

Marta Młot

SYTUACJA PRAWNA OSÓB TRANSSEKSUALNYCH POZOSTAJĄCYCH W ZWIĄZKU MAŁŻEŃSKIM

Odmienność płci jako przesłanka konieczna istnienia małżeństwa

Małżeństwo jako instytucja prawna jest szczególnie chronione przez polskie prawo, czego wyrazem jest treść art. 18 Konstytucji¹ oraz poświęcenie mu znacznej części przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.o.)². Zgodnie z ich brzmieniem małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że wstępują ze sobą w związek małżeński³. W doktrynie sformułowano wiele definicji małżeństwa⁴. Na ogół uznają one zawarcie małżeństwa za efekt zgodnie złożonych oświadczeń nupturientów w ramach przysługującej im autonomii.

Z art. 1 k.r.o. wynikają cztery przesłanki, których łączne spełnienie jest wymagane dla zawarcia małżeństwa. Jedną z nich jest konieczność istnienia odmienności płci nupturientów. Zasada różnicy płci dodatkowo wzmocniona jest przez treść art. 18 Konstytucji. Płeć jest elementem stanu osobistego człowieka, kategorią medyczną, ma też swoje znaczenie prawne. Pomijając wyszczególnione przez nauki medyczne rozróżnienia płci⁵, należy wskazać, że uznanie płci za element stanu osobistego człowieka powoduje zaliczenie jej do kategorii dóbr osobistych każdego człowieka⁶. Wyróżnia się też tzw. płeć psychiczną człowieka, która ujawnia się wraz z dojrzewaniem, a polega na identyfikacji osoby przez poczucie przynależności do danej płci. Dla prawa doniosła jest płeć metrykalna (socjalna), która na podstawie cech budowy narządów płciowych zewnętrznych jest ujawniana w aktach stanu cywilnego z chwilą narodzin dziecka.

Nie ulega wątpliwości, że określenie płci człowieka jedynie na podstawie zewnętrznych cech jego fizjonomii może skutkować nieścisłością. Zdarza się bowiem, że osoba w trakcie dojrzewania nie identyfikuje się z płcią oznaczoną w akcie urodzenia bądź w pewnym momencie przestaje się z nią identyfikować. Takie zjawisko określa się mianem transseksualności (transseksualizmu). Pojęcie to oznacza rozbieżność między poczuciem psychicznym przynależności do określonej płci (psychicznej), a budową ciała morfologiczno-biologiczną, której odpowiada tzw. płeć metrykalna, wynikająca z aktu urodzenia. W praktyce transseksualność występuje w dwóch postaciach: kobieta-mężczyzna i mężczyzna-kobieta. Jest to zjawisko odrębne od homoseksualizmu i transwestytyzmu⁷.

Sytuacja prawna osób transseksualnych w Polsce

Sytuacja osób transseksualnych dążących do ustalenia swojej „rzeczywistej” płci nie jest uregulowana przez polskie prawo. W konsekwencji należy postawić pytanie, czy luka w prawie jest celowym zabiegiem ustawodawcy, oznaczającym, że prawo zabrania danej praktyki, czy też świadczy o tym, że ustawodawca nie uznaje problemu za społecznie doniosły, bądź też w ogóle go nie zauważa⁸. Pytania takie należy postawić także na tle omawianego zagadnienia - szczególnie skomplikowanego i budzącej wiele wątpliwości, nie tylko na gruncie prawa.

Zabiegi korekty płci osób transseksualnych wykonywane są w Polsce od lat 60. XX wieku, będąc konsekwencją sądowego orzeczenia o ustaleniu płci. Obecnie zmiana płci człowieka w sensie prawnym, dokonuje się w drodze powództwa o ustalenie istnienia stosunku prawnego lub prawa na podstawie art. 189 k.p.c.⁹ Praktyka ta, z uwagi na brak regulacji szczególnej, została stworzona na drodze sądowych precedensów. W świetle utrwalonego orzecznictwa nie można zatem uznać, aby ustalenie płci było zakazane. Nie można także mówić o braku doniosłości tego zagadnienia, skoro w świetle badań prowadzonych przez organizacje pozarządowe związane ze środowiskami LGBT, rocznie w

¹ Art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.)

„Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”.

² Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 583 ze zm).

³ Art. 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. z 2015 r. poz. 583, 1062, 1087, 1199, 1274).

⁴ Szerzej K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 122.

⁵ Wg. K. Imielińskiego istnieje płeć: chromosomowa, gonadalna, hormonalna, gonadoforyczna, płeć narządów płciowych zewnętrznych, fenotypowa. Zob. K. Imieliński, [w:] *Seksuologia. Zarys encyklopedyczny*, red. K. Imieliński, Warszawa 1985, s. 266–267; K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne*, Warszawa 1988, s. 13-14.

⁶ Art. 23 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 2015 r. poz. 583, 1062, 1087, 1199, 1274.).

⁷ K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 82-112.

⁸ K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, PS 2004, nr 5(XIV), s. 160.

⁹ Art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego, (Dz.U. z 2016 r. poz. 195, 437).

Polsce wykonywanych jest ok. 100 operacji korekty płci¹⁰. Co więcej, w systemie prawa występują akty normatywne, w których prawodawca wspomina o osobach transpłciowych¹¹. Nie można również w tym miejscu nie odnieść się do projektu ustawy o uzgodnieniu płci, złożonego dnia 3 stycznia 2013 roku przez Klub Poselski Ruch Palikota¹². Jakkolwiek ustawa ta nie weszła w życie, to w dalszym ciągu zdecydowana większość przedstawicieli doktryny stanowczo opowiada się za koniecznością wprowadzenia szczegółowej regulacji przedmiotowej kwestii¹³.

Ustalenie płci w świetle przepisów prawa polskiego

W niniejszym opracowaniu nie zostanie szczegółowo poruszona tematyka dopuszczalności chirurgicznej korekty płci u transseksualistów. Warto jedynie zasygnalizować problem ewentualnej odpowiedzialności karnej lekarza za przeprowadzenie chirurgicznej zmiany płci, która jest koniecznym następstwem sądowego ustalenia zmiany płci osoby transseksualnej¹⁴.

Zakładając, że umożliwienie dokonania korekty płci, zarówno w aspekcie medycznym, społecznym jak i prawnym, należy zastanowić się nad jej konsekwencjami w stosunku do osób trzecich. Pomijając skutki, jakie zagadnienie płci wywiera w sferze prawa pracy, ogólnych przepisów kodeksu cywilnego, czy obowiązku służby wojskowej, w ramach niniejszego opracowania należy skupić się na skutkach prawnych, jakie ewentualna zmiana płci wywiera na treść aktów stanu cywilnego oraz na gruncie prawa rodzinnego.

Można zaryzykować twierdzenie, że prawo o aktach stanu cywilnego¹⁵ ma fundamentalne znaczenie w przypadku zagadnienia zmiany płci. Stanowi ono o stanie cywilnym każdego człowieka, czyli wedle brzmienia ustawy, sytuacji prawnej osoby wyrażonej przez cechy indywidualizujące osobę, kształtowanej przez zdarzenia naturalne, czynności prawne, orzeczenia sądów, lub decyzje organów, stwierdzonej w akcie stanu cywilnego¹⁶. W sensie prawnym, to poprzez odpowiednią „korektę” aktu urodzenia, na mocy orzeczenia sądowego wydawanego w postępowaniu procesowym dokonuje się ustalenia płci osoby transseksualnej. Ustalenie treści aktu stanu cywilnego jest kwestią formalną związaną z procedurą zmiany płci, jednak bynajmniej nie drugorzędną.

Od sposobu prawnego ustalenia płci metrykalnej, zależy sytuacja ewentualnego małżeństwa osoby transseksualnej. Jeśli bowiem przyjąć, że jest to zmiana o charakterze konstytutywnym, wywierająca skutki na przyszłość, mamy do czynienia z sytuacją, w której, po pierwsze, człowiek w trakcie swoje życia ma dwa stany cywilne, po drugie, wydaje się, że nie wpływa to na istnienie czy ważność związku małżeńskiego. Prowadziłoby to do niedopuszczalnej, z punktu widzenia polskiego prawa, sytuacji pozostawania w związku małżeńskim osób tej samej płci. Jeśli z kolei przyjąć, że zmiana ta ma charakter deklaratoryjny z mocą wsteczną, wówczas konieczne jest rozważenie, czy małżeństwo zawarte wciąż jest ważne, istniejące, bądź czy zachodzą przesłanki do orzeczenia rozwodu. Pociąga to za sobą w sposób naturalny pytanie o skuteczność ustalenia ojcostwa lub macierzyństwa ewentualnego dziecka pochodzącego z tego małżeństwa, a także o istnienie obowiązku alimentacyjnego rodzica transseksualnego.

¹⁰ Badania przeprowadzone przez Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego we współpracy z fundacją na rzecz osób transpłciowych „Transfuzja” pt. *Monitoring przestrzegania przez wymiar sprawiedliwości międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka w postępowaniach dotyczących korekty płci metrykalnej* współfinansowane przez fundację im. Stefana Batorego *Monitoring przestrzegania przez wymiar sprawiedliwości międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka w postępowaniach dotyczących korekty płci metrykalnej* http://www.ptpa.org.pl/public/files/Sytuacja_prawna_osob_transplciowych_w_Polsce.pdf (dostęp: 5.03.2016).

¹¹ W Rozporządzeniu Ministerstwa Obrony Narodowej z dnia 25 czerwca 2004 r. w sprawie orzekania o zdolności do czynnej służby wojskowej oraz trybu postępowania wojskowych komisji lekarskich w tych sprawach, Dz. U. z 2002 r. Nr 21, poz. 205, ze zm.), oraz w rozporządzeniu Ministerstwa Obrony Narodowej zmieniającym rozporządzenie w sprawie orzekania o zdolności do służby w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego oraz właściwości i trybu postępowania wojskowych komisji lekarskich w tych sprawach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1492) transseksualizm i obojtność zostało skatalogowane w wykazie chorób i ułomności przy ocenie zdolności fizycznej i psychicznej do czynnej służby. Z kolei na mocy rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 14 września 2011 r. w sprawie dokumentacji przebiegu studiów (Dz. U. nr 201, poz. 1188), osoba posiadająca sądowe orzeczenie o zmianie płci może domagać się aktualizacji dokumentów poświadczających jej wykształcenie (§ 17 ust. 1 *Po ukończeniu studiów nie dokonuje się zmiany imienia (imion) lub nazwiska absolwenta w jego dyplomie i dokumentach, o których mowa w § 11 ust. 1, chyba że zmiana imienia (imion) i nazwiska nastąpiła na podstawie decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądu wydanego w postępowaniu w sprawie zmiany płci. W tych przypadkach wydaje się dyplom na nowe imię (imiona) lub nazwisko, po przedstawieniu decyzji administracyjnej lub orzeczenia sądu.*)

¹² Druk Sejm RP VII kadencji nr 1469 z dnia 3 stycznia 2013 r.

¹³ Tak A. Zielonacki, który postulował zmianę w kodeksie karnym i ustawach z zakresu wykonywania zawodów medycznych, zamiast uchwalania nowej, szczegółowej ustawy. (zob. szerzej: A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, RPEiS 2 (1988), s. 54).

¹⁴ Przedstawiciele nauk medycznych zgodnie twierdzą, że psychoterapia nie jest wystarczającą metodą leczenia dla osób transseksualnych, jedynie chirurgiczna korekta płci jest w stanie zadośćuczynić ich potrzebom. (Zob. Lew-Starowicz, *Słownik seksuologiczny*, Warszawa 1986, s. 80).

¹⁵ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. - Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2015 poz. 262, 1087, 1274, 2281).

¹⁶ Art. 2 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. 2015 poz. 262 ze zm.). (*Stanem cywilnym jest sytuacja prawna osoby wyrażona przez cechy indywidualizujące osobę, kształtowana przez zdarzenia naturalne, czynności prawne lub orzeczenia sądów, lub decyzje organów, stwierdzona w akcie stanu cywilnego.*)

Praktyka polskich sądów w zakresie orzekaniu o zmianie płci

Pierwsze – precedensowe orzeczenie dotyczące zmiany płci zostało wydane przez Sąd Wojewódzki dla m. st. Warszawy dnia 24 listopada 1964 r.¹⁷. W rozpoznawanym stanie faktycznym orzeczenie sądu było poprzedzone zabiegami operacyjnymi. Kolejnym judykatem kształtującym linię orzeczniczą na wiele lat była uchwała Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1978 r.¹⁸ W treści uchwały stwierdzono, że „w wypadku wyjątkowym sąd może sprostować akt urodzenia przez zmianę oznaczenia płci także przed dokonaniem korekcyjnego zabiegu operacyjnego zewnętrznych narządów płciowych, jeżeli cechy nowo kształtującej się płci są przeważające i stan ten jest nieodwracalny”. Przyznano zatem, że płci człowieka nie należy identyfikować jedynie na podstawie oceny jego zewnętrznych narządów rozrodczych. Sąd Najwyższy podniósł, że zmuszanie człowieka do występowania jako przedstawiciela płci odmiennej od wykazywanej przez jego organizm byłoby sprzeczne z wymaganiami ochrony dóbr osobistych i zasadą prawdy obiektywnej aktów stanu cywilnego. Zezwolono na sprostowanie aktu urodzenia transseksualisty w postępowaniu nieprocesowym¹⁹.

Jednakże następnie, uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 1989 r.²⁰, której nadano moc zasady prawnej, stwierdzono, że „występowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć.” W uzasadnieniu tej uchwały podniesiono, że człowiek w trakcie swojego życia może mieć tylko jeden stan cywilny, a tym samym tylko jedną płeć. Podkreślono deklaratoryjny charakter aktów stanu cywilnego oraz ich kwalifikowaną moc dowodową (wyłączny dowód faktów w nich stwierdzonych). Sąd Najwyższy wskazał również, że sprostowanie aktu stanu cywilnego dotyczy informacji, które były błędne od momentu jego sporządzenia, czyli ma moc wsteczną. Tym samym uznał, że akty urodzenia osób transseksualnych nie zostały sporządzone w sposób wadliwy. Nie należy stosować przepisów o ich sprostowaniu *per analogiam*, gdyż byłoby to działanie *contra legem*. Omawiana uchwała Sądu Najwyższego była szeroko komentowana przez przedstawicieli nauki prawa²¹.

Niejako w odpowiedzi na stanowisko przedstawicieli nauki, Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 marca 1991²² uznał poczucie przynależności jednostki do danej płci za dobro osobiste (art. 23 k.c.), podlegające ochronie również w drodze powództwa o ustalenie na postawie art. 189 k.p.c. Podstawą takiego powództwa powinien być interes prawny transseksualisty w uzyskaniu obiektywnej ochrony wobec niepewności stanu prawnego lub prawa. Przyjęto, że wytoczenie powództwa jest możliwe dopiero po przeprowadzeniu operacji korekty płci. Sąd orzekający na względzie powinien mieć przede wszystkim trwałość zmiany płci oraz dobra osobiste osób trzecich. Orzeczenie miało mieć skutek *ex nunc*.

Orzeczenie ustalające do niedawna linię orzeczniczą w przedmiotowej sprawie to uchwała Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995²³. W treści tej uchwały sąd orzekł, że pozwanymi w procesie o ustalenie płci w trybie art. 189 k.p.c. powinni być rodzice powoda. Uznano bowiem, że w sprawach prawno-rodzinych zwykło się uznawać legitymację bierną właśnie rodziców dziecka, ewentualnie w razie ich braku – kuratora ustanowionego na ich miejsce. Takie rozwiązanie zostało skrytykowane przez J. Ignatowicza²⁴, który w głosie do omawianej uchwały podniósł, że prawo przynależności do płci to stan osobisty człowieka, a nie stan cywilny. Rodzice nie mogą być zatem, w sensie prawnym, zainteresowanymi orzeczeniem. Dlatego też autor postulował powrót do stosowania przez analogię art. 31 prawa o a.s.c z 1986 r.²⁵ uznając, że płeć psychiczna istniała od początku, a dopiero z czasem się ujawniła w świadomości człowieka. Wobec tego wzmianka o płci w akcie stanu cywilnego był od początku wadliwa, co umożliwiła dokonanie jej sprostowania²⁶.

Linię orzeczniczą ustaloną przez omówione powyżej orzeczenie Sądu Najwyższego zmienił w pewnym zakresie wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 o sygnaturze akt I CSK 146/13²⁷. Sąd utrwalił praktykę orzeczniczą ustalenia płci osoby

¹⁷ Orzeczenie Sądu Wojewódzkiego dla m.st. Warszawy z dnia 24 września 1964 roku, sygn. akt II Cr 515/64, PIP nr 10/1965, s. 600-601.

¹⁸ III CZP 100/77, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217.

¹⁹ Orzeczenie to było głosowane przez M. Sośniaka, który krytycznie odniósł się do tezy i uzasadnienia orzeczenia. (M. Sośniak, Glosa I do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 100/77, OSPiKA nr 10/1983, s. 513). Głosę aprobującą do omawianego orzeczenia napisało dwóch lekarzy - S. Dulko i K. Imieliński. W swoich rozważaniach na gruncie nauk medycznych potwierdzali istnienie różnych form występowania płci u człowieka. Podnosili również, że część środowiska medycznego uważa za celowe wcześniejsze sądowe orzeczenie zmiany płci przed dokonaniem szeregu zabiegów chirurgicznych (S. Dulko, K. Imieliński, Glosa II do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 100/77, OSPiKA nr 10/1983, s. 516).

²⁰ III CZP 37/89, OSNCP 1989, nr 12, poz. 188.

²¹ Zob. głosy: Z. Radwański, G. Rejman, J. Pilusiński, M. Filar, J. Leszczyński, III CZP 37/89, OSNCP 1989, nr 12, poz. 188.

²² PS 1991, nr 5-6, s. 118 i n.

²³ III CZP 118/95 OSNC 1996/1/7 1996, nr 4, poz. 78.

²⁴ III CZP 118/95 OSNC 1996/1/7 1996, nr 4, poz. 78.

²⁵ Ustawa z dnia 29 września 1986 roku – Prawo o aktach stanu cywilnego, Dz. U. 1986, Nr 36, poz. 180.

²⁶ Przedstawienie orzecznictwa w przedmiotowej materii zostało opracowane na podstawie publikacji K. Osajdy w *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, PS, 2004 r., nr 5(XIV), s. 147-156.

²⁷ wyrok SN z dnia 6 grudnia 2013 o sygnaturze akt I CSK 146/13 OSNC-ZD 2015/2/19.

transseksualnej w drodze ustalenia na podstawie art. 189 k.p.c., dodatkowo uznając, że legitymowanymi biernie w procesie są, obok rodziców powoda, jego dzieci i małżonek, jeśli osoba ta pozostaje w związku małżeńskim. Jest to w świetle k.p.c. współuczestnictwo konieczne²⁸. W komentarzach do tego orzeczenia pojawiają się głosy, że o ile rzeczywiście małżonek ma interes prawny w ustaleniu płci współmałżonka, o tyle dla przypozwania dzieci powoda trudno znaleźć usprawiedliwienia prawne, a tym bardziej moralne. Postawienie dziecka w roli przeciwnika procesowego swojego rodzica prowadzi do zaostrzenia konfliktów wewnątrz rodzinnych i zwiększenia obciążenia psychicznego u osoby transpłciowej i jej dzieci²⁹.

Skutek orzeczenia o uzgodnieniu płci osoby transseksualnej nie pozostaje bez wpływu na ewentualny związek małżeński, w którym taka osoba może pozostawać, lub w który zamierzałaby wstąpić. Obecnie orzeczenie o uzgodnieniu płci w trybie ustalenia na podstawie art. 189 k.p.c. ma moc *ex nunc*. Oznacza to, że płeć człowieka w trakcie jego życia ulega podziałowi. Dodatkowo, ewentualne małżeństwo takiej osoby staje się w takiej sytuacji małżeństwem jednopłciowym. Gdyby, zgodnie z nielicznymi postulatami w doktrynie, uzgodnienie płci odbywało się w drodze wzmianki dodatkowej do aktu urodzenia ze skutkiem *ex nunc*, istniałyby podstawy do uznania zawartego małżeństwa za nieważne lub nieistniejące.

Transseksualizm a związek małżeński

Zarówno w nauce prawa, jak i medycyny wskazuje się, że transseksualność może ujawnić się w świadomości człowieka po jakimś czasie. Nie jest więc wykluczone, że osoba transseksualna mogła wcześniej zawrzeć związek małżeński. Co więcej, po ustaleniu płci, osoba ta może chcieć wstąpić w związek małżeński³⁰. Powstaje zatem pytanie, czy osoba pozostająca w związku małżeńskim może poddać się procedurze zmiany płci, a jeśli tak, to jaki wywrze to wpływ na małżeństwo tej osoby – czy może zostać ono uznane za nieistniejące, spełnią się przesłanki jego unieważnienia, czy też zaistnieje podstawa do orzeczenia rozwodu.

Stanowisko w przedmiotowej sprawie zajął m. in. M. Filar³¹. Autor ten postawił pytanie, czy zmiana płci powodowałaby uznanie, że związek nigdy nie istniał, czy też okoliczność taka stanowiłaby jedynie przesłanką orzeczenia rozwodu, a zatem małżeństwo trwałoby nadal, jeśli chcieliby tego małżonkowie. Autor poddał też rozwadze, czy transseksualista po zmianie płci, skoro posiada wszystkie związane z nową płcią prawa, mógłby zawrzeć związek małżeński. Jeśli tak, to pojawia się problem, czy najpierw należy dokonać zabiegu chirurgicznego, a w jego następstwie zmienić akt urodzenia i inne dokumenty stanu cywilnego, czy też możliwa jest sytuacja odwrotna – najpierw należy zmienić dokumenty, a na ich podstawie dokonać korekty płci. W takim wypadku jednak powstawałaby sytuacja, w której w związku małżeńskim pozostawałyby osoby tej samej płci. Autor ten zwracał również uwagę na sytuację lekarza wykonującego zabieg adaptacyjny bez uprzedniego orzeczenia sądowego o zmianie płci³². Lekarz mógłby bowiem zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, w postaci trwałego pozbawienia człowieka zdolności płodzenia³³. Na marginesie można dodać, że przedmiotem dyskusji w doktrynie są sposoby zalegalizowania działania lekarza, m.in. wskazuje się na stworzenie kontraktów ustawowego zabiegu leczniczego transseksualnego³⁴.

W piśmiennictwie wskazuje się, że transseksualista może zawrzeć małżeństwo, dopiero po chirurgicznej zmianie płci oraz gdy akt urodzenia odzwierciedla jego płeć psychiczną, a także zmianę imienia i nazwiska (jednocześnie musiałyby być spełnione obydwa warunki). Oznacza to, że niedopuszczalne jest złożenie oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński przez transseksualistę, który wykonał chirurgiczny zabieg zmiany płci, ale nie znalazło to odzwierciedlenia w aktach stanu cywilnego. Nie jest z tego punktu widzenia również dopuszczalne wstąpienie w związek małżeński przez osobę transseksualną, której akt urodzenia został dostosowany do jego płci psychicznej, a nie

²⁸ Dodatkowo, w uzasadnieniu wyroku podkreślono, że płeć człowieka nie jest obojętna dla państwa, które w określony sposób postrzega role i zadania związków małżeńskich, jako związków osób różnej płci. Z tego powodu wskazano prokuratorów jak organy państwa, które w takich sprawach miałyby stać na straży praworządności. Sąd uznał w swoim orzeczeniu prymat płci metrykalnej, która z punktu widzenia porządku publicznego jest najistotniejsza. Sąd zwrócił też uwagę, że dla prawa doniosłe są role męża albo żony, ojca albo matki, a prawidłowe ich wypełnianie ma znaczenie nie tylko dla rodziny ale też dla państwa.

²⁹ Tak w głosie do orzeczenia dr Małgorzata Szeroczyńska, <http://prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=301377d6f91551c76bdeceb505896fd2d31b918e-d3> (dostęp: 5.03.2016).

³⁰ Szerzej Joanna Ostojka, *Sądowa zmiana płci*, s. 229-235 (praca doktorska pod kierunkiem prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, Uniwersytet Warszawski).

³¹ M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1 (1996), s. 81-82.

³² *Ibidem*.

³³ Art. 156 §1 ustawy z dnia z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

³⁴ Według J. Warylewskiego (*Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, praca doktorska, Sopot 1997, s. 142-143), uznanie takich operacji za legalne powinno opierać się na konstrukcji samodzielnego kontraktu zwyczajowego, którego jednym ze znamion byłaby zgoda pokrzywdzonego, a który mógłby być nazywany kontraktem transseksualizmu lub zmiany płci i nie zawierałby wymagania celu leczniczego. W opinii autora, kontrakt ten wyłącza kryminalną bezprawność chirurgicznej korekty narządów płciowych także wtedy, gdy wykonuje się ją jeszcze przed zmianą aktu urodzenia transseksualisty.

nastąpiła jeszcze operacyjna korekta jej wyglądu do nowej płci. Przyznanie priorytetu poczuciu przynależności do danej płci, zamiast jej operacyjnej zmiany, stanowiłoby też pewnego rodzaju niebezpieczeństwo dla osoby zamierzającej zawrzeć związek małżeński z transseksualistą. Osoba ta mogłaby bowiem nie mieć wiedzy co do sytuacji biologicznej swego przyszłego małżonka transseksualisty³⁵.

W obawie przed takimi sytuacjami, niektórzy przedstawiciele nauki prawa opowiadają się za zakazem zawierania małżeństw przez transseksualistów³⁶. Dodatkowo, wskazuje się na problem ustalania macierzyństwa i ojcostwa oraz spełnianiu funkcji wychowawczej wobec dziecka takiego rodzica w takiej sytuacji. Koronnym argumentem jest tu przedstawienie rodziny jako najwyższej wartości, którą należy chronić za wszelką cenę.

Jeszcze bardziej skomplikowaną kwestią jest ocena ważności małżeństwa zawartego przez osobę transseksualną³⁷. Według niektórych przedstawicieli doktryny, małżeństwo nie może być uważane za nieistniejące z powodu braku różnicy płci nupturientów, jeżeli przekształcenie płci miało miejsce po jego zawarciu³⁸. Są również głosy, wedle których zmiana płci po wstąpieniu w związek małżeński nie ma wpływu na jego ważność³⁹.

Innym rodzajem argumentacji jest uznanie, że najmniej krzywdzącym dla obojga małżonków rozwiązaniem problemu jest pozostawienie im decyzji do rozwiązania małżeństwa przez rozwód (np. ze względu na dzieci, przyjaźń lub stosunki majątkowe)⁴⁰. Jak słusznie zauważa R. Krajewski, wątpliwości budzi kwestia, czy po zmianie płci zawarte małżeństwo jest nadal ważne⁴¹. Po pierwsze, art. 1 § 1 i 2 k.r.o. stanowi, że małżeństwo zostaje zawarte, gdy mężczyzna i kobieta jednocześnie obecni złożą oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński, co w stosunku do zmiany płci w czasie trwania związku małżeńskiego było uprzednie. Po drugie, art. 18 Konstytucji stanowi, że „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Uznanie, że małżeństwo jest związkiem kobiety i mężczyzny, odnosi się do całego czasu trwania związku, a nie tylko do momentu jego zawarcia, co wynika z *ratio legis* tego przepisu. W wyniku tej analiz należy przyznać, że z chwilą chirurgicznej zmiany płci transseksualisty i potwierdzenia tego w aktach stanu cywilnego, jego małżeństwo powinno być uznane za nieistniejące, gdyż jego trwanie jest niezgodne z przepisami ustawy zasadniczej. Takie rozwiązanie jest niedopuszczalne z perspektywy systemowej wykładni prawa⁴².

Ciekawą propozycję przedstawił K. Rozental. Autor zaproponował wprowadzenie do przepisów o ustaniu małżeństwa regulacji, zgodnie z którą z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia o zmianie płci, małżeństwo osoby, względem której zmianę tę orzeczono, ustaje z mocy prawa. Mogłoby zapobiec powstaniu sytuacji, gdy po zabiegu korekty płci jednego z małżonków, ich płć byłaby jednakowa⁴³.

Wydaje się, że najbezpieczniejszą i budzącą najmniej wątpliwości jest koncepcja, (za którą opowiedział się m. in. Z. Radwański⁴⁴), zgodnie z którą, aby móc przeprowadzić korektę płci osoby pozostającej w związku małżeńskim, należy wcześniej rozwiązać małżeństwo przez rozwód. Wówczas zgodnie z przepisami k.r.o. pod uwagę powinny także być wzięte interesy dziecka transseksualisty. Nie jest to jednak tak oczywiste. Po pierwsze, współmałżonkowie mimo transseksualizmu jednego z nich mogą nie chcieć rozwiązania małżeństwa, a prawa do wszczęcia powództwa rozwodowego nie ma nawet prokurator - zależy to jedynie od woli małżonków. Po drugie, nawet gdyby małżonkowie zdecydowali się na rozwód, nie jest przesądzone, że transseksualizm jednego ze współmałżonków spowoduje wystąpienie przesłanek koniecznych do orzeczenia rozwodu. Zazwyczaj bowiem więź emocjonalna i ekonomiczna między małżonkami w takiej sytuacji wcale nie wygasa, nie można zatem mówić o trwałym i zupełnym rozkładzie pożycia. Również, mając na względzie dobro małoletniego, należy w takiej sytuacji zastanowić się, czy jeśli dziecko akceptuje odmienną tożsamość płciową rodzica, to czy celowe jest „rozbijanie” rodziny tylko dla zachowania czystości konstrukcji prawnych. Trafnie podniósł W. Sanetra, w uwagach do uzasadnienia poselskiego projektu ustawy o uzgodnieniu płci, że nawet w takiej sytuacji, przeciwko orzeczeniu rozwodu może przemawiać dobro wspólnych małoletnich dzieci, zasady współżycia społecznego, bądź wyłączna wina powoda i pragnienie pozwanego niewinnego małżonka, aby związek trwał nadal, w świetle zasady rekryminacji wyrażonej w art. 56 k.r.o.⁴⁵. Gdyby któraś z

³⁵ M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1 (1996), s. 81-82.

³⁶ C. Gromadzki, *Poczucie przynależności do danej płci jako kryterium przy zmianie oznaczenia płci w akcie urodzenia transseksualistów*, PS 10 (1997), s. 61-89.

³⁷ Syntetyczny przegląd doktryny w tym zakresie prezentuje R. Krajewski [w:] *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 214.

³⁸ J. Gajda, J. Winiarz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 1999, s. 42-43.

³⁹ H. Haak, *Zawarcie małżeństwa – komentarz*, Toruń 1996, s. 14; A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2000, s. 58.

⁴⁰ W. Stojanowska, *Seksuologia a prawo rodzinne* [w:] *Seksuologia. Aspekty prawne*, pod red. K. Imielińskiego, Warszawa 1997, s. 87-182.

⁴¹ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Oficyna 2009, s. 215.

⁴² R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Oficyna 2009, s. 215.

⁴³ K. Rozental, *O zmianie płci metrykalnej de lege ferenda*, PiP 10 (1991), s. 68-73.

⁴⁴ Radwański, *Glosa I do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 37/89*, OSPIKA nr 2/1991, s. 65.

⁴⁵ Uwagi Pierwszego Prezesa SN do poselskiego projektu ustawy o uzgodnieniu płci (druk sejmowy nr 1469), dnia 9 września 2013 r., BSA I-021-312/13.

negatywnych przesłanek rozwodowych uniemożliwiła osobie transseksualnej rozwiązanie małżeństwa, co *per se* stanowiłoby też przeszkodę zmiany płci, wydaje się, że, można by próbować dowiedzenia nieistnienia małżeństwa od samego początku. Według polskiego prawa rodzinnego nie istnieje bowiem małżeństwo osób tej samej płci.

Kończąc uwagi odnośnie do bytu związku małżeńskiego w sytuacji występowania transseksualności u jednego z małżonków, warto przywołać poglądy J. Ignatowicza, który rozważał uznanie transseksualizmu jednego z małżonków za błąd co do tożsamości danej osoby. Nie jest to jednak błąd w rozumieniu art. 15¹ § 1 pkt 2 k.r.o., czyli podstawa do unieważnienia małżeństwa. Ewentualnie w tym sensie transseksualność jednego z małżonków można byłoby uznać za powód rozkładu pożycia, w sensie więzi fizycznej. Taka pozytywna przesłanka rozwodowa musiałaby zostać udowodniona w postępowaniu sądowym⁴⁶. Polskie prawo rodzinne nie uznaje problemów na tle seksualnym (takich jak np. impotencja) za samoistne przesłanki unieważnienia małżeństwa.

Wnioski końcowe

Podsumowując, ustalanie rzeczywistej płci osób transseksualnych powinno być dopuszczalne. Problem ten, jakkolwiek dotyczy osób należących do mniejszości, jest na tyle doniosły, że zasługuje na odrębną, szczególną regulację. Pierwszą zasadniczą kwestią, jest wybranie procedury, która w takiej sytuacji byłaby najwłaściwsza. Należy mieć na uwadze, że problem z identyfikacją płciową osoby transseksualnej jest dla niej źródłem psychicznego dyskomfortu. Priorytetem w wyborze procedury ustalania płci powinno być jak najdalej idące zminimalizowanie niedogodności odczuwanych przez osoby transseksualne.

Z uwagi na powyższe nie można się zgodzić, że obecnie dominujące rozwiązanie, wymagające wytoczenia powództwa o ustalenie w trybie art. 189 k.p.c., gdzie pozwanymi mieliby być rodzice powoda, a także jego dzieci, jest trafnym rozwiązaniem⁴⁷. Można sobie bowiem wyobrazić, że dla niektórych rodziców wystarczająco traumatycznym przeżyciem jest psychiczna dezintegracja płciowa ich dziecka. Z kolei zmuszanie dzieci transseksualisty do opowiedzenia się przed sądem, czy akceptują rodzica, czy nie, dodatkowo obciąża psychicznie dzieci znajdujące się w wystarczająco trudnej sytuacji. Stawianie zarówno rodziców, jak i dzieci w roli pozwanych, czyli bądź co bądź, przeciwników procesowych, w tak delikatnej sprawie, wydaje się wysoce niestosowne. K. Osajda proponuje w zamian uznanie za legitymowanego biernie każdego, kto miałby w tym interes prawny. Powołuje się tym samym na tezę Sądu Najwyższego, wedle której płeć, jako dobro osobiste, podlega ochronie. Zatem każda osoba, która negocjowałaby tę płeć, stawałaby się niejako pozwanym⁴⁸. Sam autor zauważa jednak, że taka konstrukcja namnażałaby jedynie fikcyjne procesy nie wynikające z żadnego sporu. Taką możliwość wykluczył też SN w wyroku z 2013 r. o sygn. I CKS 146/13.

Wydaje się zatem, że ewentualny projekt ustawy szczegółowo regulującej przedmiotowe zagadnienie lub, tymczasowo, zmiana linii orzeczniczej Sądu Najwyższego powinny skorzystać z istniejących mechanizmów stosowania zmian w aktach stanu cywilnego na zasadzie analogii, obecnie regulowanych w art. 35-40 u.a.s.c. Sprostowanie aktu stanu cywilnego, uregulowanego w art. 35 u.a.s.c. ma bowiem charakter deklaratoryjny ze skutkiem wstecznym, co odzwierciedla istotę problemu. Uznając za słuszną tezę M. Safjana, o ciągłości płci człowieka, oraz tezę J. Ignatowicza, o niepodzielności stanu cywilnego człowieka, wydaje się to być jedynym słusznym i najprostszym rozwiązaniem. Konsekwentnie należy przyjąć, zgodnie też z poglądem J. Ignatowicza⁴⁹, że transseksualizm istnieje *ex tunc*, a jedynie ujawnia się na różnych etapach rozwoju człowieka. Także przedstawiciele nauk medycznych zgodnie twierdzą, że psychiczna płeć człowieka jest trwała i niezmienna już od momentu jego urodzenia, zakodowana w chromosomach człowieka. Lekarz, dokonując oceny płci człowieka jedynie na podstawie jego zewnętrznych organów płciowych, może się pomylić. Sąd zatem, w postępowaniu nieprocesowym, mógłby uznać oznaczenie płci w akcie urodzenia takiej osoby za błędne. Na podstawie takiego orzeczenia, można byłoby sprostować akt urodzenia osoby transseksualnej. Uznanie skuteczności orzeczenia zmiany płci *ex tunc* oznaczałoby, że dana osoba od zawsze była odmiennej płci. Wówczas dopiero gdyby osoba transseksualna pozostawała w związku małżeńskim rzeczywiście wydaje się zasadne ustalenie płci tej osoby w procesie na podstawie art 189 k.p.c., gdyż w istocie współmałżonek może, choć nie musi, chcieć takiego ustalenia. Najbardziej jednak celowym, z punktu widzenia tej mniejszości seksualnej jest pozostawienie możliwości pozostawania w istniejącym wcześniej związku małżeńskim, jeśli taka jest wola obu stron. Jest to rozwiązanie podyktowane dobrem istniejącej rodziny i chęcią nie pogłębiania dramatu osób i tak wystarczająco już cierpiących z powodu swej odmienności.

⁴⁶ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Oficyna 2009, s. 77.

⁴⁷ Jest to stanowisko aprobowane przez J. Ostojką w pracy doktorskiej *Sądowe ustalenie płci*, Uniwersytet Warszawski, 2014.

⁴⁸ K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, PS, 2004, nr 5 (XIV), s. 159-160.

⁴⁹ J. Ignatowicz, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego III CZP 118/95, OSP nr 4/1996, s. 192-194 (*płeć psychiczna osoby transseksualnej „znajdowała od początku zakotwiczenie w organizmie”, późniejsze zabiegi nie doprowadziły do zmiany płci, tylko do jej ujawnienia*). Podobne stanowisko zajmują K. Osajda (K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, PS 5 (2004), s. 143), K. Pietrzykowski (K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 122) oraz M. Szeroczyńska (M. Szeroczyńska, *Zmiana płci metrykalnej w przypadku transseksualistów w ujęciu praw człowieka*, SP 1-2 (2009), s. 250).

Na marginesie można dodać, że nie jest to jedyna mniejszość, która skorzystałaby na otwarciu instytucji małżeństwa na związki jednopłciowe. W tym kontekście warto wskazać na wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu z dnia 30 kwietnia 1996, w którym wskazano na równość dyskryminacji ze względu na płeć i dyskryminację ze względu na transseksualizm. Co prawda sprawy rodzinne i ich regulacja pozostają w gestii państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jednak trybunał wskazuje na konieczność dostrzeżenia przez ustawodawców państw zmian i rozwoju medycyny i nauki, które powodują, że czynniki biologiczne nie powinny być uznawane za ostatecznie rozstrzygające. W doktrynie zwraca się uwagę, że jakkolwiek w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁵⁰ mowa jest o małżeństwie różnopłciowym, o tyle już w Karcie Podstawowych Wolności UE⁵¹ dychotomia płci wprost nie występuje. Oznacza to, że w żadnym państwie członkowskim nie może być zakazane korzystanie przez transseksualistów z prawa do małżeństwa⁵².

Trudna sytuacja osób transseksualnych polega na tym, że polski porządek społeczny i prawny opiera się na dychotomicznym podziale na osoby dwóch różnych płci. Wiąże się z tym szereg konsekwencji w różnych dziedzinach prawa. Mimo że liczbowo osób transseksualnych w Polsce jest niewiele, konieczne jest objęcie ich ochroną prawa. Celnie diagnozuje M. Filar twierdząc, że poziom kultury prawnej społeczeństwa rozpoznać można po ustosunkowaniu się do problemów mniejszości⁵³. Sytuacja prawna osób transseksualnych jest już wystarczająco trudna. Prawo powinno zatem ułatwiać im adaptację w społeczeństwie, zamiast mnożyć trudności.

THE LEGAL STATUS OF MARRIED TRANSGENDER PEOPLE

The subject of the article is the procedure of gender determination of a transgender person and its impact on the marriage of such a person. The article presents case law of Polish courts giving rise to current practice in this regard. The results of the analysis suggests that, *de lege ferenda*, special regulations should be adopted. The new regulation should abandon the current practice of determining gender through judicial proceedings. Determination of gender should be conducted in non-litigious proceedings by verification of the birth certificate, effective *ex nunc*.

⁵⁰ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2. (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

⁵¹ Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej 2012/C 326/02.

⁵² K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich* PS, 2004, nr 5(XIV), s. 144-145.

⁵³ M. Filar, *Transseksualizm jako problem prawny*, PS 1 (1996), s. 74.