



Република Србија
УСТАВНИ СУД
Број: Уж - 3238/2011
_____ 2012. године
Београд

Уставни суд, Велико веће, у саставу: председник Суда др Драгиша Б. Слијепчевић, председник Већа и судије Весна Илић Прелић, др Марија Драшкић, др Агнеш Картаг Одри, Предраг Ћетковић, Сабахудин Тахировић, др Драган Стојановић и мр Милан Марковић, чланови Већа, у поступку по уставној жалби Х из Q, на основу члана 167. став 4. у вези члана 170. Устава Републике Србије, на седници Већа одржаној 8. марта 2012. године, донео је,

О Д Л У К У

1. Усваја се уставна жалба Х и утврђује да је Општинска управа општине Z, доношењем закључка о стварној ненадлежности, пропустила да одлучи о захтеву подносиоца уставне жалбе за промену података о полу и тиме повредила његово право на достојанство и слободан развој личности зајемчено чланом 23. Устава Републике Србије, као и право на поштовање приватног живота зајемчено чланом 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

2. Утврђује се да су органи из члана 6. ст. 2. и 4. Закона о матичним књигама стварно надлежни да одлучују о захтеву за упис промене података о полу, па се налаже Општинској управи општине Z да, у року од 30 дана од дана достављања ове одлуке, одлучи о захтеву подносиоца уставне жалбе за промену података о полу у матичној књизи рођених.

3. Одбацује се уставна жалба у делу у ком је изјављена против радње Народне скупштине.

Образложење

1. Х из Q је, преко овлашћеног пуномоћника, Београдског центра за људска права, поднео 19. јула 2011. године уставну жалбу против радње Народне скупштине, као и других државних органа, због повреде права на достојанство и слободан развој личности гарантованог чланом 23. Устава Републике Србије, повреде начела забране дискриминације гарантованог чланом 21. Устава и

повреде права на поштовање приватног и породичног живота гарантованог чланом 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Подносилац уставне жалбе наводи да је рођен као особа са псеудохермафродитизмом, то јест са физичким карактеристикама женског пола, али са мушким родним идентитетом, да му је, у складу са правилима медицинске струке, дијагностикован поремећај полног идентитета са применом индикованих мера и терапија и да је 2. децембра 2010. године на подносиоцу уставне жалбе извршена операција прилагођавања пола.

Даље наводи да је по обављеној операцији, покушао да сазна како да обезбеди правно признање фактичке трансформације пола, пре свега ради добијања нових личних докумената, али да му је речено да је ова област у Србији правно потпуно нерегулисана, те да матичарске службе у две београдске општине, Стари Град и Савски Венац, „чине посебну услугу“ транссексуалним (трансродним) особама тако што врше „исправку“ пола у матичним књигама рођених, као да је приликом рођења детета уписан погрешан пол, те да на тај начин они трансродним особама могу да обезбеде издавање докумената који би одговарали њиховом стеченом полу.

Подносилац наводи да он данас у потпуности живи као мушкарац и користи име Y, као и да је пре улажења у поступак лечења, односно прилагођавања пола, био у браку који је престао смрћу другог супружника, те да има сина и ћерку.

Подносилац даље наводи да је закључком Одељења за општу управу општине Z од 10. јуна 2011. године, због стварне ненадлежности, одбачен његов захтев за правну промену пола, због тога што Законом о матичним књигама није регулисан поступак промене пола у матичним књигама, а да је у поуци о правном леку који је саставни део овог закључка, подносилац обавештен о могућности подношења жалбе Министарству за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу. У уставној жалби се даље наводи да је у писменом мишљењу о поступку уписа чињенице о промени пола које је, на захтев Општинске управе општине Z, дало Министарство за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, наведено да, сагласно одредбама важећег Закона о матичним књигама, није могуће исправити, односно уписати податак о промени пола, те да подносилац може покренути ванпарнични поступак.

Подносилац уставне жалбе сматра да, тиме што је Народна скупштина пропустила да нормира област правног признања прилагођавања пола, постоји повреда његовог права на поштовање приватног и породичног живота, права на једнакост и забрану дискриминације и права на достојанство и слободан развој личности. По мишљењу подносиоца уставне жалбе, нечињење Народне скупштине довело је и до немогућности да органи управе, у оквиру својих надлежности, делују у складу са људским правима трансродних особа, и сходне немогућности да такве особе, укључујући подносиоца, уреде свој лични статус, живе свој живот у складу са својим полним идентитетом и остварују сва права која правни поредак Републике Србије признаје или регулише по основу пола, попут права на старосну пензију. Подносилац наводи и да је пропуштањем Народне скупштине да нормира област правног признања прилагођавања пола довела и до потпуне правне несигурности у породичноправним односима трансродних особа, пре свега у погледу валидности брака постоперативних транссексуалаца и свих права која из брака проистичу, попут заједничке имовине и законског наслеђивања, као и континуитета родитељског права.

Позивајући се на праксу Европског суда за људска права (*Klass и други против Немачке*, представка број 5029/71, пресуда од 6. септембра 1978. године,

став 33. и *Dudgeon против Уједињеног Краљевства*, представка број 7525/76, пресуда од 22. октобра 1981. године, став 41.), у уставној жалби је детаљно образложено, по мишљењу подносиоца, постојање свих Уставом и Законом утврђених претпоставки да Уставни суд одлучује по овој уставној жалби. Посебно је наглашено да нечињење Народне скупштине може бити предмет одлучивања Уставног суда у поступку по уставној жалби. Такође, подносилац сматра да је рок за изјављивање уставне жалбе из члана 84. Закона о Уставном суду непримењив у конкретном случају, будући да радња против које је изјављена уставна жалба, по својој природи, представља континуирану, трајну ситуацију, која непосредно онемогућава подносиоца да ужива његова Уставом гарантована права и за тај став се, такође, позива на судску праксу Европског суда за људска права (*Malama против Грчке*, представка број 43622/98, пресуда од 1. марта 2001. године, став 35.). Најзад, подносилац у уставној жалби детаљно образлаже испуњеност услова исцрпљености правних средстава, односно непостојање правних средстава, тврдећи да „административни правни лекови не пружају разумне изгледе за успех у конкретном случају“, те да „ванпарнични суд баш као ни управа не би имао било каквог законског основа“ да реши о захтеву подносиоца за промену пола у матичним књигама, позивајући се исцрпно на богату праксу Европског суда за људска права (*Vernillo против Француске*, представка број 11889/85, пресуда од 20. фебруара 1991. године, *Chahal против Уједињеног Краљевства*, представка број 22414/93, пресуда од 15. новембра 1996. године, став 145, *Airey против Ирске*, представка број 6289/73, пресуда од 9. октобра 1979. године, став 23. и *Akdivar против Турске*, представка број 21893/93, пресуда од 16. септембра 1997. године, став 68.). Подносилац посебно истиче да, осим уставне жалбе, законодавство Републике Србије не предвиђа ниједан правни лек којим би се „Народна скупштина приморала на чињење“.

Подносилац наводи да због правне несигурности која постоји у правном поретку Републике Србије, односно пропуштања Народне скупштине да „јасно нормира када и под којим условима наступа правно признање прилагођавања пола“, он „трпи неизбежно понижавање сваки пут када доказује свој идентитет“, те да су „поред његовог личног статуса и психичког здравља, угрожени и његови породичноправни односи“, што, по мишљењу подносиоца, представља директно мешање државе у његово право на достојанство и слободан развој личности и право на поштовање приватног и породичног живота. У прилог овим тврдњама, у уставној жалби су цитирани ставови Европског суда за људска права изражени у одлуци у предмету *Goodwin против Уједињеног Краљевства*, за које подносилац сматра да су примењиви и у конкретном случају.

Предлаже се да Уставни суд усвоји уставну жалбу, утврди повреду означених права, наложи Народној скупштини доношење закона којим би се уредила област правног признања прилагођавања пола, утврди право подносиоца на накнаду нематеријалне штете у складу са одредбом члана 89. Закона о Уставном суду и утврди да се, у складу са одредбом члана 87. Закона о Уставном суду, одлука Уставног суда по овој уставној жалби односи на сва лица која се налазе у истој правној ситуацији као подносилац уставне жалбе.

2. Одредбом члана 167. став 1. тачка 1. Устава Републике Србије је утврђено да Уставни суд одлучује о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Према одредби члана 170. Устава, уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или

мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

Одредбом члана 82. Закона о Уставном суду („Службени гласник РС“, бр. 109/07 и 99/11) је прописано да се уставна жалба може изјавити против појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.

У току поступка пружања уставносудске заштите, поводом испитивања основаности уставне жалбе у границама истакнутог захтева, Уставни суд утврђује да ли је у поступку одлучивања о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе повређено или ускраћено његово Уставом зајемчено право или слобода.

3. У спроведеном поступку, Уставни суд је на основу садржине уставне жалбе и достављене документације, утврдио следеће:

Подносилац уставне жалбе је рођен 3. августа 1949. године, као особа са псеудохермафродитизмом, односно са физичким карактеристикама женског пола, али са мушким родним идентитетом.

У матичну књигу рођених, матично подручје W, општина Z, број 32 за 1949. годину, извршен је упис рођења подносиоца где је, поред осталог, у рубрици пол подносиоца означен женски пол.

Подносилац уставне жалбе је 29. јула 1976. године закључио брак са R, који је престао 3. јануара 1991. године смрћу супружника R, што је забележено и у изводу из матичне књиге рођених подносиоца уставне жалбе.

Након дијагностиковања поремећаја полног идентитета (постављена дијагноза је гласила *Female to male transgenderismus* F 64.0) и примене одговарајућих мера и терапија, над подносиоцем уставне жалбе је 2. децембра 2010. године у Гинеколошко акушерској клиници „Народни фронт“ извршена хируршка операција прилагођавања пола (*sex reassignment surgery*).

Подносилац уставне жалбе је 22. марта 2011. године поднео матичном одељењу општине Z захтев „за исправку пола у крштеници“.

Одељење за општу управу Општинске управе општине Z је 10. јуна 2011. године донело закључак број 200-2/2011-01-IV којим је, због стварне ненадлежности, одбачен захтев подносиоца уставне жалбе за исправку пола у матичној књизи рођених. У образложењу овог закључка је, поред осталог, наведено да је поводом овог захтева, Министарство за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу дало мишљење „да није могуће податак о промени пола исправити, односно уписати у поступку по Закону о матичним књигама“, те да је мишљење Министарства да подносилац може да „у ванпарничном поступку пред надлежним судом покрене поступак за утврђивање садржине исправе – матичне књиге рођених, односно тачности података уписаних у наведену матичну књигу“. Даље је наведено да је поступајући орган у целости прихватио мишљење Министарства и нашао да није стварно надлежан, јер Закон о матичним књигама не регулише начин и поступак промене пола у матичним књигама. У упутству о правном средству које је саставни део овог закључка је наведено да се против овог закључка може изјавити посебна жалба Министарству за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, у року од 15 дана од дана достављања закључка странци.

4. Одредбама члана 18. Устава утврђено је начело непосредне примене зајемчених права и предвиђено следеће: да се људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно примењују (став 1.); да се Уставом јемче, и као таква,

непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима те да се законом може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права (став 2.); да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење (став 3.).

Одредбама члана 20. ст. 1. и 2. Устава је утврђено да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права и да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати.

Одредбама члана 21. Устава је утврђено: да су пред Уставом и законом сви једнаки (став 1.); да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације (став 2.); да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета (став 3.) и да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима (став 4.).

Чланом 23. Устава је утврђено: да је људско достојанство неприкосновено и сви су дужни да га поштују и штите (став 1.) и да свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена Уставом (став 2.).

Одредбом члана 98. Устава је утврђено да је Народна скупштина највише представничко тело и носилац уставотворне и законодавне власти у Републици Србији, а одредбом члана 99. став 1. тачка 7. Устава је утврђено да Народна скупштина доноси законе и друге опште акте из надлежности Републике Србије.

Чланом 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција) је утврђено: да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке (став 1.) и да се јавне власти неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других (став 2.).

Законом о матичним књигама („Службени гласник РС“, број 20/09) је прописано: да се овим законом уређују врста и садржина матичних књига, надлежност за њихово вођење и решавање у управном поступку у области матичних књига, начин чувања матичних књига и списа и вршење увида у матичне књиге, обнављање матичних књига, упис у матичне књиге на основу исправа иностраног органа, врсте извода из матичних књига и издавање извода и уверења на основу матичних књига, услови за обављање послова матичара, надзор над применом прописа о матичним књигама и друга питања у вези с вођењем поступка који претходи упису у матичне књиге (члан 1.); да су матичне књиге основне службене евиденције о личном стању грађана и да се у матичне

књиге уписују чињенице рођења, брака, смрти и друге законом предвиђене чињенице и промене у вези с њима (члан 2. ст. 1. и 3.); да се подаци уписани у матичне књиге и чињенице које се њима доказују сматрају истинитим док се на законом прописан начин не докаже супротно (члан 3. став 2.). Одредбама члана 6. истог закона је прописано да се послови вођења матичних књига и решавања у првостепеном управном поступку у области матичних књига поверавају општинама, односно градовима, односно граду Београду (став 1.), да послове из става 1. овог члана извршава општинска управа, односно градска управа, односно Градска управа града Београда (став 2.); да послове из става 3. овог члана извршава градска управа (став 4.). Одредбом члана 7. истог закона је прописано да о жалби против првостепеног решења органа из члана 6. ст. 2. и 4. овог закона решава министар надлежан за послове управе (у даљем тексту: Министар). Одредбама члана 21. Закона је прописано да се у матичне књиге уписују подаци о чињеницама које су пријављене, односно подаци садржани у акту надлежног органа или установе (став 1.); да се чињенице и подаци који се уписују у матичне књиге утврђују пре уписа, у складу са законом којим се уређује општи управни поступак (став 2.); да је ако постоји основана сумња да је податак који се уписује у матичну књигу нетачан, матичар дужан да га провери пре уписа (став 3.). Одредбом члана 28. истог закона је прописано: да је надлежни орган дужан да одлуку о чињеници рођења, закључења брака и смрти и променама у вези са том чињеницом достави надлежном матичару ради уписа у матичну књигу, у року од 15 дана од дана када је одлука постала правноснажна. Одредбом члана 45. став 1. тачка 1) Закона је прописано да се у матичну књигу рођених уписују подаци о рођењу, и то: име и презиме детета; скраћено лично име; пол детета; дан, месец, година и час рођења; место и општина рођења, а ако је дете рођено у иностранству и назив државе рођења; јединствени матични број грађана и држављанство детета. Према одредби члана 47. став 1. Закона, рођење детета у здравственој установи дужна је да пријави здравствена установа на прописаном обрасцу, а према одредби члана 63. став 1. Закона прописано је да се приликом пријављивања чињенице смрти мора поднети потврда о смрти коју издаје здравствена установа ако је лице умрло у здравственој установи, а ако је лице умрло ван здравствене установе лекар који је утврдио смрт.

Одредбом члана 61. став 1. тачка 12) Закона о здравственом осигурању („Службени гласник РС“, бр. 107/05 и 109/05) било је прописано да се осигураним лицима у оквиру обавезног здравственог осигурања не обезбеђује здравствена заштита која обухвата дијагностику и лечење сексуалне дисфункције или сексуалне неадекватности, укључујући импотенцију, здравствене услуге, лекове и медицинско-техничка помагала која су везана за промену пола и реверзија претходне добровољне хируршке стерилизације, али је чланом 23. Закона о изменама и допунама овог закона („Службени гласник РС“, број 57/11) од 1. августа 2011. године измењена наведена одредба члана 61. став 1. тачка 12) основног Закона, тако што је после речи: „промена пола“, додата запета, као и речи: „осим ако овим законом није друкчије одређено“. Чланом 15. наведеног Закона о изменама и допунама Закона о здравственом осигурању измењен је и допуњен члан 45. Закона о здравственом осигурању, тако што је додата нова алинеја, те након ступања на снагу ових измена, одредба члана 45. тачка 1) алинеја 4. прописује да у остваривању права на здравствену заштиту из обавезног здравственог осигурања из чл. 34. - 44. овог закона, осигураним лицима се обезбеђује 100% плаћања од цене здравствене услуге из средстава обавезног здравственог осигурања за промену пола из медицинских разлога.

Одредбама члана 1. Закона о ванпарничном поступку ("Службени гласник СРС", бр. 25/82 и 48/88 и "Службени гласник РС", бр. 46/95 и 18/05) је прописано: да се овим законом одређују правила по којима редовни судови поступају и одлучују о личним, породичним, имовинским и другим правним стварима које се по овоме или другом закону решавају у ванпарничном поступку (став 1.); да се одредбе овог закона примењују и у другим правним стварима из надлежности редовних судова за које законом није изричито одређено да се решавају у ванпарничном поступку, ако се не односе на заштиту повређеног или угроженог права нити се због учесника у поступку могу применити одредбе Закона о парничном поступку (став 2.). Одредбом члана 164. истог закона прописано је да у поступку за састављање или потврђивање садржине исправе, суд саставља и потврђује исправу кад је за настанак права или пуноважност правног посла потребно постојање јавне исправе, а одредбом члана 183. истог закона је прописано да суд потврђује садржину исправе када је законом одређено да се садржина приватне или друге нејавне исправе потврђује.

5. Испитујући постојање Уставом и законом утврђених претпоставки да Уставни суд одлучује о овој уставној жалби, Уставни суд најпре констатује да је уставна жалба изјављена против радње нечињења Народне скупштине и других надлежних државних органа, а због правне и фактичке немогућности подносиоца уставне жалбе да након хируршке промене пола изврши и промену податка о полу у матичној књизи рођених, матично подручје W, општина Z, број 32 за 1949. годину, због чега подносилац трпи одређене последице.

Имајући у виду одредбе члана 167. став 1. тачка 1. и члана 170. Устава и члана 82. Закона о Уставном суду, као и досадашњу праксу Уставног суда и правне ставове у поступању по уставним жалбама који су усвојени на редовним седницама Уставног суда од 30. октобра 2008. године и 2. априла 2009. године, Уставни суд је најпре испитивао постојање две претпоставке за одлучивање Суда по овој уставној жалби, и то: прво, да ли предмет уставне жалбе може бити радња нечињења Народне скупштине, односно пропуштање Народне скупштине да донесе одређени закон и да ли је таква радња појединачна радња из члана 170. Устава; и друго, да ли је у конкретном случају подносилац уставне жалбе искористио редован правни пут, односно да ли су била предвиђена друга правна средства која је подносилац могао користити пре изјављивања уставне жалбе.

5.1. Испитујући постојање прве претпоставке, Уставни суд је констатовао да из одредаба члана 170. Устава и члана 82. Закона о Уставном суду начелно проистиче да се уставна жалба може изјавити и против појединачне радње законодавног органа, те да таква појединачна радња може настати и нечињењем Народне скупштине. Међутим, пропуштање Народне скупштине да донесе одређени закон или уреди или допуни одређену правну област или питање које је остало неуређено не може представљати појединачну радњу нечињења Народне скупштине из члана 170. Устава. Ово из разлога што Народна скупштина радњом доношења и усвајања одређеног закона уређује одређену правну област или питања на општи начин, прописујући опште правне норме. У том смислу, доношење закона представља вршење законодавне власти, која је, сагласно Уставу, у искључивој надлежности Народне скупштине. Уставни суд је стога оценио да пропуштање Народне скупштине да донесе одређени закон не може бити предмет уставне жалбе, односно да оваква радња није појединачна радња из члана 170. Устава, па је, сагласно одредби члана 36. став 1. тачка 7) Закона о Уставном суду, у овом делу уставну жалбу одбацио и решио као у тачки 3. изреке.

5.2. Испитујући другу претпоставку, Уставни суд је имао у виду да се уставном жалбом указује такође и на радње других државних органа, те стога налази да је у конкретном случају потребно испитати да ли су пропуштањем Општинске управе општине Z да одлучи о захтеву подносиоца за променом података о полу, повређена наведена права подносиоца уставне жалбе. Стога је Уставни суд констатовао да је претходно потребно одговорити на постављено питање о исцрпљености редовног правног пута, односно да ли је у конкретном случају подносилац уставне жалбе искористио редован правни пут, те да ли су била предвиђена друга правна средства која је подносилац могао користити пре изјављивања уставне жалбе. Уставни суд је оценио да правна средства која су подносиоцу уставне жалбе била на располагању против закључка Одељења за општу управу Општинске управе општине Z број 200-2/2011-01-IV од 10. јуна 2011. године - жалба другостепеном управном органу и тужба Управном суду - указују *prima facie* да не би задовољили стандард ефикасног и делотворног правног средства. На овакав закључак Уставног суда указује и наведено мишљење Министарства за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, „да није могуће податак о промени пола исправити, односно уписати у поступку по Закону о матичним књигама“, а које Министарство је у конкретном случају било надлежни другостепени орган у управном поступку. Другим речима, поставља се питање каквог би уопште смисла имало захтевати од подносиоца уставне жалбе да се жалбом обрати Министарству за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, када се то Министарство већ изјаснило у поменутом мишљењу које је детаљно цитирано и у наведеном закључку Општинске управе општине Z?

Са друге стране, Уставни суд је констатовао да упућивање подносиоца уставне жалбе у наведеном мишљењу Министарства да „у ванпарничном поступку пред надлежним судом покрене поступак за утврђивање садржине исправе“, такође *prima facie* указује да не би задовољило стандард ефикасног и делотворног правног средства. Ово из разлога што је Законом о ванпарничном поступку предвиђен поступак за утврђивање садржине исправе само када је за настанак права или пуноважност правног посла потребно постојање јавне исправе, док се у овом случају уопште не ради о тој ситуацији. Штавише, у судској пракси редовних судова у Србији донето је бар једно решење којим се суд огласио стварно ненадлежним да поступа по предлогу за доношење решења којим би била утврђена промена пола у ванпарничном поступку (решење Трећег општинског суда у Београду ЗР - 273/05 од 12. маја 2005. године). Стога је Уставни суд оценио да у конкретном случају није постојао било какав редовни правни пут, управни или ванпарнични поступак, који би подносиоцу уставне жалбе омогућио разуман изглед на успех у решавању његовог захтева и отклањању наведених повреда права. Приликом заузимања оваквог става, Уставни суд се руководио и праксом Европског суда за људска права који се више пута изјашњавао о томе које критеријуме мора да задовољи правни лек да би се сматрао адекватним и ефикасним, од којих су најзначајнији: да правни лек мора бити доступан како у теорији, тако и у пракси (*Vernillo против Француске*, представка број 11889/85, пресуда од 20. фебруара 1991. године, *Ленојић против Србије*, представка број 13909/05, пресуда од 6. новембра 2007, став 51.); да правни лек мора пружити прилику да се кроз њега реше супстанцијална питања везана за одређено прекршено људско право, као и да пружи одговарајуће задовољење за конкретно кршење права (*Chahal против Уједињеног Краљевства*, представка број 22414/93, пресуда од 15. новембра 1996. године, став 145.); да,

када наизглед постоји више правних лекова које жртва кршења људских права може да искористи, на њему је да одлучи који ће правни лек искористити (*Airey protiv Ирске*, представка број 6289/73, пресуда од 9. октобра 1979. године, став 23.); најзад и најважније, да правни лек мора пружити разуман изглед на успех (*Akdivar protiv Турске*, представка број 21893/93, пресуда од 16. септембра 1997. године, став 68).

Сагласно изложеном, Уставни суд је оценио да у конкретном случају постоје Уставом и Законом утврђене претпоставке да Уставни суд одлучује о овој уставној жалби.

6. Полазећи од навода и разлога уставне жалбе, захтева који је истакнут у уставној жалби и утврђеног чињеничног стања, Уставни суд је констатовао следеће:

Устав у члану 23. став 1. јемчи неприкосновеност људског достојанства, утврђујући истовремено дужност свих да достојанство поштују и штите, док у ставу 2. истог члана Устава гарантује право сваког лица на слободан развој личности, под условом да се тиме не крше Уставом гарантована права других. Уставни суд констатује да се слободан развој неког лица и његово лично достојанство, пре свега, односи на успостављање и слободан развој његовог физичког, менталног, емотивног и друштвеног живота и идентитета. Иако изричито не садржи одредбу о поштовању права на приватни живот, по оцени Уставног суда, ово право представља саставни део уставног права на достојанство и слободан развој личности. Са друге стране, Европска конвенција у члану 8. став 1. садржи одредбу о праву сваког лица на поштовање приватног живота. Иако појам приватног живота у пракси Европског суда за људска права никада није у потпуности прецизно дефинисан, одлуком овог суда у предмету *Niemietz против Немачке* дато је тумачење појма „приватног живота“, и констатовано да Суд не сматра да је могуће или неопходно покушати дати коначну дефиницију појма приватни живот. Европски суд је, међутим, закључио да би било исувише рестриктивно ограничити тај појам на „ужи круг“ унутар којег појединац живи свој лични живот по сопственом избору и искључујући у потпуности спољни свет који у тај круг не улази. Другим речима, поштовање приватног живота мора у одређеној мери укључивати и право да се успоставе и развијају односи са другим људским бићима (представка број 13710/88, пресуда од 16. децембра 1992. године, став 29.). Такође, у одлуци Европског суда у предмету *X и Y против Холандије* (представка број 8978/80, пресуда од 26. марта 1985. године, став 22.), заузет је став да појам „приватног живота“ укључује и „физички и морални интегритет особе“, укључујући и „њен или његов сексуални живот“. Стога је Уставни суд констатовао да сфера приватног живота неког лица несумњиво укључује, поред осталог, и његову полну припадност, полну оријентацију и полни живот, те да право на приватни живот подразумева и право на одређивање појединости личног идентитета и самоопредељење, те у том смислу и право на прилагођавање пола свом родном идентитету.

Уставни суд даље указује да Устав право на поштовање слободног развоја личности ограничава уставним правима других лица, док Европска конвенција дозвољава јавним властима мешање у вршење права на приватни живот под условима изричито утврђеним Конвенцијом.

Имајући у виду изложено, Уставни суд је сматрао да је у конкретном случају наводе уставне жалбе о повреди права из члана 23. Устава и члана 8. Европске конвенције потребно ценити заједно.

7. Уставни суд је претходно констатовао да, иако Устав и Европска конвенција не помињу изричито родни идентитет и право на промену пола, ова сфера живота неког лица неспорно спада у Уставом зајемчену сферу достојанства и слободног развоја личности и Европском конвенцијом зајемчену сферу поштовања приватног живота. Ове гаранције, пре свега, подразумевају поштовање наведених права.

Уставни суд је становишта да поштовање зајемченог људског права подразумева, пре свега, обавезу државних органа и других носилаца јавних овлашћења да се не мешају у уживање гарантованог права, што представља „негативну обавезу државе“. Изузетно, одредбе члана 20. став 1. и члана 23. став 2. Устава и одредба члана 8. став 2. Европске конвенције, јасно предвиђају и дефинишу услове, начин и разлоге због којих се ова права могу ограничити, односно ситуације када може доћи до дозвољеног мешања јавних власти у нечији слободан развој личности и приватни живот. Из наведеног се може закључити да јасно и прецизно дефинисање евентуалног ограничења ових права служи и обезбеђењу њиховог поштовања, будући да успоставља разлику између дозвољеног и недозвољеног мешања у уживање зајемчених људских права.

Са друге стране, међутим, Уставни суд налази да поштовање гарантованих људских права подразумева и да појединац од носилаца јавне власти може захтевати предузимање радњи и доношење аката којима ће се обезбедити то поштовање, а што представља „позитивну обавезу државе“.

8. Сагласно изложеном, Уставни суд је у конкретном случају утврдио да се подносилац уставне жалбе, који је у матичне књиге по рођењу уписан као жена, подвргао операцији прилагођавања пола, те да данас у друштву живи као мушкарац, али се у правном смислу и даље третира као жена. Несумњиво је да постојећи несклад између фактичког и правног стања ствари утиче на живот подносиоца уставне жалбе, нарочито на његово људско достојанство и слободан развој личности, али и на ситуације када је у правном смислу пол битан, односно када се у погледу остваривања неких права, прави разлика између мушкарца и жене (као што су склапање брака и сви породичноправни односи, област здравственог и пензијског осигурања, затворска правила за смештај затвореника итд.). Европски суд за људска права је у предмету *Goodwin против Уједињеног Краљевства* истакао да „у 21. веку, право транссексуалаца на лични развој и на физичку и моралну сигурност, коју у пуном смислу речи уживају сви други грађани у друштву, не може се више посматрати као ствар контроверзи које захтевају протек времена како би у потпуности биле разјашњене. Најкраће речено, незадовољавајућа ситуација у којој живе постоперативни транссексуалци, у међупростору у коме не припадају сасвим ни једном ни другом полу, не може више бити прихватљива...те да....стрес и отуђење, проистекли из несклада између положаја у друштву које заузима транссексуалац који је путем операције променио пол и положаја који му намеће закон који одбија да призна његов промењени пол, не може се сматрати мањом непријатношћу насталом због једне формалности. Ту долази до сукоба између друштвене реалности и права, што транссексуалца ставља у један неприродан положај који код њега може да изазове осећања рањивости, понижења и стрепње“ (представка број 28957/95, пресуда од 11. јула 2002. године, ст. 71, 72. и 77.).

Имајући у виду да у конкретном случају Уставни суд није нашао уставни основ за поступање у погледу пропуста који је учинила Народна скупштина у доношењу закона којима ће се обезбедити поштовање наведених Уставом и Европском конвенцијом гарантованих права, Уставни суд је ценио да ли је

подносилац уставне жалбе од носилаца јавне власти могао захтевати предузимање конкретних радњи којима би се обезбедила заштита његових гарантованих права.

По оцени Уставног суда, та појединачна радња, у извршењу позитивних обавеза државе, представљала је у конкретном случају подношење захтева општинској управи да одлучи о промени података везаних за пол подносиоца уставне жалбе у матичној књизи рођених, а што је подносилац и учинио. Међутим, Уставни суд је оценио да је Општинска управа општине Z, доношењем закључка број 200-2/2011-01-IV од 10. јуна 2011. године којим је, због стварне ненадлежности, одбацила захтев подносиоца за промену података о полу, пропустила да изврши своју „позитивну обавезу“.

Изнета оцена Уставног суда заснива се на следећем:

- да је пол податак који се сагласно одредби члана 45. став 1. тачка 1) Закона о матичним књигама уписује у матичну књигу рођених;
- да се чињеница рођења, па тиме и сви подаци везани за чињеницу рођења који се уписују у матичну књигу рођених, уписују на основу пријаве, дакле података здравствене установе у којој је дете рођено (члан 47. став 1. Закона);
- да се у матичну књигу уписују и промене у вези са чињеницама поводом којих се воде матичне књиге (члан 28. Закона);
- да су послови вођења матичних књига (рођених, венчаних и умрлих) и решавање у првостепеном управном поступку у области матичних књига поверени јединицама локалне самоуправе (члан 6. Закона);
- да је према Закону о локалној самоуправи општина, односно градска управа, орган који извршава законе и друге прописе, што значи да обавља и послове који су законом поверени општини, граду и Граду Београду.

Стога је, по оцени Уставног суда неспорно да је према важећим прописима општинска (градска) управа, односно матичар као овлашћено лице, једини надлежан орган који може извршити упис, а тиме и промену података у матичну књигу рођених, венчаних или умрлих, те да је у конкретном случају „позитивна обавеза“ управо на матичној служби која води књигу рођених за матично подручје на коме је уписана чињеница рођења за подносиоца уставне жалбе.

Следеће питање које се поставља јесте да ли је надлежни орган имао правног основа да изврши своју „позитивну обавезу“. Уставни суд констатује да упис промене података о полу у матичну књигу рођених и поступак у коме би се овај упис спровео, за разлику од, на пример, промене података о личном имену, није уређен ни Законом о матичним књигама, нити неким другим посебним законом. Међутим, Уставни суд налази да тумачење одредаба важећег Закона о матичним књигама пружа ваљан основ за поступање у конкретном случају по захтеву подносиоца уставне жалбе. Наиме, Закон о матичним књигама у члану 28. предвиђа да је надлежан орган дужан да одлуку о чињеници рођења, закључења брака и смрти, као и промене у вези са тим чињеницама, достави надлежном матичару ради уписа у матичну књигу, у року од 15 дана од дана када је одлука постала правноснажна. Неспорно је да подносилац уставне жалбе не поседује правноснажну одлуку надлежног органа о промени пола. Међутим, подаци који се уписују у матичну књигу у вези чињенице рођења, по правилу, се и не уписују на основу правноснажне одлуке надлежног органа, већ на основу пријаве здравствене установе у којој је особа рођена, односно за дете које није рођено у здравственој установи на основу пријаве оца детета, другог члана домаћинства, лица у чијем је стану дете рођено, мајке чим за то буде способна, бабице или лекара који су присуствовали порођају, а ако ових лица нема или нису у могућности да пријаве рођење, чак и на основу пријаве лица које је сазнало за

рођење (члан 47. Закона). Упис у матичну књигу рођених на основу одлуке надлежног органа (органа старатељства) врши се само у случају када је родитељ непознат (члан 50. Закона), када се ради о детету без родитељског старања (члан 51. Закона) и у случају усвојења (члан 52. Закона). Сагласно одредбама члана 63. став 1. истог закона, ни упис чињенице смрти се не врши на основу одлуке надлежног органа, већ на основу потврде о смрти коју издаје здравствена установа у којој је лице умрло или лекар који је утврдио смрт, ако је лице умрло ван здравствене установе. Дакле, из наведених одредаба Закона произилази да се уписи у матичне књиге који представљају евиденцију о личном стању грађана не врше увек и искључиво на основу правноснажне одлуке надлежног органа.

Полазећи од изложеног, Уставни суд налази да у недостатку изричитог законског уређења о упису промене података о полу у матичној књизи рођених, одредбе Закона о матичним књигама треба тумачити на начин да се и упис промене података о полу може извршити аналогном применом законских одредаба које уређују упис чињенице рођења и свих осталих података, укључујући и пол, који се у матичну књигу уписује за лице рођено у здравственој установи. Другим речима, ако здравствена установа приликом нечијег рођења надлежном матичару пријављује и податак о полу детета, онда се, по схватању Уставног суда, не може сматрати недовољном документација друге здравствене установе о томе да је у тој установи над одређеним лицем извршена хируршка интервенција, чија је последица промена пола раније уписаног у матичну књигу. Уставни суд наглашава да није надлежан да се упушта у оцену да ли је подносилац уставне жалбе у конкретном случају органу општинске управе доставио документацију надлежне здравствене установе која садржи све релевантне податке на основу којих би био извршен упис промене података о полу у матичну књигу рођених.

Полазећи од свега наведеног, Уставни суд је оценио да је Општинска управа општине Z, пропуштајући да се упусти у мериторно одлучивање о захтеву подносиоца уставне жалбе и да, уколико он поседује релевантну документацију надлежне здравствене установе, изврши упис промене података о полу у матичној књизи рођених, истовремено пропустила и да изврши своју „позитивну обавезу“ којом би ускладила правно са фактичким стањем и тако обезбедила подносиоцу уставне жалбе да након хируршке промене пола оствари права која му јемче и Устав Републике Србије и Европска конвенција. Тиме је, по оцени Уставног суда, повређено право подносиоца уставне жалбе на достојанство и слободан развој личности зајемчено чланом 23. Устава и право на поштовање приватног живота зајемчено чланом 8. Европске конвенције, те је стога у овом делу Уставни суд усвојио уставну жалбу, сагласно одредби члана 89. став 1. Закона о Уставном суду и одлучио као у тачки 1. изреке.

9. Уставни суд налази да се последице претходно утврђених повреда права подносиоца уставне жалбе делотворно могу отклонити налагањем стварно и месно надлежном органу, Општинској управи општине Z, да одлучи о захтеву подносиоца уставне жалбе за упис промене података о полу у матичној књизи рођених, а полазећи од ставова и тумачења одредаба Закона о матичним књигама које је Уставни суд изнео у овој одлуци. Имајући у виду значај зајемчених права за подносиоца уставне жалбе, Уставни суд налази да је потребно хитно деловање надлежног органа, те је стога одредио рок од 30 дана за одлучивање о захтеву и сагласно одредби члана 89. став 2. Закона о Уставном суду, одлучио као у тачки 2. изреке.

10. Испитујући основаност навода уставне жалбе о повреди начела забране дискриминације из члана 21. Устава, Уставни суд је констатовао да је суштина навода о повреди овог начела управо у томе што подносиоцу у правном смислу није призната промена пола. Како је Уставни суд ова питања претходно оценио и утврдио повреду права из члана 23. Устава и члана 8. Европске конвенције, то није сматрао за потребно да посебно оцењује наводе о повреди члана 21. Устава.

Поводом захтева подносиоца уставне жалбе за накнаду нематеријалне штете, Уставни суд је констатовао да се у конкретном случају Одлука Уставног суда којом је утврђена повреда наведених права гарантованих Уставом и Европском конвенцијом може сматрати примереним правичним задовољењем, уз последице које ће одлука имати у будућности.

Испитујући основаност захтева подносиоца уставне жалбе да се утврди да се, сагласно одредби члана 87. Закона о Уставном суду, ова одлука Уставног суда односи и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији као и подносилац, Уставни суд је констатовао да се наведена одредба Закона примењује у случају када се оспорени појединачни акт или радња, који су предмет уставне жалбе, односи на више лица, те да се у конкретном случају радња пропуштања одлучивања о захтеву за промену података о полу односи само на подносиоца уставне жалбе. Међутим, Уставни суд налази да је претходно утврђена повреда права подносиоца такве природе да извесно указује на постојање могућности да се, до законског регулисања права на промену пола, и друга лица могу наћи у истој правној ситуацији као и подносилац уставне жалбе. Стога је Уставни суд оценио да се ова одлука, као мера отклањања штетних последица, а у складу са чланом 89. став 2. Закона о Уставном суду, односи и на та лица.

С тим у вези, Уставни суд је одлучио да, на основу члана 108. Закона о Уставном суду, ову одлуку достави Министарству за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу, како би, као министарство надлежно за послове управе, са ставовима Уставног суда израженим у овој одлуци, упознао првостепене органе који решавају у управном поступку у области матичних књига.

11. Имајући у виду да Уставни суд, на основу члана 105. Закона о Уставном суду, може обавестити Народну скупштину о стању и проблемима остваривања уставности и законитости у Републици Србији, дати мишљења и указати на потребу доношења и измену закона и предузимања других мера ради заштите уставности и законитости, Уставни суд је одлучио да такву своју надлежност искористи и упути писмо Народној скупштини у коме ће указати на све аспекте проблема недостатка правне регулативе у случајевима постоперативних транссексуалаца. Овакво становиште Уставног суда утемељено је на одредбама члана 18. Устава којима се јемчи непосредна примена Уставом гарантованих права и утврђује обавеза законодавца да пропише начин остваривања гарантованих права, на одредбама члана 23. Устава којима се гарантује достојанство и слободан развој личности, као и на одредбама члана 8. Европске конвенције којима се гарантује право на поштовање приватног живота. Уставни суд ће Народној скупштини указати и на то да се у досадашњој пракси Европског суда за људска права, обликом кршења гарантованих права сматра и недоношење прописа којима се омогућава њихово оставривање. Тако је Европски суд у одлуци *L. против Литваније* (представка број 27527/03, пресуда од 11. септембра 2007. године), сматрајући да управни поступак или поступак пред редовним судовима не представљају ефикасна правна средства у ситуацијама када су кршења

људских права изазвана законом, или су његова директна последица, закључио: „Суд сматра да се подносилац представке жали на основу чланова 3, 8, 12. и 14. Конвенције у суштини на стање домаћег права, односно на недостатак закона који би му омогућио да заврши хируршки поступак прилагођавања пола и настави свој живот као особа мушког пола. Предмет жалби подносиоца представке је стога наводно пропуштање државе да поступи у складу са својим позитивним обавезама по наведеним одредбама Конвенције. Не постоји никаква индикација да би било какав домаћи поступак подносиоцу уставне жалбе омогућио делотворан приступ суду и у теорији и у пракси или да би имао разуман изглед на успех у отклањању наведених повреда“.

12. Уставни суд је, такође, одлучио да, на основу члана 108. Закона о Уставном суду, упути писмо Заштитнику грађана којим ће указати на поменуте проблеме недостатка правне регулативе којом би биле уређене правне последице у случајевима постоперативних транссексуалаца, како би, сагласно члану 18. Закона о Заштитнику грађана ("Службени гласник РС", бр. 79/05 и 54/07), иницирао, односно предложио законско уређивање наведених питања.

Уставни суд је, сагласно одредби члана 49. став 2. Закона о Уставном суду, одлучио да ову одлуку објави у "Службеном гласнику Републике Србије", имајући у виду значај који има за заштиту Уставом гарантованих људских права и грађанских слобода.

13. Сагласно изложеном, Уставни суд је на основу одредаба члана 42б став 1. тачка 1), члана 45. тачка 9) и члана 46. тачка 9) Закона о Уставном суду, одлучио као у изреци.

ПРЕДСЕДНИК ВЕЋА

др Драгиша Б. Слијепчевић

CM