowa w sentencji niniejszego wyroku, pięcioletni ustawowy termin prekluzyjny stanowi rozwiązanie nadmiernie obciążające adresata wyroku ETPC”.

W tym kontekście przywołany powinien zostać wzgląd na ochronę życia rodzinnego, ustalonych praw drugiego współmałżonka, skorelowane z (dyskusyjnym) poglądem o niedopuszczalności związków małżeńskich osób tej samej płci wynikającym z art. 18 Konstytucji RP. Tylko tak ujęty kontekst normatywny pozwala na stwierdzenie dopuszczalności ograniczenia uprawnienia jednostki do sprostowania nieprawdziwych danych, bowiem zmiana taka prowadziłaby wtedy do powstania stanu nielegalności związku małżeńskiego, do czasu ewentualnego stwierdzenia jego nieważności (z pominięciem wszelkich praw współmałżonka do podtrzymania związku małżeńskiego, które nie są brane pod uwagę w tym procesie).

Jedną z konstytucyjnych gwarancji ochrony praw i wolności jest podmiotowe prawo jednostki do sądu. Jak stanowi Konstytucja RP w art. 77 ust. 2 ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Owa funkcja ochronna art. 45 Konstytucji RP – mająca na celu umożliwienie dochodzenia przez jednostkę swoich praw lub wolności przed niezależnym sądem i niezawisłym sędzią – stanowi jądro tego prawa (w zakresie dostępu do sądu)¹⁷. Zarówno w przypadku fizycznej zmiany płci, jak i w sytuacji wystąpienia błędu w metryce urodzenia, jednostka posiada uzasadnione żądanie sprostowania (zmiany) jej płci prawnej. W przypadku chirurgicznej zmiany płci, osoba transseksualna swoje uprawnienie do żądania respektowania tej zmiany przez państwo, wywodzić powinna z zasady godności (art. 30 Konstytucji RP), przywołanej związkowo z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). To właśnie prawo do tożsamości płciowej (skorelowane na płaszczyźnie stanu faktycznego z dokonaną zmianą płci biologicznej, będącą korzystaniem z wynikającego z art. 47 Konstytucji RP *in fine* prawa do samostanowienia), połączone z obowiązkiem respektowania przez państwo prawa zmian zachodzących w świecie – o ile wynikają one właśnie z korzystania przez jednostkę z przyznanych jej uprawnień (*vide* art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji RP i art. 47 Konstytucji RP *in fine*) a nie stanowią postępowania *contra legem* – dają materialnoprawną podstawę żądania przez jednostkę prawnego uznania tej zmiany. Po pierwsze dzieje się tak w celu jak najpełniejszego umożliwienia dostosowania regulacji normatywnych do (rzeczywistych cech) podmiotu prawa tak, aby nie naruszano godności istoty ludzkiej. Po drugie, przyjęcie przeciwnych założeń (o braku prawa podmiotowego do żądania korekty płci metrykalnej) będzie prowadziło do powstania swoistej pułapki prawnej (przez co naruszony zostałby art. 2 Konstytucji RP). Pułapka ta polegała by na tym, iż jednostka korzystająca z uprawnienia do dokonania stosownych zmian fizycznych we własnym ciele – z uwagi na istniejące ku temu przesłanki medyczne – decyduje się na to, lecz zarazem pogodzić musi się z ewentualnym brakiem respektowania tej zmiany przez system prawa (poprzez co zastosowanie do niej będą znajdować w rzeczywistości nieadekwatne normy prawne – chociażby wiek emerytalny) oraz szeregiem innych niedogodności mogących mieć charakter nieproporcjonalnego wkroczenia w jej prawa lub wolności, czy to na płaszczyźnie horyzontalnego, czy wertykalnego ich oddziaływania. W przypadku istniejącego *ab initio* (w perspektywie oceny prawidłowości postępowania lekarza w kwestii określenia płci

¹⁷ Tak też M. Florczak-Wątor, *Prawo do sądu jako prawo jednostki i jako gwarancja horyzontalnego działania praw i wolności*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 2016, nr 3, s. 53.

dziecka po jego urodzeniu) błędu co do wpisanej płci metrykalnej, żądanie jednostki może wynikać już wprost z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP. Przepis ten statuuje bezpośrednio prawo do żądania sprostowania nieprawdziwych informacji widniejących w dokumentach urzędowych – z jaką w tej sytuacji z pewnością mamy do czynienia. Jak już zostało wspomniane, podstawowym konstytucyjnym instrumentem służącym jednostce w celu dochodzenia naruszenia jej praw (jeśli organy państwa nie chcą uznać zaszłej zmiany), jest sądowe ich dochodzenie.

W ramach prawa do sądu z art. 45 Konstytucji RP powszechnie wyodrębnia się prawo do odpowiedniego ukształtowania postępowania. Istotnym komponentem tego prawa jest tzw. sprawiedliwość proceduralna. „W świetle dotychczasowych wypowiedzi TK można przyjąć, że sprawiedliwość proceduralna stanowi w istocie odzwierciedlenie nakazu takiego ukształtowania rozwiązań procesowych, aby zapewniały one, że sprawa zostanie należycie i sprawiedliwie rozpoznana, z poszanowaniem uprawnień stron i uczestników postępowania, które powinny być traktowane w sposób podmiotowy”¹⁸. Uszczegółowić należy to pojęcie w oparciu o generalny nakaz podmiotowego traktowania człowieka (zakaz uprzedmiotowienia) z art. 30 Konstytucji RP. Jednostka ma prawo korzystać ze wszystkich przyznanych jej praw i wolności w prawnie dopuszczalnych granicach. Skoro więc jednostka dysponuje prawem do prywatności (art. 47 Konstytucji RP) oraz posiada podmiotowe (względne) prawo do prawnego uznania zmiany płci, to należy przeanalizować, czy obecna regulacja (a raczej praktyka orzecznicza) dopuszczająca owe prawne uznanie jedynie w postępowaniu procesowym, nie narusza w rzeczywistości nieproporcjonalnie pierwszego z wymienionych praw (wątek ten szeroko omówiony zostanie w pkt. 4 pracy).

Podsumowując, nie powinno budzić większych wątpliwości istnienie pochodnego od istniejącej rozbieżności między płcią biologiczną (fizyczną) a płcią metrykalną, prawa jednostki do respektowania przez władzę państwową rzeczywistości jej płci. Również Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) opowiada się za wynikaniem prawa tożsamości płciowej z prawa do poszanowania życia prywatnego z art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁹ (dalej: EKPC). Jak twierdzi ETPC osobista autonomia jednostki, w ramach której mieści się jej prawo do określania własnej tożsamości, jest fundamentem art. 8 EKPC²⁰. Oczywiście prawo do prywatności na gruncie konwencyjnym – tak samo jak na płaszczyźnie Konstytucji RP – nie ma charakteru absolutnego²¹. Jednakże, co istotne z perspektywy niniejszej pracy, z punktu widzenia EKPC stwierdzić należy obowiązek państwa zagwarantowania określonej procedury nadającej doniosłość prawną dokonanej korekcie zmiany płci²².

¹⁸ P. Grzegorzczak, K. Weitz, *Komentarz do art. 45 Konstytucji* [w:] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1–86*, Warszawa 2016, Legalis i przywołane tam orzecznictwo.

¹⁹ Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284.

²⁰ Zob. wyrok ETPC z dnia 12 czerwca 2003 r., 35968/97, Van Kück przeciwko Niemcom, HUDOC.

²¹ Art. 8 ust. 2 EKPC *in extenso*.

²² Tak ETPC w wyroku z dnia 16 lipca 2014 r., 37359/09, Hämaläinen przeciwko Finlandii, HUDOC: „Trybunał rozpatrywał już kilka spraw dotyczących braku prawnego uznania płci po operacji korekty

3. Rozwój aktualnej praktyki orzeczniczej

W prawie polskim nie istnieje definicja legalna płci. W doktrynie przeważa stanowisko uznające ją za element stanu cywilnego człowieka, taki jak imię, nazwisko, miejsce i data urodzenia²³. Niewątpliwie płeć jest pojęciem relewantnym prawnie – przynależność do poszczególnej płci ma znaczenie chociażby w prawie pracy (regulującym np. kwestie związane z okresem okołoporodowym), prawie ubezpieczeń społecznych (różnicującym wiek przejścia na emeryturę dla kobiet i mężczyzn), a zwłaszcza w prawie cywilnym i rodzinnym, w których ma wpływ nie tylko na możliwość zawarcia małżeństwa, ale także na dochodzenie pewnych praw stanu cywilnego. Jak już było wspomniane powyżej, w cywilistyce przynależność do poszczególnej płci traktowana jest także jako dobro osobiste konkretnego człowieka, podlegające prawnej ochronie²⁴.

Pomimo iż metrykalna zmiana płci wywołuje tak znaczące konsekwencje w sferze prawnej człowieka, to w polskim porządku prawnym nie została przewidziana regulacja jej procedury, co już od lat 60. wywołuje kontrowersje w zakresie sposobu jej przeprowadzenia. Główny problem dotyczy podstawy prawnej takiej zmiany – część doktryny uważa, że należałoby ją przeprowadzać w drodze sprostowania aktu urodzenia na podstawie Ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego, inni – że procedura jej zmiany powinna polegać na dokonaniu wzmianki dodatkowej w akcie urodzenia po uzyskaniu wyroku sądu powszechnego, w wyniku powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 k.p.c. Inne kontrowersje dotyczą tego, czy orzeczenie w sprawie zmiany płci ma skutek *ex nunc* czy *ex tunc* oraz tego, kto jest legitymowany biernie w przypadku zmiany płci w drodze powództwa o ustalenie.

Praktykę zmiany płci w drodze sprostowania aktu urodzenia zapoczątkowało pierwsze orzeczenie w tego typu sprawie – wyrok z dnia 24 września 1964 r. Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy²⁵, w którym stwierdzono, że zagadnienie zmiany dotychczasowej treści aktu stanu cywilnego na skutek zmiany płci należy rozstrzygnąć *per analogiam* na zasadzie art. 26 ust. 3 prawa o aktach stanu cywilnego²⁶, dotyczącego prostowania aktu urodzenia, z tą różnicą, że takie sprostowanie miałoby mieć skutek

płci (zob. np.: Christine Goodwin przeciwko Wielkiej Brytanii [Wielka Izba], wyrok cytowany powyżej; Van Kück przeciwko Niemcom, nr 35968/97, ETPCZ 2003VII; Grant przeciwko Wielkiej Brytanii, wyrok cytowany powyżej; oraz L. przeciwko Litwie, wyrok cytowany powyżej, § 56). Trybunał, przyznając Państwu pewien margines oceny w tym zakresie, uznał, że Państwa są zobowiązane, zgodnie z ich pozytywnym obowiązkiem wynikającym z art. 8, uznać zmianę płci u osób transseksualnych, które przeszły operację poprzez między innymi umożliwienie zmiany danych dotyczących ich stanu cywilnego²⁷ (tłumaczenie dokonane przez Trybunał Konstytucyjny).

²³ Tak m.in. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 143.

²⁴ Tak m.in. K. Osajda, *Cywilnoprawne aspekty zmiany płci u transseksualistów* [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa: aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 197; *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 87. Również w judykaturze wskazuje się, że płeć to dobro osobiste podlegające ochronie; zob. m.in. postanowienie SN z 22 marca 1991 r., sygn. III CRN 28/91, LEX nr 9052.

²⁵ Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z dnia 24 września 1964 roku, sygn. akt II Cr 515/64, LEX nr 1726970.

²⁶ Dekret – Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia 8 czerwca 1955 (Dz.U. nr 25 poz. 151).

ex nunc. Do stanowiska tego przychylił się następnie Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 25 lutego 1978 r., który ponadto stwierdził, że stosowne sprostowanie aktu urodzenia może nastąpić także przed poddaniem się operacyjnym zabiegom zewnętrznym narządów płciowych, o ile „cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny”²⁷. Zdaniem Sądu Najwyższego w takim przypadku zastosowanie znajduje tryb nieprocesowy sprostowania aktu cywilnego, ponieważ tryb procesowy, zgodnie z zasadą dwustronności, wymaga istnienia dwóch przeciwstawnych podmiotów – natomiast w przypadku zmiany płci brak jest drugiej strony. Jako że zgodnie z art. 26 prawa o aktach stanu cywilnego o sprostowaniu aktu sąd miał orzekać „w razie błędnego lub nieścisłego jego sporządzenia”²⁸, a w przypadku zmiany płci akt ten został sporządzony zgodnie ze stanem rzeczywistym (który to dopiero następnie uległ zmianie), przepisy te zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego miały znaleźć zastosowanie nie wprost, ale *per analogiam*.

Zmiana powyższego stanowiska nastąpiła w drodze uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.²⁹, w której stwierdzono, że sprostowanie aktu urodzenia może nastąpić jedynie w przypadku błędnego lub nieścisłego zredagowania tego aktu, które to było błędne lub nieścisłe od samego początku, zaś samo występowanie transseksualizmu takiej podstawy nie daje. Nie można zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, ujawniać późniejszych zmian w trybie sprostowania, a „funkcjonująca w tym zakresie praktyka sądowa stwarza zagrożenie dla porządku prawnego”. Sąd Najwyższy wyraził ponadto w uzasadnieniu kategorię stanowisko że „żaden inny przepis nie przewiduje możliwości tzw. sądowej zmiany płci”. W odniesieniu do treści tego orzeczenia pojawiły się pewne wątpliwości co do rzeczywistego jego znaczenia – czy w ogóle wyklucza ono możliwość sprostowania aktu urodzenia w przypadku transseksualizmu, czy jedynie stwierdza, że jest to niemożliwe przed dokonaniem chirurgicznego zabiegu korekcyjnego.

Orzeczenie to spotkało się z żywym zainteresowaniem doktryny i było różnie komentowane. M. Filar w głosie aprobującej wyrażał przekonanie o niepodzielności „stanu cywilnego” osoby, uzasadniając ponadto trafność komentowanego orzeczenia deklaratoryjnym charakterem aktów stanu cywilnego³⁰. Z. Radwański co do zasady zgodził się z orzeczeniem Sądu Najwyższego, wskazując jednocześnie na możliwość stosowania w takich wypadkach art. 189 k.p.c. w zw. z art. 23 i 24 k.c.³¹ J. Pisuliński krytycznie odniósł się do wskazywanej w uchwale niemożliwości analogicznego zastosowania art. 31 prawa o aktach stanu cywilnego³² oraz również wskazał (w przypadku podzielenia poglądu wyrażonego w orzeczeniu Sądu Najwyższego) na alternatywną możliwość rozwiązania problemu poprzez zastosowanie żądania ustalenia

²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1978 r., sygn. III CZP 100/77, LEX nr 1104539.

²⁸ Dekret – Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia 8 czerwca 1955 (Dz.U. nr 25 poz. 151).

²⁹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 roku, sygn. akt III CZP 37/89, LEX nr 3502, uchwała ta ma moc zasady prawnej.

³⁰ M. Filar, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, PiP 1990, nr 10, s. 116-118.

³¹ Z. Radwański, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, OSP 1991 z. 2 poz. 35.

³² Prawo o aktach stanu cywilnego z dnia z dnia 29 września 1986 r. (Dz.U. nr 36 poz. 180).

prawa do płci (uznając poczucie przynależności do płci za dobro osobiste) na ogólnych zasadach z art. 189 k.p.c.³³

Poglądy doktryny dotyczące możliwości dokonywania zmiany płci w drodze powództwa z art. 189 k.p.c. znalazły wyraz w postanowieniu z 22 marca 1991 r.³⁴, w którym Sąd Najwyższy uznał, że poczucie przynależności do określonej płci jest dobrem osobistym i z tego też względu zmiana płci może dokonywać się przy wykorzystaniu instytucji wzmianki dodatkowej w aktach stanu cywilnego³⁵. Podstawą zamieszczenia takiej wzmianki może być prawomocne orzeczenie sądu, wydane w wyniku wytoczenia powództwa o ustalenie dobra osobistego, jakim jest owo poczucie przynależności do płci (art. 189 k.p.c.). SN wskazuje na interes prawny w uzyskaniu obiektywnej ochrony wobec niepewności stanu prawnego lub prawa jako na podstawę takiego powództwa. Wyrok ustalający powinien w danym przypadku, zdaniem Sądu Najwyższego, działać ze skutkiem *ex nunc*.

Jednoznaczne przesądzenie w orzecznictwie, że to powództwo o ustalenie jest właściwą drogą zmiany płci metrykalnej, otworzyło problem legitymacji biernej w tym postępowaniu. W uchwale z 1995 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że legitymacja bierna przysługuje w takim przypadku rodzicom powoda, a gdy rodzice Ci nie żyją – pozwanym powinien być kurator ustanowiony przez sąd³⁶. Takie rozstrzygnięcie SN oparł na analizie obowiązujących przepisów w sprawach dotyczących praw stanu, w których stronami są zazwyczaj osoby związane odpowiednimi stosunkami prawnorodzinnymi, tak jak np. małżonkowie w procesie o rozwód, czy też rodzice i dzieci w procesie o ustalenie ojcostwa. Powyższe stanowisko SN zostało skrytykowane przez J. Ignatowicza³⁷. Stwierdził on, że niewłaściwe jest powoływanie się na zasady rządzące dochodzeniem stanu cywilnego, ponieważ stanowi on przedmiot tzw. spraw stanu cywilnego, regulujących sytuację prawną człowieka w rodzinie, która to sytuacja charakteryzuje się wzajemnością – prawu jednego z członków rodziny odpowiada prawo drugiego. W przypadku płci zaś, mamy do czynienia z prawem składającym się na stan osobisty człowieka, pozbawionym przymiotu owej wzajemności – gdzie zainteresowanym w funkcjonowaniu tego prawa jest jedynie podmiot dokonujący zmiany płci. Jak zauważył J. Ignatowicz, rodzice nie mają interesu prawnego dotyczącego realizowania przez ich dziecko prawa do płci, a ich faktyczne zainteresowanie ma charakter raczej interesu uczuciowego czy też moralnego. Z tego też względu (tj. braku podmiotu posiadającego przeciwny interes) J. Ignatowicz sprzeciwia się dokonywaniu zmiany płci w postępowaniu procesowym, a jako właściwy tryb wskazuje tryb sprostowania aktu urodzenia na podstawie art. 31 prawa o aktach stanu cywilnego.

³³ J. Pisuliński, *Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r. III CZP 37/89*, PiP 1991, nr 6, s. 112–116.

³⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 1991 roku, sygn. akt III CRN 28/91, LEX nr 519375.

³⁵ Art. 21 Ustawy z dnia 29 września 1986 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (tekst jednolity Dz.U. 2011 poz. 212).

³⁶ Uchwała SN z dnia 22 września 1995 r., sygn. akt III CZP 118/95, OSNC nr 1/1996, poz. 7, LEX nr 9240.

³⁷ J. Ignatowicz, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., III CZP 118/95.*, OSP 1996, z. 4 poz. 78.

W wyroku z dnia 6 grudnia 2013 r.³⁸ SN skorygował swoje stanowisko i stwierdził, że po stronie pozwanej (poza rodzicami – w przypadku ich pozwania) powinni wystąpić nierozwiedziony małżonek oraz dzieci osoby zmieniającej płeć. Uwagi do wspomnianego stanowiska SN przedstawione zostaną w dalszej części niniejszego opracowania. Z kolei w postanowieniu z dnia 7 marca 2016 r.³⁹, dotyczącym precedensowej sprawy urodzenia dziecka przez osobę o męskiej płci prawnej, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu uznał, że transseksualista, który zmienił płeć na męską, w przypadku urodzenia dziecka po dokonaniu zmiany płci prawnej, powinien być wpisany do aktu urodzenia dziecka jako jego matka. Jako że tezy i argumentacja zawarte w powyższych orzeczeniach ściśle łączą się z zagadnieniem dobra dziecka to zostaną one szerzej omówione w części dotyczącej tej problematyki.

4. Ograniczenie prawa do prywatności?

Osoby transseksualne, chcące dokonać zmiany płci metrykalnej, niejednokrotnie postrzegają sądową procedurę jej zmiany jako wywołującą znaczny dyskomfort psychiczny i przysparzającą im cierpienie, przede wszystkim ze względu na konieczność pozwania w tym celu własnych rodziców. Sytuacja ta jest szczególnie trudna dla tych osób, które nie utrzymują kontaktów z rodziną, zwłaszcza jeżeli rodzice nie zdają sobie sprawy z ich transpłciowości, bądź gdy owa odczuwana tożsamość płciowa stanowi zarzewie konfliktów rodzinnych.

Wyrażany jest niekiedy pogląd, że przyjęta w orzecznictwie procedura sądowej zmiany płci narusza prawo do prywatności osób transseksualnych poprzez to, że obliguje je do ujawnienia faktu zmiany płci swoim rodzicom⁴⁰. Należałoby się zatem zastanowić, czy rzeczywiście z prawa do prywatności można wywodzić prawo do utrzymania w tajemnicy faktu dokonania zmiany płci i w przypadku odpowiedzi twierdzącej, czy takie prawo przysługiwałoby także wobec osób najbliższych.

Art. 47 Konstytucji RP wyraża prawo do ochrony prawnej życia prywatnego. W doktrynie twierdzi się, że sfera życia prywatnego obejmuje te okoliczności, co do których występuje prymat interesu jednostki nad interesem publicznym i że najłatwiej opisać pojęcie życia prywatnego od strony negatywnej – jako przeciwieństwo życia publicznego, tj. obszaru zaangażowania jednostki w działalność społeczną, polityczną etc.⁴¹ Nie ulega żadnej wątpliwości, że tożsamość płciowa jednostki i fakt zmiany płci są okolicznościami ściśle dotyczącymi życia prywatnego, osobistego jednostki i co do zasady nie wiążą się z jej zaangażowaniem w życie publiczne.

³⁸ Wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 r., sygn. I CSK 146/13, LEX nr 1415181.

³⁹ Postanowienie SA we Wrocławiu z 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15 z głosem M. Boratyńskiej, PiM 4/2016, s. 131 i n.

⁴⁰ M. Szeroczyńska, *Procedura zmiany płci prawnej transseksualistów a ochrona prawa do życia prywatnego w prawie polskim i zagranicznym*, SP 2009, z. 1-2, s. 260.

⁴¹ M. Wild, *Komentarz do art. 47 Konstytucji* [w:] M. Safjan, L. Bosek, *Konstytucja RP. Tom I, Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016, Legalis.

Podkreśla się także, że prywatność obejmuje także autonomię informacyjną jednostki, w ramach której każdy może decydować o zakresie udostępnianych informacji o swoim życiu⁴², a z art. 47 Konstytucji RP wynika roszczenie o zachowanie w tajemnicy pewnych informacji o sobie⁴³. Należy zauważyć, że informacja o tym, że dana osoba jest w trakcie procedury zmiany płci, jest nie tylko informacją ściśle związaną z życiem prywatnym tej osoby, ale także, w świetle uznawania transseksualizmu za zaburzenie⁴⁴, informacją o stanie zdrowia tej osoby. Są to zatem dane szczególnie wrażliwe, których ochrona powinna być bardziej intensywna.

Przyznanie rodzicom legitymacji biernej nie jest jedynie ujawnieniem faktu zmiany płci, ale także umożliwia rodzicom osoby zmieniającej płeć aktywne uczestnictwo w procesie, wyrażanie swojego (często negatywnego) stanowiska w tym zakresie poprzez składanie pism procesowych (art. 127 i 207 k.p.c.) czy też zapoznawanie się ze szczegółami dotyczącymi procedury tej zmiany (art. 9 k.p.c.). Wskazane uprawnienia rodziców osoby zmieniającej płeć stanowią zarazem wkroczenie w sferę prywatności osoby dokonującej tej zmiany, która ma uzasadniony interes, aby cała jej procedura (zarówno terapia hormonalna, zabiegi chirurgiczne jak i procedura sądowa) pozostawała poza zainteresowaniem osób, co do których nie istnieje konieczność ich zaangażowania.

Jako że prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego, to należy rozważyć, czy owa ingerencja w to prawo (polegająca na konieczności pozwania rodziców) jest usprawiedliwiona, tj. czy spełnia ona wymogi proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Zgodnie z treścią art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wartościami ze względu na które można ograniczać prawa i wolności jednostki są: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i prawa innych osób. Spośród wymienionych wartości jedynymi mogącymi znaleźć zastosowanie we wskazanym przypadku są ewentualne prawa i wolności rodziców osoby dokonującej zmiany płci. Trudno jednak doszukać się jakiegokolwiek interesu prawnego rodziców osoby zmieniającej płeć do uczestniczenia w procesie, a tym bardziej powiązać taki interes z ich konstytucyjnymi prawami i wolnościami. Wątpliwości dotyczące interesu rodziców powoda w przydzielaniu im statusu osoby pozwanej w procesie o ustalenie płci zostało wyrażone w przywoływanym już orzeczeniu SN z 6 grudnia 2013 r., w którym SN zauważył, że płeć dziecka nie ma znaczenia dla treści praw i obowiązków rodziców wobec niego i odwrotnie. Wobec powyższego należałoby uznać, że przyjęta w drodze orzecznictwa ścieżka sądowej zmiany płci w nieuzasadniony, nieusprawiedliwiony żadnymi konstytucyjnymi wartościami sposób ogranicza prawo do prywatności osoby dokonującej tej zmiany.

Odmienne uwagi należy poczynić w odniesieniu do legitymacji biernej nierozwiedzionego małżonka i dzieci osoby zmieniającej płeć, które w świetle wyroku SN z 6 grudnia 2013 r. także powinny zostać pozwane przez osobę transseksualną

⁴² Wyrok TK z 19 maja 1998 r., sygn. U 5/97, OTK 1998 nr 4, poz. 46.

⁴³ M. Wild, *Komentarz do art. 47 Konstytucji...*

⁴⁴ Światowa Organizacja Zdrowia w obowiązującej wersji Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych opisuje transseksualizm jako zaburzenie tożsamości płci, zob. <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2016/en#/F60-F69>, 31.04.2017.

w procesie o ustalenie płci. Jak zauważył SN we wskazanym wyroku, o ile płeć człowieka nie ma znaczenia dla jego praw i obowiązków wobec krewnych, to ma ona znaczenie dla zdolności do zawarcia związku małżeńskiego i rodzicielstwa. Toteż, jeżeli w przypadku biernej legitymacji rodziców transseksualisty trudno było doszukać się wartości uzasadniających ograniczenie jego prawa do prywatności, to już interes taki można znaleźć w przypadku legitymacji jego nierozwiedzonego małżonka i dzieci, który to interes powiązany jest z ich prawem do ochrony życia rodzinnego wyrażonym w art. 47 Konstytucji RP. Mogą jednak pojawić się wątpliwości dotyczące konstytucyjnej przesłanki konieczności takiego rozwiązania (polegającego na wymogu ich pozwania przez osobę transseksualną), biorąc pod uwagę, że owe interesy małżonka i dzieci dotyczące ochrony ich życia rodzinnego mogą zostać uwzględnione w procesie o rozwód, który z uwagi na wynikającą z art. 18 Konstytucji RP i art. 1 k.r.o. niemożliwość pozostawania w związku małżeńskim z osobą tej samej płci musi poprzedzać orzeczenie sądu o metrykalnej zmianie płci.

5. Dobro dziecka osoby transseksualnej

Jedną z wartości konstytucyjnych, które powinny zostać wzięte pod uwagę w rozważaniach dotyczących procedury zmiany płci prawnej, jest dobro dziecka osoby transseksualnej. Zasada dobra dziecka na gruncie konstytucyjnym wynika głównie z art. 72 Konstytucji RP. Dobro dziecka z pewnością nie powinno być bezwzględną barierą dla możliwości korzystania przez jednostkę z jej prawa do samostanowienia w omawianym zakresie. Niemniej jednak są sytuacje, w przypadku których zarówno ustawodawca (na etapie tworzenia regulacji prawnej), jak i sąd (na etapie stosowania prawa) winni mieć wzgląd na art. 72 Konstytucji. Konieczne jest rozróżnienie dwóch sytuacji relevantnych z perspektywy dobra dziecka: pierwszej, w której zmiany płci prawnej dokonać chce osoba, która posiada już potomstwo oraz drugiej, w której osoba po zmianie płci metrykalnej z żeńskiej na męską rodzi dziecko.

W przypadku dziecka osoby zmieniającej płeć Sąd Najwyższy w przywoływanym już orzeczeniu z 2013 r. zauważył, że „ustalenie przynależności ojca albo matki dziecka do innej płci niż na to wskazuje wypełniona przez tę osobę rola w procesie poczęcia i narodzin ma zatem znaczenie dla dziecka, bo dotyczy osoby, od której przypisze się mu pochodzenie”, a przy wydawaniu wyroku ustalającego przynależność do płci „należy uwzględnić nie tylko dążenie transseksualisty do uzgodnienia przypisanej mu płci metrykalnej z psychicznym poczuciem płci, ale i okoliczności leżące po stronie dziecka, a mianowicie jego szeroko rozumianą gotowość do znalezienia się w takiej sytuacji, że w swoim rodzicu ma widzieć osobę innej płci, niż wypełniona przez tę osobę rola w procesie poczęcia i narodzin dziecka, a być może także w wychowaniu dziecka, na jakichś etapach jego życia”. Powyższy fragment uzasadnienia SN jest o tyle niezrozumiały, że sama metrykalna zmiana płci nie wpływa na wygląd, sposób zachowania się czy funkcjonowania w społeczeństwie osoby transseksualnej, a orzeczenie sądu wydawane jest już po przejściu przez nią kuracji hormonalnej, a niekiedy także zabiegów chirurgicznych (tym bardziej że mogą być one dokonywane w niektórych krajach bez

jakichkolwiek ograniczeń). Sama zmiana imienia i oznaczenia płci w dokumentach osoby transseksualnej nie sprawi, że dziecko „zacznie widzieć w rodzicu osobę innej płci”, gdyż tego typu zmiana w odbiorze rodzica może nastąpić raczej w trakcie dostosowywania jego wyglądu do płci odczuwanej, co następuje jeszcze przed wydaniem takiego orzeczenia. Orzeczenie sądu o ustaleniu płci ma zaś, zgodnie z konsekwentną linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, skutek *ex nunc*, zatem nie wpłynie ono na treść aktu urodzenia dzieci osoby transseksualnej urodzonych przed jego wydaniem i nie istnieją obawy, że wywoła ono skutek w postaci przypisania dziecku pochodzenia od dwóch matek lub dwóch ojców. Powyższe orzeczenie w omawianym zakresie skrytykowała M. Szeroczyńska, zauważając że „(...) wskazanie na konieczne przypozwanie dzieci powoda nie znajduje żadnego usprawiedliwienia prawnego, moralnego, a wręcz narusza prawo do prywatności transpłciowego rodzica, jak i jego dzieci (szczególnie w przypadku ich małoletniości), prowadzi do zaostrzenia konfliktów wewnątrz rodzinnych i zwiększenia obciążenia psychologicznego u osoby transpłciowej i jej dzieci, czego żaden system prawny nie może wprowadzać jako zasady procesowej⁴⁵”.

Odmierna sytuacja powstaje w przypadku urodzenia dziecka przez osobę transpłciową już po dokonaniu przez nią zmiany płci prawnej z żeńskiej na męską. Jako że w procedurze sądowej zmiany płci sądy często nie wymagają przeprowadzenia chirurgicznej operacji narządów płciowych, to urodzenie dziecka przez osobę o płci metrykalnej męskiej nie jest wykluczone, co więcej – przypadek taki wystąpił niedawno w Polsce i sprawił ogromne trudności urzędnikom, w wyniku czego dziecko nie posiadało aktu urodzenia przez ponad rok od dnia narodzin. Sprawa trafiła do Sądu Okręgowego, a ostatecznie do Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, który powoływanym już postanowieniem z dnia 7 marca 2016 r.⁴⁶ uznał, że transseksualista, który urodził dziecko, po zmianie płci na męską powinien zostać wpisany do aktu urodzenia tego dziecka jako jego matka. Sąd uzasadnił to twierdzeniem, że Kodeks rodzinny i opiekuńczy wywodzi macierzyństwo właśnie z faktu urodzenia dziecka. Orzeczenie powyższe zostało skrytykowane w głosie M. Boratyńskiej, która wskazała, że jest ono słuszne jedynie pod względem stwierdzenia, że z wystawieniem aktu urodzenia dziecka nie należy czekać do czasu wyjaśnienia kwestii płci prawnej rodzica we wznowionym postępowaniu o uzgodnienie jego płci⁴⁷. Zdaniem autorki ustawodawstwo w sprawie przynależności do określonej płci nie operuje kategoriami czysto biologicznymi, ale również prawnymi, stąd też sprowadzanie kobiecości do zdolności rozrodczych jest błędne.

Innym interesującym zagadnieniem, które powstało na kanwie tej sprawy, jest kwestia ewentualnej konieczności powrotu do pierwotnej (żeńskiej) płci metrykalnej przez osobę transseksualną, po urodzeniu przez nią dziecka. W literaturze problem ten rozważany był *in abstracto* jeszcze przed pojawieniem się medialnych relacji dotyczących

⁴⁵ M. Szeroczyńska, *Dzieci powstaną przeciw rodzicom – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 6 grudnia 2013 r. w sprawie I CSK 146/13*, <http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=301377d6f91551c76bdeceb505896fd2d31b918e-d3>, 30.04.2017.

⁴⁶ M. Boratyńska, *Glosa do Postanowienia SA we Wrocławiu z 7 marca 2016 r., sygn. I ACa 1830/15*, PiM 4/2016, s. 131 i n.

⁴⁷ *Ibidem*, s. 142.

powyższego kazusu. J. Ostojka wyraziła postulat, aby w przypadku zaistnienia takiej sytuacji transseksualista powracał do poprzedniej płci metrykalnej, motywując to dobrem dziecka i jego prawem do pochodzenia od kobiety i mężczyzny⁴⁸. Uzasadnienie to skrytykowała M. Boratyńska, która m.in. wskazała, iż „prawo do pochodzenia od kobiety i mężczyzny” jest sformułowaniem gołosłownym, jako że nie zostało ono wyrażone w żadnym akcie prawnym⁴⁹. Wydaje się, że także dobro dziecka nie jest adekwatnym argumentem na rzecz konieczności powrotu osoby transseksualnej do poprzedniej płci metrykalnej – wręcz przeciwnie, w interesie dziecka pozostaje raczej, aby płeć metrykalna jego rodzica była tożsama z płcią, w ramach której realizuje się on w procesie wychowawczym.

6. Konkluzje

W świetle przytoczonych uwag należy podnieść, że ukształtowany w drodze orzecznictwa SN sposób zmiany płci metrykalnej budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie zapewnienia odpowiedniego standardu ochrony konstytucyjnych praw osoby transseksualnej, przede wszystkim jej prawa do prywatności a przez to prawa do sądu. Zarówno dokonywanie tej zmiany poprzez sprostowanie aktu urodzenia, jak też poprzez powództwo o ustalenie, nie są odpowiednimi ścieżkami sądowymi, dostosowanymi do tak specyficznej sytuacji, jaką jest zmiana płci prawnej. Stąd też w pełni uzasadnione wydają się od dawna podnoszone w doktrynie postulaty dotyczące stworzenia odrębnej regulacji, kompleksowo normującej całość tej procedury (także w zakresie dokonywanych zmian fizycznych jednostki). Zasadnym jest przyjęcie, iż w perspektywie istniejących naruszeń prawa do prywatności osób transseksualnych, w przedmiotowym zakresie najlepszym rozwiązaniem byłoby ukształtowanie tej procedury z zastosowaniem trybu postępowania nieprocesowego. Interesy prawne osób trzecich, związane z dokonywaną przez osobę transseksualną zmianą, chronione mogą być *de lege lata* w innych postępowaniach, o ile podtrzymany zostanie pogląd o zakazie finalizacji tej procedury w przypadku pozostawania przez osobę transseksualną w związku małżeńskim. Jedyne postulaty w zakresie ochrony praw innych jednostek, jaki winien być sformułowany, to takie uregulowanie procedury zmiany płci metrykalnej, które zapobiegłoby pewnym sytuacjom patowym, takim jak opisane wyżej trudności ze sporządzeniem aktu urodzenia dziecka urodzonego przez osobę transseksualną. Regulacja taka powinna jednoznacznie normować sytuację prawną dziecka osoby transseksualnej, w sposób możliwie jak najszerzej uwzględniający jego dobro.

⁴⁸ J. Ostojka, *Sądowa procedura zmiany płci*, https://depotuw.ceon.pl/bitstream/handle/item/1014/S%C4%85dowa%20zmiana%20p%C5%82ci_Joanna%20Ostojka.pdf?sequence=1, s. 244.

⁴⁹ M. Boratyńska, *Glosa...*, s. 147.

* * *

Constitutional Qualms about the Judicial Sex Reassignment Procedure

The following article raises constitutional basis for gender reassignment procedure. The authors indicates a problem of value collisions occurring on constitutional grounds in terms of current procedure found by the Polish Supreme Court and the right to privacy of the transgender people. The group of entities having passive legitimacy in that procedure appointed by the jurisdiction causes reasonable doubts. According to the Supreme Court statements, a transgender person is compelled to sue following relatives: their parents, spouse and children. Authors consider that as a disproportionate restriction of their right to privacy. One of the postulates ensued from the following text is to base this procedure on non-contentious jurisdiction.

Key words: transsexualism, constitutional law, gender reassignment procedure, right to privacy