

Marija Draškić*

Transseksualnost pred Ustavnim sudom Republike Srbije

Sadržaj

1. Činjenično stanje
2. Upravni postupak pred državnim organima Srbije
3. Odluka Ustavnog suda
4. Šta je transseksualitet?
5. Uporedno pravo
6. Slučaj Srbije
7. Procesne pretpostavke
8. Meritorna odluka: povreda prava
9. Zaključak: Konačno ka zakonodavnoj inicijativi?

1. Činjenično stanje

Osoba X, podnosilac ustavne žalbe, rođen je 3. avgusta 1949. sa pseudohermafroditizmom, odnosno sa fizičkim karakteristikama ženskog pola i muškim rodnim identitetom. U matičnu knjigu rođenih izvršen je upis rođenja podnosioca, gde je, pored ostalog, u rubrici „pol“ označen ženski pol.

Nakon dijagnostikovanja poremećaja polnog identiteta (postavljena dijagnoza je glasila *Female to male transgenderismus* F 64.o) i primene odgovarajućih terapijskih procedura, nad osobom X je 02. decembra 2010. u Ginekološko-akušerskoj klinici „Narodni front“ u Beogradu izvršena hirurška operacija prilagođavanja pola (*sex reassignment surgery*).

Podnosilac ustavne žalbe je naveo i to da on danas u potpunosti živi kao muškarac i koristi ime Y, kao i da je pre ulaženja u postupak lečenja, odnosno preduzimanja operacije prilagođavanja pola, bio u braku koji je prestao smrću drugog supružnika 3. januara 1991, te da iz tog braka ima sina i ćerku.

* Prof. dr. Marija Draškić je redovan profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i sudija Ustavnog suda Srbije.

2. Upravni postupak pred državnim organima Srbije

Podnosilac ustavne žalbe je 22. marta 2011. podneo matičnom odeljenju opštine Z zahtev „za ispravku pola u krštenici“. Odeljenje za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z je 10. juna 2011. donelo zaključak broj 200-2/2011-01-IV kojim je, zbog stvarne nenadležnosti, odbačen zahtev podnosioca ustavne žalbe za ispravku pola u matičnoj knjizi rođenih.

U obrazloženju ovog zaključka je, pored ostalog, navedeno da je povodom ovog zahteva Odeljenje za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z zatražilo mišljenje od nadležnog

ministarstva. Ministarstvo za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu dalo je mišljenje „da nije moguće podatak o promeni pola ispraviti, odnosno upisati u postupku po Zakonu o matičnim knjigama“, te da je mišljenje Ministarstva da podnosilac može da „u vanparničnom postupku pred nadležnim sudom pokrene postupak za utvrđivanje sadržine isprave – matične knjige rođenih, odnosno tačnosti podataka upisanih u navedenu matičnu knjigu“. Dalje je navedeno da je postupajući organ u celosti prihvatio mišljenje Ministarstva i našao da nije stvarno nadležan, jer Zakon o matičnim knjigama ne reguliše način i postupak promene pola u matičnim knjigama. U uputstvu o pravnom sredstvu, koje je sastavni deo ovog zaključka, navedeno je da se protiv ovog zaključka može izjaviti posebna žalba Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, u roku od 15 dana od dana dostavljanja zaključka stranci.

Osoba X nije podnela žalbu Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, već je preko ovlašćenog punomoćnika, direktora Beogradskog centra za ljudska prava, prof. dr. Vojina Dimitrijevića, 19. jula 2011. podneo ustavnu žalbu protiv radnje Narodne skupštine, kao i drugih državnih organa, zbog povrede prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti garantovanog čl. 23 Ustava Republike Srbije, povrede načela zabrane diskriminacije garantovanog čl. 21 Ustava i povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života garantovanog čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

3. Odluka Ustavnog suda Už 3238/2012

Ustavni sud je doneo odluku kojom je usvojio ustavnu žalbu podnosioca X i utvrdio da je Opštinska uprava opštine Z, donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno čl. 23 Ustava Republike Srbije, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno čl. 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ustavni sud je takođe potvrdio da državni organi koji vode matične knjige jesu 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. Najzad, Ustavni sud je odbacio ustavnu žalbu u delu u kome je izjavljena protiv radnje Narodne skupštine. Ustavni sud podnosiocu nije dosudio naknadu nematerijalne štete, smatrajući da se u konkretnom slučaju odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena povreda navedenih prava garantovanih Ustavom i Evropskom konvencijom može smatrati primerenim pravičnim zadovoljenjem.¹

¹ Videti odluku Ustavnog suda Už 3238/2012 od 08. 03. 2012, *Sl. gl. RS*, br. 25/2012.

4. Šta je transseksualitet?

Transseksualitet² je psihoseksualni poremećaj identiteta koji se manifestuje tako što ličnost koja poseduje sve spoljne karakteristike jednog pola istovremeno čvrsto veruje da pripada drugom polu. Transseksualci, drugim rečima, manifestuju snažno osećanje nelagodnosti usled nepodudarnosti između sopstvenog polnog identiteta i sopstvene polne uloge, na jednoj strani, i biološkog pola (primarnih i sekundarnih polnih karakteristika), na drugoj strani.³ Takvo uverenje je praćeno opsesivnom željom za oslobođenjem od sopstvenih primarnih i sekundarnih polnih karakteristika i neodoljivom potrebom da se u potpunosti preuzme izgled i socijalni status osobe suprotnog pola.⁴ Potpuni rasep između psihološkog i morfološkog pola koji prati transseksualitet počinje da se manifestuje vrlo rano,⁵ traje dugo,⁶ obuhvata sve životne aktivnosti,⁷

² Termin „transseksualitet“ izgleda da je prvi u literaturu uveo Cauldwell u svom članku iz 1949. koji se zvao *Psychopathia Transsexualis* i koji je objavljen u časopisu *Sexology*, Vol. 16, 1949, s. 274. Citirano prema: J. E. Hoopes, / N. J. Knorp, / S. R. Wolf, *Transsexualism: Considerations Regarding Sexual Reassignment*, *Journal of Nervous and Mental Disease*, Vol. 147, 1968, s. 511. Isto i: F. Pfafflin, *Psychiatric and Legal Implications of the New Law for Transsexuals in the Federal Republic of Germany*, *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 4, 1981, s. 193. Fenomen koji je danas poznat pod ovim imenom, međutim, prvi su opisali lekari specijalisti za sudsku medicinu Esquirol 1838. i Fränkel 1870. Videti: V. Sigusch, *Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz*, *Neue juristische Wochenschrift, München* 1980, 2. HIB, s. 2740. Ipak, transseksualitet je postao široko poznati sindrom tek zahvaljujući čuvenom američkom psihijatru Dr. Harry Benjaminu i njegovom članku *Transsexualism and Transvestism as psychosomatic and somato-psychic syndromes*, koji je objavio *American Journal of Psychotherapy*, Vol. 8, 1954, s. 219.

³ Polni identitet jeste 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 R. Reid, *Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism*, 23rd Colloquy on European Law: *Transsexualism, Medicine and Law*, Vol. 14-16, Amsterdam 1993, s. 2. Drugi autori, naprotiv, definišu polnu ulogu kao ponašanje koje je uvek sinhrono sa primarnim i sekundarnim polnim karakteristikama, tako da je definicija transseksualiteta u njihovim radovima nešto drugačija. Videti B. Kuiper, / P. Cohen-Kettenis, *Sex Reassignment Surgery: A Study of 141 Dutch Transsexuals*, *Archives of Sexual Behavior*, Vol. 17, 1988, s. 441.

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

⁵ Jedno istraživanje pokazalo je, na primer, da dve trećine ispitanih transseksualaca izjavljuje da su osećali da pripadaju suprotnom polu već u petoj godini života. Isto su potvrdili, u posebnim intervjuima, i njihovi roditelji. Opširnije videti: I. B. Pauly, *The Current Status of the Sex Change Operations*, *Journal of Nervous and Mental Diseases*, Vol. 147, 1968, s. 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: D. Slijepčević / S. Vujović, *Transseksualizam - endokrini aspekt*, *Orthomedica*, Beograd 1992, s. 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: R. Reid, op. cit. (navod 3), s. 3 i autori koje on citira.

intenzivira se protekom vremena dobijajući karakter strasti⁸ i, najzad, kulminira u očajničkom nastojanju da se obavi operacija polnog prilagođavanja i ostvari pravna promena pola.

5. 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 se ispune 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 (*real-life test*), (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) odsustvo bračnog statusa (osim italijanskog prava). Sudska odluka kojom se na osnovu svih ovih 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 kroz sudsku praksu (na primer, švajcarsko i francusko pravo), kroz praksu organa uprave (na primer, austrijsko pravo) ili kroz rešenja nekih drugih zakona, kao što su zakoni o uslovima za izmenu i ispravku podataka koji su zabeleženi u javnim registrima građanskog statusa (na primer, prava američkih država Ilinois, Nju Džerzi i Kalifornija, a od evropskih država - Slovenija).⁹

⁶ Doduše, prema Dijagnostičkom i statističkom priručniku mentalnih poremećaja Američkog udruženja za psihijatriju, za dijagnozu prave transseksualnosti potrebno je 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: R. Blanchard, *The Classification and Labeling of Nonhomosexual Gender Dysphorias*, Archives of Sexual Behavior, Vol. 18, 1989, No. 4, s. 316.

⁷ 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 po 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: R. J. Stoller, *Sex and Gender*, Science House, New York 1968, s. 138. Slično i: Sigusch, op. cit. (navod 2), s. 2742.

⁸ Tako V. Sigusch, op. cit. (navod 2), s. 2742.

⁹ Opširnije o položaju transseksualaca u uporednom pravu, videti M. Draškić, *Transseksualitet i brak*, Nomos, Beograd 1995, ss. 30-79. Za englesko pravo videti *The Gender Recognition Act, 2004* i M. Welstead, *Reshaping Marriage and the Family - The Gender Recognition Act, 2004 and The Civil Partnership Act, 2004*, The International Survey of Family Law, 2006, ss. 190-193, a za slovenačko pravo Zakon o matičnom registru (*Uradni list Republike Slovenije*, br. 59/2006).

6. Slučaj Srbije

U pravu Srbije, i pored nekoliko stotina obavljenih operacija polnog prilagođavanja, nema zakonskog rešenja problema transseksualiteta, a do nedavno 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 se radi o ispravci greške koja je nastupila prilikom prvobitnog upisa pola na rođenju. Odredba 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.¹⁰ 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 spoljnom izgledu drugog pola - nije bilo nikakve greške ni u stvarnom, niti u pravno-tehničkom 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".¹¹

U ovakvom pravnom okruženju, Ustavni sud je 2012. doneo pomenutu odluku o usvajanju ustavne žalbe transseksualne osobe, koja se zasniva na stanovištu da su, sa 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 sa 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 i 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

¹⁰ Videti, umesto svih drugih, rešenje Opštinskog sekretarijata za opštu upravu opštine Savski venac u Beogradu II-02, broj 200-433/92 od 05. 06. 1992. i rešenje Gradske uprave Grada Beograda, broj XI-03-200,13-53/2012 od 27. 02. 2012.

¹¹ Detaljnije o slabostima ovakve prakse, videti M. Draškić, *Transseksualitet i naše pravo*, u: Aktuelni pravni problemi u medicini, Beograd 1996, s. 12 i dalje.

povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, koje jemči čl. 23 Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života, garantovano čl. 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Ustavni sud se prilikom zauzimanja ovakvog stava ekstenzivno pozivao na bogatu jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava u pitanjima vezanim za transeksualce i, posebno, na stavove ovog suda o pozitivnim obavezama država članica u tumačenju pojma „poštovanja“ kao sastavnog dela prava na privatni život.¹²

7. Procesne pretpostavke

Pristupajući odlučivanju u ovoj pravnoj stvari, Ustavni sud je, najpre, ispitivao postojanje dve procesne pretpostavke za odlučivanje Suda o ovoj ustavnoj žalbi.

Prvo je bilo pitanje da li predmet ustavne žalbe može biti radnja nečinjenja Narodne skupštine, odnosno propuštanje Narodne skupštine da donese određeni zakon i da li je takva radnja pojedinačna radnja iz čl. 170 Ustava. Ispitujući postojanje prve pretpostavke, Ustavni sud je konstatovao da iz odredaba čl. 170 Ustava i čl. 82 Zakona o Ustavnom sudu načelno proističe da se ustavna žalba može izjaviti i protiv pojedinačne radnje zakonodavnog organa, te da takva pojedinačna radnja može nastati i nečinjenjem Narodne skupštine. Međutim, propuštanje Narodne skupštine da donese određeni zakon ili uredi ili dopuni određenu pravnu oblast ili pitanje koje je ostalo neuređeno, po oceni Ustavnog suda, ne može predstavljati pojedinačnu radnju nečinjenja Narodne skupštine iz čl. 170 Ustava. Naime, Narodna skupština radnjom donošenja i usvajanja određenog zakona uređuje određenu pravnu oblast ili pitanja na opšti način, propisujući opšte pravne norme. U tom smislu, donošenje zakona predstavlja vršenje zakonodavne vlasti, koja je, saglasno Ustavu, u isključivoj nadležnosti Narodne skupštine. Ustavni sud je, stoga, ocenio da propuštanje Narodne skupštine da donese određeni zakon ne može biti predmet ustavne žalbe, odnosno da ovakva radnja nije pojedinačna radnja iz čl. 170 Ustava, pa je zbog toga u ovom delu ustavnu žalbu odbacio.¹³

Druga procesna pretpostavka o kojoj se Sud morao izjasniti, jeste bilo pitanje da li je u konkretnom slučaju podnosilac ustavne žalbe iskoristio redovan pravni put, odnosno da li su bila predviđena druga pravna sredstva koja je podnosilac mogao koristiti pre izjavljivanja ustavne žalbe. Ispitujući ovu pretpostavku, Ustavni sud je imao u vidu da se ustavnom žalbom ukazuje ne samo na radnju propuštanja Narodne skupštine, već i na radnje drugih državnih organa, tako da je u konkretnom slučaju ispitivao i da li su propuštanjem Opštinske uprave opštine Z (da odluči o

¹² Opširnije o praksi Evropskog suda za ljudska prava videti M. Draškić, *Evolucija u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava u pogledu transeksualnih osoba: evolucija i u Srbiji*, u: *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, knjiga 2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012. (u štampi).

¹³ Ustavni sud je prilikom zauzimanja ovakvog stava svakako imao u vidu i presudu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *L. protiv Litvanije* (predstavka broj 27527/03, presuda od 11. 09. 2007), koji je izrazio jasan stav da upravni postupak ili postupak pred redovnim sudovima ne predstavljaju efikasna pravna sredstva u situacijama kada su kršenja ljudskih prava izazvana zakonom, ili su njegova direktna posledica: „Sud smatra da se podnosilac predstavke žali na osnovu čl. 3, 8, 12 i 14 Konvencije u suštini na stanje domaćeg prava, odnosno na nedostatak zakona koji bi mu omogućio da završi hirurški postupak prilagođavanja pola i nastavi svoj život kao osoba muškog pola. Predmet žalbi podnosioca predstavke je stoga navodno propuštanje države da postupi u skladu sa svojim pozitivnim obavezama po navedenim odredbama Konvencije. Ne postoji nikakva indikacija da bi bilo kakav domaći postupak podnosiocu ustavne žalbe omogućio delotvoran pristup sudu i u teoriji i u praksi ili da bi imao razuman izgled na uspeh u otklanjanju navedenih povreda“. Kao što je već rečeno, prihvatanju ovakvog stava nepremostivu prepreku predstavljale su odredbe čl. 170 Ustava o nadležnosti Ustavnog suda da odlučuje.

zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu) povređena navedena prava podnosioca ustavne žalbe. To je iziskivalo obavezu da se Ustavni sud prethodno izjasni i o tome da li je u konkretnom slučaju podnosilac ustavne žalbe iskoristio redovan pravni put, te da li su bila predviđena druga pravna sredstva koja je podnosilac mogao koristiti pre izjavljivanja ustavne žalbe.

Ustavni sud je ocenio da pravna sredstva koja su podnosiocu ustavne žalbe bila na raspolaganju protiv zaključka Odeljenja za opštu upravu Opštinske uprave opštine Z broj 200-2/2011-01-IV od 10. juna 2011. - žalba drugostepenom upravnom organu i tužba Upravnom sudu - ukazuju *prima facie* da ne bi zadovoljili standard efikasnog i delotvornog pravnog sredstva. Na ovakav zaključak Ustavnog suda uticalo je navedeno mišljenje Ministarstva za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, „da nije moguće podatak o promeni pola ispraviti, odnosno upisati u postupku po Zakonu o matičnim knjigama“. Budući da bi upravo to Ministarstvo, u konkretnom slučaju, bilo nadležni drugostepeni organ u upravnom postupku po žalbi protiv osporenog zaključka Opštinske uprave opštine Z, nije bilo nikakve sumnje kako bi glasilo ishod postupka po žalbi, čak i da je podnosilac ustavne žalbe prethodno iskoristio ovaj redovni pravni put (žalba u upravnom postupku i tužba Upravnom sudu). Štaviše, moglo bi se postaviti pitanje kakvog uopšte smisla ima zahtevati od podnosioca ustavne žalbe da se žalbom obrati Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, kada se to Ministarstvo već izjasnilo u pomenutom mišljenju koje je detaljno citirano i u navedenom zaključku Opštinske uprave opštine Z?

S druge strane, Ustavni sud je konstatovao da upućivanje podnosioca ustavne žalbe u navedenom mišljenju Ministarstva da „u vanparničnom postupku pred nadležnim sudom pokrene postupak za utvrđivanje sadržine isprave“, takođe *prima facie* ukazuje da je podnosiocu ustavne žalbe ukazano na pogrešan pravni put, te da ni ovo pravno sredstvo ne bi zadovoljilo standarde efikasnosti i delotvornosti. Zakonom o vanparničnom postupku je, naime, predviđen postupak za utvrđivanje sadržine isprave samo kada je za nastanak nekog prava ili punovažnost pravnog posla potrebno postojanje javne isprave, dok se u ovom slučaju uopšte ne radi o toj situaciji.¹⁴

Iz tih razloga je Ustavni sud ocenio da u konkretnom slučaju nije postojao bilo kakav redovni pravni put, upravni ili vanparnični postupak, koji bi podnosiocu ustavne žalbe omogućio razuman izgled na uspeh u rešavanju njegovog zahteva i otklanjanju navedenih povreda prava. Prilikom zauzimanja ovakvog stava, Ustavni sud se rukovodio i praksom Evropskog suda za ljudska prava koji se više puta izjašnjavao o tome koje kriterijume mora da zadovolji pravni lek da bi se smatrao adekvatnim i efikasnim, od kojih su najznačajniji: da pravni lek mora biti dostupan kako u teoriji, tako i u praksi;¹⁵ da pravni lek mora pružiti priliku da se kroz njega reše supstancijalna pitanja vezana za određeno prekršeno ljudsko pravo, kao i da pruži odgovarajuće zadovoljenje za konkretno kršenje prava;¹⁶ da iako naizgled postoji više pravnih lekova koje

¹⁴ Takvo tumačenje potvrđuje i praksa srpskih sudova, koji su, u najmanje jednom slučaju, doneli rešenje kojim se sud oglosio stvarno nenadležnim da postupa po predlogu za donošenje rešenja kojim bi bila utvrđena promena pola u vanparničnom postupku. Videti rešenje Trećeg opštinskog suda u Beogradu 3R - 273/05 od 12. 05. 2005. iz arhive suda.

¹⁵ Videti *Vernillo protiv Francuske*, predstavka broj 11889/85, presuda od 20. 02. 1991, *Lepojić protiv Srbije*, predstavka broj 13909/05, presuda od 06. 11. 2007, st. 51.

¹⁶ Videti *Chahal protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 22414/93, presuda od 15. 11. 1996, st. 145.

žrtva kršenja ljudskih prava može da iskoristi, na njemu je da odluči koji će pravni lek iskoristiti;¹⁷ i najzad, a i najvažnije, da pravni lek mora pružiti razuman izgled na uspeh.¹⁸

Tako je Ustavni sud zaključio da u konkretnom slučaju postoje sve ustavne i zakonske pretpostavke da pristupi odlučivanju o meritumu ove ustavne žalbe.

8. Meritorna odluka: povreda prava

Tumačeći čl. 23 Ustava, kojim se jemči neprikosnovenost ljudskog dostojanstva i istovremeno utvrđuje dužnost svih da dostojanstvo poštuju i štite, te garantuje pravo svakog lica na slobodan razvoj ličnosti, pod uslovom da se time ne krše Ustavom garantovana prava drugih, Ustavni sud je zauzeo stanovište da se slobodan razvoj nekog lica i njegovo lično dostojanstvo, pre svega, odnosi na uspostavljanje i slobodan razvoj njegovog fizičkog, mentalnog, emotivnog i društvenog života i identiteta. Iako izričito ne sadrži odredbu i o poštovanju prava na privatni život, po oceni Ustavnog suda, ovo pravo svakako predstavlja sastavni deo ustavnog prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti.

Sa druge strane, Evropska konvencija u čl. 8 st. 1 sadrži odredbu o pravu svakog lica na poštovanje privatnog života. Iako pojam privatnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava nikada nije u potpunosti precizno definisan, Evropski sud se više puta izjašnjavao o različitim aspektima tog prava. Tako je, na primer, u jednoj odluci dato tumačenje pojma „privatnog života“, i konstatovano da Sud ne smatra da je moguće ili neophodno pokušati dati konačnu definiciju pojma privatni život. Evropski sud je, međutim, zaključio 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.¹⁹ Štaviše, u jednoj drugoj odluci Evropskog suda zauzet je stav da pojam „privatnog života“ uključuje i „fizički i moralni integritet osobe“, uključujući i „njen ili njegov seksualni život“.²⁰ Stoga je Ustavni sud konstatovao da sfera privatnog života nekog lica nesumnjivo uključuje, pored ostalog, i njegovu polnu pripadnost, polnu orijentaciju i polni život, te da pravo na privatni život podrazumeva i pravo na određivanje pojedinosti ličnog identiteta i samoopredeljenje, te u tom smislu i pravo na prilagođavanje pola svom rodnom identitetu.

Dakle, iako Ustav i Evropska konvencija ne pominju izričito rodni identitet i pravo na promenu pola, ova sfera života nekog lica nesporno spada u Ustavom zajemčenu oblast dostojanstva i slobodnog razvoja ličnosti i Evropskom konvencijom zajemčeno poštovanje privatnog života. To znači, pre svega, obavezu državnih organa i drugih nosilaca javnih ovlašćenja da se ne mešaju u uživanje garantovanog prava, što predstavlja „negativnu obavezu države“. Izuzetno, odredbe čl. 20 st. 1 i čl. 23 st. 2 Ustava i odredba čl. 8 st. 2 Evropske konvencije, jasno predviđaju i definišu uslove, način i razloge zbog kojih se ova prava mogu ograničiti, odnosno situacije kada može doći do dozvoljenog mešanja javnih vlasti u nečiji slobodan razvoj ličnosti i privatni život. Iz navedenog se može zaključiti da jasno i precizno definisanje eventualnog ograničenja ovih prava

¹⁷ Videti, umesto svih drugih, *Airey protiv Irske*, predstavka broj 6289/73, presuda od 09. 10. 1979, st. 23.

¹⁸ Videti *Akdivar protiv Turske*, predstavka broj 21893/93, presuda od 16. 09. 1997, st. 68.

¹⁹ Videti *Niemietz protiv Nemačke*, predstavka broj 13710/88, presuda od 16. 12. 1992, st. 29.

²⁰ Videti *X i Y protiv Holandije*, predstavka broj 8978/80, presuda od 26. 03. 1985, st. 22.

služi i obezbeđenju njihovog poštovanja, budući da uspostavlja razliku između dozvoljenog i nedozvoljenog mešanja u uživanje zajemčenih ljudskih prava.

S druge strane, međutim, Ustavni sud nalazi da poštovanje garantovanih ljudskih prava podrazumeva i da pojedinac od nosilaca javne vlasti može zahtevati preduzimanje radnji i donošenje akata kojima će se obezbediti to poštovanje, a što predstavlja „pozitivnu obavezu države“.

Saglasno izloženom tumačenju, Ustavni sud je u konkretnom slučaju utvrdio da se podnosilac ustavne žalbe, koji je u matične knjige po rođenju upisan kao žena, podvrgao operaciji prilagođavanja pola, te da danas u društvu živi kao muškarac, ali se u pravnom smislu i dalje tretira kao žena. Nesumnjivo je da postojeći nesklad između faktičkog i pravnog stanja stvari utiče na život podnosioca ustavne žalbe, naročito na njegovo ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, ali i na situacije kada je u pravnom smislu pol bitan, odnosno kada se u pogledu ostvarivanja nekih prava, pravi razlika između muškarca i žene (kao što su sklapanje braka i svi porodičnopравни odnosi, oblast zdravstvenog i penzijskog osiguranja, zatvorska pravila za smeštaj zatvorenika itd.). Odstupajući od svoje ranije prakse u odnosu na britansko zakonodavstvo,²¹ kojom je u više navrata potvrdio svoje stanovište da je karakter registara o rođenju u Ujedinjenom Kraljevstvu takav da ne dopušta unošenje podataka o promenama koje nastupaju tokom života jedne osobe, Evropski sud je u odluci *Goodwin* zaključio 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, po nalaženju Suda, ne bi trebalo da bude problem da isti takav izuzetak bude učinjen i u slučaju transseksualaca. „U 21. veku, pravo transseksualaca na lični razvoj i 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 kako bi u potpunosti bile razjašnjene. Najkraće rečeno, nezadovoljavajuća situacija u kojoj žive postoperativni transseksualci, u međuprostoru u kome ne pripadaju sasvim ni jednom ni drugom polu, ne može više biti prihvatljiva ... te da stres i otuđenje, proistekli iz nesklada između položaja u društvu koje zauzima transseksualac koji je putem operacije promenio pol i položaja koji mu nameće zakon koji odbija da prizna njegov promenjeni pol, ne može se smatrati manjom neprijatnošću nastalom zbog jedne formalnosti. Tu dolazi do sukoba između društvene realnosti i prava, što transseksualca stavlja u jedan neprirodan položaj koji kod njega može da izazove osećanja ranjivosti, poniženja i strepnje“.²²

Imajući u vidu da Ustavni sud nije našao ustavni osnov za postupanje u pogledu propusta koji je učinila Narodna skupština nedonošenjem zakona kojima bi se obezbedilo poštovanje ljudskih prava koje garantuju Ustav i Evropska konvencija, Ustavni sud je ocenio da je tu pojedinačnu radnju koju je država bila dužna da preduzme u izvršavanju pozitivnih obaveza predstavljala, u

²¹ Videti *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 10843/84, presuda od 27. 09. 1990, *Rees protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 9532/81, presuda od 17. 10. 1987; *X, Y and Z protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 21830/93, presuda od 22. 04. 1997. I *Sheffield and Horsham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 30. 07. 1998. 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.

²² Videti *Christine Goodwin protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 28957/95, presuda od 11. 07. 2002, st. 71, 72 i 77.

konkretnom slučaju, obaveza nadležnog organa uprave da postupi po zahtevu podnosioca ustavne žalbe. Stoga je država, kroz radnju Opštinske uprave opštine Z, donošenjem zaključka kojim je, zbog stvarne nenadležnosti, odbacila zahtev podnosioca za promenu podataka o polu, po oceni Ustavnog suda, propustila da izvrši svoju „pozitivnu obavezu“.

Ovakva ocena zasniva se na činjenici da je pol podatak koji se upisuje u matičnu knjigu rođenih;²³ da se činjenica rođenja, pa time i svi podaci vezani za činjenicu rođenja koji se upisuju u matičnu knjigu rođenih, upisuju na osnovu prijave, dakle podataka zdravstvene ustanove u kojoj je dete rođeno;²⁴ da se u matičnu knjigu upisuju i promene u vezi sa činjenicama povodom kojih se vode matične knjige;²⁵ da su poslovi vođenja matičnih knjiga (rođenih, venčanih i umrlih) i rešavanje u prvostepenom upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga povereni jedinicama lokalne samouprave.²⁶ Dakle, po oceni Ustavnog suda, nesporno je da prema važećim propisima u Srbiji opštinska uprava, odnosno matičar kao ovlašćeno lice, jeste jedini nadležan organ koji može izvršiti upis, a time i promenu podataka u matičnoj knjizi rođenih, venčanih ili umrlih, te da je u konkretnom slučaju „pozitivna obaveza“ upravo na matičnoj službi koja vodi knjigu rođenih za matično područje na kome je upisana činjenica rođenja za podnosioca ustavne žalbe.

Sledeće pitanje koje se postavilo kao sporno, bilo je pitanje da li je nadležni organ imao pravnog osnova da izvrši svoju „pozitivnu obavezu“. Ustavni sud je konstatovao da upis promene podataka o polu u matičnu knjigu rođenih i postupak u kome bi se ovaj upis sproveo, za razliku od, na primer, promene podataka o ličnom imenu, nije uređen ni Zakonom o matičnim knjigama, niti nekim drugim posebnim zakonom. Međutim, tumačenjem odredaba važećeg Zakona o matičnim knjigama Ustavni sud je pronašao valjan osnov za postupanje u konkretnom slučaju po zahtevu podnosioca ustavne žalbe. Naime, Zakon o matičnim knjigama u čl. 28 predviđa da je nadležan organ dužan da odluku o činjenici rođenja, zaključenja braka i smrti, kao i promene u vezi sa tim činjenicama, dostavi nadležnom matičaru radi upisa u matičnu knjigu, u roku od 15 dana od dana kada je odluka postala pravnosnažna. Nesporno je da podnosilac ustavne žalbe ne poseduje pravnosnažnu odluku nadležnog organa o promeni pola. Sa druge strane, međutim, isto je tako tačno i to da se podaci koji se upisuju u matičnu knjigu u vezi činjenice rođenja, po pravilu, i ne upisuju na osnovu pravnosnažne odluke nadležnog organa, već na osnovu prijave zdravstvene ustanove u kojoj je osoba rođena, odnosno za dete koje nije rođeno u zdravstvenoj ustanovi na osnovu prijave oca deteta, drugog člana domaćinstva, lica u čijem je stanu dete rođeno, majke, čim za to bude sposobna, babice ili lekara koji su prisustvovali porođaju, a ako ovih lica nema ili nisu u mogućnosti da prijave rođenje, čak i na osnovu prijave lica koje je saznalo za rođenje.²⁷ Takođe, ni upis činjenice smrti se ne vrši na osnovu odluke nadležnog organa, već na osnovu potvrde o smrti koju izdaje zdravstvena ustanova u kojoj je lice umrlo ili lekar koji je utvrdio smrt, ako je lice umrlo van zdravstvene ustanove.²⁸ Dakle, iz navedenih odredaba Zakona proizilazi da se upisi u matične knjige koji predstavljaju evidenciju o ličnom stanju građana ne vrše uvek i isključivo na osnovu pravnosnažne odluke nadležnog organa.

²³ Videti Zakon o matičnim knjigama, *Sl. gl. RS*, br. 20/2009, čl. 45 st. 1 tačka 1.

²⁴ *Ibid*, čl. 47 st. 1.

²⁵ *Ibid*, čl. 28.

²⁶ *Ibid*, čl. 6.

²⁷ *Ibid*, čl. 47.

²⁸ *Ibid*, čl. 63 st. 1.

Ustavni sud je, stoga, zauzeo stanovište da u nedostatku izričitog zakonskog uređenja o upisu promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, odredbe Zakona o matičnim knjigama treba tumačiti na način da se i upis promene podataka o polu može izvršiti analognom primenom zakonskih odredaba koje uređuju upis činjenice rođenja i svih ostalih podataka, uključujući i pol, koji se u matičnu knjigu upisuje za lice rođeno u zdravstvenoj ustanovi. Drugim rečima, ako zdravstvena ustanova prilikom nečijeg rođenja nadležnom matičaru prijavljuje i podatak o polu deteta, onda se, po shvatanju Ustavnog suda, ne može smatrati nedovoljnom dokumentacija druge zdravstvene ustanove o tome da je u toj ustanovi nad određenim licem izvršena hirurška intervencija, čija je posledica promena pola ranije upisanog u matičnu knjigu. Stoga je Ustavni sud ocenio da je Opštinska uprava opštine Z, propuštajući da se upusti u meritorno odlučivanje o zahtevu podnosioca ustavne žalbe i da, ukoliko on poseduje relevantnu dokumentaciju nadležne zdravstvene ustanove, izvrši upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, istovremeno je propustila i da izvrši svoju „pozitivnu obavezu“ kojom bi uskladila pravno sa faktičkim stanjem i tako obezbedila podnosiocu ustavne žalbe da nakon hirurške promene pola ostvari prava koja mu jemče i Ustav Republike Srbije i Evropska konvencija. Time je, po oceni Ustavnog suda, povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno čl. 23 Ustava i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno čl. 8 Evropske konvencije. Nalazeći da se posledice prethodno utvrđenih povreda prava podnosioca ustavne žalbe delotvorno mogu otkloniti samo nalaganjem stvarno i mesno nadležnom organu, Opštinskoj upravi opštine Z, da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, te imajući u vidu značaj zajemčenih prava za podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je naložio hitno delovanje nadležnog organa, te je stoga odredio rok od 30 dana za odlučivanje o zahtevu podnosioca ustavne žalbe.

Podnosilac ustavne žalbe je postavio i zahtev da se utvrdi da se odluka Ustavnog suda, u skladu sa odredbom čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu, odnosi i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji kao i podnosilac.²⁹ Ocenjujući osnovanost ovog dela ustavne žalbe, Ustavni sud je konstatovao da se navedena odredba Zakona primenjuje u slučaju kada se osporeni pojedinačni akt ili radnja, koji su predmet ustavne žalbe, odnosi na više lica, te da se u konkretnom slučaju radnja propuštanja odlučivanja o zahtevu za promenu podataka o polu odnosi samo na podnosioca ustavne žalbe. Međutim, Ustavni sud je našao da je prethodno utvrđena povreda prava podnosioca takve prirode da izvesno ukazuje na postojanje mogućnosti da se, do zakonskog regulisanja prava na promenu pola, i druga lica mogu naći u istoj pravnoj situaciji kao i podnosilac ustavne žalbe. Stoga je Ustavni sud ocenio da se ova odluka, kao mera otklanjanja štetnih posledica, a u skladu sa čl. 89 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu, odnosi i na ta lica.³⁰ U skladu sa ovim delom odluke, Ustavni sud je odlučio da ovu odluku dostavi i Ministarstvu za ljudska i manjinska prava, državnu upravu i lokalnu samoupravu, kako bi, kao

²⁹ „Ako je pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno Ustavom zajemčeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda više lica, a samo neki od njih su podneli ustavnu žalbu, odluka Ustavnog suda odnosi se i na lica koja nisu podnela ustavnu žalbu, ako se nalaze u istoj pravnoj situaciji.“ Videti čl. 87 Zakona o Ustavnom sudu, *Sl. gl. RS*, br. 109/2007 i 99/2011.

³⁰ Čl. 89 st. 2 Zakona o Ustavnom sudu glasi: „Kada Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajemčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt osim sudske odluke, zabraniti dalje vršenje radnje ili odrediti preduzimanje druge mere ili radnje kojom se otklanjaju štetne posledice utvrđene povrede ili uskraćivanja zajemčenih prava i sloboda i odrediti način pravičnog zadovoljenja podnosioca.“

ministarstvo nadležno za poslove uprave, sa stavovima Ustavnog suda izraženim u ovoj odluci upoznalo prvostepene organe koji rešavaju u upravnom postupku u oblasti matičnih knjiga.

Najzad, imajući u vidu da Ustavni sud, na osnovu čl. 105 Zakona o Ustavnom sudu, može obavestiti Narodnu skupštinu o stanju i problemima ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti u Republici Srbiji, dati mišljenja i ukazati na potrebu donošenja i izmenu zakona i preduzimanja drugih mera radi zaštite ustavnosti i zakonitosti, Ustavni sud je odlučio da takvu svoju nadležnost iskoristi i uputi pismo Narodnoj skupštini u kome će ukazati na sve aspekte problema nedostatka pravne regulative u slučajevima postoperativnih transseksualaca. Ovakvo stanovište Ustavnog suda utemeljeno je na odredbama čl. 18 Ustava kojima se jemči neposredna primena Ustavom garantovanih prava i utvrđuje obaveza zakonodavca da propiše način ostvarivanja garantovanih prava, na odredbama čl. 23 Ustava kojima se garantuje dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, kao i na odredbama čl. 8 Evropske konvencije kojima se garantuje pravo na poštovanje privatnog života. Ustavni sud je Narodnoj skupštini ukazao i na to da se u dosadašnjoj praksi Evropskog suda za ljudska prava, oblikom kršenja garantovanih prava smatra i nedonošenje propisa kojima se omogućava njihovo ostvarivanje.

9. 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 demonstrirana i u sudskoj i u upravnoj praksi drugih zemalja) već što bi u sadašnjem trenutku takva intervencija osujetila potpunu ignoranciju težine problema od strane zakonodavca u Srbiji. Suprotno iskustvima stranih pravnih uređenja, odsustvo striktno zakonske regulative moglo bi u srpskom pravu da otvori put neodgovornom i olakom tumačenju kako 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 srpskom 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. U slučaju predoperativnog transseksualca, kod koga su svi kriterijumi pola (izuzev psihološkog) usklađeni, očigledno je da takva osoba može u pravu biti smatrana jedino kao pripadnik pola koji je imala 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 što bi takav transseksualac, zahvaljujući svom suprotnom psihološkom polu, smatrao svoj odnos heteroseksualnim. Obrnuto, kod post-operativnog transseksualca, preovlađujući 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 ukoliko 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 jedan zaobilazan način. Drugim rečima, u pravnom sistemu u kome je, kao što je to slučaj sa srpskim 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 kako bi se postiglo takvo harmonizovanje.