

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 2

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

Beograd, 2012

Lektor i korektor
Irena Popović

Tehnički urednik
Zoran Grac

Korice
Marija Vuksanović

Priprema i štampa
Dosije studio, Beograd

ISBN 978-86-7630-416-5

Tiraž
500

Adresa redakcije
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 2 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2012 (Beograd : Dosije studio). – 350 str. ; 24 cm

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 500. – Str. 9–10: Predgovor / urednik = Forward / editor. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-416-5

1. Ств. насл. на упор. насл. стр.

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници
COBISS.SR-ID 195465740

EVOLUCIJA U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U POGLEDU TRANSSEKSUALNIH OSOBA: EVOLUCIJA I U SRBIJI

Apstrakt

Medicinski termin „sindrom polne disforije” (gender dysphoria syndrome) označava osećanje nelagodnosti koje osoba o kojoj je reč pripisuje nepodudarnosti između sopstvenog polnog identiteta (gender identity) i polne uloge (gender role), s jedne strane, i biološkog pola (primarnih i sekundarnih polnih karakteristika), s druge strane. Transseksualitet se može definisati kao ekstremni oblik disforije pola, koji je praćen opsesivnom željom za oslobođenjem od sopstvenih primarnih i sekundarnih polnih karakteristika i neodoljivom potrebom da se potpuno preuzmu izgled i socijalni status osobe suprotnog pola. Potpuni rasep između psihološkog i morfološkog pola, koji prati transseksualitet, počinje da se manifestuje vrlo rano, traje dugo, obuhvata sve životne aktivnosti, pojačava se tokom vremena, dobijajući karakter strasti, i najzad kulminira u očajničkom nastojanju da se ostvari operacija promene pola.

U srpskom pravu ne postoje zakonsko rešenje pitanja vezanih za transseksualitet niti bilo kakva sudska praksa u ovoj oblasti. Ustavni sud je, međutim, nedavno doneo odluku kojom je prvi put usvojio ustavnu žalbu jedne transseksualne osobe i utvrdio da je opštinska uprava jedne opštine u Srbiji povredila pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, time što je donošenjem zaključka o nenadležnosti propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Uprkos tome, da bi se na precizan način uredio sudski ili upravni postupak koji bi obezbedio pravo na promenu polnog statusa, potrebno je specijalno zakonodavstvo. Postupak bi se mogao pokrenuti samo nakon što podnosilac zahteva dokaže da je operacija polnog preuređenja bila neophodna te da je uspešno obavljena; kada bi se podneli takvi dokazi, pravna promena statusa bila bi obavezna.

Ključne reči: Transseksualitet. Pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti. Pravo na poštovanje privatnog života. Evropski sud za ljudska prava

* Dr Marija Draškić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (179059), koji podržava Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1. Pojam transeksualiteta

Transeksualitet¹ je psihoseksualni poremećaj identiteta koji se manifestuje tako što ličnost koja poseduje sve spoljne karakteristike jednog pola istovremeno čvrsto veruje da pripada drugom polu. Transeksualci, drugim rečima, manifestuju snažno osećanje nelagodnosti usled nepodudarnosti između sopstvenog polnog identiteta i polne uloge, s jedne strane, i biološkog pola (primarnih i sekundarnih polnih karakteristika), s druge strane.² Takvo uverenje je praćeno opsesivnom željom za oslobođenjem od sopstvenih primarnih i sekundarnih polnih karakteristika i neodoljivom potrebom da se potpuno preuzmu izgled i socijalni status osobe suprotnog pola.³ Potpuni rasep između psihološkog i morfološkog pola koji prati

1 Termin „transeksualitet“ izgleda da je prvi u literaturu uveo Cauldwell u svom članku iz 1949. godine „Psychopathia Transsexualis“, koji je objavljen u časopisu *Sexology*, Vol. 16, 1949, str. 274. Citirano prema: Hoopes, J. E., Knorp, N. J., Wolf S. R., „Transsexualism: Considerations Regarding Sexual Reassignment“, *Journal of Nervous and Mental Disease*, Volume 147, No. 5, 1968, str. 511. Isto i: Pfafflin, F., „Psychiatric and Legal Implications of the New Law for Transsexuals in the Federal Republic of Germany“, *International Journal of Law and Psychiatry*, Volume 4, 1981, str. 193.

Fenomen koji je danas poznat pod ovim imenom, međutim, prvi su opisali lekari specijalisti za sudsku medicinu Esquirol 1838. godine i Fränkel 1870. godine. Videti: Sigusch, V., „Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz“, *Neue juristische Wochenschrift*, 33. Jahrgang, 1980, 2. Halbband, str. 2740.

Ipak, transeksualitet je postao širokopoznat sindrom tek zahvaljujući čuvenom američkom psihijatru dr Harry-ju Benjamin-u i njegovom članku „Transsexualism and Transvestism as psychosomatic and somato-psychic syndromes“, koji je objavio *American Journal of Psychotherapy*, Vol. 8, 1954, str. 219.

2 Polni identitet je osnovno osećanje jedinke o sopstvenoj polnoj pripadnosti, koje je, redovno, u saglasju sa biološkim polom. Polnu ulogu, pak, Money definiše kao „sve ono što jedna osoba kaže ili učini da bi označila svoj status kao muški, ženski ili dvoznačan“. U drugim radovima Money dopunjava ovu definiciju tvrdnjom „da je polni identitet lično iskustvo polne uloge, a polna uloga javna manifestacija polnog identiteta“. Videti Reid, R., „Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism“, *XXIII Colloquy on European Law: Transsexualism, Medicine and Law*, Amsterdam, 14–16 April 1993, str. 2.

Drugi autori, naprotiv, definišu polnu ulogu kao ponašanje koje je uvek sinhrono sa primarnim i sekundarnim polnim karakteristikama, tako da je definicija transeksualiteta u njihovim radovima nešto drugačija. Videti Kuiper, B., Cohen-Kettenis, P., „Sex Reassignment Surgery: A Study of 141 Dutch Transsexuals“, *Archives of Sexual Behavior*, Volume 17, No. 5, 1988, str. 441.

3 Videti: Kuiper, B., Cohen-Kettenis, P., *op. cit.*, str. 440. U istom smislu i: Blanchard, R., Clemmensen, L. H., Steiner, B. W., „Heterosexual and Homosexual Gender Dysphoria“, *Archives of Sexual Behavior*, Volume 16, No. 2, 1987, str. 140; Belli, M., „Transsexual Surgery: A New Tort?“, *Journal of Family Law*, Volume 17, 1978–1979, str. 490; Taitz, J., „Transsexuals and Sexual Identity“, *The Modern Law Review*, Volume 51, No. 4, 1988, str. 502; Roth, M., „Transsexualism and the Sex-Change Operation: A Contemporary Medico-Legal and Social Problem“, *Medico-Legal Journal*, Volume 49, No. 1, 1981, str. 5; Ormrod, R., „The Medico-Legal Aspects of Sex Determination“, *Medico-Legal Journal*, Volume 40, No. 1, 1972, str. 82; Rakić, Z., Marić, J., Jašović-Gašić, M., Vukov, M., „Transeksualnost i promena pola“, *Srpski arhiv za celokupno lekarstvo*, godište 119, sveska 1-2, 1991, str. 33; Reid, R., *op. cit.*, str. 2.

transseksualitet počinje da se manifestuje vrlo rano,⁴ traje dugo,⁵ obuhvata sve životne aktivnosti,⁶ pojačava se vremenom, dobijajući karakter strasti,⁷ i najzad kulminira u očajničkom nastojanju da se obavi operacija polnog prilagođavanja i ostvari pravna promena pola.

2. Uporedno pravo

U uporednom pravu sreću se različita pravna rešenja problema vezanih za transseksualitet. Neka prava (švedsko, nemačko, holandsko, italijansko, tursko i englesko) usvojila su specijalne zakone kojima se regulišu medicinske i pravne pretpostavke koje treba da budu ispunjene kako bi transseksualcima bila dopuštena pravna promena pola i priznata sva prava koja iz takve promene proizlaze. Medicinske pretpostavke odnose se na: (a) postojanje čvrstog i dugotrajnog uverenja jedne osobe da ne pripada polu navedenom u službenim registrima (*test real-life*), (b) trajnu nesposobnost za rađanje (osim nemačkog i engleskog prava) i (c) izvršenu hiruršku intervenciju prilagođavanja pola (osim nemačkog i engleskog prava). Pravne pretpostavke obuhvataju: (a) minimalnu starost (švedsko i englesko pravo), (b) domaće državljanstvo (švedsko i nemačko pravo) i (c) nepostojanje bračnog statusa (osim

4 Jedno istraživanje pokazalo je, na primer, da dve trećine ispitanih transseksualaca izjavljuju da su osećali da pripadaju suprotnom polu već u petoj godini života. Isto su potvrdili, u posebnim intervjuima, i njihovi roditelji. Opširnije videti: Pauly, I. B., „The Current Status of the Sex Change Operations”, *Journal of Nervous and Mental Diseases*, Volume 147, 1968, str. 463.

Slijepčević i Vujović saopštavaju da se njihovi pacijenti sećaju kako su pokazivali izrazitu sklonost da se druže sa osobama koje ne odgovaraju njihovom zvaničnom polu. Većina njih je, pritom, upotrebila reči „otkad znam za sebe”. Videti: Slijepčević, D., Vujović, S., „Transseksualizam – endokrini aspekt”, *Orthomedica*, Beograd 1992, str. 92.

Najzad, veliki broj studija potvrdio je da su deca u stanju da percepcijom razlikuju polove pre nego što navrše godinu dana, a da su u stanju da sebe označe kao pripadnike muškog ili ženskog pola u drugoj godini života. Videti: Reid, R., *op. cit.*, str. 3. i autori koje on citira.

5 Doduše, prema *Dijagnostičkom i statističkom priručniku mentalnih poremećaja* Američkog udruženja za psihijatriju, za dijagnozu prave transseksualnosti treba da proteknu najmanje dve godine neprekidne identifikacije sa osobom suprotnog pola. Nesumnjivo je, međutim, da kod pravih transseksualaca takva identifikacija traje, zapravo, celog života. Videti: Blanchard, R., „The Classification and Labeling of Nonhomosexual Gender Dysphorias”, *Archives of Sexual Behavior*, Volume 18, No. 4, 1989, str. 316.

6 Evo kako, na primer, dr Robert Stoller, jedan od vodećih eksperata u pitanjima transseksualiteta, opisuje suštinu muškog transseksualiteta: „Njegova osnovna karakteristika nije – kao što se obično misli – to da pacijent zahteva ‘polnu transformaciju’, jer i druge kategorije pacijenata to čine. To je, pre svega, činjenica da u njegovom životu nije bilo značajnije faze koju bi, bilo ovaj anatomski normalan muškarac, ili posmatrač sa strane, mogao prepoznati kao mušku. Dakle, od najranijih dana detinjstva, kada se jedna vrsta polnog ponašanja prvi put pojavljuje, dečak izgleda kao da veruje da je on devojčica; ne žensko, nego devojčica. Njegovo ponašanje je oduvek bilo stvarno žensko, i u njemu nema više imitiranja ili glume nego što se može naći kod neosporno ženskih devojčica.” Videti opširnije: Stoller, R. J., *Sex and Gender*, Science House, New York 1968, str. 138. Slično i: Sigusch, *op. cit.*, str. 2742.

7 Tako Sigusch, V., *op. cit.*, str. 2742.

italijanskog prava). Sudska odluka kojom se na osnovu svih tih uslova odobrava promena pola nema retroaktivno dejstvo, što znači da se sve posledice takve odluke vezuju samo za budućnost (*ex nunc*). Izvodi iz matičnih knjiga mogu da sadrže samo naznaku novog pola osobe kojoj je sudskom odlukom promenjen podatak o polnoj pripadnosti.

Druga grupa zemalja – koje ne poznaju nikakvo specijalno zakonodavstvo koje bi se odnosilo samo na transseksualce – dozvoljavaju pravnu promenu pola u sudskoj praksi (na primer, švajcarsko i francusko pravo), praksi organa uprave (na primer, austrijsko pravo) ili rešenjima nekih drugih zakona, kao što su zakoni o uslovima za izmenu i ispravku podataka koji su zabeleženi u javnim registrima građanskog statusa (na primer, u pravu američkih država Ilinois, Nju Džerzi i Kalifornija, a od evropskih država – Slovenije).⁸

3. Slučaj *Cossey v. The United Kingdom*

3.1. *Odluka britanskih sudova u slučaju Corbett*. Pravni položaj transseksualaca nije bio jedinstveno određen u engleskom pravu u vreme kada je Evropski sud za ljudska prava odlučivao u predmetu *Cossey*. S jedne strane, pravo sudske prakse priznavalo je transseksualcima pravo na novi polni identitet u onim pravnim domenima u kojima pol nije pravno relevantan. Tako, englesko pravo je i tada garantovalo svakoj osobi, muškarcu i ženi podjednako, da može upotrebljavati svako ime koje želi, pod uslovom da upotreba tog imena nije zlonamerna. Ime jedne osobe jeste, drugim rečima, ono ime kojim se ona obično služi u pravnom saobraćaju, ali je ništa ne sprečava da po slobodnoj volji, s vremena na vreme, to ime i promeni. Doduše, pravna procedura za promenu imena postoji, ali je predviđena samo za one situacije kada treba dobiti zvaničnu potvrdu o promeni imena; procedura se, međutim, ne mora poštovati da bi promena imena u svakodnevnom životu proizvodila pravne efekte.⁹ Isti pristup potvrđen je i stavom prema promeni statusa transseksualca zabeleženog u onim njegovim dokumentima „koji se pokazuju” i koji glase na novi pol (kao što su pasoš, vozačka dozvola, karta socijalnog osiguranja ili zdravstvena knjižica).

S druge strane, transseksualac nije bio prihvaćen i tretiran kao pripadnik svog novog pola u onim oblastima u kojima postoji specifično zakonodavstvo u odnosu na pol, a to je, pre svega, ono koje se odnosi na brak. U tom domenu, za ostvarivanje bilo kog prava uvek se zahtevalo postojanje originalne krštenice. Ona se, pak, prema engleskom pravu, mogla korigovati jedino u

8 Opširnije o položaju transseksualaca u uporednom pravu, videti Draškić, M., *Transseksualitet i brak*, Nomos, Beograd 1995, str. 30–79. Za englesko pravo videti *The Gender Recognition Act (2004)*, Welstead, M., „Reshaping Marriage and the Family – The Gender Recognition Act 2004 and The Civil Partnership Act 2004”, *The International Survey of Family Law*, 2006 Edition, str. 190–193, a za slovenačko pravo Zakon o matičnom registru (*Uradni list Republike Slovenije*, br. 59/2006).

9 Opširnije o prirodni prava na ime u angloameričkoj pravnoj tradiciji videti Glendon, M. A., *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, Chicago 1989, str. 104.

slučaju zablude o činjenici koja je postojala već u momentu rođenja.¹⁰ Engleski sistem registracije građanskog statusa nije, naime, bio oblikovan tako da služi identifikaciji jedne osobe tokom njenog života; njegova svrha i njegov pravni značaj je, suprotno, bio u tome da zabeleži jedan istorijski fakt. Ako bi se, dakle, kasnije činile izmene i dopune u takvim registrima – u slučaju da nije došlo do zablude ili omaške u vreme rođenja – takva promena bi se morala smatrati falsifikatom.

U tom pravnom okruženju pojavila se odluka u sporu *Corbett v. Corbett*, svakako najvažniji pravni orijentir u tretiranju transseksualiteta u engleskom pravu. Radilo se o dvema strankama koje su obe bile upisane kao muškarci u zvaničnim registrima rođenja, a koje su zaključile brak 1963. godine u Gibraltaru, nakon što je jedna od njih promenila pol u ženski. Tri meseca po sklapanju braka, suprug je podneo tužbu tražeći da se brak proglašuje nepostojećim, pozivajući se na to da je njegova supruga u stvari muškarac i da brak nije mogao biti konzumiran. Veštačenje je pokazalo da April Ashely Corbett – koja je, zanimljivo, iza sebe imala karijeru uspešnog foto-modela i manekenke – nema ni uterus ni ovarije, ali da, s druge strane, ne postoje ni prepreke za polni odnos, zahvaljujući hirurški veštački konstruisanoj vagini. Hromozomski test je pokazao da se nedvosmisleno radi o muškarcu, iako bez unutrašnjih ili spoljašnjih muških polnih organa. Sudija Ormrod, i sâm lekar po obrazovanju, zauzeo je stav da je reč o osobi muškog pola koja je psihološki bila transseksualac i koja, mada je bila podvrgnuta operaciji polnog prilagođavanja, nije mogla biti smatrana ženom u sporu koji se vodio o punovažnosti njenog braka: „Pol je očigledno suštinska determinanta odnosa koji se naziva brakom, jer brak jeste i uvek je bio smatran kao zajednica muškarca i žene. To je institut na kome je zasnovana porodica i u kome sposobnost za prirodni heteroseksualni odnos predstavlja bitan element. Postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod rečju ‘žena’ u kontekstu braka, jer moj zadatak nije da odredim ‘pravni pol’ tužene uopšteno. Imajući u vidu suštinski heteroseksualni karakter odnosa koji se zove brak, kriterijum u mojoj odluci mora biti biološki, budući da i najekstremniji stadijum transseksualiteta kod muškaraca ili najoštriji hormonalni debalans koji može postojati kod osobe sa muškim hromozomima, muškim gonadama i muškim genitalijama, ne mogu reprodukovati osobu koja je prirodno sposobna da igra pravu ulogu žene u braku. Drugim rečima, pravo treba na prvom mestu da usvoji tri lekarska kriterijuma, tj. hromozomski, gonadni i genitalni test; i ako su sva ta tri kriterijuma podudarna, oni određuju pol za svrhu braka i ignorišu bilo kakvu operativnu intervenciju.”¹¹

10 Videti član 29. stav 3. Zakona o registraciji rođenja i smrti (*The Births and Deaths Registration Act*, 1953).

11 Videti *Corbett v. Corbett*, 1970, 3 W.L.R. 1306, 2 All E.R. 33, 48f-i. U literaturi se, nakon ove odluke, pojavio izraz „test sudije Ormroda” („the Ormrod test”) ili „test odluke Corbett” („the Corbett test”), koji je označavao usvajanje tri pomenuta kriterijuma – hromozomskog, gonadnog i genitalnog – prilikom veštačenja pola jedne osobe. Tako Meyers, D., *The Human Body and the Law*, Edinburgh 1990, str. 230; Taitz, J., „Transsexuals and Sexual Identity”, *The Modern Law Review*, Volume 51, No. 4, 1988, str. 503.

Pravni položaj transseksualaca u engleskom pravu i priznanje njihovog novog polnog identiteta, dakle, zavisilo je od toga da li je bila otkrivena činjenica da se radi o transseksualcu. Ako postane očigledno da je jedna osoba transseksualac, tada bi ona – gotovo sigurno – bila klasifikovana prema svom originalnom hromozomskom polu u skladu sa autoritetom odluke u slučaju *Corbett*. Uprkos činjenici da je ova presuda eksplicitno rezervisala biološki test samo za polno razlikovanje u pitanjima punovažnosti braka, ona je kasnije bila široko interpretirana kao odluka koja je ustanovila generalno prihvatljiv biološki test za pravni položaj „muškaraca” odnosno „žena”.¹²

Rešenje engleskog prava i prve odluke Evropskog suda za ljudska prava koje su ga odbranile često su kritikovani u literaturi. Radi jasnoće, akademska rasprava može biti predstavljena kroz nekoliko različitih komentara.

Prva kategorija komentara zasniva se na shvatanju transseksualiteta kao isključivo biološkog fenomena koji se može dokazati medicinskim veštačenjem. Ti autori upozoravaju da postoje ozbiljni naučni razlozi za uvažavanje polnog identiteta koji nije u skladu sa određenim spoljnim biološkim karakteristikama kod pravog transseksualiteta. Sa te pozicije posmatrano, odbacivanje pitanja o etiologiji transseksualiteta i prihvatanje da u prirodi postoje samo dva biološka pola, kako je rečeno u odluci *Corbett*, kritikovano je kao neuvažavanje medicinski dokazanog fenomena koji zahteva odgovarajuću reakciju prava.¹³

Drugi autori su liniju odluke *Corbett* kritikovali kao put koji vodi stvaranju čoveka nižeg reda, proizvedenog u hirurškoj sali i sa ograničenom poslovnom sposobnošću. Iako kompromis između dozvole date zainteresovanom da

12 Tako će, na primer, Apelacioni sud (*Court of Appeal*) u jednom slučaju iz krivičnog prava potvrditi da „zdrav razum i poželjnost sigurnosti i konzistentnosti” istovremeno nalažu da „test odluke *Corbett*” bude primenjen i na krivična dela protiv polnog morala. Videti R. v. Tan and Others, 1983, 3 WLR, 361. Opširnije Morton, J., „The Transsexual and the Law”, *New Law Journal*, Volume 134, No. 6162, 1984, str. 621; Pannick, D., Homosexuals, „Transsexuals and the Sex Discrimination Act”, *Public Law*, summer 1983, str. 294; Taitz, *op. cit.*, str. 503.

Isti biološki test polnog identiteta bio je upotrebljen i u kontekstu odlučivanja o postojanju diskriminacije po osnovu pola u radnom pravu. Videti E. A. White v. British Sugar Corporation, 1977, IRLR, 121.

Odluka u sporu *Corbett* uticala je, međutim, i na neka strana prava. Vrhovni sud Španije, na primer, kategorično je potvrdio pravo na promenu imena u slučajevima pravog transseksualiteta, smatrajući da bi zabrana promene imena predstavljala povredu člana 10. Ustava Španije, koji garantuje pravo na slobodan razvoj ličnosti. Nasuprot imenu, pol je kvalifikovan kao deo građanskog statusa svake osobe zabeležen na rođenju i, zbog toga, nepromenljiv. Priznajući, dakle, pravo na promenu imena, Sud je istovremeno energično odbio da prizna promenu statusa, uskraćujući stranki – koju je označio kao „tobože” ženu – pravo da zaključi brak. „Postoje samo dva pola u koja ljudska bića mogu biti svrstana”, smatra Sud, „zbog čega brak transseksualca zaključen nakon operacije promene pola mora biti ništav”. Videti Odluke Vrhovnog suda Španije od 2. jula 1987. i od 3. marta 1989. Citirano prema Cantero, G., „Spain: Sex Change and the Courts”, *Journal of Family Law*, Volume 29, 1990–1991, str. 427.

13 Tako Meyers, D. W., „Problems of Sex Determination and Alteration”, *Medico-Legal Journal*, Volume 36, No. 3, 1968, str. 235; Armstrong, C., Walton, T., „Transsexuals and the Law”, *New Law Journal*, Volume 140, No. 6474, 1990, str. 1389–1390.

u svakodnevnom životu koristi „drugi pol” i zabrane da se na njega poziva kada je u pitanju brak ili očinstvo može na prvi pogled izgledati kao spasonosno i razumno rešenje,¹⁴ detaljnija inspekcija pokazuje sve njegove mane. Može se reći, doduše, da zakon ne definiše pol, ostavljajući medicini i sudskoj praksi da se time bave, ali se ne može prevideti da zakon, ipak, poznaje samo dva pola, muški i ženski, u brojnim odredbama različitih grana prava. Odlučiti, dakle, da se transseksualcima može sudski pripisati novi pol, a da im se ne dozvoli korišćenje prava koja su uz njega vezana, posebno u tako bitnom domenu za pojedinca kao što je porodica, značilo bi stvaranje neke vrste „trećeg” pola. Takva ideja, uvredljiva i diskriminišuća, o trećoj kategoriji osoba nedefinisanog pola i umanjene građanske sposobnosti, bila bi apsolutno nespojiva sa jednim od prvih ustavnih principa svih demokratskih društava – jednakošću građana pred zakonom.¹⁵

Najzad, neki autori su kritikovali odluku *Corbett*, koja je trasirala granice u kojima se dugo godina kretalo englesko pravo, sa stanovišta kulturnih vrednosti koje su u njoj definisane.¹⁶ Tako je odluka, najpre, ocenjena kao put koji vodi stvaranju ideje o koherentnoj i prepoznatljivoj prirodi seksualnosti. Pojmovi „normalnog” i „prirodnog”, koji su u ovoj odluci predstavljeni kao transparentni koncepti, stavljeni su u kontekst naučne biološke istine, kako bi poduprli tezu o suštinskoj određenosti seksualne prirode, čiji je prirodni izraz heteroseksualni odnos i postojanje osoba koje će moći stvarno da igraju ulogu žene, odnosno muškarca, u braku. „Sudija je” – kaže Mac Namee – „ispričao verodostojnu priču o polu, identitetu i stvarnosti, koja mu je samo poslužila za pravnu diskvalifikaciju braka transseksualca.”¹⁷

Primena standarda formulisano u odluci *Corbett v. Corbett*, koji je uskratio mogućnost za promenu naznake pola u krštenici kako bi ona bila usklađena sa novim polnim statusom transseksualca, bila je osnov za više predavki britanskih državljana protiv Vlade Ujedinjenog Kraljevstva pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu.

3.2. *Potvrda iz Strazbura: slučaj Cossey*. Podnositeljka predstavke u slučaju *Cossey* tvrdila je da odbijanje državnih organa Ujedinjenog Kraljevstva da izdaju dokument o rođenju koji će ukazivati na njen pol kao „ženski”, pred-

14 U tom smislu Lombois, C., „La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l’homme”, Recueil Dalloz Sirey, Chronique, No. 44, 1992, str. 325.

15 U tom smislu Linossier, L., „Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique”, Recueil Dalloz Sirey, Hebdomadaire, Chronique No. 19, 1981, str. 147, Pannick, D., „Homosexuals, Transsexuals and the Sex Discrimination Act”, *Public Law*, summer 1983, str. 294; Taitz, *op. cit.*, str. 503. i 505.

16 Jedan autor je doživio kulturni kontekst odluke sasvim neposredno: „Moglo bi se komentarisati i to, posebno ironično za biološkog muškarca koji je prinuđen da nosi togu i napuderisanu periku zbog kulturnih tradicija, što je baš on propustio da prizna vrednost spoljnog izgleda stvari. Kostim sudije definiše njegov kulturni položaj, ma kakva da je biologija onog ko ga nosi. Sudija, štaviše, ne priznaje ni korelaciju između njegove sopstvene pozicije i one bilo koga drugoga ko nosi odeću tradicionalno vezanu za jedan ili drugi pol.” Videti Mac Namee, E., *Law, Sexuality and Identity: The Legal Gerrymandering of Trans(sexual) Personhood*, LL.M. Thesis, Reading 1992, str. 99.

17 Videti Mac Namee, *op. cit.*, str. 104–105.

stavlja nedopustivo mešanje države u pravo na poštovanje privatnog života koje garantuje član 8. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Mešanje se sprovodi na taj način što se od podnositeljke očekuje da otkriva detalje iz svog intimnog života uvek kada treba da prezentuje svoju originalnu krštenicu. Podnositeljka predstavke se, takođe, pozivala na nemogućnost da zaključi punovažan brak sa muškarcem prema engleskom pravu, što je, prema njenom mišljenju, predstavljalo povredu člana 12. iste Konvencije.

Razmatrajući, najpre, sadržaj člana 8. Konvencije¹⁸ u slučaju *Cossey*, Evropski sud za ljudska prava zauzeo je stanovište da pojam „poštovanja” koji se u njemu pominje nije dovoljno jasan. To se naročito odnosi na situacije kada u koncept „poštovanja” treba uneti i pozitivne obligacije koje on, takođe, obuhvata.¹⁹ Imajući u vidu različitu praksu u državama koje su ugovorne strane Konvencije, Sud smatra da će se zahtevi tumačenja tog pojma značajno razlikovati od slučaja do slučaja. Zbog toga Sud podseća da prilikom odlučivanja o tome da li takva obligacija postoji ili ne, naročita pažnja mora biti posvećena oceni postojanja „poštene ravnoteže” (*fair balance*) koja treba da bude nađena između opšteg interesa zajednice i interesa pojedinca. Sud je, stoga, zaključio: „Odbijanje ispravke u registru rođenja ili odbijanje izdavanja krštenice, čija se sadržina i priroda razlikuju od onih originalno zabeleženih, ne može se smatrati kao mešanje. Ono što traži podnositeljka predstavke, nije to da se tužena Država uzdrži od postupanja, već da ona preduzme korake da modifikuje svoj postojeći sistem. Pitanje je, stoga, da li stvarno poštovanje privatnog života Miss Cossey nameće takvu pozitivnu obligaciju za Ujedinjeno Kraljevstvo.”

Drugi i važniji prigovor koji je učinila Miss Cossey bio je da njen sadašnji fizički izgled postoperativne transseksualke znači, u stvari, da ona uopšte ne može da zaključi brak. Budući da je sada žena, ne bi mogla da zaključi brak sa drugom ženom; s druge strane, englesko pravo je sprečava da zaključi brak sa muškarcem. Sud je odgovorio, razmatrajući član 12. Konvencije za za-

18 Član 8. Konvencije glasi:

„1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, svog doma i svoje prepiske.

2. Javna vlast ne sme se mešati u vršenje ovog prava izuzev u meri koja je u skladu sa zakonom i koja je nužna u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, radi zaštite zdravlja ili morala ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

19 Ipak, Evropski sud za ljudska prava će se tumačenju pojma „privatnog života” vraćati više puta nakon odluke *Cossey*. Na primer, Sud je konstatovao da ne smatra da je moguće ili neophodno pokušati dati konačnu definiciju pojma privatni život. Međutim, zaključio je da bi bilo isuviše restriktivno ograničiti taj pojam na „uži krug” unutar kojeg pojedinac živi svoj lični život po sopstvenom izboru, isključujući u potpunosti spoljni svet koji u taj krug ne ulazi. Drugim rečima, poštovanje privatnog života mora u određenoj meri uključivati i pravo da se uspostave i razvijaju odnosi sa drugim ljudskim bićima. Videti odluku u slučaju *Niemietz v. Germany*, No. 13710/88, presuda od 16. decembra 1992. godine, par. 29. Takođe, u odluci Evropskog suda u predmetu *X and Y v. The Netherlands* (No. 8978/80, presuda od 26. marta 1985. godine, par. 22) zauzet je stav da pojam „privatnog života” uključuje i „fizički i moralni integritet osobe”, obuhvatajući i „njen ili njegov seksualni život”.

štitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,²⁰ da nemogućnost zaključenja braka sa drugom ženom nije posledica bilo kakve pravne smetnje. Njena nesposobnost da zaključi brak sa muškarcem, pak, u potpunoj je saglasnosti sa konceptom braka koji je usvojen u engleskom pravu i koji je zaštićen članom 12. Konvencije:

„Pravo na brak garantovano u članu 12. Konvencije odnosi se na tradicionalan brak između osoba različitog biološkog pola. To proizilazi i iz formulacije ovog člana, iz koje je jasno da je njegov glavni cilj bio da se zaštiti brak kao osnov porodice. Članom 12. postavljen je princip da će vršenje prava na brak biti podvrgnuto nacionalnim zakonima država ugovornih strana. Ograničenja koja se time uvode ne smeju ograničiti ili umanjiti pravo na takav način ili u takvom obimu da bude oštećena sama suština prava. Pravna prepreka braku između osoba koje nisu različitog biološkog pola u Ujedinjenom Kraljevstvu, međutim, ne može proizvoditi efekat ove vrste.”²¹

4. Slučaj *B. v. France*

4.1. *Novi stav Evropskog suda: slučaj B. v. France.* Postupak u ovom sporu pokrenula je gospođica B., francuska državljanka, rođena 1935. godine u Sidi Bel Abesu u Alžiru. U zvanične registre građanskog stanja ubeležena je kao muškarac sa imenom Norbert Antoan. Međutim, već od najranijeg detinjstva pokazivala je sklonost da se ponaša kao žensko; njena braća i sestre smatrali su je za devojčicu, a u polno potpuno podeljenom školskom okruženju teško se prilagođavala svojoj ulozi dečaka. Napokon, 1972. godine podvrgla se hirurškom zahvatu kojim je njeno telo dobilo ženski oblik. U aprilu 1978. godine obratila se administrativnim organima Francuske zahtevajući da u registrima građanskog statusa bude ispravljen prvobitni upis njenog pola (muški) u pol kome sada pripada (ženski), te da joj bude dopušteno da nosi žensko ime. Sud u Liburnu, a potom i Apelacioni sud u Bordou, odbili su njen zahtev sa obrazloženjem da nije bilo nikakve greške prilikom upisa pola na njenom rođenju, iz čega proizilazi da bi udovoljavanje njenom zahtevu predstavljalo napad na princip neotuđivosti statusa fizičkih lica. Građansko odeljenje Kasacionog suda Francuske donelo je, u martu 1987. godine, odluku kojom je u svemu potvrđen stav koji su izneli nižestepeni francuski sudovi. Gospođica B. se potom

20 Član 12. Konvencije glasi:

„Muškarci i žene koji su dostigli bračnu zrelost imaju pravo da zaključe brak i zasnaju porodicu, u skladu sa nacionalnim zakonima koji regulišu vršenje ovog prava.”

21 Videti *Case of Cossey v. The United Kingdom*, No. 10843/84, presuda od 27. septembra 1990. Na isti način izjasnio se Evropski sud za ljudska prava i u još nekoliko britanskih slučajeva: *Case of Rees v. The United Kingdom*, No. 9532/81, presuda od 17. oktobra 1987, *Case of X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, No. 21830/93, presuda od 22. aprila 1997. i *Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, presuda od 30. jula 1998. godine. U svim tim slučajevima Evropski sud za ljudska prava je smatrao da specifična priroda engleskih registara o rođenju predstavlja valjan osnov za uvažavanje širokog polja slobodne procene Ujedinjenog Kraljevstva te da to ne može biti osnov za povredu prava na poštovanje privatnog života i prava na brak.

obratila Evropskom sudu za ljudska prava. Navela je da su je francuski državni organi – odbijajući da joj dozvole ispravku navoda o polu u zvaničnim registrima građanskog statusa i na njenim identifikacionim ispravama – prisilili da pred trećim osobama otkriva intimne podatke o svom polnom identitetu, kao i da joj je ta činjenica dodatno prouzrokovala velike teškoće u ličnom i porodičnom životu, čime je povređeno njeno pravo na poštovanje privatnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima).

Evropski sud za ljudska prava je, najpre, ponovio svoj od ranije poznati stav da koncept „poštovanja” o kome govori član 8. Evropske konvencije može da znači i unošenje pozitivnih obligacija za države ugovornice, ali da se tom prilikom naročita pažnja mora posvetiti oceni postojanja poštene ravnoteže između opšteg interesa zajednice i interesa pojedinca: „Sud je došao do zaključka, na osnovu gorepomenutih okolnosti po kojima se ovaj slučaj razlikuje od slučajeva *Rees* i *Cossey* i smatrajući da nije neophodno razmatrati ostale razloge koje je naveo podnosilac predstavke, da se ona svakodnevno nalazi u situaciji koja, kada se sagleda u celini, nije u saglasnosti sa poštovanjem njenog privatnog života. Shodno tome, uvažavajući polje slobodne procene (*margin of appreciation*) tužene države, Sud smatra da poštena ravnoteža koja treba da bude uspostavljena između opšteg i pojedinačnog interesa nije bila dostignuta, te da zato postoji povreda člana 8. Tužena država ima na raspolaganju nekoliko sredstava kojima može da popravi ovakvo stanje. Nije zadatak ovog Suda da označi koje je sredstvo najpodesnije.”

Dakle, Evropski sud je zaključio da, za razliku od engleskog sistema registracije građanskog statusa, koji nije oblikovan tako da služi definisanju sadašnjeg identiteta jedne osobe, već da zabeleži samo jednu istorijsku činjenicu, rešenje francuskog prava je, po nalaženju Suda, sasvim drugačije. Cilj ustrojstva registara građanskog statusa u Francuskoj jeste da ažurira sve podatke o životu jednog lica, tako da izgleda savršeno moguće u takve registre umetnuti i podatak o sudskoj odluci koja naređuje izmenu originalno upisanog pola. Svrha takvog akta, dakle, nije u tome da ispravi prvobitno postojeću zabludu, već da dokumentaciju usaglasi sa trenutnim stanjem onoga ko takav zahtev upućuje. Zbog toga je Evropski sud, potvrđujući postojanje povrede prava na poštovanje privatnog života, obavezao francusku državu da podnositeljki predstavke na ime naknade neimovinske štete isplati iznos od 100.000 francuskih franaka, kao i 35.000 francuskih franaka na ime naknade troškova postupka.²²

Osnovni razlog kojim se rukovodio Evropski sud za ljudska prava u odlučivanju u ovom sporu i koji ga je motivisao da napusti praksu formiranu u slučajevima *Rees* i *Cossey* bilo je pitanje procene cilja radi koga se vrše zabeleške ličnog statusa u javnim registrima. Drugim rečima, suštinsko pitanje je bilo da li francuski registri građanskog statusa beleže informacije koje treba

22 Videti *Case of B. v. France*, No. 13343/87, presuda od 24. januara 1992. Opširnije o ovoj odluci videti Draškić, M., „Pravo na polni identitet”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 6/1992, str. 626–633.

da identifikuju jednu osobu ili, kao što je to slučaj u engleskom pravu, treba samo da zabeleže istorijsku činjenicu u vezi sa njenim rođenjem?

U engleskom pravu, naime, službeni registri obezbeđuju istorijsku hroniku činjenica koje su se dogodile u vezi sa jednom osobom, sakupljenih po njihovoj prirodi: poseban registar za rođenja, za venčanja i za smrti. Svaki registar predstavlja kartoteku za sebe i nije povezan ni sa jednim drugim registrom. Zbog toga je britanskom beležniku nemoguće – rezonovao je Evropski sud – da promeni činjenicu da je jednoj osobi na rođenju pripisan odgovarajući pol. No, s druge strane, to je razlog zbog koga transseksualci u Engleskoj mogu jednostavno i bez ikakvih formalnosti da promene ime i prezime, kao i da zahtevaju izdavanje zvaničnih dokumenata o identitetu koji sadrže naznaku pola prema njihovom izboru. Apsolutno nedodirljiva i nepromenljiva ostaje jedino originalna krštenica, ali ona sasvim retko predstavlja predmet negativnog publiciteta.²³

Za razliku od engleskog prava, u francuskom pravu dokumentarni karakter zvaničnog registra – centralizovanog pomoću marginalnih napomena – ima zadatak da u svakom trenutku otkriva status osobe, koji proizilazi iz svih informacija koje su za nju bitne.²⁴ Zbog toga, dakle, francuskom matičaru ne bi bilo nemoguće da napomene na margini da je osoba prešla iz jednog u drugi pol, kao što napominje da je osoba prešla iz života u smrt, odnosno iz celibata u brak ili obrnuto. Najzad, to je razlog zbog koga bi zainteresovani transseksualac trebalo da dobije ispravku pola u matičnoj knjizi, kao i da promeni ime, kako u zvaničnim dokumentima o identitetu, kao što su nacionalna lična karta ili evropski pasoš, tako i u dokumentima administrativnog, medicinskog ili profesionalnog karaktera u kojima se nalazi nacionalni identifikacioni broj (INSEE).

Raspravljajući o prirodi tih registara kao o prethodnom pitanju, Evropski sud za ljudska prava došao je do zaključka da je cilj ustrojstva registara građanskog stanja u francuskom pravu da ažurira sve podatke o životu jednog lica tako da je potpuno prirodno u takve registre umetnuti podatak o sudskoj odluci koja naređuje izmenu originalno upisanog pola. Svrha takvog akta, dakle, nije u tome da ispravi inicijalno postojeću zabludu, već da dokument usaglasi sa trenutnim stanjem onoga ko u tom smislu upućuje odgovarajući zahtev. Štaviše, jedine osobe koje su ovlašćene za direktan pristup tim registrima jesu službena lica i lica koja su takvu dozvolu dobila od državnog tužioca, a njihov javni karakter osigurava se izdavanjem kompletnih kopija ili izvoda. Francuska je stoga, prema mišljenju Suda, mogla uvažiti zahtev tužilje pred svojim sudovima bez bilo kakve intervencije zakonodavca: „...promena dosadašnje prakse Kasacionog suda bila bi sasvim zadovoljavajuća.”²⁵

23 U tom smislu Lombois, C., *op.cit.*, str. 325.

24 Doduše, u francuskoj doktrini se iznosi da nije tačno da je francuski sistem registracije građanskog statusa isključivo „dokumentaran”, već da je i on u izvesnim tačkama „istorijski”. U izvodu iz matične knjige rođenih, tako, postoji „tvrdog jezgro”: datum, mesto i pol rođenja; dakle, tri „istorijske” istine koje se odupiru svim manipulacijama. Videti Lombois, C., *op. cit.*, str. 325.

25 Videti *Case of B. v. France*, *op. cit.*, par. 52.

Opšte je mišljenje da je Odluka Evropskog suda za ljudska prava daleko uzdržanija od izveštaja Evropske komisije za ljudska prava, koji je podnet sudu 6. septembra 1990. go-

4.2. *Nakon odluke u slučaju B. v. France: nova praksa francuskog Kasacionog suda.* Iako su presude Evropskog suda za ljudska prava u to vreme imale uglavnom samo novčane konsekvence prema državama koje su ugovorne strane Evropske konvencije o ljudskim pravima, i nisu se mogle *de iure* nametati nacionalnim jurisdikcijama, francuski sudski sistem je razumeo i uvažio poruku koju mu je uputio Evropski sud za ljudska prava.²⁶ Tako je Kasacioni sud Francuske, zasedajući u plenumu i odlučujući u predmetima René X i Marc X, doneo dve istovetne odluke 11. decembra 1992. godine. U njima je, posle mnogih godina protivljenja, konačno bilo priznato pravo transeksualaca na promenu upisa njihovog prvobitnog pola.²⁷ Ova dva slučaja su spojena, jer je činjenično stanje u svim bitnim detaljima otkrivalo istu ili sasvim sličnu sudbinu dvojice tužilaca. To je sudbina dečaka koji se uvek ponašao kao devojčica, koji se podvrgao hormonskim tretmanima i hirurškim postupcima polne transformacije i koji je, najzad, zahtevao da pravo prizna njegovu promenu pola i imena u ženski pol i žensko ime. Evo suštinskog dela obrazloženja tih odluka:

„Kada, po izvršenom medicinsko-hirurškom tretmanu kojem se podvrgava iz terapijskih razloga, osoba koja pokazuje sindrom transseksualiteta i

dine. No, i pored toga, u delu francuske pravne teorije odluka je naišla na žestoku osudu. Tako Lommois na jednom mestu kaže: „Počinje se dokazivanjem da je izvod iz matične knjige rođenih (ili da su dokumenti identiteta koji iz njega proizlaze) u čestoj upotrebi. Zaključuje se da, radi toga da se ne otkrije društveni pol, treba praviti kameleona. To znači vratiti se promeni pola na mala vrata, ali sa velikom nadom u odgovor: sa izvodom iz matične knjige rođenih koji vam kaže da ste muškarac (da vas ne bi demantovali u društvu) vi ste sposobni da se oženite ženom, a to je ono što biste želeli. Ako je Sud bio prevaren tom podvalom, on je, uz sve poštovanje, uslužna budala: on osuđuje odbijanje da se B.-u promeni naznaka pola u matičnoj knjizi, iako je svestan, u sklopu svih činjenica, da se ovaj obratio sudu samo zbog želje da se venča sa svojim partnerom.” Videti Lommois, C., *op. cit.*, str. 325.

Suprotno, za komentar odluke sa upadljivom uzdržanošću videti: Garé, T., „Note sous Cour EDH”, 25 mars 1992, *La Semaine Juridique*, 1992, II, 21955, str. 417.

Za jedno kompromisno rešenje, koje bi bilo ograničeno samo na promenu izgleda, bez priznavanja pravnih konsekvenci, založio se Massip, J., *Le transsexualisme, état de la question*, Defrénois, 1992, str. 1009.

26 Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisali su 4. novembra 1950. godine u Rimu predstavnici vlada 13 država članica Saveta Evrope. U skladu sa sopstvenim odredbama, Konvencija je stupila na snagu po deponovanju desetog instrumenta ratifikacije, što se dogodilo 3. septembra 1953. godine. Francuska je ratifikovala Konvenciju 1974. godine. Od tada, Kasacioni sud bez izuzetka poštuje moralni autoritet odluka koje je povodom pojedinačnih predstavi francuskih državljana donosio Evropski sud za ljudska prava u Strazburu.

27 Odluci je prethodilo nadahnuto i iscrpno izlaganje o fenomenu transseksualiteta u kome se, između ostalog, kaže: „Evo, dakle, ukratko predstavljenih, dveju velikih rasprava koje je transseksualitet otvorio, kao i odluka – često nepotpunih i dvosmislenih – koje su nastale u francuskoj sudskoj praksi i pred evropskim instancama. Zbrka u toj oblasti po meri je onoj među duhovima: duboka podela među domaćim sudijama, vrlo izolovana Francuska u Evropi i napola osuđena pred Sudom u Strazburu! Ako želite da stavite tačku na tu zbrku – koja šteti poverenju u pravdu, kao i ugledu zemlje koja smatra za čast poštovanje ljudskih prava – pruža vam se prilika kroz dve tužbe koje je Prvo građansko odeljenje, na zahtev vrhovnog tužioca pri ovom sudu, uputilo pred vašu plenarnu sednicu.” Videti Conclusions de M. Michel Jéol, „Premier avocat général a la Cour de Cassation”, *La Semaine Juridique*, II, 21991, 1993, str. 43.

koja je poprimila fizički izgled koji je približava drugom polu, a koji odgovara njenom socijalnom ponašanju, ne poseduje više sve odlike svog prvobitnog pola, princip poštovanja privatnog života opravdava da njen građanski status pokazuje od sada pol čiju spoljašnost poseduje. Princip neotuđivosti ličnog statusa nije prepreka za takvu promenu.”²⁸

Komentari ove sudske odluke nisu zaostajali za onim izrečenim povodom odluke suda u Strazburu nekoliko meseci ranije. Francuska pravna teorija bez kolebanja je rekla da ova odluka „predstavlja revoluciju; potres u pravu transseksualiteta”; zabrinuti praktičari uzbuđeno su je pročitali kao presudu „koja je prihvatila da se odrekne jedne tako elementarne istine u pravu – da je pol pojedinca određen hromozomima, a ne plastičnom hirurgijom”.²⁹ Francuski Kasacioni sud, međutim, nigde ne govori o sticanju novog pola, već samo o približavanju (*rapprochement*) novom polu. Matična knjiga, na čijoj margini bude upisana odluka, biće na taj način ispravljena, a u svim budućim izvodima ili integralnim kopijama stajaće naznaka novog pola. Logika presude, najzad, upućuje i na potrebu izdavanja novih dokumenata o identitetu i svih drugih ličnih dokumenata za svakodnevnu upotrebu. Sud nigde ne govori o napuštanju inicijalnog pola niti o opravdavanju promene pola već o nastojanju da se novim polnim statusom izbegne obznanjivanje patnji jednog ljudskog bića u, kako kaže Carbonnier, „krhkoj nadi da će to doprineti smirenju i ozdravljenju”.³⁰ Na taj način francuski Kasacioni sud izbegao je da se izjasni o jednom metafizičkom pitanju – da li je transseksualac stvarno „promenio” pol, ostavljajući određene ruke sudskoj praksi da ubuduće odgovarajućom elastičnošću upravlja različitim pravnim efektima promene pola.

5. Slučaj *Christine Goodwin v. The United Kingdom*

Nakon 12 godina od odluke *Cossey*, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu imao je pred sobom novi slučaj predstavke koju je podnela transseksualna osoba protiv Ujedinjenog Kraljevstva. Podnositeljka predstavke bila je britanska državljanka rođena 1937. godine kao muškarac. Od najranije mladosti osećala je da njen „psihološki pol” ne odgovara njenom muškom telu; 1965. godine postavljena je dijagnoza transseksualiteta, a 1990. godine podvrgnuta je endokrinološkoj pripremi i operaciji polnog preuređenja, koja joj je u potpunosti obezbedila spoljni izgled žene. Ona se obratila Evropskom sudu za ljudska prava smatrajući da britanska Vlada još uvek nije preduzela nikakav konstruktivan korak da se umanje patnja i poniženje koje trpe ona i druge transseksualne osobe. Nedostatak pravnog priznanja promene pola u njenom slučaju rezultirao je brojnim diskriminirajućim i ponižavajućim postupcima u svakodnevnom životu. Posebno je navela da sve specijalne pro-

28 Videti Presude Kasacionog suda (*Cour de cassation*) od 11. decembra 1992. godine, *La Semaine Juridique*, II, 21991, 1993, str. 41, note Mémeteau.

29 Videti Mémeteau, G., Note, *La Semaine Juridique*, II, 21991, 1993, str. 47.

30 Videti Carbonnier, J., *Droit civil, Les personnes*, Paris 1990, str. 113.

cedure kojima se morala podvrgavati u vezi sa svojim NI brojem (broj koji registruje svakog britanskog državljanina za potrebe nacionalnog osiguranja), državnim penzionim sistemom, zaključivanjem ugovora o životnom osiguranju i osiguranju automobila, hipotekom itd. pokazuju neopravdanu razliku u tretmanu, budući da bi sve te procedure bile nepotrebne kada bi ona bila priznata kao žena u pravu. Odbijanje Državnog penzionog sistema da joj prizna pravo na penziju sa 60 godina starosti na osnovu čisto biološkog testa za određivanje pola smatrala je povredom prava na poštovanje privatnog života (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima), a odbijanje državnih organa da joj dozvole da sklopi brak sa muškarcem kao povredu prava na sklapanje braka (član 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima). Podsetila je da su se ogromne promene u pogledu naučnog razumevanja i socijalnog položaja transseksualaca dogodile svuda u Evropi, u Americi i u Australiji, te da ne vidi nijedan ubedljiv razlog zbog koga takav stav ne bi bio prihvatljiv i za Veliku Britaniju.

Evropski sud za ljudska prava najpre je potvrdio da je već nekoliko puta odlučivao po predstavkama britanskih državljana u sličnim slučajevima i da je u svim tim odlukama zauzimao stav da odbijanje britanske Vlade da izmeni pravila o registru rođenja ne može biti smatrano kao nedopušteno mešanje države u privatni i porodični život. U engleskom pravu, naime, službeni registri obezbeđuju istorijsku hroniku činjenica koje su postojale u vreme rođenja jedne osobe na način na koji to čini fotografija; stoga nametanje pozitivne obaveze Vladi – da promeni taj sistem i ustanovi novi sistem ili tip dokumentacije koji bi obezbeđivao dokaz o aktuelnom građanskom statusu jedne osobe – nije moglo biti prihvaćeno. Sud je zatim istakao da je, iako nije vezan svojim ranijim odlukama, u interesu pravne sigurnosti, predvidljivosti i pravičnosti da se ne odstupa od te prakse bez dovoljno dobrih razloga. S druge strane, Sud je priznao da se mora voditi računa i o promenjenim prilikama u društvu, kao i o potrebi da se Evropska konvencija tumači i primenjuje na dinamičan i evolutivan način. Propuštanje da se tako postupa moglo bi predstavljati rizik da se onemoguću svaka reforma i napredak. Ukratko, Evropski sud za ljudska prava zaključio je da su se prilike i u Velikoj Britaniji promenile i da su izuzeci od istorijske osnove registra rođenja već učinjeni u slučaju pozakonjenja i usvojenja, gde je moguće zahtevati izdavanje dokumenta o rođenju koji sadrži promene nastale posle rođenja. Stoga je Sud našao da ne bi trebalo da bude problem da isti takav izuzetak bude učinjen i u slučaju transseksualaca. „U 21. veku, pravo transseksualaca na lični razvoj, na fizičku i moralnu sigurnost, koju u punom smislu reči uživaju svi drugi građani u društvu, ne može se više posmatrati kao stvar kontroverzi koje zahtevaju protek vremena da bi bile potpuno razjašnjene. Najkraće rečeno, nezadovoljavajuća situacija u kojoj žive postoperativni transseksualci, u međuprostoru u kojem ne pripadaju sasvim ni jednom ni drugom polu, ne može više biti prihvatljiva.” Imajući sve to u vidu, Sud je zaključio da je britanska Vlada odgovorna za povredu prava na poštovanje privatnog života podnositeljke predstave te da ne može više da tvrdi da ovo pitanje spada u polje njene slobodne procene. Sud je, takođe, potvrdio i povredu prava na brak, sa obrazloženjem

da termin „muškarac i žena” iz člana 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima ne može više da se odnosi na određivanje pola isključivo na osnovu bioloških kriterijuma. Ogromne socijalne promene dogodile su se u instituciji braka od vremena kada je usvojena Evropska konvencija, a dramatične novine doneo je u međuvremenu i napredak medicine i nauke uopšte u domenu transseksualiteta. Zbog toga, činjenica da je podnositeljka predstavke u ovom slučaju bila sprečena da sklopi brak predstavlja razlog za pružanje pravne zaštite. Sud je dosudio samo naknadu troškova sudskih postupaka, nalazeći da donošenje odluke u ovom slučaju samo po sebi predstavlja zadovoljavajuću pravičnu satisfakciju za neimovinsku štetu koju je podnositeljka predstavke trpela do tada.³¹

Dakle, odluka *Goodwin* je u neku ruku zatvorila krug koji je englesko pravosuđe započelo mnogo godina ranije u slučaju *Corbett*. Kao što je to i sam otvoreno rekao u obrazloženju ove presude, Evropski sud za ljudska prava priznao je da odstupa od sopstvene ranije prakse, ispravno smatrajući da samo evolucionističko i dinamičko tumačenje Evropske konvencije može da obezbedi suštinske zahteve za pravičnošću u 21. veku. Za takav stav Sud je našao uporište, s jedne strane, u donekle promenjenom karakteru registara građanskog stanja u Velikoj Britaniji, koji su u međuvremenu transformisani tako da dopuštaju da u registar rođenja ipak budu unete neke promene koje su nastupile tokom života jedne fizičke osobe (kao što je, na primer, unošenje podataka o pozakonjenju ili zasnovanom usvojenju), a s druge strane, u sve široj prihvatljivosti među državama članicama Saveta Evrope da transseksualne osobe imaju pravo na polni identitet, sa kojim je usklađen i njihov postoperativni fizički izgled. Drugim rečima, Sud je odbranio stav, iznet toliko puta ranije u brojnim naučnim studijama, da i oni pojedinci koji nisu imali tu sreću da sve konstituente u razvoju njihove polnosti teku sinhrono, imaju pravo na lični razvoj i na fizičku i moralnu sigurnost, koju u punom smislu reči uživaju svi drugi građani u društvu. Štaviše, Evropski sud je otišao i korak dalje: odbacio je čuveni „test Ormrod” u proceni pitanja kriterijuma za definiciju pola i umesto određivanja ljudskog bića isključivo na osnovu hormonalnog, genitalnog i gonadnog pola, pojam „žene” i „muškarca” iz člana 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima hrabro je proširio i na izvanbiološke kriterijume.³²

31 Videti *Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom*, No. 28957/95, presuda od 11. jula 2002. godine.

32 Protiv apsolutnog primata hromozomskog testa u diferencijaciji polova žestoko se izjašnjavao dr Harry Benjamin, jedan od pionira u oblasti medicinskih istraživanja fenomena transseksualnosti i jedan od njegovih najvećih poznavalaca:

„Hromozomski pol ima isključivo apstraktan, naučni i teorijski značaj u slučajevima transseksualaca. Insistiranje na tome da jedna osoba mora da živi i da u pravu bude priznata kao takva u skladu sa svojim hromozomskim polom, vredi kako zdrav razum, tako i osećanje humanosti. Ono redukuje nauku na puku tehniku i čini je apsurdnom. Sa istim obrazloženjem moglo bi se, takođe, insistirati na tome da Rembrantova dela nisu slike, već komadi platna prekriveni bojom. Tačno, ali glupo.” Videti Pismo dr Harry-ja Benjamin-a upućeno časopisu *Cornell Law Review* 6. januara 1971. godine.

6. Evolucija i u Srbiji: Odluka Ustavnog suda u slučaju X.

U našem pravu, i pored nekoliko stotina obavljenih operacija polnog prilagođavanja, nema zakonskog rešenja problema transseksualiteta, a donekadno nije postojala ni bilo kakva sudska praksa o ovom pitanju. Postojala je samo sporadična, iako dugogodišnja praksa opštinskih organa uprave, koji su do sada u pedesetak slučajeva doneli rešenja kojima se transseksualnim osobama odobrava promena pola upisanog u matičnoj knjizi, kao da je reč o ispravci greške koja je nastupila prilikom prvobitnog upisa pola na rođenju. Odluka Zakona o matičnim knjigama, na koju su se pozivali opštinski sekretarijati u pomenutim rešenjima, međutim, odnosi se isključivo na ispravku matične knjige pod pretpostavkom prvobitno netačnog upisa.³³ Pravna promena pola, o kojoj je reč u slučajevima transseksualiteta, naprotiv, jeste činjenica koja može biti utvrđena samo u nekom posebnom administrativnom ili sudskom postupku, na osnovu stručnog mišljenja odgovarajućih eksperata i uz poštovanje elementarnog prava na ljudsko dostojanstvo. Ne bi se, stoga, moglo govoriti o ispravci, budući da pojam „ispravka” nužno podrazumeva da se ispravlja nešto što sadrži grešku. U slučajevima transseksualiteta – kako u trenutku kada je pol upisan u matičnu knjigu, tako i sve dok tražilac nije preduzeo hiruršku intervenciju kojom je postignuto prilagođavanje spolnom izgledu drugog pola – nije bilo nikakve greške ni u stvarnom, niti u pravnotehničkom smislu reči. Nije, dakle, posredi nikakva ispravka prvobitno netačnog upisa, nego je reč o naknadnom upisu činjenice promene pola u matičnu knjigu rođenih koja se upisuje, kao i sve druge naknadne promene nastale posle završenog osnovnog upisa, u rubriku „naknadni upisi i zabeleške”.³⁴

U takvom pravnom okruženju, Ustavni sud je 2012. godine doneo odluku kojom je prvi put usvojio ustavnu žalbu jedne transseksualne osobe i utvrdio da je opštinska uprava jedne opštine u Srbiji povredila pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, time što je donošenjem zaključka o nenadležnosti propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Ustavni sud je potvrdio da su državni organi koji vode matične knjige stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu i naložio je matičnoj službi, koja je mesno nadležna u ovom slučaju, da u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke Ustavnog suda odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih.³⁵

33 Videti, umesto svih drugih, rešenje Opštinskog sekretarijata za opštu upravu opštine Savski venac u Beogradu II-02, broj 200-433/92 od 5. juna 1992. godine i rešenje Gradske uprave grada Beograda, broj XI-03-200,13-53/2012 od 27. februara 2012. godine.

34 Detaljnije o slabostima takve prakse, videti Draškić, M., „Transseksualitet i naše pravo”, u knjizi *Aktuelni pravni problemi u medicini*, Beograd 1996, str. 12. i dalje.

35 Videti odluku Ustavnog suda UŽ 3238/2012 od 8. marta 2012. („Službeni glasnik RS”, br. 25/2012).

Odluka Ustavnog suda zasniva se, pritom, na stanovištu da su, s jedne strane, matične službe stvarno nadležne da vrše upis promene podataka o polu na isti način kao što u matičnu knjigu rođenih unose podatke o promeni svih ostalih elemenata građanskog statusa jedne osobe tokom njenog života (kao što su: određivanje i promena ličnog imena, sklapanje, poništenje ili razvod braka, utvrđivanje ili osporavanje materinstva ili očinstva, zasnivanje usvojenja, nastupanje smrti odnosno proglašenje nestalog lica za umrlo itd.), a s druge strane, da pravni osnov za upis promene podataka o polu ne mora nužno da bude sudska odluka odnosno odluka upravnih organa – Iako je svakako tačno da se najveći broj podataka upisuje upravo na taj način – budući da se pojedini upisi vrše samo na osnovu odgovarajuće medicinske dokumentacije. Drugim rečima, zaključio je Ustavni sud, ako je moguće da se činjenica rođenja upiše u matičnu knjigu rođenih samo na osnovu medicinske dokumentacije koju bolnica u kojoj se dogodio porođaj dostavi nadležnoj matičnoj službi, odnosno na osnovu izjave lica koje je prisustvovalo porođaju ako se porođaj nije dogodio u zdravstvenoj ustanovi, kao i da se činjenica nastupele smrti upisuje u matičnu knjigu umrlih samo na osnovu pismenog izveštaja nadležnog lekara, ne može biti zakonskih smetnji da se i činjenica o pravnoj promeni pola upiše samo na osnovu medicinske dokumentacije o preduzetoj hirurškoj intervenciji usklađivanja somatskih karakteristika pola sa psihološkim polom pacijenta. Imajući u vidu da je nadležni opštinski organ uprave, u konkretnom slučaju o kome je odlučivao Ustavni sud, odbio svoju stvarnu nadležnost za upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, Ustavni sud je našao da je time povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, koje je zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života, garantovano članom 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ustavni sud se prilikom zauzimanja takvog stava ekstenzivno pozivao na bogatu jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava u pitanjima vezanim za transseksualce i posebno na stavove tog suda o pozitivnim obavezama država članica u tumačenju pojma „poštovanja” kao sastavnog dela prava na privatni život.

7. Zaključak: Konačno ka zakonodavnoj inicijativi?

Prva odluka o ustavnoj žalbi transseksualne osobe X. Ustavnog suda i argumentacija koja je upotrebljena za njeno obrazloženje nesumnjivo zaslužuju svaku pohvalu. Uprkos tome, čini se racionalnim pozvati na hitnu intervenciju zakonodavca, ne zbog toga što problemi transseksualiteta nužno zahtevaju da budu baš zakonski regulisani – jer su mnogobrojna uspešna rešenja prikazana i u sudskoj i u upravnoj praksi drugih zemalja – već zato što bi u sadašnjem trenutku takva intervencija osujetila zakonodavca u Srbiji u potpunom ignorisanju težine problema. Suprotno iskustvima stranih pravnih uređenja, odsustvo striktno zakonske regulative moglo bi u srpskom pravu da otvori put neodgovornom i olakom tumačenju da je promena pola stvar rutinske administrativne odluke koja se ispisuje na šapirografisanom obrascu,

što je druga, ništa manje rđava krajnost. Prepuštanje opštinskim organima uprave da odlučuju o tako važnom pitanju kao što je promena pola a da pritom ne budu snabdeveni nikakvim uputstvom ili drugim bližim propisom o načinu na koji će obavljati tu svoju dužnost, krajnje je riskantno i teško da bi se moglo pretpostaviti da bi se bilo koji odgovoran zakonodavac sa takvim rešenjem mogao saglasiti. To bi značilo pristajanje na sasvim slobodnu procenu svakog matičara o najvažnijim otvorenim pitanjima: da li je operacija za podešavanje pola neophodna za promenu navoda o polu u matičnoj knjizi ili je dovoljna i sama endokrinološka terapija o kojoj bi postojala odgovarajuća medicinska dokumentacija; ako operacija jeste uslov, kakva i kolika medicinska dokumentacija treba da prati odgovarajući zahtev i ko je ovlašćen da izdaje takvu dokumentaciju; najzad, kakve sve posledice proizvodi takva promena na dotadašnje i buduće pravne odnose transseksualne osobe, od mogućeg retroaktivnog dejstva upisa, do pitanja o sudbini braka u kome se mogao nalaziti onaj ko je pristupio hirurškoj i pravnoj promeni pola? Logično je, naime, očekivati da se u bliskoj budućnosti, a naročito nakon odluke Ustavnog suda, pred organima uprave ili sudovima u Srbiji pojavi više novih zahteva transseksualnih osoba za promenu upisanog pola u matičnim knjigama ili za priznavanje nekih drugih prava, koji će zahtevati civilizovan i adekvatan odgovor državnih organa i pozitivnog prava.

Buduće pravno uređenje fenomena transseksualiteta u našem pravu moglo bi se ostvariti propisivanjem posebnog vanparničnog postupka za promenu pola, koji bi predviđao i nužne medicinske i pravne pretpostavke koje se moraju ispuniti da bi jedna osoba mogla pravno da stekne pol suprotan onome koji je upisan u matičnu knjigu rođenih (sudski postupak po ugledu na nemačko pravo), ili bi za donošenje takve odluke i dalje bili nadležni matičari kojima bi stajalo na raspolaganju odgovarajuće zakonsko rešenje (upravni postupak po ugledu na austrijsko pravo). No, bez obzira na vrstu pravnog postupka, rešenje našeg prava ne bi smelo da propusti da razreši dva vrlo važna pitanja načelnog značaja.

Prvo je zahtev da se o pravnoj promeni pola može govoriti jedino kada je reč o transseksualcima koji su bili podvrgnuti operaciji polnog preuređenja, budući da se pre takvog zahvata može govoriti samo o osobi za koju je postavljena dijagnoza transseksualiteta. Kako je terapija transseksualiteta postupak koji traje više godina i obuhvata nekoliko faza (od psihijatrijskog posmatranja, preko hormonskog tretmana, do završnog polnog preuređenja, koje se obavlja operativnim zahvatom na genitalnim organima), za pravo je važno da bude utvrđen jedan trenutak u kome će se nesumnjivo moći govoriti o obavljenoj polnoj transformaciji. Takvo rešenje je logično, zbog toga što i pravo koje se odnosi na transseksualce – slično onome koje se već godinama primenjuje na somatske hermafrodite – mora da uvažava preovlađujući pol jedne osobe. Očigledno je da predoperativni transseksualac, kod koga su svi kriterijumi pola – izuzev psihološkog – usklađeni, u pravu može biti smatran jedino kao pripadnik pola koji je imao na rođenju. Potencijalni brak takve osobe sa osobom istog hromozomskog pola ne bi bio dopušten i

morao bi se kvalifikovati kao homoseksualni odnos, bez obzira na to što bi takav transseksualac, zahvaljujući svom suprotnom psihološkom polu, smatrao svoj odnos heteroseksualnim. Obrnuto, kod postoperativnog transseksualca, prevlađujući je pol onaj na koji ukazuje usaglašenost psihološkog pola i anatomskog izgleda koji je stečen zahvaljujući hirurškoj intervenciji, pa i u pravu pol može biti samo onaj koji je u saglasnosti sa takvim harmonizovanim statusom individue.

Drugo je zahtev da se o obaveznoj pravnoj promeni pola mora govoriti ako je preduzeta odgovarajuća hirurška intervencija koja je definitivno približila transseksualca polu koji je suprotan onom koji je inicijalno bio upisan na rođenju. U suprotnom, moglo bi se dogoditi da se transseksualna osoba podvrgne operaciji polnog preuređenja ne zahtevajući posle toga nikakvu promenu statusa. Takav ishod bi značio da se pravo može naći u prilično čudnoj situaciji, u kojoj će morati da se saglasi sa tim da je valjan brak dve osobe koje obe imaju spoljni izgled jednog istog pola, ali na zaobilazan način. Drugim rečima, u pravnom sistemu u kome je, kao što je to slučaj sa našim pravom, ustavna definicija braka obuhvatila bezuslovno samo muškarca i ženu, odnosno gde definicija braka nije indiferentna prema različitosti polova kao jednoj od pretpostavki za punovažnost braka (iako u uporednom pravu takav uslov sve češće izostaje), sudbina braka transseksualne osobe koja je izvršila operaciju polnog prilagođavanja ali nije pravno promenila pol bila bi u najmanju ruku neizvesna. Pravo ne bi smelo da dopusti da promena polnih odlika dovede u stvarnosti do situacije da pravni status neke osobe nije više usklađen sa njenim spoljnim izgledom, budući da je čitava velika tema o pravima transseksualaca na polni identitet i započeta sa ciljem da se postigne takvo harmonizovanje.

*Prof. dr Marija Draškić**

EVOLUTION IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CONCERNING TRANSSEXUAL PERSONS: EVOLUTION IN SERBIA TOO

Summary

The medical term „gender dysphoria syndrome” could be defined as the sense of discomfort, which the person in question ascribes to the incongruence between his/her gender identity and his/her gender role, on one hand, and his/her biological sex (primary and secondary sexual characters) on the other.

* Marija Draškić, PhD. Professor of Law, Faculty of Law University of Belgrade. Judge of the Constitutional Court of Serbia. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System* (179059), supported by the Ministry of Science of Serbia.

Transsexuality is an extreme form of gender dysphoria accompanied by the obsessive desire to be delivered from one's primary and secondary sex characters and irresistible need to acquire the bodily appearance and the social status of a person of the opposite sex. True transsexuals experience the complete split between the psychological and the morphological sex from early childhood; their conviction lasts long, includes all life activities, intensifies with the passage of time and becomes a passion, and finally culminates in a desperate desire for a complete sexual transformation through sex reassignment surgery.

The Serbian law has no statutory solution to deal with transsexuality issues, nor is there any judicial practice in this field. But the Serbian Constitutional Court has recently issued ruling that the constitutional appeal filed by X is upheld and that the Municipal Administration of the Municipality of Z, by issuing a conclusion on its lack of subject-matter jurisdiction, failed to take a decision on an application by the appellant for a change in data on the appellant's sex, thus violating his right to dignity and free development of one's personality guaranteed by Article 23 of the Constitution of the Republic of Serbia, as well as the right to respect for private life guaranteed by Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Nevertheless, special legislation is needed to regulate the precise manner in which either the court procedure or the administrative procedure provides a right to change sexual status. The procedure should be initiated only after the requester demonstrates that successful sex reassignment surgery was necessary and has occurred; once this has been shown, legal sexual alteration should be compulsory.

Key words: *Transsexuality. Right to dignity and personal development of individuals. Right to respect for personal life. European Court of Human Rights.*