

<https://doi.org/10.18778/0208-6069.74.07>

Rafał Kubiak

KARNOPRAWNA DOPUSZCZALNOŚĆ ZABIEGÓW ADAPTACYJNYCH – STAN OBECNY I PROPONOWANE REGULACJE

1. WPROWADZENIE. UWAGI TERMINOLOGICZNE

Współcześnie coraz częściej kontestuje się wyodrębnienie płci jedynie w oparciu o czynniki biologiczne, np. budowę narządów płciowych. W celu ustalenia płci bierze się bowiem pod uwagę także tzw. płęć psychiczną rozumianą jako utożsamienie się człowieka z płcią żeńską albo męską niezależnie od budowy anatomicznej i realizowanie ról społecznych charakterystycznych dla danej płci¹. Takie ujęcie powoduje, że mogą wystąpić rozbieżności między cechami biologicznymi a odczuciami psychicznymi danej osoby, która będzie identyfikować swą płęć inaczej, niż wynikałoby to z jej anatomii. Zjawisko takie występuje u tzw. transseksualistów. Według Słownika Języka Polskiego, transseksualizm to „rozbieżność między płcią psychiczną a biologiczną, przejawiająca się między innymi niezdecydowaniem w pragnieniach i postawach seksualnych”². Podobnie termin ten jest rozumiany w literaturze medycznej. Uznaje się w niej, że jest to „dewiacja seksualna wynikająca z niewłaściwej identyfikacji seksualnej (identyfikowanie się z płcią przeciwną), wyrażająca się w pragnieniu operacyjnego przekształcenia własnej płci na płęć odmienną”³. W piśmiennictwie psychiatrycznym wskazuje się, że zaburzenie to łączy się niekiedy z homoseksualizmem lub transwestyzyzmem⁴. Podkreśla się także,

¹ Por. S. Dulko, K. Imieliński, M. Filar, *Transpozycje płci. Transseksualizm i inne zaburzenia identyfikacji płciowej*, Warszawa 1997, s. 3–5.

² L. Drabik, A. Kubiak-Sokół, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 1996, s. 1049.

³ J. Komender, M. J. Mossakowski, T. Orłowski, K. Ostrowski, W. Rudowski, A. Trzebski (red.), *Wielki Słownik Medyczny*, Warszawa 1996, s. 1377. Por. także: D. Aleksandrow, T. Korzyński, J. K. Kostrzewski, M. Mossakowski, K. Rowiński, W. Rudowski (red.), *Polski Słownik Medyczny*, Warszawa 1981, s. 1218; S. Dulko, K. Imieliński, W. Czarnikiewicz, *Prawne aspekty małżeństwa transseksualistów*, NP 1983, nr 6, s. 69.

⁴ Transwestytyzm (transwestyzyzm) to „identyfikacja z płcią przeciwną, związana głównie z homoseksualnym kierunkiem popędu płciowego. Transwestytyzm polega na ubieraniu się

iz osoba dotknięta tym zaburzeniem „czuje się mężczyzną «uwięzionym» w ciele kobiety i odwrotnie, dąży z wielkim uporem do zmiany płci, łącznie z zabiegiem chirurgicznym”⁵. Transseksualizm może zatem występować jako zjawisko u biologicznych kobiet, które identyfikują się z płcią męską (tzw. typ kobieta/mężczyzna) oraz mężczyzn, którzy czują się kobietami (tzw. typ mężczyzna/kobieta). W tej drugiej kategorii wyróżnia się tzw. transseksualizm homoseksualny i autogynofilny. Jak się podaje w literaturze psychiatrycznej, transseksualista homoseksualny to gej, który ma silnie zaakcentowane cechy kobiece. Osoba taka, choć posiada anatomiczne cechy mężczyzny, czuje silny pociąg seksualny do mężczyzn, co motywuje ją do poddania się różnym zabiegom medycznym (w tym operacyjnym) w celu ukształtowania swego ciała i upodobnienia go budową do kobiety. Z kolei transseksualista autogynofilny to biologiczny mężczyzna, który jednak czerpie satysfakcję seksualną na myśl, że jest kobietą. Osoby takie często fizycznie upodabniają się do kobiet, np. stosując praktyki fetyszyzmu transwestycyjnego. Wyobrażają sobie również, że posiadają żeńskie narządy płciowe. Pragnienia w tym zakresie determinują takie osoby do poddania się operacjom zmieniającym wygląd ich genitaliów⁶.

W piśmiennictwie wskazuje się, iż zjawisko transseksualizmu (głównie w typie mężczyzna/kobieta) występowało już w starożytności. W średniowieczu zaś przyczyn takiego stanu upatrywano w opętaniu przez diabła lub popełnieniu ciężkiego grzechu. Toteż transseksualiści byli więzieni i torturowani⁷. Dopiero XIX-wieczny postęp nauk medycznych, a zwłaszcza psychiatrii, umożliwił naukowe określenie przyczyn i skutków tego zjawiska. Jak podaje M. Filar, po raz pierwszy przypadek transseksualizmu został opisany w 1838 r. przez Esquirola, a termin ten został wprowadzony do języka medycznego przez Hirschwelda⁸.

Współcześnie podejmuje się różne działania medyczne, by pomóc transseksualistom i ukształtować ich cechy biologicznie zgodnie z wyobrażoną przez nich płcią – tzw. zabiegi adaptacyjne (adaptujące). Obejmują one w szczególności kuracje hormonalne, które u mężczyzn polegają na podawaniu estrogeny. W efekcie uzyskują oni pewne cechy żeńskie, np. ich skóra ulega wygładzeniu, zmniejsza się ilość tkanki mięśniowej, rosną piersi. Z kolei transseksualiści typu K-M przyjmują testosteron, który skutkuje obniżeniem tembru głosu, zwiększeniem zarostu oraz ustaniem miesiaczki. Zabiegi mogą przybrać także bardziej inwazyjny charakter. Przykładowo,

w sposób typowy dla płci przeciwnej, odgrywaniu roli tej płci, tak aby w ten sposób doprowadzić do jakiejś formy zblżenia o charakterze homoseksualnym”. T. Roźniatowski (red.), *Encyklopedia medycyny*, Warszawa 1979, s. 1259.

⁵ A. Bilikiewicz w: A. Bilikiewicz, W. Strzyżewski (red.), *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 1992, s. 518. Zob. też: Z. Lew-Starowicz, *Słownik seksuologiczny*, Warszawa 1986, s. 80.

⁶ R. C. Garson, J. N. Butcher, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń*, t. II, Gdańsk 2005, s. 644–645.

⁷ K. Imieliński, S. Dulko, *Przekleństwo Androgyne. Transseksualizm: mity i rzeczywistość*, Warszawa 1988, s. 250.

⁸ M. Filar, *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*, [w:] M. Filar (red.), *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*, Toruń 1987, s. 84.

u kobiet wykonuje się mastektomię i histerektomię (czyli usunięcie macicy), natomiast mężczyznom usuwa się jądra i penisa. Stosuje się także implantacje (np. piersi i genitaliów). Badania statystyczne wskazują, że transseksualiści, u których wykonano takie interwencje medyczne, w większości są z ich efektów zadowoleni (np. z analiz przeprowadzonych w 1990 r. przez Greena i Fleminga wynika, że spośród 220 transseksualistów typu M-K 87% oceniało efekty operacji pozytywnie i nie żałowało decyzji o poddaniu się takiemu zabiegowi)⁹. Interwencje chirurgiczne są zatem najbardziej skuteczną metodą poprawy stanu psychicznego transseksualisty, który po ich wykonaniu może lepiej identyfikować się z wyobrażoną płcią. Nie przynoszą zaś takich rezultatów próby zmiany tej identyfikacji ukierunkowane na jej dostosowanie do uwarunkowań biologicznych. Jak twierdzi Z. Lew-Starowicz, transseksualiści „słabo poddają się psychoterapii”¹⁰. Jednakże przeprowadzanie tak inwazyjnych interwencji medycznych powoduje poważne i nieodwracalne konsekwencje dla zdrowia osoby, która im się poddaje. Z karnoprawnego punktu widzenia czynności takie prowadzą zaś do ubezplodnienia, co wyczerpuje znamiona ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, czyli przestępstwa stypizowanego w art. 156 § 1 pkt 1 k.k. Przepis ten stanowi bowiem, iż omawiany czyn może być popełniony poprzez pozbawienie człowieka zdolności płodzenia. Komentatorzy tej regulacji wyjaśniają, że znamię to może zostać zrealizowane w przypadku, gdy pokrzywdzony utraci możliwość podjęcia aktu płciowego, co może nastąpić m.in. w wyniku braku penisa albo innego mechanicznego uszkodzenia narządów płciowych. W przypadku kobiet omawiane znamię może być wyczerpane również wówczas, gdy skutek czynu nie będą one zdolne zająć w ciążę lub donosić płodu¹¹. Skutki takie mogą powstać w wyniku działań medycznych wykonywanych wobec transseksualistów, zarówno w następstwie podawania hormonów, jak i przede wszystkim jako efekt operacji na narządach płciowych. Powstaje więc pytanie o dopuszczalność takich działań i ewentualną odpowiedzialność ich wykonawców (głównie lekarzy).

2. POGLĄDY NA DOPUSZCZALNOŚĆ ZABIEGÓW ADAPTACYJNYCH W ORZECZNICTWIE I PIŚMIENICTWIE POLSKIM

Mimo że już od lat 60. XX w. w Polsce są wykonywane zabiegi adaptacyjne, ustawodawca nie unormował warunków ich legalności. Zagadnienie to ma zaś doniosłe znaczenie zarówno na gruncie administracyjnym (np. w zakresie dowodu

⁹ R. C. Garson, J. N. Butcher, S. Mineka, *Psychologia...*, s. 646.

¹⁰ Z. Lew-Starowicz, *Słownik...*, s. 80.

¹¹ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu, Rozdział XIX Kodeksu karnego, Komentarz*, Warszawa 2000, s. 303–304. Zob. także: T. Marcinkowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1982, s. 595; B. Michalski w: J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 10: *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2012, s. 217–218.

osobistego oraz aktów stanu cywilnego), rodzinnoprawnym (np. w sferze małżeństwa i ustalenia rodzicielstwa), jak i karnym. W doktrynie i judykaturze poszukiwano więc rozwiązania tego problemu i wytyczenia granic dopuszczalności takich interwencji. Sformułowane w tym obszarze wypowiedzi dotyczyły głównie zagadnień procesowych i administracyjnych (z zakresu aktów stanu cywilnego), ale wypadkowo odnosiły się także do problematyki karnoprawnej. Można więc je wykorzystać do analizy legalności zabiegów adaptacyjnych również w ujęciu karnistycznym.

Po raz pierwszy zagadnienie to stało się przedmiotem rozważań sądowych w 1964 r., kiedy to Sąd Wojewódzki dla miasta stołecznego Warszawy dopuścił możliwość zmiany treści aktu urodzenia na skutek „zmiany płci”¹². Orzeczenie to zapadło na kanwie sprawy transseksualisty typu M-K, który został poddany zabiegowi usunięcia narządów płciowych i wytworzeniu sztucznej pochwy. W uzasadnieniu to tego judykatu Sąd opowiedział się za legalnością operacji adaptacyjnych. Podzielił bowiem poglądy biegłych lekarzy występujących w sprawie, iż dla ustalenia płci nie można opierać się jedynie na względach anatomicznych, lecz priorytetowe znaczenie ma „psychika” danego człowieka, czyli wyobrażona przez niego płeć. Sąd uznał więc, że skoro w psychice wnioskodawcy zaszły trwałe i zupełne oraz nieodwracalne zmiany i czuje się on kobietą, to „z punktu widzenia etyki lekarskiej nie ma żadnych zastrzeżeń przeciwko chirurgicznej zmianie płci wnioskodawcy”. Takie ujęcie spotkało się z aprobatą w piśmiennictwie¹³. Mimo więc że zarówno Sąd, jak i glosator omawianego orzeczenia wprost nie odnosili się do kwestii karnistycznych, można przyjąć, że skoro uznali, iż operacja adaptacyjna mogła stać się powodem zmian w akcie stanu cywilnego, to można domniemywać, że akceptowali legalność takiej interwencji (tym bardziej że dopuszczali kryterium psychiczne dla ustalenia płci).

Pogląd o potrzebie uwzględniania płci psychicznej dla ustalenia płci człowieka został wyrażony także w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1978 r.¹⁴ Choć orzeczenie to odnosiło się głównie do zasad korekty aktu stanu cywilnego stosowanych wobec transseksualistów, zawierało także pewne wątki dotyczące zabiegów adaptacyjnych. Sąd uznał, że operacje takie powinny być poddane reżimowi prawnemu wynikającemu z ustawy z dnia 28 października 1950 r. o zawodzie lekarza¹⁵. Opowiedział się więc za leczniczym charakterem takich interwencji medycznych. Podkreślił nadto, że dla ich legalności konieczna jest zgoda pacjenta oraz za ich przeprowadzeniem musi przemawiać „rzeczywista potrzeba organizmu”. Akcentował konieczność zachowania w tym zakresie szczególnej

¹² Wyrok z dnia 24.09.1964 r., sygn. akt: II Cr 515/64, PiP 1965, z. 10, s. 600–601.

¹³ J. Litwin, *Glosa do orzeczenia S. Woj. dla m. st. Warszawy z 24 IX 1964, II Cr 515/64*, PiP 1965, z. 10, s. 607.

¹⁴ Sygn. akt: III CZP 100/77, OSP 1983, nr 10, poz. 217.

¹⁵ Dz. U. nr 50, poz. 458.

ostrożności, zarówno ze względu na dobro pacjenta, jak i interes ogólny. Argumentował bowiem, iż dokonanie operacji adaptacyjnej oraz w konsekwencji zmian w statusie danej osoby ma znaczenie również ogólnospołeczne, np. dla obowiązku służby wojskowej. Orzeczenie to spotkało się z komentarzami w doktrynie. Ogniskowały się one głównie wokół problematyki administracyjnoprawnej, ale ich autorzy poruszali także temat operacji adaptacyjnych. Zdaniem M. Sośniaka, zastosowanie takich interwencji (oraz zabiegów hormonalnych) powinno być poparte opinią psychiatryczną, wydaną po długotrwałym leczeniu psychiatrycznym transseksualisty, z której wynikałoby, że terapia ta była nieskuteczna i nie zdołała odwieść go od zamiarów samobójczych na wypadek odmowy wykonania u niego zabiegów adaptacyjnych. Z wypowiedzi tej wynika zatem, że autor dopuszczał tego typu operacje, ale w bardzo wyjątkowych wypadkach, usprawiedliwianych stanem wyższej konieczności¹⁶. Z ostrożnością do takich zabiegów odnosili się także S. Dulko i K. Imieliński, glosatorzy powołanego orzeczenia. Analizując to zagadnienie z medycznego punktu widzenia, dopuszczali możliwość wykonania operacji adaptacyjnej „u transseksualistów, w pewnych szczególnych przypadkach homoseksualistów i transwestytów”. Natomiast byli przeciwni ich przeprowadzaniu u „psychotyków, neurotyków, socjo- i psychopatów”. Określali także sekwencje działań wobec osób poddawanych takim zabiegom. Postulowali, by w pierwszej kolejności została przeprowadzona procedura prawna ustalenia płci i dopiero na tej podstawie wykonana operacja, która mogłaby zostać wykonana „po spełnieniu odpowiednich wymogów przez pacjenta”¹⁷. Niestety glosatorzy nie wskazali, jakie miałyby one być.

Inspiracją do dalszych rozważań na temat dopuszczalności zabiegów adaptacyjnych była kolejna uchwała 7 Sędziów Sądu Najwyższego (zasada prawna), z dnia 22 czerwca 1989 r., w której Sąd uznał, że „[wy]stępowanie transseksualizmu nie daje podstawy do sprostowania w akcie urodzenia wpisu określającego płeć”¹⁸. Jej glosatorzy, choć odnosili się głównie do wątków administracyjnych i cywilnoprawnych, poruszali także tematykę legalności operacji „zmiany płci”. Zdaniem Z. Radwańskiego, zabieg taki powinien poprzedzać i warunkować następnie przeprowadzoną procedurę prawną zmiany statusu danej osoby (i w konsekwencji modyfikacji wpisu w akcie urodzenia). Autor argumentował bowiem, że samo poczucie przynależności do danej płci i deklaracje formułowane w tym zakresie są zbyt wątpliwą podstawą do działań prawnych. Wykonanie zaś interwencji tego typu stanowiłoby wyraźną przesłankę do podjęcia takiej procedury. Z. Radwański dystansował się jednak od rozważań na temat warunków takich

¹⁶ M. Sośniak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77*, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217, s. 516.

¹⁷ S. Dulko, K. Imieliński, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 lutego 1978 r., III CZP 100/77*, OSPiKA 1983, nr 10, poz. 217, s. 518.

¹⁸ Sygn. akt: III CZP 37/89, OSNC 1989, nr 12, poz. 188.

zabiegów oraz ich legalności w świetle etyki lekarskiej i norm karnoprawnych¹⁹. Z kolei wyraźnie za dopuszczalnością wykonywania zabiegów adaptacyjnych opowiedział się J. Leszczyński. Autor uznał je za czynności lecznicze, które mają na celu przyniesienie ulgi psychicznej i fizycznej transseksualście. Proponował także, by operacje te były zalegalizowane w oparciu o mechanizm kontratypowy, opisany w art. 23a Kodeksu karnego z 1969 r., tj. przepis statuujący kontratyp dozwolonego eksperymentu²⁰.

W kolejnych swych wypowiedziach judykatura, choć zmieniała stanowisko w aspekcie administracyjnym, generalnie akceptowała dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych, w tym terapii hormonalnej²¹. Niestety orzeczenia te zostały wydane w kontekście zagadnień cywilnych i administracyjnych. Dotąd Sąd Najwyższy nie wypowiadał się zaś wprost na temat legalności omawianych zabiegów pod kątem karnoprawnym. Problematyka ta była natomiast przedmiotem rozważań w doktrynie, która zajmowała stanowisko głównie na kanwie powołanych judykatów.

Poglądy przedstawicieli nauki prawa karnego generalnie można podzielić na dwie grupy:

- 1) przeciwników dopuszczalności takich zabiegów, którzy uznają, iż ich wykonanie może skutkować odpowiedzialnością karną za ciężki uszczerbek na zdrowiu;
- 2) autorów opowiadających się za uznaniem takich interwencji medycznych za legalne i poszukujących podstaw ich usprawiedliwienia, głównie w oparciu o mechanizm kontratypowy.

Reprezentantką pierwszego nurtu była G. Rejman. Autorka, odnosząc się do powołanej już uchwały Sądu Najwyższego z 1989 r., odmówiła zabiegom adaptacyjnym charakteru leczniczego. Argumentowała bowiem, że operacje takie nie mogą spowodować prawidłowego funkcjonowania narządów płciowych, ukształtowanych w wyniku takiego zabiegu. Nie zostaje więc zrealizowany cel leczniczy. Wykonanie interwencji jest zatem bezprawne i może powodować odpowiedzialność karną za ciężki uszczerbek na zdrowiu nawet wówczas, gdy osoba poddana operacji wyrażała na nią zgodę, a wręcz się jej domagała. G. Rejman dopuszczała natomiast stosowanie innych, „mniej inwazyjnych” form terapii, np. leczenia psychiatrycznego i endokrynologicznego oraz zabiegów chirurgicznych pod warunkiem, że nie powodują obrażeń ciała

¹⁹ Z. Radwański, *Glosa do uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, OSP 1991, nr 2, poz. 35, s. 64–65.

²⁰ J. Leszczyński, *Glosa do uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89*, „Palestra” 1992, nr 3–4, s. 101–102.

²¹ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 8 maja 1992 r., sygn. akt: III CZP 40/92, LEX nr 162225 oraz uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 września 1995 r., sygn. akt: III CZP 118/95, OSNC 1996/1/7, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 kwietnia 2004 r., sygn. akt: IACa 276/04, OSA 2004, nr 10, poz. 31.

uzasadniających ściganie czynu z oskarżenia publicznego. Opowiadała się także za operacjami wykonywanymi u osób interseksualnych, ale jedynie w ciągu pierwszych 18 miesięcy ich życia²².

Przeciwnikiem traktowania zabiegów adaptacyjnych jako leczniczych jest także M. Filar. Analizując to zagadnienie przez pryzmat ustawy o zawodzie lekarza z 1950 r., autor doszedł do wniosku, że czynności takie nie realizują celu leczniczego. Zabieg jest bowiem ukierunkowany na taki cel, jeśli służy poprawie stanu zdrowia, tj. zlikwidowaniu stanu chorobowego, ewentualnie zniwelowaniu jej objawów. Jeżeli zatem – argumentował M. Filar – transseksualizm jako zaburzenie identyfikacji płciowej jest chorobą, to operacja adaptacyjna powinna zmierzać do jej wyleczenia, czyli przywrócenia prawidłowej identyfikacji. Efekt taki zaś nie może być w jej wyniku osiągnięty. Przeciwnie, „poprzez stworzenie atrap zewnętrznych narządów płciowych utrwala jedynie patologiczną identyfikację rodzajową”. Jeśli natomiast uznać, że interwencja taka skutkuje poprawą samopoczucia, kosztem zdrowia biologicznego (poświęceniem zdrowych organów i narządów), to dla jej legalności niezbędne jest sięgnięcie po konstrukcję kontratypu stanu wyższej konieczności. Zdaniem autora, rozwiązanie to znajdzie zastosowanie jednak rzadko, ze względu na znamiona tego kontratypu, a zwłaszcza wykazanie bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnemu. Ostatecznie M. Filar doszedł do wniosku, że *de lege lata* brak podstaw prawnych dla dopuszczalności omawianych zabiegów. Postulował więc wprowadzenie odpowiedniej, szczególnej regulacji²³.

Jak wspomniano, druga grupa autorów opowiada się za legalnością zabiegów adaptacyjnych, upatrując jej w konstrukcji kontratypowej. Przykładowo J. Warylewski wskazywał, że możliwe jest sięgnięcie po pozaustawowy kontratyp oparty na zwyczaju. Jednakże podkreślał, że wykorzystanie takiej konstrukcji powinno być pewnym prowizorium, do czasu wprowadzenia regulacji ustawowej, którą autor postulował²⁴. W późniejszych swych wypowiedziach J. Warylewski dopuszcza możliwość uznania zabiegu adaptacyjnego za czynność leczniczą. W takim przypadku – jego zdaniem – byłaby ona legalizowana w oparciu o kontratyp czynności leczniczych²⁵.

Nieco inaczej zagadnienie to postrzega P. Daniluk. Proponuje bowiem odwołanie się do kontratypu stanu wyższej konieczności²⁶. Na wstępie swych rozważań autor podkreśla, że traktowanie omawianych operacji jako bezprawnych byłoby

²² G. Rejman, *Glosa do uchwały Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 22 czerwca 1989 r.*, III CZP 37/89, OSP 1991, nr 2, poz. 35, s. 66–67.

²³ M. Filar, *Prawne...*, s. 96.

²⁴ J. Warylewski, *Zgoda pokrzywdzonego w polskim prawie karnym*, praca doktorska (maszynopis), Sopot 1997, s. 142–143.

²⁵ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2004, s. 252.

²⁶ P. Daniluk, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność „chirurgicznej zmiany płci”*, PiP 2008, z. 1, s. 96–107.

wysoce niepożądane. Służą one bowiem niesieniu pomocy transseksualistom, która nie jest możliwa innymi sposobami. Następnie autor rozważa, czy w przypadku takich interwencji medycznych zostają wyczerpane znamiona powołanego kontratypu. Dostrzega, iż można w takiej sytuacji mówić o bezpośrednim niebezpieczeństwie dla dóbr osoby poddanej operacji. Transseksualizm skutkuje bowiem poważnymi konsekwencjami dla zdrowia psychicznego, a wręcz może motywować osoby dotknięte takim zjawiskiem do aktów samobójczych. W tym ostatnim wypadku istniałoby więc zagrożenie dla ich życia, ewentualnie zdrowia. Zdaniem P. Daniluka można zatem zidentyfikować kolizję dóbr: zdrowie (w zakresie zdolności płodzenia) *versus* zdrowie psychiczne transseksualisty lub jego życie albo zdrowie (w przypadku aktów samobójczych). Istnieje zatem przesłanka odwołania się do konstrukcji stanu wyższej konieczności. Według autora zostaje spełniony także warunek subsydiarności, gdyż – jak pisze – „w świetle współczesnej wiedzy medycznej brak jakiegokolwiek racjonalnej alternatywy dla operacji adaptujących”. Najwięcej trudności może zaś sprawić ustalenie, czy została zrealizowana zasada proporcjonalności. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku, gdy będzie przeciwstawione życie transseksualisty (mającego skłonności samobójcze) jego zdrowiu (w postaci utraty zdolności płodzenia), możliwe jest poświęcenie tego drugiego dobra, gdyż aksjologicznie posiada ono niższą wartość społeczną. Bardziej problematyczne jest jednak ustalenie proporcji między zdrowiem psychicznym (jako dobrem ratowanym) i zdrowiem somatycznym (jako dobrem poświęcanym). Po głębszej analizie tej kwestii autor dochodzi jednak do wniosku, iż i w tym przypadku możliwe jest pozbawienie zdolności płodzenia, gdyż zdrowie psychiczne przedstawia wyższą wartość (choćby z tego względu, że możliwość płodzenia nie stanowi dla transseksualisty istotnej wartości, gdyż z powodu swej identyfikacji płciowej dobro to nie służy zaspokojeniu jego potrzeb; poza tym istnieją możliwości zastosowania pewnych surogatów tego dobra, np. sztuczne zapłodnienie, a „w przypadku zdrowia psychicznego trudno mówić o jakichkolwiek substytutach”). Ostatecznie P. Daniluk konkluduje, że omawiany kontratyp może stanowić podstawę legalizacji zabiegów adaptacyjnych. Dostrzega jednak mankamenty zastosowania tej konstrukcji. Po pierwsze bowiem, ze względu na strukturę jej znamion, może być ona użyta jedynie wyjątkowo (zwłaszcza w przypadku, gdy odmowa wykonania zabiegu groziłaby aktem samobójczym transseksualisty); po drugie zaś rozwiązanie to pomija wymóg zgody zainteresowanego na taki zabieg. Zdaniem autora zaś takie postawienie sprawy jest niedopuszczalne w aspekcie afirmatywnie traktowanej autonomii pacjenta.

Z przedstawionego przeglądu stanowisk wynika, że w świetle obowiązującego prawa trudno znaleźć niebudzącą wątpliwości podstawę legalności zabiegów adaptacyjnych. Toteż w doktrynie postuluje się dokonanie odpowiedniej modyfikacji przepisów. Pod koniec lat 90. XX w. dezyderaty takie zgłaszał m.in. M. Filar, który jednocześnie definiował podstawowe, następujące założenia odpowiedniej regulacji:

1) sprawy z tego zakresu powinny należeć do kognicji sądów cywilnych, które podejmowałyby decyzje zarówno o dopuszczalności zabiegu adaptacyjnego, jak i o kwestiach cywilnych i administracyjnych, które powstałyby w następstwie takiej operacji (np. zmianie imienia i nazwiska);

2) postępowanie wszczynane byłoby na wniosek zainteresowanego, który musiałby posiadać pełną zdolność do czynności prawnych;

3) w procedurze konieczne byłoby wykorzystanie opinii biegłych lekarzy i psychologów, których zadaniem byłoby stwierdzenie transseksualizmu, jego nieodwracalności oraz rokowań co do zabiegu adaptacyjnego;

4) wydanie zezwolenia na zabieg powinno być poprzedzone stosowną obserwacją medyczną;

5) „sądowa zmiana płci” mogłaby nastąpić dopiero po wykonaniu zabiegu adaptacyjnego²⁷.

Zwolennikiem wprowadzenia regulacji dotyczącej zabiegów adaptacyjnych jest także A. Zielonacki. Autor nie widzi jednak potrzeby odrębnego unormowania tej materii. Za wystarczające uznaje bowiem dokonanie nowelizacji obowiązujących regulacji. W szczególności postuluje zmianę przepisu typizującego ciężki uszczerbek na zdrowiu (autor pisał o art. 155 Kodeksu karnego z 1969 r. – obecnie art. 156 k.k.). Nie wskazuje jednak dokładnie na czym modyfikacja ta miałaby polegać²⁸.

Przeciwnego zdania jest natomiast R. Krajewski, który opowiada się za kompleksową regulacją tej problematyki, ujętą w odrębnej ustawie²⁹. Jej konstrukcja mogłaby być wzorowana na analogicznych aktach obowiązujących w innych państwach. Warto zatem krótko przedstawić dwa przykładowe unormowania z tego zakresu, obowiązujące w Wielkiej Brytanii oraz w Niemczech.

3. DOPUSZCZALNOŚĆ ZABIEGÓW ADAPTACYJNYCH W UJĘCIU PRAWNOPORÓWNAWCZYM – PRZYKŁADY ROZWIĄZAŃ

W Wielkiej Brytanii dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych oraz „zmiany płci” była początkowo definiowana w oparciu o wypowiedzi judykatury. Istotne znaczenie miało orzeczenie, jakie zapadło w 1970 r. w sprawie *Corbett versus Corbett*. Przedmiotem postępowania było ustalenie nieważności związku małżeńskiego, jaki zawarł transseksualista typu M/K. Poddał się on uprzednio zabiegom hormonalnym i chirurgicznym, w wyniku których upodobił się do wyobrażonej

²⁷ M. Filar, *Prawne...*, s. 99–100.

²⁸ A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, RPEiS 1988, z. 2, s. 54–55.

²⁹ R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 219.

plci żeńskiej. Następnie w takiej roli wstąpił w związek małżeński. Drugi małżonek wystąpił o unieważnienie małżeństwa. Rozstrzygnięcie tej sprawy wymagało jednak ustalenia, jakiej płci jest pozwany/pozwana. Sąd oparł się na kryterium biologicznym określenia płci i uznał, że mimo wykonanych interwencji medycznych, Pani Corbett jest nadal mężczyzną. Ostatecznie unieważnił więc związek małżeński, w którym pozostawała. Rozstrzygnięcie to wytyczało linię orzecznictwa przez ponad 30 lat³⁰. Przełomowa okazała się sprawa *Goodwin versus UK*, która znalazła swój finał w 2002 r. w Europejskim Trybunale Praw Człowieka. Wnioskodawcą był transseksualista typu M/K, który poddał się operacji adaptacyjnej. Jednakże w świetle prawa brytyjskiego nadal był traktowany jak mężczyzna, co jego zdaniem prowadziło do praktyk dyskryminacyjnych (np. w sferze braku pewnych przywilejów przysługujących kobietom na gruncie przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych). Złożył więc skargę do Trybunału, wskazując, że Wielka Brytania narusza m.in. art. 8 i 12 Europejskiej Karty Praw Człowieka. Trybunał przyjął, że czynnikami determinującym płeć człowieka nie mogą być tylko uwarunkowania biologiczne, ale również inne okoliczności wskazujące na wyobrażoną płeć, m.in. ustalone zaburzenia identyfikacji płciowej i wykonanie operacji adaptacyjnej. Uznał więc, że wnioskodawca powinien być traktowany jak kobieta, a Wielka Brytania powinna opracować odpowiednie przepisy, zabezpieczające prawa osób transseksualnych³¹.

Pokłosiem tego wyroku ETPC było uchwalenie w 2004 r. w Wielkiej Brytanii ustawy o identyfikacji (rozpoznaniu płci) – *Gender Recognition Act*³². Określa ona warunki wydania stosownego aktu potwierdzającego płeć identyfikowaną przez transseksualistę oraz skutki prawne takiej czynności (w szczególności w sferze małżeństwa i stosunków rodzinnych, spadkobrania, a nawet sportu i przestępstw, które mogą być popełnione przez sprawcę danej płci albo na pokrzywdzonym danej płci). Nie przedstawiając szczegółowo tych przepisów, warto nadmienić, że postępowanie wszczynane jest na wniosek osoby zainteresowanej. Wnioskodawca musi mieć ukończone 18 lat, nie ma natomiast znaczenia jakiej jest płci biologicznej (sekcja 1.1.). Przesłankami ustalenia płci są:

- 1) u wnioskodawcy został rozpoznany zespół dezaprobaty płci;
- 2) wnioskodawca funkcjonuje w wyobrażonej płci co najmniej od dwóch lat przed dniem złożenia wniosku;
- 3) wnioskodawca zamierza funkcjonować w wyobrażonej płci dożywotnio (sekcja 2 § 1).

³⁰ M. Domański w: K. Ślęzak (red.), *Regulacja skutków transseksualizmu w prawie brytyjskim*, „Studia i Analizy Sądu Najwyższego”, t. IV, Warszawa 2010, s. 142–144.

³¹ Wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie *Christine Goodwin p. the United Kingdom* (skarga nr 28957/95.), http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-VI.pdf.

³² Tekst ustawy dostępny m.in. na stronie internetowej <http://www.gires.org.uk/assets/Legal-Assets/GRA.pdf>.

Do wniosku należy dołączyć orzeczenia lekarsko-psychologiczne, potwierdzające stwierdzenie u wnioskodawcy zaburzeń identyfikacji płci (sekcja 3 § 1). Ustawa wymaga także złożenia przez wnioskodawcę oświadczenia dotyczącego pozostawania przez niego w związku małżeńskim (okoliczność ta ma bowiem znaczenie dla stosowanego następnie trybu postępowania). W regulacji tej pominięto natomiast kwestie zabiegów adaptacyjnych. Jedynie wzmiankowo, że jeśli wnioskodawca jest w trakcie leczenia ewentualnie zostało ono już zakończone (albo jest planowany do takiej terapii), do wniosku powinien dołączyć dokumentację medyczną opisującą te procedury (sekcja 3 § 3). Zdaniem M. Domańskiego, brak wymogu poddania się zabiegom adaptacyjnym (lub innej terapii, np. hormonalnej) jest podyktowany założeniami ustawy, opartej na kryterium wyobrażonej, a nie biologicznej płci. Samo odczuwanie innej identyfikacji płciowej, niż wskazują na to uwarunkowania anatomiczne, jest wystarczające dla uznania wyobrażonej płci. Autor podnosi także, że takie rozwiązanie jest korzystne dla transseksualistów, którzy z powodów zdrowotnych nie mogą poddać się terapii, ewentualnie nie chcą, by została wykonana u nich operacja adaptacyjna³³. Takie założenia spowodowały więc, że brytyjski ustawodawca nie zdecydował się opisać warunków wykonywania zabiegów adaptacyjnych. Jednakże można przyjąć, że skoro dokumentacja medyczna obrazująca ich przebieg stanowi materiał dowodowy w opisywanych sprawach, ustawa milcząco dopuszcza wykonywanie takich interwencji medycznych.

Podobną ewolucję przebyło orzecznictwo niemieckie. Początkowo w judykaturze odmawiano możliwości ustalenia płci zgodnie z jej odczuwaną identyfikacją. Sądy opierały się bowiem na kryterium biologicznym, dopuszczając zabiegi adaptacyjne jedynie w warunkach stanu wyższej konieczności, tj. w przypadku, gdy ich przeprowadzenie było konieczne dla odwrócenia bezpośredniego zagrożenia dla życia lub zdrowia transseksualisty³⁴. Ta linia orzecznicza została zmieniona wskutek rozstrzygnięcia Związkowego Trybunału Konstytucyjnego, który w 1978 r. uznał, że odmowa „zmiany” płci jest sprzeczna z konstytucyjnie chronionym prawem człowieka do swobodnego rozwoju i kształtowania własnej osobowości³⁵. W konsekwencji tego orzeczenia sądy niemieckie zaczęły aprobować procedury prowadzące do „zmiany” płci. W celu uporządkowania tej materii postanowiono jednak ją wyraźnie unormować. W 1980 r. została więc uchwalona ustawa o zmianie imienia i identyfikacji płci w szczególnych przypadkach (*Gesetz über die Änderung*

³³ M. Domański w: K. Ślebza (red.), *Regulacja...*, s. 156–157.

³⁴ K. Osajda, *Transseksualizm w świetle prawa i praktyki sądów polskich*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 5, s. 145.

³⁵ Trybunał odwołał się w szczególności do art. 2 ust. 1 niemieckiej konstytucji, który stanowi, że „każdy ma prawo do swobodnego rozwoju swojej osobowości, o ile nie narusza praw innych i nie wykracza przeciwko porządkowi konstytucyjnemu lub nakazom moralnym”. Por. A. Zielonacki, *Zmiana płci w świetle prawa polskiego*, RPEiS 1988, z. 2, s. 43.

der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen)³⁶. Akt ten dopuszcza ustalenie płci bazujące na jej wyobrażeniu, a nie kryteriach biologicznych. Przewidziano w nim dwa tryby postępowania. Pierwszy jest przeznaczony dla osób, które nie poddały się zabiegom adaptacyjnym. Warunkiem prawnego potwierdzenia wyobrażonej płci wnioskodawcy jest wówczas poczucie przynależności do tej płci oraz co najmniej 3-letni okres funkcjonowania w tej płci. Ponadto wymaga się, by zachodziło wysokie prawdopodobieństwo, że poczucie przynależności do tej płci nie ulegnie zmianie (§ 1). W toku postępowania konieczne jest skorzystanie z opinii dwóch biegłych, specjalizujących się w zakresie transseksualizmu. Eksperci ci muszą być bezstronni. Przedmiotem ich opinii jest m.in. ustalenie, czy poczucie przynależności do wyobrażonej płci wnioskodawcy nie zmienia się. Z kolei w § 8 zdefiniowano przesłanki określenia płci. Oprócz spełnienia omówionych już warunków, dodatkowo wymagane jest, by wnioskodawca był trwale niezdolny do reprodukcji oraz poddał się zabiegom chirurgicznym, wskutek których zmieniono jego wygląd upodabniając go do wyobrażonej płci. Warto jednak nadmienić, że regulacja ta została zakwestionowana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, który w 2011 r. uznał ją za sprzeczną z Konstytucją. Do czasu nowego uregulowania nie ma więc ona zastosowania³⁷.

Przedstawione unormowanie nie zawiera zatem żadnych postanowień określających warunki przeprowadzania zabiegów adaptacyjnych. Ustawodawca niemiecki pośrednio uznaje je jednak za dopuszczalne. Uchylenie przepisów dotyczących takich operacji zostało uzasadnione ich sprzecznością z powołanym art. 2 niemieckiej konstytucji. Uznano bowiem, że wymóg ten jest nadmierny i godzi w prawo każdego człowieka do swobodnego rozwoju własnej osobowości. Nie można zatem warunkować wydania aktu o określeniu płci poddaniem się takiej interwencji medycznej (zwłaszcza że jej skutki są nieodwracalne). Zdaniem Trybunału więc, omawiany przepis nadmiernie ogranicza prawa wnioskodawcy i stąd pozostaje w sprzeczności z Konstytucją. Orzeczenie to liberalizuje zatem przesłanki ustalenia płci, co może nastąpić także, gdy wnioskodawca nie podda się operacji adaptacyjnej. Trybunał nie kwestionuje natomiast dopuszczalności takich zabiegów.

Podsumowując, można spostrzec, że zarówno brytyjski, jak i niemiecki legislator nie unormowali przesłanek wykonywania zabiegów adaptacyjnych. Pośrednio są one jednak przez ustawodawstwo akceptowane. Być może brak szczególnej regulacji takich interwencji medycznych wynika z założenia, że posiadają one walory terapeutyczne i mogą być przeprowadzane na tożsamy sposób jak inne zabiegi lecznicze. Nie wymagają więc szczególnej regulacji. Wydaje się,

³⁶ Transsexuellengesetz – TSG (BGBl. I, Nr 56 z 16.09.1980 r., s. 1654–1658), zmieniona ustawą z dnia 17 lipca 2009 r. (BGBl. I, nr 43 z 22.07.2009 r., s. 1978).

³⁷ Decyzja Federalnego Trybunału Konstytucyjnego – 1 BvR 3295/07 (BGBl. I, s. 224).

że z podobnego założenia wyszli projektodawcy także projektu pierwszej polskiej regulacji dotyczącej ustalania płci. Będzie ona pokrótce scharakteryzowana w następnym punkcie.

4. PROJEKT USTAWY O UZGODNIENIU PŁCI

Jak już wspomniano na wstępie, polskie prawo nie reguluje procedur związanych ze „zmianą” płci, ani tym bardziej przeprowadzania zabiegów adaptacyjnych. Ten stan może ulec zmianie w wyniku uchwalenia ustawy o uzgodnieniu płci, która jest obecnie procedowana w Sejmie³⁸. Zdaniem projektodawców zamierzeniem ustawy „jest zmiana podejścia do rozumienia kryterium płci w polskim prawie poprzez uwzględnienie nie tylko cech biologicznych (czyli biologiczno-morfologicznej budowy ciała), ale w równym stopniu psychiki i roli społecznej konkretnej osoby”³⁹. Wynika z tego, że u podstaw omawianego przedłożenia leży założenie, iż czynniki biologiczne nie determinują płci człowieka, lecz decydujące jest jej odczuwanie przez daną osobę. Toteż projektodawcy odchodzą od pojęcia „zmiana płci”, uznając, że przedstawione rozwiązania nie mają charakteru konstytutywnego, lecz jedynie mają służyć prawnemu ustaleniu płci, odpowiadającej odczuciom danej osoby. W ustawie określono zatem przesłanki i postępowanie w sprawie sądowego uzgodnienia płci. Nie opisując szczegółowo projektowanych przepisów, można jedynie wskazać, że procedura ma być wszczynana na wniosek osoby, która jest obywatelem polskim i co do zasady ma ukończone 18 lat. Proponuje się jednak możliwość złożenia takiego wniosku także przez małoletniego, który ukończył lat 16. Wówczas dodatkowo konieczna byłaby zgoda przedstawicieli ustawowych, a w przypadku jej braku – zezwolenie sądowe. Przesłanką negatywną ma być zaś pozostawanie w związku małżeńskim.

Do wniosku mają być dołączone:

- 1) oświadczenie wnioskodawcy o tożsamości płciowej, odmiennej od płci metrykalnej oraz
- 2) orzeczenie lekarskie, wydane przez dwóch specjalistów psychiatrów albo psychiatrę i psychologa ze specjalizacją w dziedzinie seksuologii, stwierdzające u wnioskodawcy „utrwalone występowanie tożsamości płciowej odmiennej od płci metrykalnej” (art. 5 projektu).

Postępowanie ma toczyć się w trybie nieprocesowym przed sądem okręgowym, który ma orzekać w składzie 3 sędziów zawodowych (art. 4 projektu ustawy).

³⁸ Projekt z dnia 3 stycznia 2013 r. złożony przez Klub Poselski Ruch Palikota, Sejm VII kadencji, nr druku: 1469.

³⁹ Uzasadnienie do projektu ustawy, s. 7.

Symptomatyczne, że warunkiem uzgodnienia płci nie będzie poddanie się jakimkolwiek zabiegom hormonalnym albo operacyjnym, „zmierzającym do korekty zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych, a także wprowadzenia zmian w budowie i funkcjach organizmu związanych z płcią” (art. 6). W projekcie pominięto więc problematykę takich zabiegów i przesłanek ich dopuszczalności. Kwestiom medycznym poświęcony jest jedynie art. 7 projektu, który dotyczy interwencji medycznych wykonywanych u osób interseksualnych, tj. osób, które nie mają jednoznacznie zdefiniowanych fenotypowych cech płciowych. Jak twierdzą projektodawcy, u takich niemowląt wykonywane są zabiegi kosmetyczne, mające na celu upodobnienie ich do określonej płci. Jej wybór jest jednak zdeteminowany czynnikami biologicznymi i społecznymi, a nie odczuwaną przynależnością płciową (co oczywiste, bowiem u niemowlęcia nie można ustalić tej przynależności). Zdaniem projektodawców postępowanie takie jest wysoce szkodliwe i krzywdzące dla zainteresowanego, który w przyszłości może nie identyfikować się z płcią, na którą wskazuje jego chirurgicznie ukształtowana budowa ciała (zwłaszcza genitaliów). Proponuje się więc wprowadzenie zakazu wykonywania takich interwencji medycznych u dzieci. Według przedłożenia będą one dopuszczalne jedynie za zgodą osoby zainteresowanej, która będzie już zdolna do określenia swej przynależności płciowej, czyli ukończy 13. rok życia. Wyjątek ma stanowić sytuacja, gdy wykonanie operacji będzie konieczne dla ratowania życia lub zdrowia takiej osoby. Przedstawione rozwiązanie spotkało się z pozytywną opinią W. Sanetry, który podniósł jednak, że zgoda osoby małoletniej będzie niewystarczająca⁴⁰. W istocie, mimo że w uzasadnieniu do projektu wskazuje się, że konieczna będzie zgoda kumulatywna przedstawicieli ustawowych oraz opinie specjalistów, wymogów takich nie zamieszczono w treści projektu. Na zagadnienie to zwrócił uwagę także J. Lipski, który w swej opinii dotyczącej omawianego projektu wskazuje, że uprawnienia decyzyjne przedstawicieli ustawowych można w omawianym przypadku wywieść z art. 34 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁴¹, jednakże korzystniej byłoby zagadnienie to wprost uregulować w projektowanej ustawie. Autor opinii wskazuje także na kolejne wątpliwości. Kwestionuje bowiem zdolność 13-latką do podejmowania decyzji w omawianej sprawie, postulując, by rozstrzygnięcia takiego dokonywała osoba pełnoletnia. Podnosi także, iż „właściwe byłoby również ustalenie medycznych procedur postępowania z dziećmi interseksualnymi, w tym badań, których wykonanie jest konieczne przed określeniem płci na potrzeby prawne”⁴². Należy podzielić zgłaszane wątpliwości, choć wydaje się, że prawne określanie zakresu

⁴⁰ W. Sanetra, *Opinia o projekcie ustawy „O uzgodnieniu płci”*, Sejm RP VII kadencji, druk nr 1469, s. 14, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/791E3D511161E1AAC1257BE9002D56E-3/%24File/1469-002.pdf>.

⁴¹ Tekst jednolity: Dz. U. z 2015 r., poz. 464.

⁴² J. Lipski, *Opinia prawna i merytoryczna o poselskim projekcie ustawy o uzgodnieniu płci*, druk 1469, s. 25–26, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=1469/>.

czynności medycznych nie jest pożądane. Będą one bowiem determinowane aktualnym stanem wiedzy medycznej (podobnie jak w przypadku innych zabiegów).

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na propozycję zmiany Kodeksu karnego. Projektodawcy postulują dodanie art. 156¹ w następującym brzmieniu: „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 156 § 1, kto dokonuje nieodwracalnych interwencji medycznych mających na celu korektę zewnętrznych lub wewnętrznych cech płciowych w stosunku do osoby określonej w art. 7 ustawy o uzgadnianiu płci po ukończeniu przez nią 13. roku życia za jej zgodą”. Jednocześnie w słowniczku pojęć ustawowych wskazano, że przez nieodwracalną interwencję medyczną rozumie się „podejmowanie inwazyjnych lub nieinwazyjnych działań medycznych, które trwale wpływają na zewnętrzne lub wewnętrzne cechy płciowe, a także powodują nieodwracalne zmiany w budowie i funkcjach organizmu związanych z płcią”. Działania takie mogą więc skutkować pozbawieniem zdolności płodzenia, co stanowi znamię ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, stypizowanego w art. 156 § 1 pkt. 1 k.k. Prezentowana nowelizacja ma zatem wykluczyć odpowiedzialność za ten czyn w sytuacji wykonywania takich zabiegów w warunkach art. 7 projektu ustawy (czyli czynności medycznych u osób interseksualnych). Wśród osób opiniujących projekt zdania są podzielone co do zasadności przedstawionego rozwiązania. Według M. Kowalskiej zabiegi lecznicze, wykonywane zgodnie z przepisami i wskazaniami medycznymi, są legalne (pierwotnie), nie ma więc potrzeby wprowadzania przepisu, który określając wspomniany kontratyp, wykluczałby odpowiedzialność karną za ich wykonanie⁴³. Innego zdania jest natomiast W. Sanetra, który uważa, że zabiegi adaptacyjne budzą wątpliwości co do ich charakteru leczniczego. Ich przeprowadzanie może zatem okazać się nielegalne i skutkować odpowiedzialnością karną na podstawie art. 156 k.k. Stąd też pozytywnie ocenia wprowadzenie projektowanego przepisu. Uważa jednak, że jego zakres jest zbyt wąski. Dotyczy bowiem jedynie interwencji wykonywanych u osób interseksualnych. Postuluje więc, by depenalizacją objęte zostało wykonanie „nieodwracalnej interwencji medycznej za zgodą osoby, u której stwierdzono w sposób opisany w art. 5 ust 2 pkt 2 projektu ustawy, utrwalone występowanie tożsamości płciowej odmiennej od jej płci „biologicznej” – przed lub po uprawomocnieniu się orzeczenia zmieniającego oznaczenie płci”.

Rozbieżność przedstawionych stanowisk wynika z odmiennego zakwalifikowania zabiegów adaptacyjnych pod względem ich charakteru terapeutycznego. W istocie, jeśli przyjąć, że posiadają one takie walory, byłyby legalne pierwotnie, a tym samym nie byłoby wymagane stosowanie mechanizmu kontratypowego. Jeżeli zaś przyjąć, że czynności te nie są lecznicze, dla ich dopuszczalności możliwe jest sięgnięcie po okoliczność uchylającą odpowiedzialność i wtórnie je legalizującą.

⁴³ *Stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 14.08.2013 r.*, sygn.: PG VII G 025-284/13, s. 3, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/B4265A39BA53399AC1257BD0004B3616/%24File/1469-001.pdf/>.

Warto odnotować, że w żadnych propozycjach nie wskazano warunków przeprowadzenia takich interwencji medycznych ani ich granic. Kwestia ta zostaje więc nadal otwarta.

6. UZASADNIENIE LEGALNOŚCI ZABIEGÓW ADAPTACYJNYCH

Jak już wskazano, zarówno judykatura, jak i przedstawiciele doktryny dopuszczają możliwość wykonywania zabiegów adaptacyjnych. Pośrednio są one uznawane także na gruncie omówionych regulacji ustawowych oraz polskiego projektu ustawy o uzgodnieniu płci. Nie są jednak jednoznaczne podstawy legalności takich czynności. Wydaje się, że poszukiwanie dogmatycznego uzasadnienia ich dopuszczalności jest zależne od charakteru takich zabiegów, tj. faktu, czy mają one cel leczniczy, czy też należy je kwalifikować jako nieterapeutyczne.

W pierwszym przypadku można by opowiedzieć się za legalnością pierwotną operacji adaptacyjnych. Mimo bowiem że *prima facie* skutkują one wyczerpaniem znamion ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, cel leczniczy usprawiedliwia ich wykonanie, pod warunkiem wszakże, że są przeprowadzane *lege artis* i za skuteczną prawnie zgodą osoby, która się im poddaje (ewentualnie innego kompetentnego podmiotu). Jednakże jak podano, w doktrynie istnieją spory co do charakteru omawianych interwencji medycznych. Rozstrzygnięcie tych wątpliwości wymaga bowiem zdefiniowania celu leczniczego, a pośrednio ustalenia, czym jest zdrowie i choroba. Dana czynność ma bowiem cel leczniczy, jeśli ukierunkowana jest na poprawę stanu zdrowia, a zatem przeciwdziałanie chorobie. W literaturze prawniczej już od okresu międzywojennego pojęcie celu leczniczego traktowano szeroko. Dany zabieg posiada taki walor nie tylko wówczas, gdy służy poprawie stanu zdrowia w sensie biologicznym, ale także wówczas, gdy jest ukierunkowany na prawidłowe funkcjonowanie organizmu w sensie społeczno-gospodarczym⁴⁴. We współczesnej doktrynie prawa karnego również wskazuje się, że dana czynność medyczna ma charakter leczniczy, jeśli służy ratowaniu życia lub zdrowia pacjenta, musi więc być ukierunkowana na zmniejszenie cierpień fizycznych i psychicznych chorego⁴⁵. Jeszcze szerzej pojęcie to traktuje J. Przybylska. Zdaniem autorki „zdrowy człowiek to nie tylko człowiek wolny od dolegliwości fizycznych, ale także od dolegliwości psychicznych”. Usunięcie zaś dolegliwości

⁴⁴ B. Wertheim, *Kilka zagadnień z dziedziny odpowiedzialności cywilnej lekarzy*, „Palestra” 1938, s. 47.

⁴⁵ M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 100; por. także: A. Liszewska, *Kilka uwag na temat charakteru prawnego czynności leczniczych*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 1995, nr 63, s. 103, 106; też, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Kraków 1998, s. 69; P. Daniluk, *Czynność lecznicza jako kontratyp*, PiM 2008, nr 2, s. 27.

psychicznych może wymagać przeprowadzenia zabiegów na zdrowych organach. W tym sensie operacje takie służyłyby poprawie stanu zdrowia, a zatem miałyby walor leczniczy. Utraciłyby go dopiero wówczas, gdy ich następstwem byłyby „większe skutki negatywne dla zdrowia psychicznego niż spodziewane korzyści”⁴⁶. J. Przybylska odwołuje się więc do definicji zdrowia opracowanej przez WHO, według której „zdrowie jest stanem zupełnej pomyślności fizycznej, umysłowej i społecznej, a nie jedynie brakiem choroby lub ułomności”⁴⁷. Potwierdzeniem szerokiego ujęcia celu leczniczego może być również określenie świadczenia zdrowotnego, ujęte m.in. w art. 2 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej⁴⁸. Według tego przepisu owo świadczenie rozumiane jest jako „działanie służące zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub przepisów odrębnych regulujących zasady ich wykonywania”⁴⁹. Można zatem przyjąć, że zabieg ma charakter leczniczy, gdy niweluje cierpienia chorego, służy poprawie jego zdrowia somatycznego lub psychicznego.

Uznając szerokie rozumienie pojęcia zdrowia, a tym samym celu leczniczego, można by przyjąć, że zabiegi adaptacyjne służą takiemu celowi. Choć bowiem stanowią niekorzystną ingerencję w zdrowie w rozumieniu somatycznym, poprawiają kondycję psychiczną pacjenta, łagodzą jego cierpienia i niedogodności związane z nieakceptowaniem swej płci biologicznej. Jednakże przyjęcie omawianego stanowiska wymagałoby potraktowania transseksualizmu jako zaburzenia psychicznego, które jest leczone za pomocą omawianych zabiegów. Takie rozumowanie napotyka jednak poważną przeszkodę. Podnoszą się bowiem głosy, że transseksualizmu i interseksualizmu nie można traktować w kategoriach choroby. Przeciwny pogląd prowadzi bowiem do stygmatyzacji osób o takiej orientacji. Poza tym podkreśla się, że wykonanie zabiegu adaptacyjnego ma na celu nie tyle poprawę zdrowia, co odzyskanie w pełni potencjału społecznego i osobistego danej osoby. Dlatego też proponuje się usunięcie transseksualizmu i interseksualizmu z klasyfikacji chorób. Z takim dezyderatem wystąpił m.in. Parlament Europejski w rezolucji z dnia 28.09.2011 r. w sprawie orientacji seksualnej

⁴⁶ J. Przybylska, *Cywilnoprawne aspekty instytucji zgody pacjenta na interwencję medyczną i jej definicja*, „Monitor Prawniczy” 2003, nr 16, s. 743.

⁴⁷ Konstytucja Światowej Organizacji Zdrowia, Porozumienie zawarte przez Rządy reprezentowane na Międzynarodowej Konferencji Zdrowia i Protokół dotyczący Międzynarodowego Urzędu Higieny Publicznej, podpisane w Nowym Jorku dnia 22 lipca 1946 r. (Dz. U. z 1948 r., nr 61, poz. 477 z późn. zm.).

⁴⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 217 z późn. zm.

⁴⁹ Podobnie definiuje ten termin także art. 5 pkt 40 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Tekst jedn. Dz. U. z 2008 r., nr 164, poz. 1027 z późn. zm. Przepis ten stanowi, że świadczeniem zdrowotnym jest działanie służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia oraz inne działania medyczne wynikające z procesu leczenia lub z przepisów odrębnych regulujących zasady ich udzielania.

i tożsamości płciowej. Wezwał w niej WHO do usunięcia transseksualizmu i interseksualizmu z wykazu zaburzeń psychicznych⁵⁰. Jeśli więc przyjąć, że nie jest to choroba, to zabiegi adaptacyjne nie mają charakteru terapeutycznego. Dla legalności ich wykonania należy poszukiwać więc innych podstaw niż wskazanie na legalizujący cel leczniczy.

Uznając, że zabiegi adaptacyjne nie posiadają walorów terapeutycznych, można uzasadnić ich legalność zgodą osoby, która się im poddaje. Założenie takie budzi jednak kontrowersje w aspekcie skuteczności zgody w odniesieniu do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Już bowiem od okresu przedwojennego w piśmiennictwie utrwalił się pogląd, że w takim przypadku zgoda nie jest relewantna prawnie. Podnoszono bowiem, że zdrowie jest wartością cenną dla całego społeczeństwa, które nie jest zainteresowane, by przybywało osób niepełnosprawnych, będących dla niego swoistym ciężarem⁵¹. Poglądy takie były głoszone także w literaturze powojennej⁵² oraz są spotykane współcześnie⁵³.

Wydaje się jednak, że tak stanowcze stanowisko wymaga pewnej rewizji, która jest związana z konstrukcją znamion czynu stypizowanego w art. 156 k.k. W literaturze podnosi się bowiem, że w przypadku wyczerpania niektórych z nich zgoda może być skuteczna prawnie. Zdaniem J. Warylewskiego sytuacja taka może mieć miejsce w odniesieniu do znamienia zeszpecenia, zniekształcenia ciała oraz utraty zdolności do pracy w zawodzie. Autor argumentuje, że zwłaszcza ustalenie zeszpecenia wymaga sięgnięcia po subiektywne kryterium estetyczne, co może nastęrczać trudności praktycznych. Poza tym zeszpecenie i zniekształcenie mogą być usunięte w drodze zabiegów chirurgicznych. Natomiast spowodowanie niezdolności do pracy w zawodzie nie skutkuje tym, że osoba jest całkowicie nieproduktywna. Nie zachodzi więc niebezpieczeństwo obciążeń dla społeczeństwa. Autor opowiada się więc w pewnych wypadkach za skutecznością prawną zgody na niektóre formy ciężkiego uszczerbku na zdrowiu⁵⁴.

⁵⁰ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 28 września 2011 r. w sprawie praw człowieka, orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w państwach członkowskich Organizacji Narodów Zjednoczonych. P7_TA(2011)0427. W punkcie 16 wzywa się „Komisję i Światową Organizację Zdrowia do usunięcia zaburzeń tożsamości płciowej z listy zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania oraz do zapewnienia nowej klasyfikacji wolnej od ich patologizowania podczas negocjacji w sprawie 11. Wersji Międzynarodowej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-11)”.

⁵¹ Por. J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków, 1914, s. 178–179.

⁵² T. Cyprian w: T. Cyprian, P. Asłanowicz, *Karna i cywilna odpowiedzialność lekarza*, Kraków, 1949, s. 25; S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne: część ogólna*, Warszawa 1946, s. 180; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 205; K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część ogólna, Nauka o ustawie karnej i o przestępstwie*, Kraków 1971, s. 184.

⁵³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2005, s. 183; L. Wilk w: T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2008, s. 149.

⁵⁴ J. Warylewski, *Zgoda...*, s. 360–361.

Polemiczne jest także wyrażenie skutecznej zgody na utratę zdolności płodzenia, która może nastąpić w wyniku zabiegów adaptacyjnych oraz sterylizacji bez wskazań medycznych. Za dopuszczalnością tych ostatnich opowiadał się A. Wąsek. Twierdził m.in., że obecnie brak przekonujących argumentów przeciwko takiej sterylizacji, a uzasadnienie wskazujące na względy populacyjne oraz obronności państwa nie jest wystarczające. W przypadku takiego czynu nie ma ofiar, więc również z powodów wiktymologicznych ściganie jest wątpliwe⁵⁵.

Zagadnienie skuteczności zgody na ciężki uszczerbek na zdrowiu rozważane jest także w literaturze niemieckiej. Dopuszczalność taką wyprowadza się z art. 2 Konstytucji Niemiec, który – jak już wskazano – gwarantuje prawo do swobodnego rozwoju swej osobowości. Z przepisu tego wywodzi się możliwość swobodnego dysponowania swym ciałem, która jest limitowana poprzez regulację zawartą w § 228 StGB. Czyn nie może bowiem godzić w dobre obyczaje. Wykładnia tego sformułowania nastrocza jednak trudności, gdyż odwołuje się do kryteriów pozaprawnych (moralności, obyczajowości). Zdaniem C. Roxina nie jest miarodajne kryterium ciężkości ingerencji w ciało. Autor ten wskazuje jednak, że sprzeczne z dobrymi obyczajami będzie takie zachowanie, które skutkuje konkretnym zagrożeniem dla życia albo uszkodzenie jest nieodwracalne i powodowane jedynie subiektywną potrzebą zainteresowanego, np. spowodowanie utraty wzroku lub amputacja zdrowej kończyny. Inaczej jest jednak w przypadku sterylizacji lub kastracji bez wskazań medycznych. Obiektywnie zabiegi takie mogą bowiem odpowiadać swobodzie rozwoju osobowości⁵⁶.

Za przyjęciem poglądu o relewantności prawnej zgody wyrażonej na niektóre formy ciężkiego uszczerbku na zdrowiu mogą przemawiać także okoliczności, iż współcześnie przeorientowaniu podlega spojrzenie na sferę wolności i prawa do samostanowienia człowieka, które to wartości stanowią fundament demokratycznego państwa prawa. Są one więc silnie artykułowane zarówno w konstytucji, jak i aktach niższej rangi. Również polski prawodawca poświęca tej materii szereg rozwiązań, z Konstytucją na czele, a wolność w różnych jej sferach czyni przedmiotem ochrony również w kilku rozdziałach Kodeksu karnego. Afirmatywne traktowanie wolności pozwala więc danej osobie swobodnie decydować o swym ciele i zezwalać na poważne jego okaleczenie. Przekonujące są także argumenty A. Wąska, który – jak wspomniano – opowiadał się za legalnością zabiegów sterylizacyjnych wykonywanych bez wskazań leczniczych. Analogicznie można traktować operacje adaptacyjne. W ich przypadku również nie dochodzi do zaatakowania dobra, które ma bezwzględną wartość społeczną. Utrata zdolności płodzenia przez osobę, u której zabieg taki był przeprowadzony, nie godzi (ewentualnie godzi w subminimalnym stopniu) w interes populacyjny społeczeństwa. Nie ma zatem potrzeby ochrony tego dobra prawnego. Wykonanie

⁵⁵ A. Wąsek, *Czy dobrowolna sterylizacja jest przestępstwem*, PiP 1988, z. 8, s. 93–97.

⁵⁶ C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, T. I, München 2006, s. 560–561.

zabiegu adaptacyjnego za zgodą zainteresowanego nie będzie więc skutkować odpowiedzialnością karną. Warto zauważyć, że zagadnienie to było dostrzegane już w latach 60. XX w., kiedy opracowywano projekty Kodeksu karnego. W wersji z 1963 r. został zaproponowany art. 206, który penalizował czyn polegający na pozbawieniu zdolności płodzenia wbrew warunkom zezwalającym na takie działanie⁵⁷. Zakładano więc, że warunki owe zostaną określone. Rozwiązanie to nie zostało jednak wprowadzone do Kodeksu karnego.

Mimo że można znaleźć dogmatyczne wyjaśnienie legalności zabiegów adaptacyjnych, wydaje się, iż pożądane byłoby wyraźne uregulowanie tych kwestii. Unormowanie takie mogłoby być wzorowane na innych aktach, opisujących przesłanki zabiegów nieterapeutycznych, np. ustawy dnia z 7.1.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁵⁸ lub ustawy z dnia 1.7.2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów⁵⁹. W akcie tym należałoby opisać przesłanki i procedury dotyczące zabiegów adaptacyjnych. Warto odnotować, że problematyka ta była omawiana już na początku lat 80. XX w. Wówczas zaproponowano, by operacja taka była poprzedzona obserwacją przeprowadzoną w specjalistycznej jednostce, tj. Zakładzie Seksuologii i Patologii Więzi Międzyludzkich Centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego. Jej celem byłoby stwierdzenie u danej osoby transseksualizmu. Ponadto przewidywano co najmniej 2-letnią obserwację połączoną z leczeniem hormonalnym oraz uregulowanie statusu takiej osoby w ujęciu prawnym (np. dokonanie zmiany w jej akcie urodzenia)⁶⁰. Oprócz problematyki medycznej, przepisy powinny także dokładnie normować kwestię zgody wyrażanej na zabieg, a w szczególności kręgu podmiotów, które mogą jej udzielić (zgoda samodzielna, substytucyjna i kumulatywna) oraz warunki jej uświadomienia (zbiór informacji obejmujący nie tylko uwarunkowania związane z wykonaniem zabiegu, ale również jego perspektywiczne skutki). Z kolei w Kodeksie karnym można zaproponować przepis depenalizujący czyn polegający na pozbawieniu zdolności płodzenia wskutek operacji adaptacyjnej. Przepis ten mógłby mieć podobną konstrukcję do art. 152 § 1 K.k., która byłaby wzorowana na rozwiązaniach postulowanych w art. 206 projektu Kodeksu karnego w redakcji z 1963 r. Art. 156 § 1 mógłby więc otrzymać brzmienie:

Kto powoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci:

- 1) pozbawienia człowieka wzroku, słuchu, mowy,
- 2) pozbawienia człowieka zdolności płodzenia z naruszeniem przepisów ustawy,

⁵⁷ Projekt Kodeksu karnego, Komisja Kodyfikacyjna przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 1963, s. 41.

⁵⁸ Dz. U. nr 17, poz. 78 z późn. zm.

⁵⁹ Dz. U. nr 169, poz. 1411 z późn. zm.

⁶⁰ M. Filar, *Prawne...*, s. 93.

3) innego ciężkiego kalectwa, ciężkiej choroby nieuleczalnej lub długotrwałej, choroby realnie zagrażającej życiu, trwałej choroby psychicznej, całkowitej albo znacznej trwałej niezdolności do pracy w zawodzie lub trwałego, istotnego zezpeceenia lub zniekształcenia ciała, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Formuła zastosowana w pkt. 2 mogłaby mieć zastosowanie także do zabiegów sterylizacyjnych, wykonywanych bez wskazań medycznych⁶¹.

7. PODSUMOWANIE

W aktualnym polskim prawie nie istnieją regulacje, które wprost normowałyby zabiegi adaptacyjne. Są one jednak pośrednio uznawane za legalne, gdyż np. od ich wykonania uzależnia się czynności administracyjne i cywilnoprawne związane w szczególności ze zmianami w aktach stanu cywilnego. W prawodawstwach innych państw również nie określa się warunków przeprowadzania takich interwencji medycznych, ale akceptuje się jako okoliczność przemawiającą za prawnym ustaleniem płci wyobrażonej, odmiennej od płci metrykalnej. Także polski projekt ustawy o uznawaniu płci pomija tę problematykę, skupiając się na zagadnieniach proceduralnych związanych z sądowym określeniem płci identyfikowanej przez daną osobę odmiennie od płci w ujęciu biologicznym. Z karnoprawnego punktu widzenia operacje adaptacyjne mogą jednak skutkować wyczerpaniem znamion ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, gdyż ich następstwem jest pozbawienie człowieka zdolności płodzenia, co odpowiada opisowi czynu spenalizowanego w art. 156 § 1 pkt 1 K.k. Podstaw legalności takich działań można jednak poszukiwać w ich leczniczym charakterze. Uznając bowiem, iż zaburzenia identyfikacji płciowej stanowią chorobę, wykonanie omawianych zabiegów można traktować jako czynność terapeutyczną, która jest pierwotnie legalna. Współcześnie coraz częściej kwestionuje się jednak patogenezę transseksualizmu. W takim ujęciu operacja adaptacyjna musi być uznana za zabieg nieterapeutyczny. Podstawą jego legalności może być wówczas zgoda osoby, która mu się poddaje. W doktrynie istnieją jednak wątpliwości co do skuteczności aprobaty na ciężki uszczerbek na zdrowiu. Wydaje się więc, że najbardziej pożądane byłoby wyraźne uregulowanie omawianych kwestii. Mogłoby to nastąpić w odrębnej ustawie, która opisywałaby warunki dopuszczalności takich zabiegów (wymogi proceduralne, problematykę zgody na taką czynność medyczną). Skorelowana z tym unormowaniem byłaby również

⁶¹ Depenalizacja pozbawienia zdolności płodzenia na skutek zabiegu dobrowolnej sterylizacji została uwzględniona w projekcie ustawy o świadomym rodzicielstwie, złożonym w Sejmie VII kadencji, nr druku: 1122.

nowelizacja art. 156 k.k., jasno wskazująca, że czyn polegający na pozbawieniu człowieka zdolności płodzenia popełniony w warunkach wspomnianej ustawy jest legalny i nie uzasadnia odpowiedzialności karnej.

Rafał Kubiak

**PENAL AND LEGAL PERMISSIBILITY OF GENDER REASSIGNMENT SURGERY
– PRESENT STATUS AND SUGGESTED REGULATION**

Under the present Polish law there are no provisions to regulate directly reassignment surgery. However, it is indirectly accepted as legal because administrative and civil law activities in files of the birth and death register much depend on it. In other jurisdictions conditions of such medical surgery are not determined, either. From the penal law point of view the surgery may result in meeting a definition of a crime of heavy damage to one's health. In consequence a person may be deprived of procreation capacity which corresponds to a description of an act punishable under art. 156 § 1 p. 1 of the Polish penal code. This study is an analysis of the problem and suggests legal potential solutions to the issues discussed here.

Keywords: criminal law, gender reassignment surgery, medical intervention, heavy damage to health