

TEMIDA
 Jun 2013, str. 57-73
 ISSN: 1450-6637
 DOI: 10.2298/TEM1302057M
 Pregledni rad

Transseksualne osobe i porodica – između diskriminacije i inkluzije¹

ZORICA MRŠEVIĆ*

Predmet analize prezentirane u ovom tekstu su porodični odnosi transseksualnih osoba, a cilj je ukazivanje da rešenja sadržana u odlukama međunarodnih sudova predstavljaju način regulisanja pravnog statusa tih lica. Glavni deo ovog teksta čine prezentacije tri presude međunarodnih sudova, Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu i Evropskog suda pravde u Luksemburgu, kojima se transseksualnim osobama priznaje pravo na porodične, bračne i roditeljske odnose. Takođe se navodi čitav niz drugih međunarodnih dokumenata koji imaju za cilj da unaprede pravno priznavanje novostečenog pola transseksualnih osoba, tj. osoba koje su prošle hormonalno operativni proces promene (prilagođavanja) pola. Važna je poruka ovog teksta da je, umesto zastarelog društvenog neprihvatanja i pravnog ignorisanja transseksualnih osoba, potrebno usvojiti pristup pune zaštite njihovih ljudskih prava kroz doslednu primenu načela relevantnosti stečenog pola i kontinuiteta prava i dužnosti, po završetku procesa hormonalno operativnog prilagođavanja (promene) pola.

Ključne reči: *transseksualne osobe, porodični odnosi, Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud pravde, pravni status.*

¹ Ovaj tekst je nastao kao deo projekta na kome je autorka angažovana: Društvene transformacije u procesu evropskih integracija – multidisciplinarni pristup, koji je finansiran od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja u periodu 2011-14.

* Dr Zorica Mršević je naučna savetnica na Institutu društvenih nauka, Beograd i profesorka na Fakultetu za evropske pravno političke studije, Novi Sad. E-mail: zmrsevic@idn.org.rs

Autorka je članica Radne grupe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, za analizu propisa od značaja za pravni položaj transseksualnih osoba, formirane u maju 2012., a u kojoj je autorka zadužena za međunarodnopravnu regulativu.

Mnogo je primera u istoriji koji dokazuju da je ogromna ljudska cena diskriminacije i predrasuda. Niko nije ovlašćen da tretira ni jednu grupu ljudi kao manje vrednu ili da su oni manje vredni poštovanja.

Nevi Pilaj, UN komesarka za ljudska prava²

Uvod

Predmet ovog rada su bračni i roditeljski odnosi transseksualnih osoba, koji mogu da budu i vrlo često još uvek i jesu, predmet raznih pravnih nedoumica i potencijalno diskriminativnih rešenja. Shvatanja o transseksualnosti su se dinamično menjala u drugoj polovini dvadesetog i na početku XXI veka, dovodeći do formiranja dva osnovna načela za regulisanje pravne situacije transseksualnih osoba. Naime, potrebno je poštovati načelo relevantnosti novostečenog pola i načelo pravnog kontinuiteta identiteta (prava i dužnosti transseksualne osobe) po završetku njenog hormonalno-operativnog procesa prilagođavanja pola. Ali, ako bi se ostalo samo na načelnim rešenjima, porodični odnosi bi mogli u nekim situacijama da budu mesta sukobljavanja tih načela. Na primer, po načelu pravnog kontinuiteta, ranije sklopljen brak postoji i posle promene pola. Ali, po načelu relevantnosti novostečenog pola, ako je brak po zakonu zajednica muškarca i žene, supružnik koji je promenio pol postaje osoba istog pola kao i drugi supružnik, dakle njihov brak, kao zajednica osoba istog pola, postaje pravno nemoguć³.

Cilj ovog rada je da se, kroz analizu prakse međunarodnih sudova, ukaže na već formirane stavove u pogledu načelnih pravaca rešavanja porodičnog statusa transseksualnih osoba, radi usvajanja shvatanja našeg vremena zasnovanih na ljudskim pravima, imajući u vidu da je opšti interes da svi građani, pa i nepopularne manjine, budu podjednako efikasno pravno i faktički zaštićeni. Posebno je potrebno izbeći pravne praznine koje ostavljaju prostor za arbi-

² Homophobic hate crimes on the rise, UN human rights chief warns, video poruka na *International Day against Homophobia and Transphobia (Međunarodni dan borbe protiv homofobije i transfobije)*, 17.5.2011.

³ Položaj transseksualnih osoba je zato potrebno urediti zakonskim, npr. izmenama i dopunama većeg broja zakona (Zakona o matičnim knjigama, Porodičnog zakona, Zakona o penzijsko invalidskom osiguranju, itd.). Međutim, to nije preporučljivo, jer nije sistematsko rešenje problema, do kojeg se dolazi donošenjem posebnog zakona o transseksualnosti.

trernost, što stavlja transrodne osobe u situaciju pravne nezaštićenosti i visokog rizika od nasilja i diskriminacije.

Upotreba pojmova

Transrodne osobe od ranog detinjstva osećaju da su rođene u „pogrešnom telu“, drugim rečima, sa psihom jednog pola u telu drugog. Iako mnogi od njih mogu biti funkcionalni pripadnici toga „pogrešnog“ pola i, kao takvi, u privatnom životu roditelji, a u poslovnom dobri profesionalci, dakle integrisani u društvo, oni su duboko nesrećni, pogotovo ako okolina ne prihvata njihovu nameru da se i fizički usklade s onim što zapravo jesu. Potrebno je i terminološki prihvatiti trend depatologizacije rodne neusklađenosti, pa u skladu sa tim trendom, pojam „rodni poremećaj“ treba da bude zamenjen neutralnijim terminom „rodna disforija“⁴. Rodna neusklađenost je razlikovanje nečijeg rodno identiteta, rodne uloge, ili izražavanja rodne pripadnosti, od kulturnih normi koje su propisane za ljude određenog pola, a kada se zbog toga javi psihička uznemirenost, najčešće izazvana društvenom stigmatizacijom i diskriminacijom rodne neusaglašenosti, postoji rodna disforija. Ti stavovi su potpuno u skladu sa stavom Svetskog profesionalnog udruženja za transrodno zdravlje SPUSZ (na engleskom WPATH)⁵ o neophodnosti depsihiopatologizacije transrodnosti (WPATH Board of Directors, 2010).

Transrodne osobe na razne načine izlaze na kraj sa svojom situacijom. Neki od njih žive i oblače se kao pripadnici željenog pola, ne podvrgavajući se nikakvim tretmanima da bi stekli fizičke atribute željenog pola. Drugi uzimaju hormone kako bi stekli neke sekundarne odlike željenog pola. I prva i druga kategorija obuhvaćena je pojmom transrodne osobe. Treći, kojih je najmanje,

⁴ Rodna disforija je doživljaj nesklada koje osoba ima u pogledu vlastitog tela i doživlja sopstvenog roda/rodno identiteta, u uslovima postojanja striktnih kulturnih normi koje takve osobe neprestano izlažu stigmatizaciji i nasilju, što pojačava pojavu anksioznosti, uznemirenosti i duboke patnje.

⁵ The World Professional Association for Transgender Health (WPATH), Svetsko profesionalno udruženje za transrodno zdravlje je međunarodno, multidisciplinarno profesionalno udruženje čija je misija da promoviše tretman baziran na činjenicama, kontinuiranom obrazovanju, istraživanjima, advokatanju, javnoj politici i poštovanju zdravlja transrodnih osoba. Misija SPUSZ je da okupi različite profesionalce koji su rešeni da razviju najbolje prakse i najbolje podržavajuće politike širom sveta kojim promovišu zdravlje, istraživanja, obrazovanje, dostojanstvo i ravnopravnost za transpolne, transrodne i rodno neprilagođene osobe u svim kulturama.

će se podvrgnuti hirurškim zahvatima kako bi njihova tela što više bila slična telima pripadnika željenog pola i oni se nazivaju transseksualnim osobama⁶ ili još korektnije, transpolnim osobama. Komparativnopravno iskustvo je da se transrodnost široko priznaje kao stanje koje se na lični zahtev tretira medicinskim zahvatima „promene pola“⁷ u cilju ublažavanja tegoba. U većini evropskih država nacionalne zdravstvene službe priznaju postojanje ovog stanja i obezbeđuju ili dozvoljavaju lečenje, uključujući i ireverzibilne hirurške zahvate (Posebni izveštaj Zaštitnika građana, 2010:14). Obim operativnog tretmana može da bude stvar ličnog izbora ili da zavisi od drugih faktora, poput zdravstvenog stanja ili finansijskih sredstava.

Presude međunarodnih sudova o porodičnim odnosima transseksualnih osoba

U pogledu porodičnog statusa transseksualnih osoba, dakle onih koji su hormonalno operativnim putem promenili pol, od posebnog značaja su tri presude evropskih sudova ESLJP (Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu) i ESP (Evropskog suda pravde u Luksemburgu) koje se odnose na njihovo pravo na sklapanje braka: prva je presuda kojom se utvrđuje pravo na brak u skladu sa novostečenim polom, koju je 2002. doneo ESLJP u Strazburu, druga je presuda kojom se zabranjuje diskriminacija na osnovu pola onemo-

⁶ U medicini i pravu se koristi izraz „transseksualnost“ (sa dva „s“), nasuprot pokretu za LGBT prava koji koristi izraz „transeksualnost“ (sa jednim „s“) smatrajući da je transeksualnost pitanje ljudskih osećaja. Kako je izostavljanje jedno „s“ zapravo gramatički neispravno, jer se radi o složenoj reči od dve, od kojih se prva završava slovom „s“ a druga počinje istim slovom „s“ smatramo da je, uz svo uvažavanje stavova aktivistkinja i aktivista, ipak pravilno koristiti oba „s“ u pojmu transseksualnost. Istovremeno ne vidi se kako se izostavljanjem jednog „s“ postiže veći stepen ljudskih prava transseksualnih osoba, tim pre što ni aktivistički klaster nije jedinstven po tom pitanju. Kako su presude Evropskog suda za ljudska prava dosledne u upotrebi oba „s“ u svim presudama koje su donete u korist transseksualnih osoba, smatramo da je u pojmu transseksualnost i izvedenim pojmovima pravilnija upotreba oba „s“.

⁷ Aktivistički pokret za prava transseksualnih osoba odbija upotrebu termina „promena pola“ i insistira na terminu „prilagođavanje pola“ jer smatra da se operativnim putem menjaju samo genitalije i usklađuju se sa samopercepcijom svoga roda koja ostaje ista. U medijima, i u oskudnoj literaturi koja postoji na našem jeziku, koriste se oba termina ravnopravno jer još uvek ne postoji opšti konsenzus o tome. Inače, na engleskom se koristi termin genitalna rekonstrukcija, (*genital reconstruction ili reassignment*), a na francuskom *reassignation hormono-chirurgicale du sexe* (RHCS) što ne rešava našu dilemu, ali svakako ukazuje da se „promena pola“ ni na tim jezicima ne smatra adekvatnim terminom.

gućavanjem sklapanja braka sa transseksualnom osobom, koju je 2004. doneo ESP u Luksemburgu, kao i treća presuda ESLJP iz 2009, kojom se potvrđuje da posle promene pola transseksualna osoba nastavlja sa svojim (mada donekle umanjnim) roditeljskim pravima.

Pravo na brak u skladu sa postignutim polom. I. v. UK (odluka Velikog veća 2002: 25680:94) Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) je ustanovio da nepriznavanje prava postoperativne transseksualne osobe na brak predstavlja kršenje čl. 8 i čl. 12 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (pravo na privatnost i pravo na brak). Pritužilja je navela da nije bila u stanju da se venča zbog odbijanja unošenja promena u njen izvod iz matične knjige rođenih. U svom obrazloženju presude u korist trans osobe, ESLJP je uočio da, s jedne strane postoji velika društvena promena u instituciji braka, a sa druge strane, da postoji značajan razvitak u medicini i nauci u domenu transseksualnosti. Zbog toga, Sud nije ubeđen da rodno profilisana odredba „muškarci i žene“ u čl. 12 Evropske konvencije o ljudskim pravima mora da se tumači striktno i isključivo samo na osnovu bioloških kriterijuma i zbog toga nije našao opravdanje za onemogućavanje transseksualnim osobama da uživaju pravo na sklapanje braka. Od manje važnosti je nepostojanje dokaza o zajedničkom evropskom pristupu rešavanju pravnih i praktičnih problema. Mnogo je značajnije da postoje jasni i nesporni dokazi kontinuiranog međunarodnog trenda u korist, ne samo povećanja društvene prihvatljivosti transseksualnih osoba, nego i pravnog priznanja novog polnog identiteta postoperativnih transseksualnih osoba (par. 85. te presude).

Zabrana diskriminacije na osnovu pola onemogućavanjem sklapanja braka sa transseksualnom osobom, K.B v. United Kingdom National Health Service (2004 C-117/01) je slučaj žene zaposlene u Nacionalnoj zdravstvenoj službi (National Health Service NHS) Ujedinjenog kraljevstva, čiji je životni partner transseksualna osoba, tipa „žena u muškarca“. Zbog toga što njenom partneru nije bilo omogućeno da se, u skladu sa domaćim pravom, registruje kao muškarac, tako da je bez obzira na uspešno izvedenu operaciju, njen pravni status ostao kao pri rođenju ženski, oni nisu mogli da sklope brak. Njen poslodavac NHS je obavestio da, u slučaju da je njen partner nadživi, on neće moći da zahteva porodičnu penziju jer samo preživeli bračni drug u slučaju venčanih parova ima tu mogućnost. Na pitanje da li je to vrsta polne diskriminacije po pravu EU, Sud pravde je odgovorio da odluka da se ograniče neke beneficije samo na venčane parove, dok su druga lica koja žive zajedno isključena, ne predstavlja samo po sebi diskriminaciju na osnovu pola. Ipak, Sud je dodao da tu postoji

situacija da, usled nejednakog tretmana, postoji direktno onemogućavanje uživanja prava zaštićenog pravom EUa. Situacija je da se nejednak tretman odnosi na jedan od uslova koji omogućava jedno od prava, naime pravo na sklapanje braka. Sud je onda naveo slučajeve ESLJP (Evropski sud za ljudska prava) koji priznaju transseksualnim osobama pravo na sklapanje braka. Shodno tome, Sud je zauzeo stanovište da „zakoni kao što su oni koji se odnose na glavni predmet postupka, a kojima se krše odluke ESLJP i time sprečavaju parove da ispune zahteve potrebne da bi sklopili brak, koji mora da postoji da bi neko bio u stanju da ima koristi od uplata u penzioni fond drugog partnera, moraju biti smatrani kao principijelno nespojivi sa zahtevima iz čl. 141 EC“. Ipak, Sud je dodao da je na državama članicama da odrede koji su uslovi za pravno priznanje promenjenog pola u svojim zemljama, da bi prema tim odredbama onda bili podjednako regulisani pojedinačni slučajevi. Važno je uočiti da u skladu sa tom presudom Suda pravde Evropske unije, diskriminacija protiv trans osoba može da se smatra diskriminacijom na osnovu pola i kada su u pitanju osobe koje nameravaju da se podvrgnu ili su prošli operativno prilagođavanje pola. Diskriminaciju zbog stanja nastalog prilagođavanjem pola taj Sud je tretirao kao diskriminaciju na osnovu pola i zabrana te diskriminacije bazira se na već postojećim relevantnim odredbama EU prava.

Omogućavanje ograničenog kontakta između transseksualne osobe sa detetom zbog najboljeg interesa deteta, P.V. protiv Španije 2009. Podnosilac pritužbe, P.V., je španski građanin sada transseksualna osoba tipa „muškarac u ženu“ koja je pre promene pola 1998. dobila sina sa P.Q.F. Kada su se 2002. razišli sudija je odobrio prijateljski sporazum koji su bivši supružnici zaključili, a po kome će dete živeti sa majkom dok će oba roditelja deliti roditeljske odgovornosti. Taj sporazum je takođe sadržao i sporazum da P.V. može da provede svaki drugi vikend i polovinu školskog raspusta sa detetom. Maja 2004. bivša supruga je pokrenula postupak da oca liši roditeljskih prava i da se potpuno opozove aranžman komuniciranja sa detetom, kao i bilo kakve komunikacije između oca i sina, navodeći da je P.V. prošao hormonalni tretman sa očiglednom namerom da „promeni“ pol, kao i da uobičajeno nosi šminku i odeću kao žena. Sudija je konstatovao da je P.V. pre nekoliko meseci zaista započeo proces „promene pola“ i da taj proces obuhvata dalekosežne promene svih aspekata njenog života i njene ličnosti, kao i postojanje emotivne nestabilnosti, kao što je naveo veštak/psiholog u svom izveštaju. U pogledu aranžmana kontaktiranja, sudija je odlučio da te kontakte ograniči radije nego da ih potpuno ukine. Napravljen je privremeni aranžman koji je obuhvatao samo troča-

sovno viđenje svake druge subote, „...dok P.V. prolazi operaciju i dok se u potpunosti ne oporavi u svim svojim fizičkim i psihičkim kapacitetima“. Ta odluka je podržana od Pokrajinskog nadzornog tela (*Audiencia Provincial*), koje je podvuklo da bi prethodni, uobičajen aranžman redovnih kontakata mogao da ugrozi detetovu emotivnu stabilnost. A pošto otac i sin imaju dobre emotivne odnose, dete bi trebalo da postepeno dobije duže termine kontakata. Aranžman susreta je zaista produžen u februaru 2006. na 5 časova svake druge nedelje i posle toga, još jednom, u novembru 2006, na svaku drugu subotu i svaku drugu nedelju na po osam sati trajanja svakog viđenja. Iako je kontakt produžen, on je i dalje kraći u odnosu na prvobitni i uopšte ne sadrži npr. svaki drugi ceo vikend, niti godišnji odmor. Posle neuspele (*amparo*) žalbe Ustavnom sudu Španije, P.V. je podneo pritužbu Evropskom sudu za ljudska prava 18. juna 2009. zbog kršenja člana 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) i člana 14 (zabrana diskriminacije) do kojeg je došlo ograničavanjem viđenja sa sinom. To ograničenje španski sud je obrazložio navodnom emotivnom nestabilnošću pritužitelja, posle čega je usledila i njegova promena pola što su okolnosti za koje je španski sud konstatovao da mogu da uznemire njenog sina koji je tada imao šest godina. Sud u Strazburu je konstatovao da su španski sudovi zbog pritužiteljeve emotivne nestabilnosti usvojili aranžman kontaktiranja koji je bio nepovoljniji od onoga koga je on/ona sklopila prilikom razlaza sa detetovom majkom. U pogledu transseksualnosti, Sud je konstatovano da se može smatrati da je i ona obuhvaćena članom 14 Evropske povelje o ljudskim pravima, jer je lista osnovna zabranjene diskriminacije navedena u tom članu, otvorena. Kao odlučujući osnov za ograničenje kontakata je ipak identifikovan rizik od ugrožavanja detetovog najboljeg interesa i razvitka njegove ličnosti. Od tročasovnog sastanka svake dve nedelje sa profesionalnim nadzorom, aranžman kontakata je postepeno proširen na osam časova svake druge subote i svake druge nedelje. Sud u Strazburu je konstatovao da je preovlađujući faktor prilikom donošenja te odluke bio najbolji interes deteta, a ne očeva transseksualnost, a cilj je bio da se dete postepeno privikne na očevu promenu pola. Sud je dalje uočio da je aranžman kontakata proširen iako za vreme tog perioda nije bilo nikakve promene u rodnom statusu roditelja trans-žene, čime se dokazuje da njegova/njena transseksualnost nije bio razlog odlučivanja. Sud je zbog toga smatrao da ograničenje aranžmana kontakata nije diskriminativno rezultirao iz transeksualnosti i jednoglasno je zaključio na osnovu toga da nije došlo do kršenja odredaba čl. 8 zajedno sa članom 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Princip relevantnosti novostečenog pola

Ove presude, kao i niz drugih koje su tokom dvehiljaditih donete u korist transseksualnih osoba od oba pomenuta evropska suda, koja su se niz godina bavila pitanjem pravnog priznanja novog polnog identiteta postoperativnih transseksualnih osoba, afirmišu u pravnom saobraćaju neophodnost dosledne primene principa relevantnosti novostečenog pola transseksualnih osoba⁸. Time se zapravo otvara pitanje obaveznosti sukcesivne promene pravnog statusa tih lica u skladu sa novostečenim polom, različitim od biološkog pola njihovog rođenja. To pitanje je aktuelno i kod nas, gde se već duže od dve decenije uspešno obavljaju takve operacije, dok se promena pravnog statusa, budući da nije zakonski regulisana, rešavala u praksi od slučaja do slučaja. Promena pravnog statusa transseksualnih osoba posebno postaje značajna od 2011. godine kada je Skupština Srbije usvojila (28. jula 2011.) izmene Zakona o zdravstvenoj zaštiti i o zdravstvenom osiguranju, kojima je proširen krug osoba koje ispunjavaju uslove da budu osiguranici, čime je po prvi put u Srbiji omogućeno pravo na promenu pola o trošku fonda.

Naime, nezadovoljavajuća je pravna situacija da transseksualne osobe, koje su putem operacije promenile/prilagodile pol, nastavljaju da žive u neakvom pravnom međuprostoru, ne pripadajući u potpunosti ni jednom ni drugom polu, i ona kao takva nije održiva. Sud za ljudska prava ocenjuje da države treba da postupaju u skladu sa obavezama iz Evropske konvencije o ljudskim pravima koje se u ovom slučaju podvode pod obavezu da obezbede poštovanje prava na privatni život. U dvadeset i prvom veku, pravo transseksualaca na lični razvoj i fizičku i moralnu sigurnost, kakvu u punom smislu uživaju ostali članovi društva, ne može se posmatrati kao nešto što je moralno kontroverzno ili što iziskuje da prođe „neko vreme“ da bi pitanja s tim u vezi mogla da se sagledaju u jasnijem svetlu. Države imaju pozitivnu obavezu da pravno priznaju novi identitet transseksualne osobe koja se podvrgla operaciji potpunog prilagođavanja pola. To obuhvata izdavanje službenih dokumenata kao što su izvod iz matične knjige rođenih, ličnih identitetskih dokumenata, vozačkih dozvola, pasoša, karti socijalnog osiguranja i brojeva, upis u izborne

⁸ Najpoznatije su presude ESLJP o obaveznosti države da transseksualnim osobama prizna pravni status novostečenog pola su: Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2002), Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva (2006), L. protiv Litvanije (2007), a presude ESP su Case of P. v. S. and Cornwall County Council 1996, i Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions (2006).

spiskove, zemljišne knjige i poreska dokumenta. Evropski sud za ljudska prava je zbog toga naglasio da je od „suštinskog značaja” da Konvencija bude tumačena i primenjena na način koji omogućuje da njena prava zaista budu efikasno praktično primenjena, a ne da budu iluzorna, ostajući u domenu teorije. Konkretni problemi priznavanja pravnog statusa posle operacije promene pola javili su se već i kod nas:

Poverenica za zaštitu ravnopravnosti je dala mišljenje⁹ da je P.F. Univerziteta u Beogradu izvršio posrednu diskriminaciju na osnovu ličnog svojstva – pola, zabranjenu članom 7 Zakona o zabrani diskriminacije, kada je odbacio zahtev M. Đ. da se zbog promene imena, nakon promene pola iz muškog u ženski, koja je nastupila posle sticanja diplome, izvrši „ispravka” diplome i izda nova diploma u kojoj će biti navedeno njeno novo ime. Po konstataciji o postojanju diskriminacije usledila je i preporuka¹⁰ tom fakultetu Univerziteta u Beogradu da preduzme bez odlaganja sve potrebne mere koje će omogućiti da se M. Đ. i drugim osobama, koje su posle sticanja diplome promenile ime zbog promene pola, na njihov zahtev izdaju nove diplome i druge javne isprave čije je izdavanje u nadležnosti fakulteta, u kojima će biti navedeno njihovo novo ime. Time bi se ostvarilo poštovanje domaćih i međunarodnih standarda u domenu zaštite transpolnih osoba od svih oblika diskriminacije.

Kada su u pitanju bračni odnosi, trans osobe treba da imaju pravo da sklope brak sa osobama suprotnog pola od njihovog novostečenog pola, koje pravo se omogućuje kada je njihovo prilagođavanje pola priznato u skladu sa odredbama članova 8, 12 i 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Član 8 (Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), Član 12 (Pravo na sklapanje braka): Muškarci i žene odgovarajućeg uzrasta imaju pravo da stupaju u brak i zasnivaju porodicu u skladu s unutrašnjim zakonima koji uređuju vršenje ovog prava. Član 14 (Zabrana diskriminacije): Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

⁹ U predmetu broj 297/2011 od 24.02.2012. godine.

¹⁰ Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Preporuka mera za ostvarivanje ravnopravnosti upućena svim Univerzitetima u Srbiji, (del. br. 335 datum 16. 3. 2012). Dostupno na: <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/preporuke-mera-organima-javne-vlasti/preporuka-univerzitetima-za-usvajanje-mera-za-sticanje-ravnopravnog-tretmana-lica-koja-su-nak>

Stranici pristupljeno 7.9.2012.

Kako su Evropski sudovi priznali da lica koja su prošla potpuni proces polnog prilagođavanja imaju pravo da sklope brak, promena pola u matičnim knjigama rođenih u nacionalnom pravu u svrhu omogućavanja sklapanja braka je minimum neophodan da se obezbedi suština prava na sklapanje braka. Takođe se dalje smatra da, iako tekst člana 12 upućuje da pravo na sklapanje braka pripada ženama i muškarcima, ne izgleda više ubedljivo da se u današnje vreme i dalje tumači tako da se ti termini moraju striktno odnositi na pol određen isključivo na osnovu bioloških kriterijuma.

Dvehiljadite godine su decenija intenzivnih, dinamičnih promena u domenu priznavanja pravnog statusa transseksualnih osoba u Evropi, ali i celom svetu, kada je pitanje njihovog statusa konačno prestalo da bude pitanje morala i postalo pitanje ljudskih prava. Tako je ostalo zabeleženo da se početkom dvehiljaditih iskristalisao minimalni program transseksualnih osoba u vidu liste od sedam zahteva (Whittle, 2000:8) (od kojih se tačke 2. i 3. direktno odnose na pitanje braka a tačka 6 na roditeljstvo) koja se sastoje u tome da:

- Ne moraju nikome, bez sopstvene potrebe, da otkriju detalje o promeni svoga pola.
- *Imaju pravo da sklope brak sa osobama suprotnog pola i da pritom imaju sve bračne privilegije, i oni i njihovi partneri, kao što su npr. poreske olakšice, pravo da zajednički usvoje dete, ili da zahtevaju podelu zajednički stečene imovine posle razvoda.*
- *Imaju pravo da brak koji je sklopljen pre njihove promene pola ostane punovažan.*
- Imaju slobodu da normalno budu zaposleni bez straha od otpuštanja, maltretiranja i ucenjivanja na radnom mestu zbog svog rodnog identiteta, izgleda ili promenjene rodne uloge.
- Imaju pravo da koriste pravna sredstva da se zaštite u svim životnim situacijama i aspektima u svome novom polu.
- *Imaju pravo na društveno prihvaćeno roditeljstvo, pravno priznato u njihovoj novostečenoj rodnoj ulozi.*
- Imaju pravo da budu posle smrti označeni kao pripadnici novostečenog pola, i kada se konstatuje smrt, i kada se sprovodi testament, ili zakonsko pravo na nasleđivanje.

Profesor prava Stephen Whittle koji je u Britaniji doprineo formulisanju ovog minimalnog programa, smatra se, takođe, i direktno zaslužnim za pro-

menu društvenog stava prema transrodnim i transseksualnim osobama, za usvajane novog zakona u toj zemlji¹¹, kao i za donošenje presude ESLJP u korist roditeljstva transseksualne osobe¹². Pomenute promene se nisu ograničile samo na Britaniju, niti na Evropu, već se može govoriti o svetskom trendu. U okviru Ujedinjenih nacija, doneta je na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija 17. decembra 2008¹³. Deklaracija koja osuđuje kršenje prava koja su zasnovana na seksualnoj orijentaciji i rodnom identitetu, kao što je ubijanje, mučenje, arbitrarno zatvaranje, lišavanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, uključujući pravo na zdravlje. To je bila prva deklaracija o tom predmetu u Generalnoj skupštini. Mehanizmi Ujedinjenih nacija koji obuhvataju ljudska prava, ugovorna tela i Savet za ljudska prava – pozvani su da se mnogo češće bave pitanjima diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije i polnog identiteta.

Za pitanje statusa transseksualnih osoba posebno je važan princip 3. UN Džogdžakarta principa¹⁴. On utvrđuje da: „svako ima pravo da svuda bude pravno priznat kao pravni subjekat. Osobe različite seksualne orijentacije i rodni identiteta će imati pravnu sposobnost u svim životnim aspektima. Samodefinisana seksualna orijentacija i rodni identitet je integralni deo njihovih ličnosti i jedan je od najosnovnijih suštinskih aspekata samoodređenja, dostojanstva i slobode. Niko ne sme da bude prisiljen na podvrgavanje medicinskim postupcima, uključujući operaciju genitalne rekonstrukcije (promene pola), sterilizacije ili hormonalne terapije, kao zahtev za pravno priznanje njegov/njegovog rodnoeg identiteta. Niko neće biti podvrgnut pritisku da poništi, suzbije ili odbije svoju seksualnu orijentaciju i rodni identitet“. U skladu sa principom br 3 UN Džogdžakarta principa „Ni jedan status kao što je brak ili roditeljstvo, ne sme da bude uzet kao argument za sprečavanje pravnog priznanja rodnoeg identiteta ni jedne osobe“.

¹¹ UK Gender Recognition Act (2004) stupio je na snagu aprila 2005.

¹² Vitljeviji napori da bude pravno priznat kao otac dovelo je do vrlo važnog slučaja „X, Y i Z protiv Ujedinjenog kraljevstva“ pred Evropskim sudom za ljudska prava (1997).

¹³ UN: Human Rights Council Passes First-Ever Resolution on Sexual Orientation & Gender Identity. Dostupno na: <http://www.wlumil.org/node/7296> Stranici pristupljeno 12.9.2012.

¹⁴ Dokument donet u Džogdžakarti, Indonezija, na UN skupu 6-9 novembra 2006. kao rukovodeći principi prilikom tumačenja odredaba o ljudskim pravima. (The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity). <http://www.yogyakartaprinciples.org/>. Stranici pristupljeno 20.5.2013.

Obeležavajući Međunarodni dan protiv homofobije i transfobije, UN Visoka komesarka za ljudska prava Nevi Pilaj je rekla da se homofobija i transfobija ne razlikuju od seksizma, mizoginije, rasizma i ksenofobije. „Ali dok su te druge forme predrasuda univerzalno osuđene od vlada, homofobija i transfobija su prečesto previđane,” rekla je. „Mnogo je primera u istoriji koji dokazuju da je ogromna ljudska cena diskriminacije i predrasuda. Niko nije ovlašćen da tretira ni jednu grupu ljudi kao manje vrednu ili da su oni manje vredni poštovanja.” (Pillay 2011).

Kada je u pitanju Evropa, treba pomenuti Rezoluciju Evropskog parlamenta iz 1989 (EP Resolution, 1989: No C 256/33-37). Evropski parlament je, naime, 12. septembra 1989. izglasao Rezoluciju protiv diskriminacije transseksualnih osoba. Tom rezolucijom pozivaju se države članice da preduzmu korake radi zaštite transseksualnih osoba i da donesu odgovarajuće zakone da to ostvare. Evropski parlament je jasno pozvao:

- Države članice da ozakone odredbe o pravu transseksualnih osoba da promene pol endokrinološki, putem plastične hirurgije i kozmetičkih tretmana i da zabrane diskriminaciju protiv njih;
- Savet Evrope da usvoji jednu posebnu konvenciju radi zaštite transseksualnih osoba;
- Države članice da obezbede da troškovi psiholoških, endokrinoloških, operativnih i kozmetičkih tretmana budu nadoknađeni od strane institucija zdravstvenog osiguranja;
- Države članice da iz javnih fondova dodele pomoć transseksualnim osobama koji su bez svoje krivice izgubili posao i/ili smeštaj zbog svog prilagođavanja (promene) pola;
- Države članice da otvore savetodavne centre za transseksualne osobe i da daju finansijsku pomoć organizacijama samopomoći;
- Države članice da šire informacije o problemima transseksualnih osoba, posebno među osobljem državnih socijalnih službi, pograničnim vlastima, matičnim uredima, vojnim i zatvorskim vlastima;
- Komisiju i Savet da učine jasnim da su direktive zajednice koje uređuju ravnopravnost žena i muškaraca na radnom mestu, takođe odredbe koje zabranjuju diskriminaciju transseksualnih osoba;
- Komisiju, Savet i države članice da osmisle indentifikaciona dokumenta koja bi bila priznata u celoj Zajednici i koja bi, gde je to moguće, ukazivala na transseksualnost imenovanog lica već tokom perioda prilagođavanja pola, ako to lice zahteva;

- Savet i države članice, da prepoznaju progon na osnovu transseksualnosti kao osnovu za azil, kada harmonizuju svoje pravo na azil;
- Komisiju da obezbedi fondove u oblasti programa pomoći za dalje proučavanje transseksualnosti u medicinskom domenu;
- Komisiju da požuri države članice da usvoje posebne mere da nađu posao za transseksualne osobe;
- Na uspostavljanje posebne kancelarije u Komisiji kojoj bi mogli da se prijavljuju slučajevi diskriminacije.

Evropska unija je 2006. godine usvojila tzv. „Recast Directive“ (2006/54/EC) sa ciljem da konsoliduje postojeće odredbe o primeni principa jednakog tretmana žena i muškaraca. Izreka 3. Preambule te Direktive uvela je izričit poziv na eliminaciju diskriminacije po osnovu „promene pola“ po prvi put u EU propisima. Ta Direktiva je uzela u obzir pravnu teoriju Evropskog suda pravde Evropske unije o rodnom identitetu. Taj Sud je afirmisao načelo da je jednak tretman u domenu zaposlenja i zanimanja, na jednaku zaradu i beneficije socijalnog osiguranja, potpuno primenjiv na transrodne osobe. U dodatku, teorija Suda proglašava da jednak tretman transrodnih ljudi treba da se primenjuje na osnovu novoostvarenog pola posle genitalne rekonstrukcije/prilagođavanja pola, a ne po osnovu pola koji je dobijen rođenjem¹⁵.

Kao što je potvrđeno u Preporuci Ministarskog odbora (Committee of Ministers Recommendation Rec (2007) 17) o standardima i mehanizmima rodne ravnopravnosti, i žene i muškarci moraju imati neotuđivo pravo da odlučuju o svom sopstvenom telu, uključujući polna i reproduktivna pitanja. Takvo priznanje mora da se ogleda u razvitku, implementaciji, pristupu, nadzoru i evaluaciji usluga zdravstvenog sistema i u istraživačkim prioritetima (Committee of Ministers Recommendation Rec (2007) 17, of 21 November 2007, Principle 44).

Evropski Parlament je 17. juna 2010. izdao saopštenje¹⁶ da u EU mora da bude više prava za transrodne osobe. Toga dana Evropski Parlament je izrazio svoje snažno uverenje u korist zaštite osnovnih prava transrodnih ljudi. Parla-

¹⁵ Case of P. v. S. and Cornwall County Council, Case C-13-94 (1994); Case K.B. v. National Health Service Pensions Agency, Case C-117/01 (2004); Case of Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, Case C-423/04 (2006).

¹⁶ European Parliament says the EU should do more for transgender people's rights June 17th, 2010. Dostupno na: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/eu-should-do-more-for-transgender-rights/> Stranici pristupljeno 7.9.2012.

ment je službeno priznao diskriminaciju na osnovu rodnog identiteta, pozvao je na postojanje pristupačnih procedura za promenu pola i insistirao je da buduće EU inicijative u pogledu rodne ravnopravnosti treba da sadrže i pitanja koja se odnose na rodni identitet i probleme promene pola.

Zaključak

Niz je otvorenih pitanja kada se radi o transseksualnim osobama kao licima koja su hormonalno operativnim putem prilagodili/promenili pol. Odgovori na sve njih leže u neophodnosti omogućavanja promene i pravnog statusa kao logično sukcesivne sledeće etape u kompletiranju tog procesa¹⁷. Kako Ustav i naši zakoni definišu brak isključivo kao zajednicu muškarca i žene, otvoreno je pitanje šta se dešava npr. sa prethodno sklopljenim brakom ukoliko jedan od supružnika „promeni (prilagodi) pol“ pošto dve žene ili dva muškarca ne mogu biti u braku. Postavlja se i pitanje s kim transseksualna osoba (ako uopšte) može da sklopi brak, sa osobom pola koji je suprotan njenom/njegovom napuštenom biološkom polu ili je suprotan novostečenom polu? Polu koji zvanično postoji u identifikacionim dokumentima ili faktičkom, fizičkom polu u kome takva osoba posle operacije živi i društveno funkcioniše? Na sva ova, kao i druga slična pitanja pravi institucionalni odgovor može da da samo sveobuhvatno zakonsko regulisanje svih pratećih procedura promene pola, hormonalno operativnog prilagođavanja pola, bazirano na postignutim međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava.

¹⁷ Kako su u javnom mnjenju Srbije danas još prisutna mnoga istorijski prevaziđena i sada već uveliko napuštena shvatanja koja se kreću u oblasti morala, potrebno je izbeći da i kod nas prođu decenije u postepenom sazrevanju uverenja u njihovu pogrešnost i u vođenju diskusija koje su na drugim mestima već završene. Uverenje da pol menjaju osobe pod uticajem seksualne revolucije i radi intenziviranja svog erotskog zadovoljstva, koje uverenje je bilo široko rasprostranjeno sedamdesetih godina prošlog veka, nije više prihvatljivo, kao ni dugotrajno održavan stav francuske pravne teorije o tome da promena pola predstavlja sakaćenje zdravog, reproduktivno sposobnog organizma za koju nikakav pristanak osobe o kojoj se radi, ne može da bude opravdanje. Druga polovina devedesetih godina prošlog veka i prva decenija dvadeset i prvog veka donele su sasvim drugačija shvatanja položaja transseksualnih osoba, koja se više ne bave pitanjima morala i koja su pre svega zasnovana na njihovim neotuđivim ljudskim pravima.

Literatura

Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom, Case 38957/95 (2002).

Case of P. v. S. and Cornwall County Council, Case C-13-94 (1994).

Case of Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, Case C-423/04 (2006).

Committee of Ministers Recommendation Rec (2007) 17, of 21 November 2007.

EP Resolution against discrimination of transsexuals, 1989. Official Journal of the European Communities No C 256/33-37 of 9.10.1989).

Whittle, S. (2000) *The Transgender Debate, The crisis surrounding gender identities*. Reading: South Street Press.

UK Gender Recognition Act (2004) (c. 7).

Zakon o zdravstvenom osiguranju, Službeni glasnik RS, br. br. 107/2005, 109/2005 – ispr., 57/2011, 110/2012 – odluka US i 119/2012.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Službeni glasnik RS, br. br. 107/2005, 109/2005 – ispr., 57/2011, 110/2012 – odluka US i 119/2012.

Internet izvori

Case K.B. v. National Health Service Pensions Agency, Case C-117/01 (2004)
Dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db1-36dc758c9f14ed59cc7c960d7cab56a.e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxuKaNr0?text=&docid=61910&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2903634> Stranici pristupljeno 20.8.2012.

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, OJEU L204, 26 July 2006, pp. 23-36. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:en:PDF>. Stranici pristupljeno 20.8.2012.

European Parliament says the EU should do more for transgender people's rights June 17th, 2010. Dostupno na: <http://www.lgbt-ep.eu/press-releases/eu-should-do-more-for-transgender-rights/> Stranici pristupljeno 7.9.2012.

Grant protiv Ujedinjenog Kraljevstva. Dostupno na: <http://globalawandpolitics.blogspot.com/2006/05/grant-v-united-kingdom.html> Stranici pristupljeno 12.9.2012.

I. protiv Ujedinjenog kraljevstva, 2002. Dostupno na: [http://archive.equal-jus.eu/1-41/1/ECHR%2C_I._v._United_Kingdom%2C_no._25680:94_\[2002\].pdf](http://archive.equal-jus.eu/1-41/1/ECHR%2C_I._v._United_Kingdom%2C_no._25680:94_[2002].pdf). Stranici pristupljeno 20.8.2012.

L. protiv Litvanije 2007 Br. predstavke 27527/03. Dostupno na: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=823071&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. Stranici pristupljeno 20.8.2012.

Pillay, N. (2011) Homophobic hate crimes on the rise, UN human rights chief warns, a video message marking the *International Day against Homophobia and Transphobia*, 17 May 2011. Dostupno na: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?newsid=3840-6&cr=pillay#>. Stranici pristupljeno 20.8.2012.

Posebni izveštaj Zaštitnika građana, LGBT POPULACIJA U SRBIJI – STANJE LJUDSKIH PRAVA I DRUŠTVENI POLOŽAJ. Dostupno na: <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/izvestaji/posebnii-izvestaji/2107-2012-01-12-14-02-53> Stranici pristupljeno 20.8.2012.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Preporuka mera za ostvarivanje ravnopravnosti upućena svim Univerzitetima u Srbiji, (del. br. 335 datum 16. 3. 2012). Dostupno na: <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/preporuke-mera-organima-javne-vlasti/preporuka-univerzitetima-za-usvajanje-mera-za-sticanje-ravnopravnog-tretmana-lica-koja-su-nak>. Stranici pristupljeno 7.9.2012.

P.V. protiv Španije 2009. Dostupno na: <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/74c8d5e5bd472cddc12577f1004a2-161?OpenDocument> Stranici pristupljeno 20.8.2012.

Statement by Navi Pillay United Nations High Commissioner for Human Rights on the occasion of the International Day against Homophobia and Transphobia The Hague, 17 May 2013. Dostupno na: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13335&LangID=E> Stranici pristupljeno 11.6.2012.

UN: Human Rights Council Passes First-Ever Resolution on Sexual Orientation & Gender Identity. Dostupno na: <http://www.wluml.org/node/7296> Stranici pristupljeno 12.9.2012.

WPATH Board of Directors, 2010 (2010) The World Professional Association for Transgender Health, Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People 7th Version. Dostupno na: http://www.wpath.org/publications_standards.cfm Stranici pristupljeno 18.11.2012.

X, Y i Z protiv Ujedinjenog kraljevstva (1997). Dostupno na: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:\[%226-95909%22\],%22itemid%22:\[%22001-58032%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{%22dmdocnumber%22:[%226-95909%22],%22itemid%22:[%22001-58032%22]}) Stranici pristupljeno 18.11.2012.

Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity. Dostupno na: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm Stranici pristupljeno 12.9.2012.

ZORICA MRŠEVIĆ

Transsexuals and families—between discrimination and inclusion

The text comprises analysis of family relations of transsexual persons. Its aim is to present the legal solutions of international courts as the way of solving their legal status in family relations. The author presents sentences of the European Court of Human Rights and European Court of Justice as well as the whole range of international treaties, resolutions and other documents of international law, aiming to promote legal importance of the newly gained sex of the transsexuals who passed the genital reassignment process. This is important for the regulation of their marriage and family relations and other rights based on legally recognized status. In general perceptions of transsexuals have changed dramatically while the Serbian public still present some obsolete “moral” understandings that should be avoided if we want to avoid spending decades in discussions that have already been globally completed. The contemporary approach to transsexuals is based mainly on their unalienable human rights followed by duty of states to prevent violation of their rights as well as discrimination based on their transsexuality. There are still open questions regarding the legal status of transsexuals. The common answer is to enable changes in legal status to follow changes of their sex as logical consequence in completion of the sex reassignment process.

Key words: transsexuals, family relations, European Court of Human Rights, European Court of Justice, legal status.