

ПРАВНИ АСПЕКТИ ТРАНС(С)ЕКСУАЛИТЕТА

doi: 10.7251/SPM1447191 B

Студентски рад

***Апстракт:** Транссексуалитет се у науци дефинише као екстремни облик полне дисфорије - неподударности полног идентитета и полне улоге са биолошким полом у датом случају. Наука је доказала да транссексуалност није питање животног избора, нити се ради о менталној болести, већ је ријеч о тзв. интерсексуалном поремећају који кулминира у настојању да се изврши операција промјене пола у конкретном случају. Када се овом проблему приступи са правног аспекта, неколико питања се издваја у први план - принцип непромјенљивости пола, правне претпоставке за промјену пола, промјена грађанског статуса, те транссексуалитет посматран кроз призму брака у смислу његових услова за пуноважност. Наведено, недвосмислено упућује на предмет нашег истраживања, а то је: услови, поступак и надлежност за промјену пола, промјена пола и право на планирање породице, транссексуалитет и брак (питање истовјетности/различитости полова са аспекта пуноважности брака, хетеросексуални или хомосексуални брак/животна заједница - правно уређење и правна дејства). Иако су од прве хируршке интервенције промјене пола прошле деценије и иако се број транссексуалних особа сваким даном повећава, овој проблематици се и даље приступа са извјесном резер-*

* Студенти Правног факултета Универзитета у Бањој Луци. Овај рад Николине Бајић и Тање Дундић је проглашен за најбољи рад на 6. Научно-стручном скупу „Студенти у сусрет науци” са међународним учешћем, који је одржан од 27.-29. новембра 2013. године у Бањој Луци.

вом и незаинтересованошћу када је у питању правно нормирање. Приликом израде рада примјењивали смо: нормативни метод, упоредно-правни метод, друге методе које се примјењују и у другим друштвеним наукама (анализа, синтеза, индукција, дедуција), а све у циљу указивања на озбиљност и потребу правног уређења овог проблема, све актуелнијег у друштву 21. вијека .

Кључне ријечи: *транссексуалитет, промјена пола, брак.*

1. УВОД

Први хируршки захват на транссексуалном пацијенту обављен је још давне 1931. године, а прије више од 60 година почело се говорити о новим оперативним техникама у медицинским круговима. Иако је прошло више од шест деценија и иако смо ушли у нову еру, ни данас се не зна много о правном положају транссексуалних особа. ЛГБТ особе и њихова права и слободе и даље су на маргинама друштвених токова. Разлога за то је много. Кључ проблема можда би требало тражити у традиционалним схватањима која обавијају друштво, и у отпору према свему што је неконвенционално и што се коси са општеприхваћеним правилима понашања у друштву. Такође, влада мишљење да је веома мали број транссексуалних особа у укупној популацији, што њихов проблем чини статистички безначајним и не пружа довољно материјала за правно уређење. Све је то резултирало да ова популација у широј јавности представља непознату тему о којој се не говори (табу-тему). Не треба занемарити ни устаљено мишљење које влада у друштву и говори о транссексуалитету као животном избору и својеврсном личном бунту појединца. На другој страни, медицина и наука су бројним истраживањима помјериле границе у области дефинисања самог транссексуалитета, те пружиле доказе који са сигурношћу говоре у прилог становишту да транссексуалност дефинитивно није ствар одлуке, него да се ради о особама поремећене полне диференцираности које свој пол, независно од сопствене воље, не прихватају као свој полни идентитет. Такође, требало

би одбацити и аргумент који говори о транссексуалним особама кроз незнатне бројке, у просјеку процјене се крећу од 1 до 10 особа на сто хиљада становника. Статистике из Холандије говоре да је транссексуалност присутна код једног од 11.900 мушкараца и код једне од 34.000 жена. У сусједним земљама се такође сусреће незнамарив број особа које су код себе препознале поремећај полног идентитета. Тако, у Србији на операцију промјене пола чека око 200 особа, при чему треба имати у виду да већи број држављана Босне и Херцеговине одлази у Србију и земље у региону, због непостојања таквог поступка у матичној земљи. Слична ситуација постоји и у Хрватској. Наведени подаци несумњиво указују на потребу правне регулативе, те одговор државних органа и позитивног права на питања из овог домена.

Учесници студије коју је спровео Сарајевски отворени центар, припадници ЛГБТ популације идентификовали су три проблема: невидљивост у јавности и отпор у друштву, чињеницу да је ово ново подручје у законодавству, те нарочиту инерцију у законодавним тијелима при доношењу закона. У Босни и Херцеговини, додуше, постоји непотпун законски оквир који би требало употпунити, те створити и судску праксу у овој области.

2. ТРАНС(С)ЕКСУАЛИТЕТ – ПОЈАМ И ТЕРМИН

Транссексуалитет (транссексуализам, транссексуалност) се може дефинисати као екстремни облик полне дисфорије,¹ када једна особа посједује спољне особине једног пола и истовремено чврсто вјерује да припада другом полу. У свакодневном животу се често користи израз “заробљен/а у тијелу супротног пола”, а жеља да се постане особа другог пола манифестује се у анатомском, физиолошком и психосоцијалном смислу.

¹ Означава осјећање нелагодности, које особа о којој је ријеч приписује неподударности између сопственог полног идентитета и полне улоге, на једној страни и биолошког пола на другој страни - Драшкић, Марија. „Правно нормирање транссексуалитета у упоредном праву”, Правни живот бр. 11-12/1994, 1863-1864.

Из угла медицинске струке, транссексуалност се сматра менталним поремећајем, а од стране Свјетске здравствене организације сврстана је у групу болести “поремећаји полног идентитета”,² док са друге стране активисти ЛГБТ³ покрета сматрају да је неприхватљиво говорити о транссексуалности као менталном поремећају.

Често се као синоними за транссексуалност погрешно користе појмови трансродност, транвестија, те интерсексуалност. Трансродна особа је термин за особе чији родни идентитет није у складу са полом који јој је додијељен на рођењу, при чему је сам појам много шири и између осталог обухвата и сам транссексуализам. Транвестити су особе које воле да носе одјећу супротног пола, а сам појам транвестије, тј. преоблачење није повезан са сексуалном оријентацијом јер то могу бити и хетеросексуалне и истополно оријентисане особе. Интерсексуалност је ријеч која је замијенила појам хермафродит, а означава особе са недефинисаним полним органима.⁴ У вези са последњим, треба скренути пажњу на теорију према којој је транссексуалност интерсексуални (међуполни) поремећај, за разлику од традиционалних схватања према којима је сматран потпуно психолошким феноменом. Наиме, истраживање мозга транссексуалаца који су промијенили пол из мушког у женски резултирало је открићем да полна диференцијација једног дијела мозга одговара женском полу, тј. да полни развој мозга није у сагласности са хромозомским и гонадним полом.

Када је ријеч о самом термину транссексуалитета, у литературу га је први увео Каул Двел у свом чланку “Психопатија Транссексуалности” још 1949. године, а сам феномен су први описали љекари специјалисти за судску медицину још 1838, односно 1870. године. Овдје је важно уочити разлику између два, само наизглед

² Међународна класификација болести,

<http://hr.wikipedia.org/wiki/МКВ>. asp, 20. новембар 2013, 12:30.

³ Појам који се користи како би се означиле лезбејке, геј мушкарци, бисексуалне и трансродне особе – „*ПОЗИ ИЗВЈЕШТАЈ*“, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2013, 47.

⁴ Ibid, 47,51.

идентична појма, у складу са горе поменутом диференцијацијом транссексуалитета из угла медицине и активиста са друге стране. Наиме, медицина користи термин транссексуалност јер сматра да оно представља ментални поремећај на основу кога се доноси дијагноза, док ЛГБТ покрет у циљу подршке транссексуалним особама уводи термин транссексуалност из којег је осим једног “с” избачен и медицински контекст, заправо активисти ЛГБТ група негирају медицинску и биолошку основу овог феномена. Ради се о томе да активисти за права сексуалних мањина сматрају да је писање “транссексуалност” дискриминаторно, те да трансродност није питање родности.

3. ПРАВО НА ПРОМЈЕНУ ПОЛА

Право на промјену пола представља право сваке особе да се сама родно идентификује, да има могућност приступања медицинским процедурама промјене пола, уколико њен биолошки пол није у складу са њеним жељеним полом, као и да након извршене промјене пола буде у потпуности призната као припадник или припадница пола којем осјећа да припада. Поред наведеног, обухвата и право на здравствено осигурање приликом поступка промјене пола, измјену личних докумената, заштиту података, примјену правила која се односе на нови пол те особе приликом признавања права на пензију, те право особе која је промијенила пол на брак са особом супротног пола и слично.

У Босни и Херцеговини не постоји могућност медицинске промјене пола, те та процедура није дефинисана ниједним законом, нити се обавља у оквиру постојећих медицинских установа, а што директно упућује на то да није регулисан ни приступ овим поступцима, као ни могућност покривања медицинских трошкова од стране медицинских осигурања.⁵ На ситуацију у региону указали смо у уводу рада.

⁵ „Не толерише нетолеранцију. Упознај своја права и користи их!“, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2012. године, 25.

4. МЕДИЦИНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ПРАВА НА ПРОМЈЕНУ ПОЛА

Транссексуалитет прати потпуна диференцијација између психолошког и морфолошког пола, која почиње да се манифестује веома рано, траје дуго, обухвата све животне активности, интензивира се протеклом времена добијајући карактер страсти и најзад, кулминира у очајничком настојању да се оствари операција промјене пола. Једно истраживање је показало да су двије трећине испитаних транссексуалаца већ у петој години живота осјећали да припадају супротном полу.⁶ У вези са тим, треба споменути да већина транссексуалних особа изјављује да су се у дјетињству понашали у стилу супротном од њиховог пола, али је ту важно указати на чињеницу да већи број дјеце која су имала поремећени полни идентитет у дјетињству у одраслој доби не постају транссексуалци. Разлог за наведену тврдњу може се наћи у томе што маскулиност дјевојчица и фемининост дјечака могу бити посљедица тога што је мајка узимала полне хормоне за вријеме трудноће, као и продукт награђивања дјетета када се понаша неусклађено са сопственим полом. Такође, поремећени полни идентитет у дјетињству може бити посљедица моделирања, на примјер ако се дјевојчица више идентификује са оцем него са мајком.⁷ Поремећај полног идентитета у дјетињству треба разликовати од саме транссексуалности, јер за разлику од транссексуалности код одраслих овај поремећај код дјеце је уз одговарајући медицински третман у већем броју случајева изљечив. Наиме, око 25% дјеце са таквим обољењима постају у одраслом добу транссексуалци.⁸

⁶ Драшкић, Марија. “Правно нормирање транссексуалитета у упоредном праву”, Правни живот бр. 11-12/1994, 1864-1865.

⁷ F64.0 Transseksualizam, <http://psihijatrija.forumhr.com/t265-f640-transseksualizam,asp>, 20. новембар 2013, 15:10.

⁸ Transseksualnost, <http://hr.wikipedia.org/wiki/Transseksualnost,asp>, 19. новембар 2013, 14:50.

За дијагнозу праве трансексуалности потребно је да протекну најмање двије године непрекидне идентификације са особом супротног пола.

Медицинске претпоставке права на промјену пола :

а) “Real-life” тест - основни је медицински захтјев који треба да буде испуњен како би трансексуалној особи била допуштена промјена пола. У шведском праву овај захтјев се доста уопштено дефинише, а односи се на сваку особу која “дуже времена” пружа доказе да припада супротном полу, то јесте да не припада полу под којим је заведена у званичним регистрима, те постоји предикција да ће и у будућности живјети у тој полној улози. Са друге стране, њемачко право захтијева да особа, поред тога што не осјећа припадност полу који је наведен у службеним регистрима, живи у складу са тим схватањем најмање три године. Слично, трансексуалци у Америци да би доказали да су спремни за промјену пола, морају да живе као особе супротног пола најмање двије године. Наведени став прихвата већина законодавстава.

б) Стерилитет - према шведском, њемачком и холандском праву, особа која захтијева промјену пола мора да докаже да је трајно неспособна за рађање ради тога што је подвргнута стерилизацији или је из неких других разлога онеспособљена за репродукцију. При томе, треба имати у виду да стерилитет није услов за легализацију хируршког захвата полног прилагођавања, него је услов за правну верификацију нове полне припадности.

в) Хируршка интервенција - представља једно од неусаглашених питања у законодавствима која се баве овом материјом, јер изузев њемачког, ниједан од осталих закона није у тој мјери искључив по овом услову.⁹

⁹ Драшкић, Марија. “Правно нормирање трансексуалитета у упоредном праву,” Правни живот бр. 11-12/1994, 1868-1872

4.1. Поступак промјене пола

Савремена медицинска истраживања сматрају да транссексуализам представља болест до које се долази при развоју ембриона, те да једини начин лијечења исте обухвата низ психолошких и физичких захвата. Ова метода је у медицини позната око четрдесет година и подразумејева двије фазе .

Прва фаза је HRT (Hormone Replacement Therapy), терапија замјене хормона у циљу изазивања секундарних полних особина другог пола.

Друга фаза је SRS (Sex Reassignment Surgery), операција промјене пола код које се хируршким путем полни орган једног пола трансформише у полни орган другог пола.

Да би се дошло до саме операције, прије свега је потребно да психијатар дијагностификује поремећаје полног идентитета, што представља основ за добијање хормонске терапије.

Иако доста компликована, операција промјене пола данас је доста олакшана, с обзиром на могућности које пружају апарати модерне медицине. Поред потешкоћа у смислу могућности, односно немогућности да транссексуалне особе овај тип операције изврше у сопственој земљи, иста је отежана и високим цијенама самог захвата, које конкретно износе 2500-6500 евра, зависно од прописа државе у којој се операција изводи у датом случају.¹⁰

5. ПРАВНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ПРАВА НА ПРОМЈЕНУ ПОЛА

У упоредном праву можемо наићи на различита правна рјешења у вези са проблемима из области транссексуалитета. Наиме, према приступу правним проблемима транссексуалитета, разликујемо двије групе земаља:

¹⁰ F64.0 Transseksualizam, <http://psihijatrija.forumhr.com/t265-f640-transseksualizam, asp>, 20. новембар 2013, 15:10.

1) земље које су увојиле специјално законодавство којим се регулише правни положај транссексуалаца,

2) земље које немају такво специјално законодавство, које би се односило само на случајеве добровољне промјене пола.

Упркос неизграђеном специјалном законодавству, у многим страним земљама постоји изграђена судска или управна пракса везана за овај проблем. Конкретно, кроз судску праксу овај проблем регулишу швајцарско и француско право, а кроз праксу органа управе аустријско право, и др. Сличан тренд полако захвата и нашу, као и земље у региону.

а) Право на промјену имена/право на промјену пола - њемачко законодавство нуди два рјешења када је ријеч о транссексуалцима:

1) “Велико рјешење” - којим се обезбјеђује како промјена пола, тако и промјена имена за постоперативног транссексуалца;

2) “Мало рјешење” - којим се обезбјеђује само промјена имена, а без промјене пола. Овакво рјешење се примјењује на транссексуалне особе које не могу или не желе да буду подвргнуте хирушком третману промјене пола, али и на оне особе које су извршиле оперативну корекцију пола, а које из неких других разлога не желе да буде примјењено то велико рјешење;

б) Минимална старост - ову претпоставку предвиђа шведско законодавство које каже да право на промјену пола има само лице које је навршило 18 година живота. Услов у теорији и пракси је наишао на негодовања, а критике су усмјерене ка често лаичким заблудама о томе да је транссексуални развој зависан од воље оног ко је њиме погођен, а те заблуде резултирају и успостављању минималне старосне границе. Ово схватање је аргументовано ставом према којем транссексуалност није питање животног избора, него рјешење које је апсолутно и које не оставља простор ни за какав избор, јер транссексуална особа не доноси одлуку да живи као припадник супротног пола, него чврсто вјерује да припада само и једино полу чија обиљежја преузима.

в) Држављанство - овај услов је познат само у шведском и њемачком законодавству, који право на промјену пола условљава и захтјевом да је транссексуална особа држављанин дате државе. Супротно томе, холандско законодавство право на промјену пола омогућава сваком странцу који живи у Холандији најмање годину дана у моменту подношења захтјева и има важећу дозволу боравка, о чему говори и холандски Грађански законик. Поред тога, познају се и права која овај услов нигдје не помињу, у првом реду - италијанско и турско законодавство.

г) Брачни статус - у земљама које су правни положај транссексуалаца регулисале специјалним законима, постоје три различита рјешења у погледу ове претпоставке.

1) Прво рјешење познају шведско, њемачко и холандско право. Према законима набројаних земаља, у моменту када се утврђује да једна особа није оног пола који је наведен у њеним званичним подацима о рођењу, него супротног пола, таква особа не смије бити у браку, односно њен претходни брак до тог тренутка треба да престане на један од законом предвиђених начина.

2) Друго рјешење је прихваћено у турском праву и према њему претходни брак транссексуалца аутоматски престаје са даном када одлука о промјени пола постане правоснажна.

3) Треће рјешење је познато у италијанском праву, гдје се промјена пола сматра законским узроком за развод брака. Дакле, овакво рјешење оставља слободу брачним друговима у погледу одлуке о разводу брака.¹¹

5.1 . Законска рјешења у Босни и Херцеговини

У Босни и Херцеговини не постоји могућност медицинске промјене пола, те ова процедура није регулисана нити једним законом. Наиме, нису регулисани ни материјални, ни формални услови

¹¹ Драшкић, Марија. “Правно нормирање транссексуалитета у упоредном праву,” Правни живот бр. 11-12/1994,1873-1876

за медицинску промјену пола, а не постоје ни медицински центри који су оспособљени за захвате такве врсте. Ниједан закон о здравственом осигурању у БиХ не осигурава ни потпуно, ни дјелимично покривање оперативних трошкова промјене пола.

Са друге стране, законом је регулисана могућност уписа промјене пола у матичне књиге и измјена личних докумената. Закони којима је омогућена промјена личних докумената у складу са новим полом су: Закон о матичним књигама Републике Српске и Закон о матичним књигама Федерације Босне и Херцеговине. Они изричито дефинишу да се промјена пола уписује у матичне књиге. Законом о матичним књигама Брчко дистрикта ова могућност још није предвиђена, тако да би се промјена пола евентуално могла третирати и уписивати у матичне књиге као накнадна исправка грешака.

Законом о јединственом матичном броју Босне и Херцеговине омогућена је промјена јединственог матичног броја у складу са новим полом. То практично значи да уколико се утврди да су уписани подаци неправилни, лице има право да тражи њихово рјешавање. Орган који доноси рјешење о исправци уписаног дана, мјесеца и године рођења, као и орган који доноси рјешење о упису промјене пола (као и потпуног усвојења) дужан је да у року од 30 дана од дана правоснажности рјешења, достави један примјерак надлежном органу, кантоналним министарствима унутрашњих послова у Федерацији, односно Министарству унутрашњих послова Републике Српске. Након што прими рјешење, надлежни орган је дужан да у року од 15 дана поништи јединствени матични број и изда нови, те је дужан да о промјени ЈМБ - а обавијести лице чији је ЈМБ усљед промијењених околности измијењен. Такође, да би се могао уопште покренути поступак промјене ЈМБ - а, неопходно је да је претходно дошло до промјене података у матичној књизи рођених.¹²

Законима о личном имену Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Брчко дистрикта дозвољена је промјена лич-

¹² *Pravo na promjenu spola transrodnih osoba u BiH*, <http://lgbt-prava.ba/pravo-na-promjenu-spola-transrodnih-osoba-u-bih/>, asp, 19. новембар 2013, 13:45.

ног имена, или само имена или само презимена сваком појединцу, а мијења се на захтјев пунољетне особе или законског заступника малољетне особе.

Законом о личној карти држављана Босне и Херцеговине регулисана је промјена података уписаних у личној карти. Овим законом промјена података је омогућена и због промјене личних података и/или изгледа особе, а који више не одговарају подацима и фотографији на личној карти.

Поред тога, у позитивном законодавству наше земље постоје два специјална закона која се баве ЛГБТ особама, то су Закон о равноправности полова (2003) и Закон о забрани дискриминације (2009). Првим је регулисана забрана дискриминације трансродних особа, и то на начин да је у оквиру Закона о равноправности полова чланом 2. предвиђена забрана дискриминације на основу пола и полне орјентације.¹³ Иако је законодавац пропустио да дефинише сам појам “полне орјентације”, аналитичари је тумаче као “сексуалну орјентацију”, односно системским тумачењем се може закључити да забрана дискриминације у смислу овог члана обухвата и забрану по основу сексуалне орјентације. Упркос томе што је на овај начин закон оставио простора афирмацији родног идентитета, у пракси се не узима друштвена димензија дефиниције пола, него се пол још увијек базира на биолошкој димензији. Питање дискриминације регулисано је и Законом о забрани дискриминације Босне и Херцеговине, који је први закон који поред пола и полне/сексуалне орјентације уводи и полно/сексуално изражавање. Овај правни стандард може се превести и као забрана дискриминације на основу родног идентитета. Као у горе поменутом Закону о равноправности полова, и у овом закону је изостављено дефинисање појма полна орјентација, али и појма полно изражавање, што може резултирати сувише рестриктивним тумачењем ових појмова.¹⁴

¹³ ZAKON O RAVNOPRANOSTI POLOVA U BOSNI I HERCEGOVINI, <http://www.hsph.harvard.edu/population/womenrights/bosnia.equality.03.pdf>, asp, 19. новембар 2013, 15:50.

¹⁴ Pravo na promjenu spola transrodnih osoba u BiH, <http://lgbt-prava.ba/pravo-na-promjenu-spola-transrodnih-osoba-u-bih/>, asp, 19. новембар 2013, 13:45.

Поред тога, сексуална оријентација је наведена као посебан основ дискриминације и у Статуту Брчко дистрикта (означена као “сексуално опредјељење”). Супротно томе, ни сексуална оријентација, ни родни идентитет нису изричито наведени као основи дискриминације у Уставу Босне и Херцеговине, као ни у Уставу Федерације Босне и Херцеговине и Уставу Републике Српске.

Иако на први поглед импресиван, овај законски оквир је од мале помоћи трансродним особама у БиХ. Упркос парцијалној законској регулативи у овој области, а као што смо већ напоменули, ове особе и даље немају могућност да промјену пола изврше у матичној земљи, него им је та могућност отворена у земљама у региону и другим, при чему се они најчешће одлучују да исту изврше у сусједној Србији и Хрватској. Познати су подаци да се око 15 грађана из БиХ, углавном дама, одлучило за тако нешто одласком на операцију код реномираног доктора Мирослава Ђорђевића из београдског Центра за гениталну реконструктивну хирургију.

С обзиром на то да трансродне особе овај захват обављају о властитом трошку, а да је цијена медицинских процедура веома висока, број особа које се одлуче на овакав поступак је сведен на минимум.

5.1.1. Процедура промјене пола у Босни и Херцеговини

Процедура промјене пола у матичним књигама и личним документима покреће се тако што особа која жели да промјени пол подноси захтјев за упис измјене пола и личног имена надлежном министарству унутрашњих послова, одјељењу за администрацију општине у којој се налази, при чему ће јој бити објашњено која медицинска документација треба да се приложи уз захтјев. Након тога, МУП утврђује следеће чињенице:

- 1) промјену пола на основу медицинске документације која се односи на промјену пола,
- 2) ново лично име које је подносилац навео у свом захтјеву.

По одлуци о захтјеву, МУП доноси рјешење у којем се наводи нови пол и име особе која је поднијела захтјев, а које се одмах доставља матичном уреду у којем је та особа уписана у матичну књигу рођених, након чега матични уред издаје нови родни лист.

Особа која је промијенила пол и добила рјешење од МУП - а и којој је издат нови родни лист који садржи нови пол и име, мора у року од 15 дана од извршеног уписа у матичну књигу измјенити лична документа.¹⁵

6. ТРАНССЕКСУАЛИЗАМ И БРАК

Према позитивном праву наше земље (и већине других позитивних законодавстава), битни услови за закључење брака су:

- 1) разлика полова;
- 2) сагласна изјава воља будућих брачних супружника;
- 3) законска форма брака.

Према члану 4. Породичног закона Републике Српске брак је законом уређена заједница живота мушкарца и жене.¹⁶ Из наведеног произлази да наш Породични закон сматра ништаван брак особа које су истог пола, док се такав брак према Породичном закону БиХ сматра непостојећим, а што је случај и у Федерацији БиХ, с обзиром на то да је тамо у примјени ПЗ БиХ.

Такође, већина европских законодавстава брак дефинише на сличан начин, али треба нагласити да постоје и државе у којима су легализовани истополни (хомосексуални) бракови, као што су Данска и Словенија. У складу са наведеним, може се закључити да је питање закључења брака у свим ситуацијама када се не ради о класичном, традиционалном браку између мушкарца и жене спорније у земљама које не прихватају ни хомосексуалне бракове, нарочито у случајевима када се доводи у сумњу полна припадност

¹⁵ „Не толериши нетолеранцију. Упознај своја права и користи их!“, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2012. године, 26.

¹⁶ *Породични закон Републике Српске*, Службени гласник број 01/020/581/02

будућих брачних супружника. Поред транссексуалних особа, у оваквим правним режимима на проблеме приликом закључивања брака наилазе и двополци, као и бесполци.

Када је ријеч о двополцима, на првом мјесту треба уочити разлику између двије категорије: прави и лажни двополци. Код првих треба нагласити да су то особе код којих постоје оба пола, тј. код којих су развијени и мушки и женски полни органи. У земљама које су легализовале хомосексуалне бракове, ово питање није спорно из разлога што овдје постоји и истовјетност и различитост полова. Ситуација је потпуно другачија у земљама које заступају традиционални концепт брака, с обзиром на то да се у овом случају може сматрати да је брак са једне стране неважећи (јер постоји истовјетност полова), али исто тако брак се може сматрати и пуноважним јер постоји и супротност полова. Када је ријеч о лажним двополцима (псеудохермафродити) ситуација је знатно олакшана. Наиме, код њих је увијек један пол прави, пол који функционише, док је други лажни, тј. постоји само привид другог пола. Питање правне полне припадности ових лица може се одредити по два основа - на основу рада полних жлијезда или на основу психосексуалног понашања, при чему љекари тврде да је пресудан психолошки фактор. Ипак, са становишта права, једино рјешење се проналази у хируршкој интервенцији, односно операцији промјене пола, а све дотле право се мора ослонити на физиолошке разлике. На концу, управо од тога који је пол прави, зависи и судбина брака.

7. ЕВОЛУЦИЈА СУДСКЕ ПРАКСЕ

7.1 . Транссексуализам посматран кроз праксу Европског суда за људска права

У овом поглављу приказаћемо еволуцију судске праксе посматрану кроз одлуке Европског суда за људска права, а формиране на основу представки које су у овај Суд стигле у виду захтјева

од стране транссексуалних особа које су у својим земљама наишле на неуважавање (условно речено) њиховог полног идентитета у домену грађанског и породичног права. У складу са тим као орјентир послужићемо се случајевима из Енглеске и Француске.

Спор *Corbett v. Corbett* сматра се најважнијим правним орјентиром у третирању транссексуалитета у енглеском праву. У овом случају радило се о двома странкама које су у званичним регистрима рођења биле уписане као мушкарци, а брак су закључили након што је једна од њих промијенила пол у женски. Три мјесеца по склапању брака супруг је поднио тужбу тражећи да се брак прогласи непостојећим, а позивајући се на то да је његова супруга уствари мушкарац и да брак није могао бити конзумиран. Судија Ормрод, лекар по образовању, заузео је став да се ради о особи мушког пола која је психолошки била транссексуалац, подвргнут операцији промјене пола и да се исти не може сматрати женом у спору упркос вјештачки конструисаном женском полном органу, с обзиром да је хромозомски тест показао да се недвосмислено ради о мушкарцу. Дакле, у спору се испитивала пуноважност брака. Суд је као основни критеријум при одлучивању узео биолошки, и усвојио 3 лекарска критеријума (хромозомски, гонадни и генитални тест) који одређују пол за сврху брака, игноришући тако било какву оперативну интервенцију. Оваква одлука енглеског права и прва одлука Европског суда која ју је одбранила, наишли су на критике у литератури, са више аспеката. Аргументе за критике налазили су у различитом третирању транссексуалаца у зависности од правног домена. Конкретно, радило се о томе да је право судске праксе признавало транссексуалцима право на нови полни идентитет у оним правним доменима у којима пол није правно релевантан, али исти није био прихваћен и третиран као припадник свог новог пола у оним областима у којима постоји специфично законодавство у односу на пол (прије свега оно које се односи на брак). У смислу другог, за остваривање било којег права захтијевало се постојање оригиналне крштенице која у енглеском систему регистрације грађанског статуса служи да забиљежи један историјски

факт, а не ради саме идентификације једне особе током њеног живота. Свака измјена и допуна у таквим регистрима у одсуству заблуде или омашке у вријеме рођења сматрала би се фалсификатом. У складу са наведеним, критиковало се неуважавање медицински доказаног феномена у овој одлуци. Критике су биле упућене и ка идеји о трећој категорији особа, „недефинисаног пола“, али умањене грађанске способности (заинтересовани се у свакодневном животу могао користити другим полом, али му је било забрањено да се на њега позива када је у питању брак или очинство).

Стандард формулисан у одлуци, који је ускратио могућност за промјену назнаке пола у крштеници како би она била усклађена са новим полним статусом транссексуалаца представљаће основ за више представки британских држављана против Владе Уједињеног Краљевства пред Европским судом за људска права у Стразбуру.

Слична ситуација се поновила у случају *Cossey*, гдје је странка, рођена као мушкарац, промијенивши пол у женски, одбијање државних органа Уједињеног Краљевства да издају документ о рођењу, који ће указивати на њен нови пол, окарактерисала као недопустиво мијешање државе у право на поштовање приватног живота, позивајући се на члан 8. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Подносиатељка представке се, такође, позвала на немогућност да закључи пуноважан брак са мушкарцем, што је по њеном мишљењу представљало повреду члана 12. исте Конвенције. Суд је закључио да одбијање исправке у регистру рођења или одбијање издавања нове крштенице не може бити сматрано као мијешање, те да је њена неспособност да закључи брак са мушкарцем у потпуној сагласности са концептом брака који је усвојен у енглеском праву и који је заштићен чланом 12. Конвенције. Право на брак, у смислу Конвенције, односи се на традиционални брак између особа различитог биолошког пола, а његов главни циљ јесте заштита брака као основа породице.

Када је ријеч о случају *V. v. France*, ради се о мушкарцу који се подвргнуо хируршком захвату промјене пола и добио женски

облик. Његов захтјев се, такође, односио на то да у регистрима грађанског статуса буде исправљен првобитни упис пола, те да му (њој) буде допуштено да носи женско име. Након што су судови у Француској одбили захтјев, странка се обратила Европском суду који је напустио праксу формирану у случају *Cossey*, а мотивисан критеријумом процјене циља ради кога се врше забиљешке личног статуса у јавним регистрима. Наиме, за разлику од енглеског система регистрације грађанског статуса, који није обликован тако да служи дефинисању садашњег идентитета једне особе, већ само да забиљежи један историјски факт, рјешење у Француској има за циљ да ажурира све податке о животу једног лица, тако да изгледа савршено могуће у такве регистре уметнути и податак о судској одлуци која наређује измјену оригинално уписаног пола. Крајњи циљ је у томе да се документација усагласи са тренутним стањем онога ко такав захтјев упућује. Због тога је Европски суд, потврђујући постојање повреде права на поштовање приватног живота, обавезао француску државу да подносиоци предствке исплати одређену накнаду на име неимовинске штете и накнаде трошкова поступка.

Након одлуке у случају *B. v. France*, француски систем је разумио и уважио поруку коју му је упутио Европски суд, те наступа нова пракса, у конкретном случају, француског Касационог суда. У предметима *Rene X* и *Marc X*, овај суд је признао право транссексуалаца на промјену уписа њиховог првобитног пола. У образложењу одлуке истакао је да у ситуацији у којој особа, по извршеном медицинско - хуруршком третману промјене пола, која показује синдром трансексуалитета и која је попримила физички изглед који је приближава другом полу и не посједује више све одлике првобитног пола, принцип поштовања приватног живота оправдава да њен грађански статус показује од сада пол чију спољашњост посједује. Принцип неотуђивости личног статуса није препрека за такву промјену.

У случају *Christine Goodwin v. The United Kingdom* Европски суд отишао је и корак даље, одступајући од сопствене раније праксе, сматрајући да само еволуционистичко и динамичко тумачење Ев-

ропске конвенције може да обезбиједи суштинске захтјеве за правичношћу у 21. вјеку. Овај случај се по свом предмету није суштински разликовао од претходних случајева у којима је суд поступао, али је импресивна разлика у закључку који је исти донио. Укратко, исти је закључио да су се прилике и у Великој Британији промијениле и да су изузеци од историјске основе регистара рођења већ учињени у случају позакоњење и усвојења, гдје је могуће захтијевати издавање документа о рођењу који садржи промјене настале послје рођења. Стога, према Суду не би требало да буде проблем да исти такав изузетак буде учињен у случају транссексуалаца. Такође, закључио је да британска Влада не може више да тврди да ово питање спада у поље њене слободне процјене. Потврдио је и повреду права на брак са образложењем да су се промјене догодиле и у институцији брака од времена када је усвојена Европска конвенција, а новине је донио, у међувремену, и напредак медицине и науке у домену трансексуалитета. У коначници, Суд је заузео став да и они појединци који нису имали ту срећу да све конституенте у развоју њихове полности теку синхроно, имају право да у пуном смислу уживају право на лични развој и на физичку и моралну сигурност, као и сви други грађани. Нарочито храбар потез јесте одбацивање чувеног „теста Ормрод“ у процјени питања критеријума за дефиницију пола и уместо одређивања људског бића искључиво на основу хормоналног, гениталног и гонадног пола, појам „жене“ и „мушкарца“ из члана 12. Конвенције проширио је и на ван - биолошке критеријуме.¹⁷

7.2 . Еволуција у Србији: одлука Уставног суда у случају X

До скоро, у Србији је постојала само (такорећи) спорадична, иако дугогодишња пракса општинских органа управе који су на специфичан начин рјешавали питања поводом транссексуали-

¹⁷ EVOLUCIJA U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U POGLEDU TRANSSEKSUALNIH OSOBA: EVOLUCIJA I U SRBIJI, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/transseksualizam.pdf,asp>, 22. новембар 2013, 20:45

тета. Наиме, поменути органи су у педесетак случајева донијели рјешења којима се транссексуалним особама одобрава промјена пола уписаног у матичној књизи, као да се ради о исправци грешке која је наступила приликом првобитног уписа пола на рођењу. Поступајући на овакав начин општински секретаријати су се позивали на Закон о матичним књигама, тачније на његову одредбу која се односи искључиво на исправку матичне књиге у случају првобитно нетачног уписа. Иста одредба не би се могла са потпуном исправношћу примјенити на случајеве транссексуалитета, како се истиче у литератури. Наиме, указује се на то да је правна промјена пола чињеница која може бити утврђена на основу стручног мишљења експерата уз поштовање елементарног права на људско достојанство, у административном или судском поступку. Овдје није ријеч о било каквој грешци, ни у стварном, ни у правно - техничком смислу из разлога што се не ради о исправци нетачног уписа, него је ријеч о накнадном упису чињенице промјене пола у матичну књигу рођених која се уписује као и све накнадне промјене у рубрику „накнадни уписи и забиљешке“. Уставни суд је 2012. године донио одлуку у којој је по први пут усвојена уставна жалба транссексуалне особе чиме је заузео став да државни органи који воде матичне књиге јесу стварно надлежни да одлучују о захтјеву за упис промјене података о полу, повлачећи паралелу са стварном надлежношћу за унос података о промјени свих осталих елемената грађанског статуса једне особе током живота. Суд је утврдио и да правни основ за упис промјене података о полу не мора нужно да буде судска одлука или одлука управних органа. За овакво становиште Суд налази оправдање у следећем - ако је могуће да се чињеница рођења упише у матичну књигу рођених само на основу медицинске документације, коју болница у којој се догодио порођај достави матичној служби или на основу изјаве лица које је присуствовало порођају, ако се исти није догодио у здравственој установи, не може бити законских сметњи да се и чињеница о правној промјени пола упише само на основу медицинске документације о предузетој хируршкој интервенцији промјене пола. Суд се у образложењу позвао на људско достојанство и слободан развој личности

који гарантује члан 23. Устава као и право на поштовање приватног живота гарантовано, често помињаним, чланом 8. Европске конвенције о људским правима.¹⁸

8. ЗАКЉУЧАК

У закључку рада жељели бисмо још једном нагласити потребу прецизног законског регулисања питања везаних за транссексуалитет. У низу питања на која би законодавац требао пружити одговор намећу се следећа: да ли је операција промјене пола неопходна за промјену података о полу у матичној књизи или је довољна и сама медицинска документација о ендокринолошкој терапији; каква и колика документација треба да прати захтјев и ко је овлашћен да исту издаје; какве све посљедице производи промјена пола на дотадашње и будуће правне односе транссексуалне особе, као и одговор на једно од најважнијих питања - а то је судбина брака у коме се налази, односно у којој би се могао налазити онај ко је приступио промјени пола. У складу са тим потребно је специјално законодавство како би се уредио судски или управни поступак који би обезбједио право на промјену полног статуса. Не смије се занемарити ни медицински поступак, односно правно регулисање истог. Стварање законског оквира би требало да има за циљ уважавање свакодневних потешкоћа на које транссексуалне особе наилазе и постепено разбијање предрасуда које се уз њих вежу. Овом проблему нужно је приступити и из угла друштва и основних вриједности који се не смију пореметити. Требало би изнаћи једно компромисно рјешење које би пружило сигурну свакодневницу и безбиједну будућност свим члановима друштва, а унутар друштва и његовим мање срећним појединцима, код којих се догодио поремећај у једном стадијуму психосоцијалне диференцијације. Негирање таквог захтјева значило би игнорисање научних достигнућа, статистичких података и стварности у глобалу. Овакво негирање не смије бити одговор савременог друштва 21. века.

¹⁸ Ibid

Nikolina Bajić, Tanja Dundić*

LEGAL ASPECT OF TRANSSEXUALITY

Summary

In science transsexuality is defined as extreme form of gender dysphoria - incongruity of gender identity and gender roles with biological gender in specific case. Science has proven that transsexuality is not life choice or mental disease, but so-called intersexual disorder which culminates in an effort to change a gender in specific case. If we access to the problem in legal aspect, we can notice that several issues stand out – the principle of immutability of gender, legal assumptions for gender change, changes in civil status and transsexuality viewed through the prism of marriage in terms of its conditions for the validity. This indicates on the subjects of our study, and it is : terms, procedure, and jurisdiction for gender change, gender change and rights for family planning, transsexuality and marriage (question of sameness/dissimilarity genders from aspect of the validity of marriage, heterosexual or homosexual marriage/community – legal regulation and legal effect). Although there were a decade since first surgery of gender change and the number of transsexuals is increasing, to this problem is approached with disinterest when it comes to legal norms. During the work on our study we applied: normative method, comparative legal method, other methods that are used in other social sciences (analysis, synthesis, induction, deduction), with the aim of pointing out the seriousness and the need for legal regulation of this problem, current in society of twenty-first century.

Key words: *transsexuality; gender change; marriage.*

* Students of the Law Faculty University of Banja Luka.

ЛИТЕРАТУРА

- Драшкић, Марија. “Правно нормирање трансексуалитета у упоредном праву”, Правни живот бр. 11-12/1994.
- „Не толерише нетолеранцију. Упознај своја права и користи их!“, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2012
- Права ЛГБТ особа у БиХ: Правосуђе, Фондација Heinrich Böll-Уред за БиХ, Фондација CURE, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2013.
- Права ЛГБТ особа у БиХ: образовање, Фондација Heinrich Böll-Уред за БиХ, Фондација CURE, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2013.
- Приручник за сузбијање дискриминације и насиља против ЛГБТ особа, Загреб Pride i Центар за ЛГБТ равноправност, Загреб, 2011.
- Породични закон Републике Српске, Службени гласник број 01/020/581/02
- „РОЗИ ИЗВЈЕШТАЈ“, Сарајевски отворени центар, Сарајево, 2013.
- Читанка ЛГБТ људских права, Сарајевски отворени центар, Фондација Heinrich Böll-Уред за БиХ, Сарајево, 2012.
- William Naphy, *Born to be gay*, DOMINO, Загреб, 2012.
- Међународна класификација болести, <http://hr.wikipedia.org/wiki/МКВ.asp>, 20. новембар 2013, 12:30.
- ZAKON O RAVNOPRANOSTI POLOVA U BOSNI I HERCEGOVINI, <http://www.hsph.harvard.edu/population/womenrights/bosnia.equality.03.pdf>, asp, 19. новембар 2013, 15:50.
- Pravo na promjenu spola transrodnih osoba u BiH, <http://lgbt-prava.ba/pravo-na-promjenu-spola-transrodnih-osoba-u-bih/>, asp, 19. новембар 2013, 13:45.

EVOLUCIJA U JURISPRUDENCIJI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U POGLEDU TRANSSEKSUALNIH OSOBA: EVOLUCIJA I U SRBIJI, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/transseksualizam.pdf>,asp,22. новембар 2013, 20:45

F64.0 Transseksualizam, <http://psihijatrija.forumhr.com/t265-f640-transseksualizam>, asp,20. новембар 2013, 15:10.

Transseksualnost, <http://hr.wikipedia.org/wiki/Transseksualnost>, asp, 19. новембар 2013,14:50.