

Dr Jelena Simić*

MEDICINSKOPRAVNI ASPEKTI TRANSSEKSUALNOSTI

– U susret priznavanju pravnih posledica
promene pola u Srbiji –

Apstrakt: Rodni identitet je jedan od najosnovnijih aspekata života svakog pojedinca. Rod osobe određuje se po njenom rođenju. Rod postaje, sociološki i pravno gledano, činjenica od koje zavise brojna druga prava jedne osobe tokom njenog života. Međutim, određeni, ne tako veliki, broj ljudi ima problem da se identifikuje sa polom dobijenim na rođenju. Problem nastaje jer njihov unutrašnji, lični doživljaj roda nije u skladu sa rodom koji su dobili rođenjem. Ove osobe nazivaju se transrodne ili transseksualne osobe i ovaj članak govori o njima. Ovaj problem mogu imati i tzv. interseks osobe koje su rođenjem dobile psihološke a nekad i fizičke karakteristike oba pola (i muškog i ženskog), te se kao takve ne mogu svrstati ni u jedan ni u drugi pol, već kao interseks osobe stoje između oba pola. U ovom radu analiziraće se medicinskopravni aspekti transseksualnosti, odnosno pravni aspekti i pravne posledice promene pola, kao i stanje ljudskih prava transrodnih i interseks osoba koje je dugo bilo ignorisano i zapostavljano iako su problemi sa kojima se one suočavaju ozbiljni i često karakteristični samo za tu grupu lica. Autor se bavi zadatim medicinskim uslovima poput obavezne sterilizacije ili odstranjivanja polnih organa, koji su u velikom broju zemalja jedini put do pravne promene statusa, što često predstavlja nesavladivu teškoću za trans osobu, vređajući pritom njeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i pravo na telesni integritet. Autor zaključuje da u svetlu najnovijih inicijativa o depatologizaciji transseksualnosti, sa stanovišta ljudskih prava i adekvatne medicinske pomoći, dijagnostifikovanje mentalnog poremećaja ne sme biti uslov da bi se trans osobi pružila adekvatna medicinska nega koja će biti pokrivena delom ili u celosti od strane zdravstvenog osiguranja.

Ključne reči: transrodnost, transseksualnost, „promena pola“, rodni identitet, Evropski sud za ljudska prava, diskriminacija, hirurška intervencija, telesni integritet.

* Asistentkinja Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu
e-mail: jelena.simic@pravnofakultet.rs

1. TRANSSEKSUALNOST U SRBIJI, SRBIJA U TRANSU

Prošlogodišnje izmene i dopune Zakona o zdravstvenoj zaštiti i Zakona o zdravstvenom osiguranju iznenadile su mnoge građane Srbije. Odjednom, reklo bi se niotkuda, pojavila se u Zakonu o zdravstvenom osiguranju odredba koja glasi: „u ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu iz obaveznog zdravstvenog osiguranja iz čl. 34–44. osiguranim licima obezbeđuje se najmanje 65% od cene zdravstvene usluge iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja za promenu pola iz medicinskih razloga.“¹ Na ovaj način, po prvi put je u Srbiji omogućeno pravo na prilagođavanje, „promenu pola“, o trošku države.² Kako je navedeno u obrazloženju, i ovoj kategoriji stanovništva potrebna je adekvatna zdravstvena zaštita jer je, u svetlu najnovijih istraživanja, „promena pola“ neophodan medicinski tretman u procesu lečenja transseksualnih osoba.

Čini se da se nije moglo odmeriti šta je izazvalo veće iznenađenje, visina procenta cene zdravstvene usluge koju će pokrivati Fond za zdravstveno osiguranje za „promenu pola“ iz medicinskih razloga, ili pak činjenica da se zemlja u kojoj je netolerancija prema različitosti visoko izražena, a diskriminacija duboko ukorenjena u praksi javnih organa, kao i u svesti većine građana, odlučila za ovakav korak. Ipak, za neke to nije bilo iznenađenje.

Iako je transseksualnost u našoj sredini dugo bila tabu tema, u Beogradu se još od 1989. godine obavljaju operacije „promene pola“.³ Danas, dvadeset godina kasnije, Srbija ima četiri specijalizovana centra za ovu vrstu operacija, a veliki broj stranih državljana dolazi u Srbiju zbog operacije „promene pola“ jer su cene takvih zahvata u inostranstvu i do deset puta više.⁴ Ovako uspešnu praksu domaćih lekara pratilo je, međutim, potpuno odsustvo zakonskih propisa koji bi definisali položaj transseksualne osobe tokom ovog veoma komplikovanog i dugog procesa lečenja.

1 Član 45. stav 4. Zakona o zdravstvenom osiguranju, *Sl. glasnik RS*, br. 107/05, 109/05 – ispr. i 57/11.

2 U ovom radu „promena pola“ se nalazi pod znacima navoda zato što iz perspektive transseksualnih osoba to i nije promena pola, već samo prilagođavanje tela polnom/rodnom identitetu koji su oduvek osećale kao svoj.

3 Transseksualizam je dugo bio tabu tema na našem području. Do 1991. godine, transseksualizam se kao pojam ne može pronaći ni u medicinskim udžbenicima. Pionir u operacijama promene pola bio je pokojni prof. dr Savo Perović, koji je prvu operaciju promene pola u Srbiji obavio 1989. godine.

4 Svi izrazi koji se u daljem tekstu koriste u muškom rodu obuhvataju iste izraze u ženskom rodu. V. slično metodološko pravilo čitanja pravne literature i u stavu 2. člana 2. Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009. godine.

Nakon izmena Zakona o zdravstvenom osiguranju, Ministarstvo pravde i državne uprave Republike Srbije objavilo je radnu verziju teksta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, krajem oktobra 2012. godine.⁵ U osam članova, radna grupa Ministarstva dala je svoje viđenje rešavanja problema pravne promene pola i rodnog identiteta. Ovog puta iznenađenje nije bilo nimalo prijatno. Ovim tekstom predloženo je da „sud odlučuje o davanju dozvole za promenu pola i rodnog identiteta domaćem državljaninu kome je u skladu sa pravilima medicinske struke dijagnostifikovan poremećaj rodnog identiteta, kad su ispunjeni zakonom propisani uslovi, i postupak za pravnu promenu pola i rodnog identiteta“.⁶ Predloženim tekstom sud je taj koji po službenoj dužnosti utvrđuje činjenice koje su važne za donošenje odluke i davanje dozvole da se predlagaču hirurškom operacijom izvrši prilagođavanje pola rodnom identitetu.⁷ Protiv rešenja kojim se odbija predlog za promenu pola i rodnog identiteta žalbu može izjaviti samo predlagač a revizija nije dozvoljena.⁸ Ovakav predlog Ministarstva naišao je na potpuno opravdane oštre kritike organizacija koje se bave zaštitom ljudskih prava i aktivista trans pokreta u Srbiji. Ideja da određena grupa lica mora od suda zahtevati dozvolu da bi dobila određenu medicinsku uslugu koja ulazi u krug usluga koje pokriva obavezno zdravstveno osiguranje, već u samoj svojoj postavci je diskriminatorna. Situaciju dodatno komplikuje i činjenica da sudije u Srbiji nemaju specijalizovana znanja iz medicinskog prava pa se zato opravdano postavlja pitanje kvaliteta utvrđivanja činjenica koje su važne za donošenje odluke i davanje dozvole od strane suda.

Ponuđeno rešenje radne grupe Ministarstva, kao i izmene Zakona o zdravstvenom osiguranju skrenule su pažnju javnosti na problematiku trans osoba, ali i otvorili prostor za brojne polemike. Kao pozitivan signal može se tumačiti činjenica da država poslednjih godinu dana pokazuje inicijativu ka zakonskom regulisanju ove oblasti, dok, sa druge strane, zabrinjava činjenica koliko su ponuđena rešenja nepotpuna i uopštena, daleko od preporuka Saveta Evrope i aktuelnih standarda postavljenih u presudama evropskih sudova. Usredsređujući se na one aspekte koji su od značaja za razumevanje trans populacije i njihovo približavanje drugim

5 Javna rasprava o radnoj verziji teksta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku održana je 5. novembra 2012. godine. Tekst radne verzije Zakona može se preuzeti na sajtu Ministarstva pravde i državne uprave (<http://www.mpravde.gov.rs/>).

6 Vidi član 55A radne verzije teksta Zakona o izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku.

7 Član 55G.

8 Član 55D.

građanima, u ovom članku analiziraće se nejasnoće u razumevanju pojedinih pojmova koji definišu određene kategorije trans osoba, ali i druga važna medicinskopravna pitanja vezana za zaštitu i poštovanje psihičkog i fizičkog integriteta trans osoba, pristanka informisanog pacijenta na sterilizaciju i hiruršku intervenciju, razmatraće se i aktuelna praksa evropskih sudova koja pravnom položaju trans osoba godinama unazad daje potpuno novu dimenziju. U ovom članku neće se razmatrati sporna pravna pitanja procedure i mogućnosti promene ličnih i identifikacionih dokumenata, diskriminacija i pravo na brak trans osoba.

2. POJAM TRANSSEKSUALNOSTI

Svetska zdravstvena organizacija definisala je „transseksualnost“ kao „želju da se živi i bude prihvaćen u drugom polu, najčešće praćenu osećajem nelagodnosti ili neprilagođenosti anatomskim odrednicama sopstvenog pola i željom za hirurškom intervencijom i hormonalnim tretmanom da bi svoje telo učinio/la što je više moguće usklađenim sa željenim polom“.⁹

Termin „transseksualna osoba“ uveden je u profesionalnu i javnu upotrebu pedesetih godina prošlog veka radi označavanja osobe koja teži ka ili stvarno živi u anatomski suprotnoj rodnoj ulozi, bez obzira da li je uzimala hormone ili je izvršena operacija.¹⁰ Tokom šezdesetih i sedamdesetih godina, u medicini je upotrebljavan termin „istinski transseksualac“. Istinskom transseksualnom osobom smatrana je osoba sa karakterističnim obrascem atipičnog razvoja rodnog identiteta za koju se predviđalo da će joj se život poboljšati kroz nekoliko faza tretmana koji će kulminirati operativnim zahvatom na polnim organima.¹¹ Kasnije je usvojen termin „sindrom rodne disforije“ kako bi se imenovala prisutnost rodnog problema kod bilo kog pola i upotrebljavao se sve dok psihijatrija nije razvila svoju službenu nomenklaturu. Rodna disforija (rodni nesklad) jeste termin koji najbolje opisuje ovaj fenomen, ali se u zvaničnoj dijagnostičkoj listi trenutno nalaze termini „transseksualnost“ (u Međunarodnoj klasifikaciji bolesti – ICD) i „poremećaj rodnog identiteta“ (Američka klasifikacija mentalnih poremećaja – DSM).¹² Sve češće se, na različite načine,

9 Mrščević, Z., 2012, Presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u korist transseksualnih osoba, *Strani pravni život*, 2, str. 332.

10 Andrije, B., Boeč, Ž., 2010, *Rečnik tela*, Beograd, Službeni glasnik, str. 27. i d.

11 *Standards Of Care For Gender Identity Disorders*, Sixth Version, 2006, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's, pp. 3–4.

12 O klasifikaciji mentalnih bolesti više u: *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, Seventh Version, 2011, The

počeo upotrebljavati i termin „transrodnost“. Transrodnost nije službena dijagnoza, ali mnoge stručne osobe, kao i deo javnosti upotrebljavaju ovaj neformalni termin umesto termina „poremećaj rodnog identiteta“, koji jeste službena dijagnoza.

Prema Međunarodnoj klasifikaciji bolesti, ICD-10, medicinska šifra za poremećaj rodnog identiteta je F64, a za transseksualnost F.64.0.¹³ Tri su najvažnija medicinska kriterijuma za prepoznavanje transseksualnosti:

- a) želja da se živi i bude prihvaćen kao pripadnik suprotnog pola, obično praćeno željom da se telo što je moguće više uskladi sa željenim polom kroz operativni zahvat i hormonski tretman;
- b) transseksualni identitet je stalno prisutan tokom najmanje dve godine; i
- c) poremećaj nije simptom nekog drugog mentalnog poremećaja ili hromozomske nepravilnosti.¹⁴

3. TERMINOLOGIJA I ZAŠTO JE ONA VAŽNA

Trans populacija je dugo bila nevidljiva, ne samo na teritoriji Srbije već i van granica naše zemlje. Krajem 20. i početkom 21. veka, dolazi do promene društvenog položaja trans osoba, pa tako i veliki broj oznaka ko-

World Professional Association for Transgender Health, pp. 57–67 (<http://www.wpath.org/documents/Standards%20of%20Care%20V7%20-%202011%20WPATH.pdf>, 07.10.2012).

Pravo na identitet je definisano tek u drugoj polovini 20. veka. Profesor Vladimir Vodinelić piše: „Svako fizičko lice je neponovljivo, različito od svakog drugog, i ima pravo da to što ono jeste – njegov identitet, njegovu autentičnost poštuju svi drugi, ne osporavajući mu ono što jeste, ne pripisujući mu ono što nije.“ O pojmu identiteta fizičkih lica i pravu na polni identitet videti u: Vodinelić, V. V., 2012, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, str. 259, kao i str. 371–373.

- 13 U pitanju je 10. revizija (ICD-10), zvanično prihvaćena na 43. svetskoj zdravstvenoj skupštini u maju 1990. godine, a u državama koje su članice Svetske zdravstvene organizacije u upotrebi je od 1994. godine. ICD-10 sada pruža pet dijagnoza za Poremećaje rodnog identiteta (F64): Transseksualizam (F64.0); Transvestizam dvostruke uloge (F64.1); Poremećaj rodnog identiteta u detinjstvu (F64.2); Ostali poremećaji rodnog identiteta (F64.8); Poremećaj rodnog identiteta, nespecificovan (F64.9). Svrha DSM-a IV i ICD-a 10 je davanje smernica za tretmane i istraživanja. Različite profesionalne grupe stvorile su konsenzusom ove nomenklature tokom različitih vremenskih perioda. Očekuje se da će u budućnosti razlike između sistema biti elimini-sane. U ovom trenutku, specifične dijagnoze se temelje više na kliničkom rasuđivanju nego na naučnim istraživanjima. Više o tome: *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, 2011, pp. 6–11.
- 14 *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, 2011, p. 8.

jima transrodne i transseksualne osobe samooznačavaju svoj rodni identitet (*muško, žensko, trans muškarac, trans žena, transrodan, trans seksualac, ne opredeljujem se polno, genderqueer, fluidan rod*) postaju deo naučne literature psihologa, lekara, pravnika. Međutim, ovi brojni i raznoliki pojmovi nisu prihvaćeni u jednakoj meri od strane pravnika, lekara i aktivista trans pokreta te često izazivaju zbunjenost u domaćoj, a ne retko i stranoj literaturi. Zato ih je važno posebno razjasniti.

Kako bi se razumeo koncept rodnog identiteta, važno je na prvom mestu podvući razliku između pola i roda. U mnogim pravnim propisima u kojima se koristi pojam „pol“ zakonodavac misli na jednu od dve alternativne i nedvosmislene kategorije „muški“ ili „ženski“.¹⁵ Ali zakonodavac ne kaže koja svojstva čine čoveka „muškarcem“ ili „ženom“, pa se zato smatra da pojmovi „muškarac“ i „žena“ nisu pravni nego medicinski i biološki pojmovi.¹⁶ Pol primarno upućuje na biološku različitost kod muškaraca i žena vezanu za telesne karakteristike, dok rod uključuje i sociološki aspekt razlikovanja muškog i ženskog roda kao dopunu uz biološki aspekt i služi da odredi društvenu ulogu i značenje pola.¹⁷ Može se reći da pol određuje rod, ali to nije obavezno.¹⁸ Transrodna problematika obuhvata osobe koje su *transrodne, transseksualne, travestite i krosdresere*, a ne retko i *interseks* osobe.¹⁹ Termin „transrodnost“ odnosi se na osobe koje trajno žive kao osobe drukčijeg pola od pola na rođenju, bez potrebe da se neophodno podvrgnu medicinskim intervencijama. Transrodna osoba je svaka osoba čiji su rodni identitet i/ili rodno izražavanje drukčiji od tradicionalnih, društveno definisanih rodnih uloga i normi.²⁰ Izraz „transseksualnost“ predstavlja potkategoriju transrodnih osoba i odnosi se na osobe koje se u potpunosti identifikuju sa polom suprotnim od pola na rođenju i teže da trajno žive kao pripadnici pola koji su izabrali. Transseksualne osobe mogu imati nameru da se podvrgnu terapiji „promene pola“, koja može, ali i ne mora da podrazumeva hormonsku terapiju ili operaciju. Samo jedan deo transseksualnih osoba odlučuje se na hirurški zahvat

15 Radišić, J., 2008, *Medicinsko pravo*, II prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 124.

16 Radišić, J., 2008.

17 *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, 2009, European Union and Agency for Fundamental Rights (FRA), pp. 133–143 (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/192-FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf, 02.11.2012).

18 *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, 2009.

19 Đurić, M., Od nevidljivog do vidljivog T, u: Gajin, S. ur., 2012, *Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualnosti*, Beograd, str. 9.

20 Đurić, M., 2012.

nakon hormonske terapije, kako bi i svoje telo približilo u potpunosti želenom polu. To su transseksualne osobe u užem smislu.²¹

Termin „transseksualnost“, koji je preuzet iz medicine, jeste termin koji se najčešće koristi kako u medicinskoj tako i u pravnoj literaturi (u zakonskim tekstovima, dokumentima međunarodnih organizacija, odlukama Evropskog suda za ljudska prava i sl.). Međutim, poslednjih godina, aktivisti trans organizacija protive se korišćenju termina „transseksualnost“ koji u sebi sadrži dva slova „s“, i jedino prihvatljivim smatraju termin „transeksualnost“ (sa jednim „s“).²² Kao razlog navode činjenicu da transseksualanost (eng. *transsexuality*) s medicinskog stanovišta predstavlja mentalni poremećaj na osnovu kog se donosi dijagnoza. Zbog toga pokreti za zaštitu ljudskih prava u cilju podrške trans osobama predlažu i uvode novi termin „transeksualnost“ (eng. *transexuality*) iz kog je, osim jednog „s“ izbačen i medicinski koncept. Aktivisti trans organizacija smatraju elementarnim pravom svake osobe da prihvati ili ne prihvati društvene norme koje se odnose na koncept pola i roda, te je njihov stav da na donošenje odluke o vlastitom telu ne treba da utiče nikakva politička ili medicinska norma.²³ Termin „trans“ danas se koristi kao kišobran termin koji pokriva sve tipove transrodnosti, budući da se smatra da on uključuje celu trans zajednicu.²⁴

4. DEPATOLOGIZACIJA TRANSEKSEKUALNOSTI

Jedno od osnovnih pitanja kada se govori o ljudskim pravima trans osoba jeste depatologizacija transseksualnosti.²⁵ Iako je poslednjih godina

21 Mršćević, Z., 2012, str. 333.

22 O ovoj i drugim inicijativama trans organizacija detaljnije na *Transgender Europe (TGEU)*, (<http://www.tgeu.org/>).

23 Termin transeksualnost (sa jednim „s“) ipak nije zaživeo, on se jedino može naći u publikacijama u čijem su radu učestvovali aktivisti trans organizacija. U zvaničnoj literaturi, kako medicinskoj tako i pravnoj, koristi se isključivo termin transseksualnost (sa dva „s“).

Više o tome u: Gajin, S., ur., 2012, *Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma*, Beograd, str. 130.

24 Agius, S., et al., 2011, *Human Rights & Gender Identity: Best Practice Catalogue*, Brussels, ILGA Europe, p. 14.

25 Veoma aktivnu ulogu u kampanji za depatologizaciju transrodnosti ima i internacionalna *Mreža za depatologizaciju trans osoba*, koja se snažno zalaže protiv bilo kakve patologizacije trans osoba, prisilnog smeštanja trans problematike u medicinski kontekst, kao i dominacije lekara kada je u pitanju izbor svake osobe u pogledu doživljaja vlastitog rodnog identiteta u svim njegovim dimenzijama. Jedan od rezultata kampanje „Stop patologizaciji trans osoba“ koju je sprovela ova mreža jeste i izrada *Vodiča kroz najbolje prakse za zaštitu zdravlja trans osoba*. Cilj vodiča je da predloži i promoviše novi model zdravstvene pomoći za trans osobe i omogući konkretne

učinjen izvestan napredak u cilju depatologizacije trans osoba, još uvek su, u velikom broju evropskih zemalja, uslovi koje pojedinac mora da ispuni u cilju ostvarivanja prava na terapiju „promene pola“ često nejasni i diskriminišući. Volja pacijenta tokom lečenja ne poštuje se u potrebnoj meri jer ta volja sa sobom nosi predznak mentalne bolesti.

Prema Međunarodnoj klasifikaciji bolesti, transseksualnost se smatra mentalnim poremećajem rodnog identiteta. Medicinske liste mentalnih bolesti definišu stotine mentalnih poremećaja koji se razlikuju po nastanku, trajanju, funkcionalnoj nesposobnosti i mogućnostima tretmana.²⁶ Da bi bio kvalifikovan kao mentalni poremećaj, obrazac ponašanja mora kao rezultat imati značajan nedostatak u prilagođavanju osobe ili biti uzrok lične duševne patnje.²⁷ Označavanje transseksualnosti kao mentalnog poremećaja dovodi do stigmatizacije i uskraćivanja brojnih građanskih prava ovim pacijentima (nemogućnost zasnivanja radnog odnosa, uskraćivanje prava na planiranje porodice, usvajanja dece, sužavanje obima prava dostupnosti na zdravstvenu zaštitu i sl.) S druge strane, kod trans osoba postoji bojazan da će ukidanjem službenih dijagnoza ili njihovim uklanjanjem sa liste mentalnih bolesti trans populacija izgubiti pravo da putem zdravstvenog osiguranja nadoknadi troškove dugotrajnog i veoma skupog lečenja. Kada se u Nemačkoj postavilo pitanje ko treba da snosi troškove operacije radi „promene pola“, odgovor je došao od strane nemačkih sudova. Naime, prema praksi nemačkih viših sudova, ako se transseksualnost poima kao bolest, tada bi troškove trebalo da podmiri nosilac zdravstvenog osiguranja.²⁸ Zanimljivo je u kom su kontekstu ovi sudovi kod transseksualnih osoba tumačili pojam „bolest“. Bolest je, prema praksi nemačkih viših sudova, svako nenormalno telesno ili duševno stanje koje iziskuje medicinski tretman.²⁹ Transseksualci možda nisu bolesni ali pate zbog nerazumevanja svoje okoline, što ih opet čini bolesnim, te troškove medicinskog tretmana prilagođavanja pola snosi zdravstveno osiguranje. Zakon o transseksualcima želi da ih oslobodi te duševne patnje iz humanih i socijalnih razloga.³⁰ Depatologizacija trans osoba je put koji treba da donese „oslobađanje“ trans osoba i njihov paradigmatičan prelazak „sa pacijenta na građanina“, baš kao što se to dogodilo sa osobama sa invaliditetom ili homoseksualnim osobama.³¹ Sa stanovišta ljudskih prava i

predloge kako da se osigura pravo pojedinca da donese odluku o intervencijama na sopstvenom telom. Više o tome na: <http://www.tgeu.org/node/75>, 02.11.2012.

26 *Lista mentalnih bolesti ICD-10* (<http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>, 09.11.2012).

27 *Standards Of Care For Gender Identity Disorders*, p. 6.

28 Radišić, J., 2008, str. 125.

29 Radišić, J., 2008.

30 Radišić, J., 2008.

31 Andrije, B., Boeč, Ž., 2010, str. 30. i d.

adekvatne medicinske pomoći, dijagnostifikovanje mentalnog poremećaja ne sme biti uslov da se trans osobi pruži adekvatna medicinska nega koja će biti pokrivena delom ili u celosti od strane zdravstvenog osiguranja.³² Najnovija istraživanja pokazuju da je transseksualnost posledica aberacije hromozoma, da je to fizički poremećaj prenatalno determinisan, pri čemu osoba ima anatomski i fiziološki mozak suprotnog pola.³³ Transseksualnost, dakle, nije mentalna bolest, hir ili perverzija pojedinca, to je lično svojstvo osobe koje je prati od njenog nastanka.³⁴ Francuska je prva od država članica EU koja je početkom 2010. godine uklonila transseksualnost sa liste mentalnih poremećaja.³⁵ Homoseksualnost je od strane Svetske zdravstvene organizacije uklonjena sa liste mentalnih poremećaja još 1990. godine, pa se mnogi nadaju da će se ista stvar dogoditi i sa transseksualnošću 2015. godine za kada je planirana nova revizija listne međunarodne klasifikacije mentalnih bolesti.³⁶ U prilog tome idu i najnovije vesti koje dolaze iz Amerike, odnosno Američkog psihijatrijskog udruženja (*American Psychiatric Association* – APU), koje je odobrilo najnovije predloge revizije Dijagnostičkog i statističkog priručnika za mentalne poremećaje (DSM), koji će od sada biti poznat kao „DSM-V“.³⁷ Po novom priručniku, transrodne osobe će dobijati dijagnozu „rodne disforije“, što dočarava emocionalni stres koji se javlja kao posledica „jasnog nesklada između nečijeg roda, kako ga ta osoba doživljava i iskazuje, i roda koji mu je dodeljen po rođenju“.³⁸ Ovaj čin predstavlja istorijski pomak za osobe

32 Vidi odluku *Schlumpf v. Switzerland* (2009), (<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/0/1b52d41d1efa5cafc1257540004b324a?OpenDocument>, 12.10.2012).

33 *Standards Of Care For Gender Identity Disorders*, p. 60.

34 *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States, Part II The Social Situation*, 2009, The Danish Institute for Human Rights, p. 109. (http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/397-FRA_hdgso_report_part2_en.pdf, 10.10.2012).

35 O kampanji za depatologizaciju trans osoba (<http://www.dailymail.co.uk/health/article-2220064/I-sick-I-transgender-World-Health-Organisation-urged-transsexualism-list-mental-disorders.html>, 06.10.2012). O konceptu depatologizacije trans osoba više u: Agius, S., 2011, p. 13–21.

36 Svetska zdravstvena organizacija je još 17. maja 1990. godine uklonila homoseksualnost sa međunarodne liste mentalnih bolesti, zanimljiv je podatak da je Srpsko lekarsko društvo taj stav usvojilo tek 2008. godine.

37 Više o tome na veb-sajtu medijske kuće CNN (<http://edition.cnn.com/2012/12/02/health/new-mental-health-diagnoses/>, 04.12.2012). Pogledati i najnovije smernice Američkog psihijatrijskog udruženja za transrodne pacijente (<http://thinkprogress.org/lgbt/2012/07/10/513520/apa-guidelines-transgender-patients/?mobile=nc>, 29.11.2012).

38 <http://edition.cnn.com/2012/12/02/health/new-mental-health-diagnoses/>, 04.12.2012; <http://thinkprogress.org/lgbt/2012/07/10/513520/apa-guidelines-transgender-patients/?mobile=nc>, 29.11.2012.

koje su transrodne ili se rodno ne određuju, pošto se njihovi identiteti više ne klasifikuju kao mentalni poremećaj.³⁹

5. POSTUPAK LEČENJA TRANSSEKSUALNOSTI

Prema vladajućem stavu medicinske nauke, jedino uspešno i razumno lečenje transseksualnosti sastoji se u usklađivanju spoljnih polnih obeležja prema postojećem polnom identitetu ličnosti.⁴⁰ Takva hirurška intervencija u cilju prilagođavanja spoljnih polnih obeležja psihološkom polu individue (*operacija promene pola – sex reassignment surgery*) proizvodi značajne pravne posledice. Da bi se pristupilo operaciji „promene pola“, osoba prvo mora dobiti dijagnozu *rodne disforije* od strane psihijatra, najčešće tima lekara, nakon koje slede hormonska terapija i operativna „promena pola“.

Postupak lečenja transseksualne osobe počinje odlaskom kod psihologa, potom kod psihijatra. Pošto dobije dijagnozu rodne disforije od strane psihijatra, sledeći korak u lečenju je odlazak kod endokrinologa, nakon čega slede hormonska terapija i na kraju višegodišnjeg lečenja u određenim slučajevima i operativna „promena pola“. Za svaku od ovih faza lečenja neophodan je pristanak pacijenta. U pojedinim zemljama medicinski tretmani koji se nude pacijentu tokom lečenja transseksualnosti uslovljeni su ispunjavanjem određenih zakonskih procedura tokom procesa lečenja (poput obavezne sterilizacije, zahteva za „potpunom promenom pola“ /*full gender reassignment*/, ili obaveznim odstranjivanjem polnih organa). Sve ove hirurške intervencije su *ireverzibilne*, nepovratne i imaju trajne posledice na mogućnost dobijanja potomstva, pa se mogu tretirati kao jedan od teških zahvata u telesni integritet čoveka i njegovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Međutim, prema važećem zakonodavstvu pojedinih zemalja, sve ove intervencije vode pacijenta do mogućnosti da „promeni pol“ i ime u ličnim dokumentima, što je od vitalnog značaja za njegov svakodnevni život. Postavlja se pitanje možemo li govoriti o lečenju trans osoba i o autonomiji volje pacijenta ukoliko trans osobe uslovi- mo ovako radikalnim medicinskim zahvatima?

Da bi pacijent mogao da dà svoj pristanak, on mora imati dovoljno informacija o toku lečenja, metodama, terapiji, jasne informacije o troškovima lečenja, trajanju hospitalizacije, mogućim komplikacijama i postoperativnoj rehabilitaciji nakon različitih operativnih zahvata. Operativni

39 <http://edition.cnn.com/2012/12/02/health/new-mental-health-diagnoses/>, 04.12.2012; <http://thinkprogress.org/lgbt/2012/07/10/513520/apa-guidelines-transgender-patients/?mobile=nc>, 29.11.2012.

40 *Standards of Care For Gender Identity Disorders*, 2006, p. 5.

zahvat na polnim organima je tretman za dijagnostikovani poremećaj rod-nog identiteta i trebalo bi da se sprovodi samo nakon pažljive procene. Može se izvesti samo onda kada postoji adekvatna dokumentacija kojom se dokazuje da je sprovedena sveobuhvatna procena i da osoba zadovoljava kriterijume podobnosti i spremnosti. Minimalni kriterijumi podobnosti za različite operativne zahvate na polnim organima jednako se primenjuju na biološke muškarce i žene koji traže operativni zahvat. Oni su:

1. punoletnost u skladu sa zakonima pojedine zemlje;
2. obično dvanaestomesečna kontinuirana hormonska terapija za one koji nemaju medicinske kontraindikacije;
3. dvanaestomesečno uspešno, kontinuirano, potpuno iskustvo stvar-nog života. Razdoblja vraćanja u originalni rod mogu ukazivati na ambivalentnost oko nastavka postupka i uopšte trebalo bi ih sma-trati neispunjenjem ovog kriterijuma;
4. ako to zahteva stručna osoba iz oblasti mentalnog zdravlja, po-trebno je redovno, odgovorno učestvovanje u psihoterapiji onoliko često koliko zajednički utvrde stručna osoba iz oblasti mentalnog zdravlja i pacijent. Psihoterapija, sama za sebe, nije apsolutni kri-terijum za operaciju.⁴¹

Praćenjem ove procedure, stručna osoba iz oblasti mentalnog zdrav-lja, hirurg i pacijent dele odgovornost za odluku da se sprovedu nepo-vratne promene na telu. Otpor prema izvođenju operativnih zahvata koji se temelji na etičkom principu „pre svega ne štetiti“ mora se poštovati, razmatrati i otvarati mogućnost učenja od samih pacijenata.⁴² Međutim, često se dešava da se trans osobe ne tretiraju u skladu sa svojim željama i pravom na samoodlučivanje, već u skladu sa društvenim očekivanjima.

U velikom broju slučajeva transseksualne osobe ne učestvuju u od-lučivanju o svom lečenju, već su dužne da se povinuju odluci lekara kao stručnjaka. One učestvuju u svome lečenju jedino utoliko što lekarima daju potrebne informacije o bolesti i što izvršavaju naloge lekara. U svo-me radu lekari se rukovode isključivo merilima vlastite profesije, ne vo-deći pritom računa o ličnosti pacijenta i njegovoj psiho-socijalnoj situaci-ji. Ovakav način lečenja kojim se, u najvećem broju slučajeva, danas leče trans osobe, bio je karakterističan u medicini za period do kraja 19. veka i poznat je u medicinskom pravu kao *paternalizam*. Od početka 20. veka, u lečenju se primenjuje princip autonomije volje pacijenta jer lečenje mora zavisiti od volje onoga koga se ono tiče. Osim u izuzetnim slučajevima koji su utvrđeni zakonom, bez prethodne saglasnosti pacijenta lekar ne

41 *Standards of Care For Gender Identity Disorders*, 2006, pp. 20–28.

42 *Standards of Care For Gender Identity Disorders*, 2006.

sme započeti lečenje čak ni kada je ono vitalno indikovano i hitno potrebno, jer je pravo čoveka da bude „svoga tela gospodar“. To je danas čvrst pravni princip, prihvaćen u svim civilizovanim zemljama sveta. Kao što je potvrđeno u Preporuci Komiteta ministara Rec(2007)17 o standardima i mehanizmima rodne ravnopravnosti, „i žene i muškarci moraju da imaju pravo, o kome se *ne može* pregovarati, da donose odluke o sopstvenom telu, uključujući i odluke o polnim i reproduktivnim pitanjima. Takvo priznanje mora se ogledati u razvoju, implementaciji, pristupu, praćenju i evaluaciji zdravstvenih usluga i u istraživačkim prioritetima“.⁴³ Međutim, kod lečenja trans osoba, to nije uvek slučaj. Kao što je već rečeno, pojedine transseksualne osobe žele da se podvrgnu hirurškoj operaciji, ali određeni broj njih to ne želi. Šta je sa onima koji ne žele operaciju? Na ovo pitanje različite države daju različite odgovore.

6. USLOVI ZA PRISTUP TERAPIJI „PROMENE POLA“

Kod postupka priznanja pravnog statusa transseksualnih osoba potrebno je napraviti razliku između promena koje se odnose na promenu imena i onih koje se odnose na „promenu pola“. Oba ova procesa zahtevaju da je pojedinac ispunio određene uslove koji ga čine podobnim da se podvrgne ovim postupcima i oni uvek počinju ispunjavanjem određenih medicinskih zahteva.

Postupak priznanja promene pravnog statusa transseksualnih osoba u većini država članica predviđa duge procese psiholoških, psihijatrijskih i fizičkih testiranja, a može sadržati i medicinske uslove kao što su dijagnoza mentalnog poremećaja ili prinudna sterilizacija.⁴⁴ Želja transseksualne osobe da mu lekar hirurškim zahvatom „promeni pol“, a potom da mu se dozvoli i odgovarajuća promena ličnog imena, navodi na pitanje da li su te mere i pravno dopustive. Pošto je reč o veoma radikalnom hirurškom zahvatu, nije bilo lako da se navedeni odgovor dâ na osnovu opštih pravila medicinskog prava. Neke zemlje su donele i specijalizovane zakone o transseksualnim osobama, dok je kod drugih odgovor na to pitanje ostao „pravna praznina“.⁴⁵

43 Preporuka Komiteta ministara Rec(2007)17 od 21. novembra 2007. godine, načelo 44. O tome u: Memorandum objašnjenja Preporuke CM/REC(2010)5 Komiteta ministara državama članicama o merama za borbu protiv diskriminacije na osnovu seksualne diskriminacije i rodnog identiteta, str. 3 (<http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Sources/EM-SERBIAN.pdf>, 11.11.2012).

44 Gajin, S., ur., 2012, str. 61. i d.

45 Zemlje koje imaju posebne zakone o transrodnim osobama su Nemačka, Velika Britanija, Mađarska, Portugal, Argentina. Pogledaj analizu zakonodavstva zemalja EU u oblasti LGBT populacije kod: Agius, S., pp. 20–31.

Države članice EU se po svom pristupu priznanju promene pravnog statusa transseksualnih osoba mogu podeliti u tri grupe.⁴⁶ U prvoj grupi su države članice u kojima se ne zahteva hormonska terapija ili operacija kako bi se dobilo pravno priznanje novog pola: Španija, Mađarska, Finska, Ujedinjeno Kraljevstvo i Portugal. U ovim zemljama, pravno priznanje „promene pola“ je moguće iznošenjem dokaza o rodnoj disforiji (poremećaju rodnog identiteta) pred nadležnim organom (npr. ministar zdravlja u Mađarskoj, Odbor za promenu pola u Ujedinjenom Kraljevstvu, doktor ili klinički psiholog u Španiji).⁴⁷ U drugoj grupi su države u kojima se zahteva hormonska terapija i/ili operacija kako bi se pravno priznao novi pol: Belgija, Bugarska, Češka, Danska, Estonija, Francuska, Italija, Holandija, Austrija i Poljska. U ovim zemljama, pojedinac mora dokazati:

- a) da je učestvovao u nadgledanom medicinskom postupku promene pola – često ograničenom na određene državne lekare ili institucije;
- b) da je obavljena sterilizacija i/ili
- c) da je podvrgnut drugim medicinskim postupcima, kao što je hormonska terapija.⁴⁸

U trećoj grupi su države članice u kojima ne postoje odredbe o ovom pitanju: Irska, Grčka, Kipar, Letonija, Luksemburg, Malta, Rumunija, Slovačka, Slovenija.⁴⁹ Transseksualnim osobama u Srbiji kod kojih se obavljaju hirurški zahvati prilagođavanja pola obavezno se odstranjuju reproduktivni organi. Kao razlog tome lekari navode postojanje rizika za nastanak kancera, iako ne postoje ozbiljnija medicinska istraživanja o tome.⁵⁰

Može se zaključiti da su ovakvi propisi država druge i treće grupe nedvosmisleno u suprotnosti sa poštovanjem prava na fizički integritet lica i prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Pacijentovo pravo na samoodređenje proističe iz čovekovog dostojanstva koje je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite. Zahtevanjem sterilizacije ili neke druge operacije kao preduslova za pravno priznavanje promene pola, ignoriše se činjenica da i pored toga što pojedine trans osobe žele da

46 *Human Rights and Gender Identity*, Commissioner for Human Rights, Council of Europe, str. 18. (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365>). pogledati i *The Commissioner's Viewpoint Discrimination against transgender persons must no longer be tolerated* objavljen 5. januara 2009. (http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/090105_en.asp, 05.11.2012).

47 Gajin, S., ur., 2012, str. 87.

48 *Human Rights and Gender Identity*, Issue paper, 2009.

49 *Human Rights and Gender Identity*, Issue paper, 2009.

50 Pavlović, S., Analiza pravnog položaja transrodnih i transseksualnih osoba u Republici Srbiji, u: Gajin, S., ur., 2012, *Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma*, Beograd, str. 57. i d.

se podvrgnu postupku „potpunog rodnog prilagođavanja“ često to i nije slučaj. Nekada operaciju uopšte nije ni moguće obaviti, razlozi mogu biti zdravstvene ali i finansijske prirode (npr. pacijent zbog određenih zdravstvenih predispozicija nije u stanju da podnese operaciju, ili pak pacijent nije u mogućnosti da bez pomoći socijalnog osiguranja plati tako skup tretman). I pored toga, u pojedinim zemljama pravno priznanje „promene pola“ nije moguće bez hirurške operacije, što trans osobu stavlja u neku vrstu pravnog vakuuma iz kog je nemoguće izaći. Trans osobe tako postaju jedina grupa lica u Evropi za koju se zakonima propisuje prinudna sterilizacija.⁵¹

Važno je ponoviti da jedan broj transseksualnih osoba želi da se podvrgne tretmanu sterilizacije često birajući uz taj tretman i tretman odstranjivanja polnih organa. Međutim, svaki medicinski tretman mora se rukovoditi najboljim interesom pojedinca i mora biti prilagođen specifičnim potrebama tog pojedinca u svakom konkretnom slučaju. Transseksualna osoba koja želi hirurški promeniti pol nema izbora i suštinski je podvrgnuta prinudnoj sterilizaciji, što je u suprotnosti sa medicinskim i etičkim standardima, kao i pravom da osoba na osnovu pristanka informisanog pacijenta odlučuje o svom telu i intervencijama koje će se vršiti nad njom.⁵² U slučaju trans osoba, potpuno je neopravdana i suprotna njihovim potrebama težnja pojedinih država da svim trans osobama, koje se pritom međusobno razlikuju, propiše jednu istu terapiju koja će odgovarati svima na jednak način.⁵³ Posmatrano sa strane ljudskih prava, postavlja se pitanje u kojoj meri ovako snažno uplitanje države u privatni život pojedinca može biti opravdano i da li sterilizacija ili pak neka druga hirurška intervencija mogu same po sebi da odrede pripadnost nekog ljudskog bića jednom ili drugom rodu? Zanimljiva je činjenica da su odgovori na ova i slična pitanja stizali na prvom mestu kroz sada već brojne odluke evropskih sudova.

7. PRAKSA EVROPSKIH SUDOVA

Najznačajniji napredak u položaju trans osoba tokom poslednjih godina ostvaren je zahvaljujući odlukama evropskih sudova, posebno Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde. Svojim čvrstim i argumentovanim odlukama ovi sudovi doveli su do ozbiljnih izmena zakona

51 Gajin, S., ur., 2012, str. 57. i d.

52 Gajin, S., ur., 2012, str. 57. i d.

53 Agius, S., Tobler, C., 2011, *Trans and intersex people – Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, Brussels, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, p. 17–21.

koji uređuju materiju transrodnosti, naravno u onim državama u kojima je ova materija bila uređena zasebnim zakonskim tekstom.

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

Evropski sud za ljudska prava je sve do 2002. godine zauzimao stav da pitanje statusa trans osoba spada u oblast slobodne procene država, dajući im visok stepen diskrecione vlasti u odlučivanju o osjetljivim pitanjima. Veliko veće Suda u Strazburu je 2002. godine promenilo pravac odlučivanja po pitanju pravnog priznanja novog pola transrodnih osoba u precedentnoj presudi *Goodwin v. United Kingdom*, i jednoglasno zaključilo da su povređeni član 8. (Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) i član 12. (Pravo na brak).⁵⁴ Ova odluka doneta je na osnovu rastućeg evropskog i međunarodnog konsenzusa povodom pravnog priznanja novog pola transrodnih osoba.⁵⁵ Od suštinskog značaja bio je „nezadovoljavajući položaj u kom transseksualne osobe žive nakon operacije, tzv. međuzona, kada osoba ne pripada nijednom ni drugom polu.“⁵⁶ Sud je našao da je, u svetlu društvenih prilika, koje se brzo razvijaju kada je u pitanju položaj trans osoba, polje slobodne procene koje država ima u stvari mnogo uže.

Stavovi Evropskog suda za ljudska prava, izraženi kroz brojne odluke u periodu od 1979. godine, kada se po prvi put pojavio jedan takav predmet, pa sve do danas, obavezuju na sledeće:⁵⁷ država ima dužnost a transseksualne osobe pravo da dobiju odgovarajući medicinski tretman u vidu prilagođavanja pola koji će biti praćen adekvatnom administrativnom promenom njihovog pravnog statusa;⁵⁸ Sud smatra da se od društva opravdano mora očekivati određeni stepen tolerancije kada su u pitanju trans osobe, jer nije dokazano da postoji bilo kakva verovatnoća da će promena pravnog statusa transseksualaca prouzrokovati konkretne ili suštinske nevolje ili štetu javnom interesu, niti će usloviti porast kriminaliteta ili teškoće u otkrivanju

54 Gajin, S., ur., 2012, str. 73. i 74. Vidi i tekst presude *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (2002).

55 Gajin, S., ur., 2012.

56 Gajin, S., ur., 2012.

57 Vidi: *Van Oosterwijck v. Belgium*, No. 7654/76 od 20.08.1979; *Rees v. United Kingdom*, No. 9532/81 od 17.10. 1986; *Cossey v. The United Kingdom*, No. 10843/84 od 27.09.1990; *B. v. France*, No. 13343/87 od 24. 01.1992; *X., Y. and Z. v. The United Kingdom*, No. 21830/93 od 22.04.1997; *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom* od 30. 07.1998; *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, No. 28957/95 od 11.07.2002; *Van Kück v. Germany*, No. 35968/97 od 12.06.2003; *Grant v. UK*, No. 32570/03 od 23.03.2006; *L v. Lithuania*, No. 27527/03 od 11.09.2007; *Schlumpf v. Switzerland*, No. 29002/06 od 08. 01.2009.

58 *L v. Lithuania* (2007).

nezakonitih radnji. Sud dalje ističe da se u 21. veku pravo trans osoba na lični razvoj i fizičku i moralnu sigurnost, kakvu u punom smislu uživaju ostali članovi društva, ne može posmatrati kao nešto što je kontroverzno ili što iziskuje određeni protok vremena da bi pitanja s tim u vezi mogla da se sagledaju u jasnijem svetlu;⁵⁹ da je država u obavezi da omogući plaćeni medicinski tretman transseksualnosti, kao i kontinuitet procesa promene pola obezbeđujući adekvatno rešavanje pravnog statusa trans osoba;⁶⁰ da postoperativna transseksualna žena polaže pravo na odlazak u penziju nakon istih godina života i rada kao i ostale žene;⁶¹ da transseksualizam nastavlja da pokreće složena naučna, pravna, moralna i socijalna pitanja u vezi sa kojima nema generalno zajednički prihvaćenog pristupa među državama ugovornicama. Ipak, Sud naglašava da države ugovornice treba stalno i iznova da razmatraju ovu oblast u kontekstu „povećanog društvenog prihvatanja fenomena i povećanog priznanja problema sa kojima se transseksualci u postoperativnom periodu suočavaju“.⁶²

EVROPSKI SUD PRAVDE

Prateći ekspanziju antidiskriminacionog prava EU izvan rodne ravnopravnosti i konteksta zapošljavanja, Evropski sud pravde je u svojim odlukama počeo da se poziva na generalni princip jednakog postupanja van oblasti polne jednakosti.⁶³ U slučaju *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, Evropski sud pravde smatrao je da Direktiva Saveta 79/7/EEC zahteva da postoperativnoj transseksualnoj ženi bude dodeljena penzija u šezdesetoj godini, ne u šezdeset petoj, kao muškarcima.⁶⁴ U slučaju *P v. S and Cornwall County Council*, Evropski sud pravde stao je na stanovište da princip sadržan u Direktivi 76/207 o polnoj jednakosti može da se primeni na situaciju u kojoj je zaposleni bio otpušten zbog podvrgavanja operaciji „promene pola“ i na kasnije slučajeve u kojima je pojačana zaštita koju pravo EU pruža od transrodne diskriminacije.⁶⁵ Ovo je prošireno u slučaju *K. B. v. National Health Service Pensions Agency*, kada je Sud ustanovio da je nepodobnost transseksualnog muškog partnera, čija je žena bila zaposlena, da nasledi njenu penziju, pošto nisu mogli da se ven-

59 *Christine Goodwin v. The United Kingdom* (2002).

60 *Van Kück v. Germany* (2003).

61 *Grant v. The United Kingdom* (2006).

62 *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom* (2009).

63 Gajin, S., ur., 2012, str. 80. i d.

64 Tekst odluke *Richards v. Secretary of State for Work and Pensions* (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0423:EN:NOT,02.11.2012>).

65 Presuda u slučaju *P v. S and Cornwall County Council* (<http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank/Microsoft%20Word%20-%20P%20v%20S.pdf,02.09.2012>).

čaju, bila u suprotnosti sa članom 141. Ugovora o Evropskoj zajednici.⁶⁶ Ovakvim svojim odlukama Evropski sud pravde potvrdio je da jednak zakonodavni tretman po osnovu pola u pitanjima u vezi sa zapošljavanjem, jednakim plaćanjem po osnovu rada i socijalnom zaštitom jeste primenjiv na transrodne osobe i jednak tretman transrodnih osoba treba da se obezbedi u odnosu na novi, stečeni pol, a ne na pol dat na rođenju.⁶⁷

PRAKSA NEMAČKIH SUDOVA

Veoma važna odluka koja ide u prilog stavovima Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde jeste i nedavna odluka Saveznog vrhovnog suda Nemačke koji je presudio da obavezna operacija ne može biti preduslov za pravno priznanje novog pola.⁶⁸ Naime, u važećem nemačkom zakonodavstvu, kada se pribavi odgovarajući nalaz stručnjaka da osoba pati od psiholoških smetnji zbog svoje transseksualnosti, i da te smetnje mogu da budu lečene ili olakšane samo operativnim prilagođavanjem pola i ne na način psihoterapijskog tretmana, zdravstveno osiguranje mora da plati troškove procesa prilagođavanja pola. Da bi se pristupilo operativnoj „promeni pola“, neophodni uslov je doskora bila prethodna sterilizacija. Nemački Ustavni sud je 28. januara 2011. godine taj uslov proglasio neustavnim.⁶⁹

Priznavanje pravnih posledica promene pola stranim državljanima

Još jedno zanimljivo pitanje koje se otvara kada se govori o trans osobama, a koje je poslednjih godina veoma aktuelno u državama EU, jeste

66 Tekst odluke *K. B. v. National Health Service Pensions Agency* (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0117:EN:HTML,02.11.2012>).

67 Gajin, S., ur., 2012.

68 Istu odluku doneo je i Viši upravni sud Austrije, vidi: VfGH (29.09.2008), B411/08, B412/08. I VwGH (27.02.2009), BVerfG, 1 BvL, 3/02 (06.12.2005) (<http://www.hosi.or.at/2008/12/16/transsexuelle-verfassungsgerichtshof-hebt-operationszwang-nicht-auf/>) i Izveštaj Evropskog komesara Saveta Evrope za ljudska prava, str. 20 (<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365,10.10.2012>).

69 Ova odluka je doneta na zahtev tužilje, transžene koja je u postupku tzv. „malog razrešenja problema“ promenila lično ime i podatke u dokumentima, ali nije promenila svoj građanski status zbog zahteva da mora da prođe operaciju sterilizacije. Kako je i dalje imala pravni „status muškarca“, njoj i njenoj partnerki je odbijeno pravo da zasnjuju istopolno partnerstvo. Zbog toga bi mogla da zasnjuje samo zajednicu priznatu kao partnerstvo sa transseksualnim bračnim drugom, zbog čega je ona smatrala da bi u daljem životu neizbežno bila izložena raznim oblicima diskriminacije. Nemački Zakon o transseksualcima reguliše pitanja statusa trans osoba i pravi razliku između tzv. *malog i velikog rešenja* problema. O nemačkom zakonodavstvu po pitanju trans osoba vidi opširnije u: Radišić, J., 2008, str. 124. i d. U Holandiji se trenutno vodi veoma živa diskusija u vezi sa predlogom za ukidanje zahteva za obaveznu sterilizaciju radi promene registrovanog pola u matičnoj knjizi rođenih.

mogućnost da se osobama koje nisu državljani zemlje u kojoj žive omogućiti da podnesu zahtev za promenu ličnog imena i priznanja „promene pola“. Jedna od zemalja u kojoj je ovo pitanje dobilo sudski epilog, ali i uslovalo izmene postojećeg zakona, jeste Nemačka. Ona je 1980. godine donela Zakon o promeni ličnog imena i o utvrđivanju polne pripadnosti u posebnim slučajevima koji se skraćeno naziva Zakon o transseksualcima.⁷⁰ Međutim, odlukom suda, 2007. godine morala ga je promeniti.

Postupak po zahtevu suda 1 BvL 1/04⁷¹

Učesnik prvostepenog postupka je tajlandski državljani koji je rođen kao muškarac. Od aprila 2002. godine živi u Nemačkoj sa jednim nemačkim državljaninom. On se 1999. godine podvrgao operativnoj „promeni pola“ u ženski pol i potom, 2004. godine, podneo zahtev za promenu imena i ustanovljavanje pripadnosti polu.⁷² Njegov zahtev je odbijen s obrazloženjem da Zakon o transseksualcima (*Transsexuellengesetz TSG*), svojim § 1. stav 1. broj 1, samo Nemcima i osobama sa nemačkim statusom (lica bez državljanstva ili domovine, stranci sa uobičajenim boravkom u Nemačkoj, osobe koje imaju pravo na azil, strane izbeglice sa boravkom u Nemačkoj) otvara mogućnost da zatraže promenu imena tako da novo ime usklade sa vlastitim doživljajem pola, ali isto to pravo ne garantuje i osobama koje su druge nacionalnosti. Tajlandski državljani je na ovakvu odluku uložio žalbu sa obrazloženjem da se takvim isključivanjem transseksualni stranci, u pogledu ostvarivanja njihovih potreba, indirektno upućuju na pravo njihove domovine, te da, ukoliko država porekla ne predviđa slične propise, stranim transseksualnim osobama ostaje trajno zatvorena mogućnost da im se pravno prizna njihovo svrstavanje pod određenu polnu – rodnu pripadnost.

Prvi senat, na zahtev Bavarskog vrhovnog zemaljskog suda i Višeg zemaljskog suda u Frankfurtu a.m., doneo je odluku da § 1. stav 1. broj 1 TSG nije u skladu sa zahtevom jednakog tretmana, jer on iz prava na promenu svog imena i pola isključuje transseksualne osobe sa stalnim, a ne samo privremenim boravkom u Nemačkoj, ukoliko pravo njihove domovine ne sadrži sličan propis.⁷³ U obrazloženju stoji da Zakon o promeni imena i utvrđivanju pripadnosti određenom polu za posebne slučajeve (§ 1. stav 1. broj 1. TSG) od 10. septembra 1980. godine, (BGBl.1, s. 1654) nije u skladu sa članom 3, stav 1. u vezi sa osnovnim pravom na zaštitu ličnosti (član

70 Radišić, J., 2008, str.124. i d.

71 O tome u: Šarčević, E., ur., 2009, *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda*, jubilarno izdanje, Skoplje, Konrad Adenauer Stiftung, str. 204. i d.

72 Šarčević, E., ur., 2009.

73 Šarčević, E., ur., 2009.

2. stav 1. u vezi sa članom 1. stav 1. Ustava), jer izuzima transseksualne strance sa stalnim, a ne samo privremenim boravkom u Nemačkoj od prava na promenu imena i prava na ustanovljavanje pripadnosti polu prema § 8. stav 1. broj 1 Zakona o transseksualcima, ukoliko njihove domovine ne poznaju sličan propis. Zakonodavcu se određuje da do 30. juna 2007. godine donese nov propis koji je u skladu sa Ustavom.⁷⁴

Osim Švedske, koja ovu mogućnost otvara samo za svoje državljane, Finska, Holandija, Velika Britanija i Danska takvu mogućnost garantuju i strancima koji borave u zemlji ili se tamo legalno zadržavaju određeno vreme.⁷⁵ Italijanski zakon o pripadnosti polu ne sadrži propis o primeni ovog zakona na strance. Osvrt na ostale zemlje pokazuje da se sve veći broj država distancira od striktno primene principa državljanstva kada je u pitanju priznavanje pravnih posledica „promene pola“.

U Srbiji se predloženim Izmenama i dopunama Zakona o vanparničnom postupku, postupak pravne „promene pola“ i rodnog identiteta može primeniti samo na državljane Republike Srbije. Međutim, na operacije pola u Srbiju, što zbog naših stručnjaka, što zbog višestruko nižih troškova zahvata, dolaze i stranci. U centrima za urogenitalnu hirurgiju se godišnje operiše 10 do 15 stranaca, a dosad je pol u Srbiji promenilo ukupno stotina ljudi iz Francuske, Rusije, SAD, Australije.⁷⁶ Stoga bi najavljene dopune izmena i dopuna Zakona o vanparničnom postupku trebalo upotpuniti i odredbama kojima se strancima koji borave u Srbiji, ili se u njoj legalno zadržavaju određeno vreme, garantuje pravo na promenu imena i pola.

8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Promene shvatanja o obimu i karakteru zaštite ljudskih prava trans osoba spadaju u jednu od najdinamičnijih oblasti ljudskih prava u poslednjih dvadeset godina. Nove politike koje se tim povodom formiraju oslanjaju se primarno na ustavne odredbe o dostojanstvu ličnosti i zabrani diskriminacije, na odluke Evropskog suda za ljudska prava i autentično iskustvo trans osoba.⁷⁷ Podstaknute sveobuhvatnom i detaljnom Preporukom koju je Komitet Saveta Evrope objavio 2010. godine i dokumentima Predstavnik Saveta Evrope za ljudska prava iz 2009. godine, države se u

74 Rešenje Prvog senata od 18. jula 2006. godine, 1 BvL 1/04, 12/04, Šarčević, E., ur., 2009, str. 206.

75 Šarčević, E., ur., 2009.

76 Prvih 12 menja pol, *Večernje novosti*, 17. avgust 2012, ceo tekst objavljen u novinama (<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/aktuelno.290.html:393278-Prvih-12-menja-pol,11.11.2012>).

77 Mršević, Z., 2012, str. 346.

sve većoj meri bave ovim pitanjem i postoji opšti trend većeg priznanja promene statusa trans osoba.⁷⁸ Države koje imaju zakonodavstvo koje rešava pitanje statusa transrodnih osoba usvojile su i niz mera koje regulišu, sa različitim pristupom, pitanje diskriminacije, pristup promeni pola, pravno priznanje trans osoba i braka. S druge strane, značajan je broj i onih država članica Saveta Evrope koje bi, ukoliko bi se našle pred Evropskim sudom za ljudska prava zbog pitanja vezanih za prava trans osoba, bile proglašene krivim za povredu Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda zato što ili uopšte nemaju zakonska rešenja koja se odnose na trans osobe, ili postojeća zakonska rešenja nisu u skladu i ne prate Preporuku CM/REC(2010)5 Komiteta ministara.

Imajući sve navedeno u vidu, za srpskog zakonodavca posao neće biti lak. Iako se čini da se našao na pola puta, i dalje je na početku. Poslednjim izmenama Zakona o zdravstvenom osiguranju napravljen je veliki korak u poboljšanju položaja transseksualnih osoba, međutim, ostaje nejasno kako se pravno definišu medicinski razlozi za „promenu pola“, po kojim kriterijumima i ko će moći da ostvari to pravo? U skladu sa nadležnošću iz člana 56. Zakona o zdravstvenom osiguranju, Republički fond za zdravstveno osiguranje je taj koji bi trebalo da donese opšti akt kojim bi se definisao redosled korišćenja medicinskih usluga za transseksualne osobe i bliži uslovi za korišćenje ovog prava. Komisija Republičkog fonda je formirana još u februaru 2012. godine, ali za sada javnost nije obavestena o rezultatima njenog rada, pa je tako i dalje nepoznanica koje troškove će Republički fond da pokriva, da li će se iz budžeta zdravstvenog osiguranja finansirati kompletni troškovi – od razgovora sa psihijatrima do hormonske terapije i

78 U martu 2010. godine, 47 zemalja članica Saveta Evrope složilo se da preduzme niz mera u borbi protiv diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije i rodnog identiteta. Ove mere navedene su u Preporuci Saveta Evrope, koja je prvi iscrpni međuvladin sporazum o pravima LGBT osoba. Ovaj dokument daje iscrpan set preporuka o diskriminaciji povezanoj sa zločinima iz mržnje, govorom mržnje, slobodom izražavanja i mirnog okupljanja, poštovanjem privatnog i porodičnog života, zapošljavanjem, zdravljem i obrazovanjem. Iako Preporuka nije pravno obavezujuća, ona ima veliki deklarativni značaj, posebno uzimajući u obzir razliku u pristupima pitanju transrodnih osoba u različitim državama članicama. U 1989. godini, Evropski parlament usvojio je rezoluciju o diskriminaciji transseksualnih osoba, pozivajući zemlje članice da preduzmu korake kako bi zaštitile transseksualne osobe i usvojile zakonodavstvo kojim bi se stalo na put diskriminaciji. O ovome detaljno u dokumentima Komiteta ministara, *Memorandum objašnjenja Preporuke CM/REC(2010)5 Komiteta ministara državama članicama o merama za borbu protiv diskriminacije na osnovu seksualne diskriminacije i rodnog identiteta* (<http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/EM-SERBIAN.pdf>, 11.11.2012).

Vidi: *Yogyakarta principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, 2008. (http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm, 01.10.2012).

estetske hirurgije ili samo pojedine faze ovog komplikovanog medicinskog tretmana, da li je predviđeno pravo da zaposlena transseksualna osoba nakon hirurških zahvata „promene pola“ dobije određeni broj dana bolovanja radi oporavka posle operativnih zahvata itd.⁷⁹ Prošlogodišnje prijatno iznenađenje u vidu izmena Zakona o zdravstvenom osiguranju za sada je samo mrtvo slovo na papiru. Činjenica jeste da Republički fond ne raspolaze neograničenim novčanim sredstvima za bilo koju medicinsku uslugu, ali država bi morala imati na umu stav Evropskog suda za ljudska prava po pitanju obezbeđivanja potrebnih sredstava za obavljanje operacija „promene pola“. Evropski sud za ljudska prava je, kroz više svojih presuda, dao jasan stav da država ima pozitivnu obavezu da iz obaveznog zdravstvenog osiguranja pokrije troškove „promene pola“ kada transseksualna osoba to želi.⁸⁰ Sud dalje nalaže svim državama da, u okviru svojih nadležnosti, trans osobama obezbede mogućnost obavljanja operacija „promene pola“. Svaki nedostatak, po pitanju zakonskih odredaba, u tom pogledu predstavljao bi neprihvatljivo mešanje države u pravo na poštovanje privatnog života, garantovano članom 8. Konvencije, koji, s obzirom na veoma mali broj lica zainteresovanih za takvu vrstu operacije, država ne bi mogla da opravda budžetskim deficitom ili drugim finansijskim ograničenjima.⁸¹

Pozitivni signali s druge strane stižu u obliku dve nedavne odluke državnih organa – Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u predmetu 297/2011 od 24.02.2011. godine i Ustavnog suda Srbije u predmetu UŽ-3238/2011. Odluke u ovim predmetima ukazuju na jedan nov način pristupa problematici trans osoba u Srbiji kada je u pitanju promena podataka o polu u ličnim dokumentima.⁸² Važno je istaći da je Ustavni sud u svojoj odluci

79 Ni u Ministarstvu zdravlja RS, kao ni u Republičkom fondu za zdravstveno osiguranje ne mogu se dobiti zvanični podaci o radu Komisije za promenu pola. Jedine informacije koje se mogu dobiti na ovu temu saznajemo iz štampe. Više o tome: Gajin, S., ur., 2012, str. 58.

80 Vidi: *Schlumpf v. Switzerland* i *Van Kück v. Germany*.

81 Vidi odluku Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *L v. Lithuania*.

82 Poverenik za zaštitu ravnopravnosti je u svom Mišljenju od 24. februara 2012. godine naveo da je Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, odbacivši 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, izvršio posrednu diskriminaciju na osnovu njenog ličnog svojstva – pola, zabranjenu članom 7. Zakona o zabrani diskriminacije (<http://www.ravnopravnost.gov.rs/lat/polRod.php?idKat=18>).

Ustavni sud je u predmetu UŽ-3238/2011 doneo odluku kojom je usvojio ustavnu žalbu podnosioca X i utvrdio da je Opštinska uprava Y, donošenjem zaključka o stvarnoj nenadležnosti, propustila da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu i time povredila njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih

zaključio da je propustom opštinske uprave da odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu, povređeno njegovo pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti koje je zajemčeno članom 23. Ustava, kao i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ustavni sud po prvi put utvrđuje da je član 23. Ustava RS, odnosno pravo na ljudsko dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, pravni osnov kojim se štiti pravo transseksualnih osoba na promenu podataka u matičnim knjigama. Na taj način ova odluka Ustavnog suda utrla je put ostvarivanju i drugih prava transseksualnih osoba u Srbiji.

Lutanja srpskog zakonodavca i krajnosti između kojih oscilira pravni pristup nadležnih organa po pitanju transseksualnosti, mogao bi se rešiti donošenjem zakona koji će na sistemski način regulisati proceduru promene pravnog statusa trans osoba. Jedna takva inicijativa stigla je od grupe nevladinih organizacija koje čine Koaliciju protiv diskriminacije i koja je u maju ove godine predstavila *Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma*, koji može poslužiti kao osnov za otvaranje dijaloga o zakonskim rešenjima vezanim za obezbeđivanje pune jednakosti trans osoba u Srbiji.⁸³

LITERATURA:

1. Agius, S., et al., 2011, *Human Rights & Gender Identity: Best Practice Catalogue*, Brussels, ILGA Europe.
2. Agius, S., Tobler, C., 2011, *Trans and intersex people – Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, Brussels, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field.
3. Andrije, B., Boeč, Ž., 2010, *Rečnik tela*, Beograd, Službeni glasnik.
4. Gajin, S., ur., 2012, *Model zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanja transeksualizma*, Beograd, CUPS.
5. *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, 2009, European Union and Agency for Fundamental Rights (FRA).

sloboda. Sud je istom odlukom utvrdio da su organi iz člana 6. st. 2. i 4. Zakona o matičnim knjigama stvarno nadležni da odlučuju o zahtevu za upis promene podataka o polu, pa je naložio Opštinskoj upravi Y da, u roku od 30 dana od dana dostavljanja ove odluke, odluči o zahtevu podnosioca ustavne žalbe za promenu podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih. Odluka Ustavnog suda dostupna u celosti na <http://www.ustavni.sud.rs/Storage/Global/Documents/UstavneZalbe/%D0%A3%D0%B6-3238-2011.pdf>.

- 83 *Model Zakona o priznavanju pravnih posledica promene pola i utvrđivanju transeksualizma* (<http://cups.rs/wp-content/uploads/2010/03/Model-zakona-o-priznavanju-pravnih-posledica-promene-pola-i-utvr%4%91ivanja-transeksualizma.pdf>, 13.11.2012).

6. *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States, Part II The Social Situation*, 2009, The Danish Institute for Human Rights.
7. *Human Rights and Gender Identity*, Issue paper, 2009, Commissioner for Human Rights, Council of Europe.
8. Mrščević, Z., 2012, *Presude Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u korist transseksualnih osoba, Strani pravni život*, 2.
9. Radišić, J., 2008, *Medicinsko pravo*, II prerađeno i dopunjeno izdanje, Beograd, Nomos.
10. *Standards Of Care For Gender Identity Disorders*, Sixth Version, 2006, The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's.
11. *Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender Nonconforming People*, Seventh Version, 2011, Georgia, The World Professional Association for Transgender Health.
12. Šarčević, E., ur., 2009, *Izabrane odluke nemačkog Saveznog ustavnog suda*, jubilarno izdanje, Skoplje, Konrad Adenauer Stiftung.
13. Vodinelić, V. V., 2012, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik.
14. Whittle, S., Turner, L., Combs, R., Rhodes, S., 2008, *Transgender EuroStudy: Legal Survey and Focus on Transgender Experience on Health Care*, Brussels.

MEDICAL-LAW ASPECTS OF TRANSEXUALITY

– Towards the Recognition of Legal Consequences of the Change of Sex in Serbia –

Jelena Simić

SUMMARY

Over the past 30 years the social and legislative environment in which trans persons live has changed considerably. This development is reflected in the fact that a growing number of states has put in place procedures, regulated by law, for recognising the change of status of trans persons.

When it comes to recognising the legal status of trans persons, differentiation is made between the changes related to the change of name and those related to the “change of sex”. Both these processes are initiated once certain medical requirements are fulfilled. The author argues that set medical requirements, such as mandatory sterilization or removal of sexual organs, which are, in a number of countries, the only way towards the change of status, often constitute an unsurpassable obstacle for the trans person, at the same time violating such persons’ right to respect private and family life and the right to physical integrity.

The author goes on to argue that, in the light of the recent initiatives on the depathologization of transsexuality, having regard to human rights and appropriate medical help, the diagnosis of a mental disorder must not be a precondition for providing trans person adequate medical help, which will be fully or partially covered by health insurance.

The paper emphasises that the current case law of European Courts, and of the European Court of Human Rights in particular leads to a conclusion that states have the obligation to enable paid medical treatment of transsexuality and also the continuity of the sex change process by ensuring fast and transparent resolution of the legal status of trans persons.

This article also analyses the latest legal developments in Serbia when it comes to statutory regulation of the change of status of trans persons, and proposes possible solutions.

Key words: trans-gender, transsexuality, “sex change”, gender integrity, European Court of Human Rights, discrimination, surgical intervention, physical integrity.

Dostavljeno Redakciji: 22. novembra 2012. god.

Prihvaćeno za objavljivanje: 21. decembra 2012. god.