



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ПРВ ОДДЕЛ

**СЛУЧАЈ НА X v. РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА**

*(Жалба број 29683/16)*

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

17 Јануари 2019

*Оваа пресуда станува правосилна под околностите предвидени во Член 44 § 2 од Конвенцијата. Може да биде предмет на редакциски измени.*

**Во предметот на Х v. Република Македонија,**  
Европскиот суд за човекови права (Прв Оддел) во Совет составен од:

Linós-Alexandre Sicilianos, *Претседател*,  
Aleš Pejchal,  
Krzysztof Wojtyczek,  
Pauline Koskelo,  
Tim Eicke  
Jovan Plevski,  
Gilberto Felici, судии,

и Abel Campos, *Секретар на Одделот*,

Расправаше на нејавна седница на 27 Ноември 2018 година

Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на истиот датум:

## ПОСТАПКА

1. Постапката започна со жалба (бр. 29683/16) против Република Македонија поднесена до Судот според Член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи („Конвенцијата“) од македонски државјанин, Х („жалителот“) на 23 Мај 2016 година. Потпретседателот на Одделот го усвои барањето на жалителот да не го обелодени неговото име (Член 47 став 4 од Деловникот на Судот). Почитувајќи ја неговата самоидентификација, Судот кон истиот ќе се обраќа во машки род.

2. Жалителот е застапуван од г-ѓа Н. Бошкова и г-дин Којокариу, адвокати од Скопје и Орпингтон, Велика Британија. Македонската влада („Владата“) е застапувана од нејзиниот агент г-дин К. Богданов, а потоа од неговиот наследник г-ѓа Д. Џонова.

3. Жалителот, кој е трансродово лице, се жалеше дека нема законска рамка и ефикасен лек за законско признавање на родот, и дека постои арбитраното и неоправдано наметнување на условот за подложување на генитална хирургија со цел да може лицето да ја промени својата ознака за пол/род во матичната евиденција.

4. На 10 март 2017 година, жалбените наводи беа доставени до Владата, а остатокот од жалбата беше прогласен за недопуштен, во согласност со член 54 став 3 од Деловникот на Судот. Исто така, беше одлучено дека треба да ѝ се даде приоритет на жалбата според Правилото 41 од Деловникот на Судот.

5. На 6 и 9 јуни 2015 година на Alliance Defending Freedom International (ADF) и, заеднички, Transgender Europe, the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), Trans Network Balkan (TNB) и Subversive Front им беше одобрено да се вмешаат во постапката (член 36 § 2 од Конвенцијата и Правилото 44 § 3).

## ФАКТИ

### I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАЈОТ

6. Жалителот е роден во 1987 година и живее во Скопје.

7. По раѓањето, жалителот бил регистриран како девојче, со јасно женско име. Жалителот наведе дека од рани години станал свесен за тоа дека тој е машко, а не женско. Неможејќи да добие соодветен медицински третман во тужената држава, во 2010 година жалителот отишол во специјалистичка клиника во Белград, каде што психолог и сексолог го дијагностицирале со дијагноза „транссексуалност“. Специјалистичкиот извештај издаден на 20 септември 2010 година вклучувал препорака дека барателот треба да се подложи на хормонска терапија со цел да се направи евентуална хируршка интервенција на гениталиите. Жалителот започнал да зема хормони за да го зголеми нивото на тестостерон.

8. На 1 јуни 2011 година, жалителот поднел барање за промена на неговото име и презиме. Со решение од 7 јуни 2011 година, Министерството за внатрешни работи го одобрило барањето и го регистрал жалителот под јасно машко име (жалителот, исто така, го променил и своето презиме). Набргу потоа, на жалителот му издал нова лична карта со новото име. Сепак, ознаката за пол/род и личниот матичен број (составен од десет цифри, од кои некои укажуваат на полот на лицето) останале исти, идентификувајќи го жалителот како женско лице.

9. На 5 јули 2011 година, жалителот поднел барање за корекција на полот/родот и матичниот број во неговиот извод од матичната книга на родените за да се покаже дека е маж. Во прилог на неговото барање доставил копии од медицинскиот извештај од страна на хирург на специјалистичка клиника во Белград (види параграф 7 погоре) и се повикал на трудот со наслов „Човекови права и родов идентитет“ од октомври 2009 година, издаден од страна на Комесарот за човекови права на Советот на Европа (види параграф 34 подолу) и Јогјакарта принципите за примена на Меѓународно право за човекови права во однос на сексуалната ориентација и родовиот идентитет.

10. Со одлука од истиот датум, Управата за водење матични книги („Управата“) - орган во состав на Министерството за правда („Министерството“) - го одбил барањето на жалителот, наведувајќи дека „немал потврда издадена од надлежен орган [што го потврдува фактот] дека полот на [жалителот] бил променет, барањето било поткрепено само со потврда дека се подготвува операција за промена на полот, што не може да се смета како доказ дека тоа ќе се случи“.

11. Жалителот поднел жалба до Министерството, наведувајќи дека немало законска одредба со која се регулирала материјата предмет на барањето. Операција за промена на полот била недостапна во тужената

држава и неоправдана во неговиот случај. Понатаму, таквото барање би го подложило на несакан медицински третман и стерилизација, што ги крши неговите права. Тој тврдел дека веќе е дијагностициран како транссексуалец, што е доволно за да се добие правно признавање на полот. Со решение од 17 октомври 2011 година, Министерството ја одбило жалбата, наоѓајќи дека оспореното решение било засновано на членот 23 од Законот за матичната евиденција („Законот“; според измените од 2016 година, оваа одредба стана член 22 (2) - види параграф 25 подолу) и дека доказите не биле „доволни и релевантни“ во однос на бараната промена.

12. Во ноември 2011 година, жалителот пред Управниот суд го оспорил одбивањето на пониските административни органи да го променат неговиот пол/род во изводот од матичната книга на родени. Тој тврдел дека немало законска одредба која пропишува или специфицира какви било услови за промена на ознаката за пол/род и матичниот број на лицето.

13. На 28 февруари 2013 година, Управниот суд го поништил решението на Министерството. Бидејќи барањето на жалителот не било во списите, судот не можел да утврди дали жалителот барал исправка или промена само на ознаката на полот/родот или исто така и на матичниот број, а за кој не било одлучувано во оспореното решение. Исто така, судот сметал дека Министерството било должно да ги наведе соодветните потребни докази и да даде временски рок за жалителот истите да ги обезбеди. Последно, судот утврдил дека Министерството не ги утврдило релевантните факти, ниту пак дало соодветни причини за својата одлука. Во оваа насока, навел дека член 23 од Законот за матична евиденција не прецизира никаков услов за промена на ознаката за пол/род; истиот само содржи инструкции за административните власти во врска со доказите кои треба да се прибават и ценат во такви постапки.

14. На 11 јуни 2013 година, жалителот бил подложен на двојна мастектомија (отстранување на градите) во Белград и продолжил со својата хормонална терапија.

15. Во продолжената постапка, Управата побарала од Институтот за судска медицина да го испита кандидатот. Како што се наведува во решението на Управата (види параграф 17 подолу) од 20 јуни 2014 година, Институтот за судска медицина изготвил извештај во кој се наведува: „Во однос на неговата мастектомија и тековна хормонална терапија, [жалителот] ги прикажува машките сексуални карактеристики кои влијаат на неговиот секојдневен живот. Иако не постои законска регулатива ... а втората генитална хирургија не е спроведена, [вештаците] сметаат дека на [жалителот] треба да му се обезбеди документ кој го потврдува неговиот нов пол ...“

16. Управата, исто така, побарала Министерството за здравство да ја наведе природата на потврдата и органот надлежен да ја потврди промената на полот на жалителот. Како одговор, Министерството за здравство изјавило дека процедурата за менување на полот не е

наведена во прописите поврзани со здравјето и сугерираше дека доказите за претходна медицинска интервенција на жалителот треба да бидат земени предвид.

17. На 29 декември 2014 година, Управата, кој се повикува на член 23 од Законот, го одбила барањето на жалителот за промена на ознаката на пол/род во изводот од матичната книга на родените, наведувајќи дека и покрај поднесените барања до надлежните органи, тие не прибавиле „доказ со кој ќе утврди фактичка состојба која укажува на промена на полот“.

18. Жалителот поднел жалба против тоа решение. На 16 октомври 2015 година, Министерството ја одбило жалбата и го потврдило решението на Управата.

19. На 11 ноември 2015 година, жалителот го оспорил ова решение пред Управниот суд, тврдејќи дека членот 23 од Законот не предвидува ниту еден услов за промена на пол/род во документите од матичната евиденција. Тој, исто така, тврдел дека Управата имала овластување да ја води матичната евиденција и соодветно да одлучува по ова прашање. Жалителот исто така, се повикал на судската пракса на Судот во врска со ова прашање.

20. На 28 април 2017 година, Управниот суд го поништил решението на Министерството бидејќи истото не ги доставило списите по предметот.

21. На 28 февруари 2018 година, Управата го отфрлила барањето на жалителот поради ненадлежност, сметајќи дека не се однесува на исправка на грешка во записот, туку на промена на ознаката за пол/род во матичната евиденција. На 13 јули 2018 година, Државната комисија која станала надлежна да одлучува за такви прашања во втор степен, ја потврдила таа одлука. Постапката пред Управниот суд е во тек.

22. Жалителот поднел неколку извештаи од 2012 и 2016 година во кои психолози наведуваат дека долготрајната постапка во однос на барањето за законско признавање на родовиот идентитет на жалителот, имало негативни последици врз неговото психосоцијално и ментално здравје и секојдневниот живот.

## **II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО И ПРАКСА**

### **A. Уставот**

23. Според член 8 (2) од Уставот, сè што не е забрането со Уставот и законите е дозволено.

### **Б. Закон за матична евиденција**

24. Според член 2 од Законот, Управата за водење на матични книги има надлежност за водење на матична евиденција.

25. Членот 22 (2) од Законот предвидува дека до заклучувањето на запишувањето во матичните книги, исправка на грешките врши

матичарот, а по нивното заклучување исправка се врши само врз основа на решение.

#### **В. Закон за личното име**

26. Според членот 5 од Законот за личното име, секое лице може да поднесе барање за промена на неговото или нејзиното име и презиме.

27. Член 6 од Законот предвидува дека нема да му се одобри промена на личното име на лице против кое се води кривична постапка за кривично дело кое се гони по службена должност, и кое сè уште не ја отслужило својата казна. Таквото барање нема да му се одобри и на лице кое не ги исполнило имотните или други брачни и родителски обврски пропишани со закон. Министерството за внатрешни работи е одговорно за прибавување релевантни докази и информации во врска со ова прашање.

28. Член 7 предвидува дека барањето за примена на лично име треба да се достави до Министерството за внатрешни работи, кое одлучува по истото во рок од триесет дена.

#### **Г. Законот за судови**

29. Член 8 (2) од Законот за судовите предвидува дека судот не може да одбие барање на граѓанин кое се должи на правна празнина во законот; туку, одлучува за истото врз основа на општите принципи на правото, освен ако тоа е експлицитно забрането со закон.

#### **Е. Релевантна судска пракса**

30. Во две пресуди од 25 септември и 2 октомври 2017 година (У-6.бр.909/2015 и Уи.бр.16/2017), Управниот суд им го признал новиот родов идентитет на две пост-оперативни трансродови лица кои имале „Male to female transgenderism“ медицинска интервенција и им наредил на релевантните административни органи да го регистрираат новиот пол на подносителите во матичната евиденција и да ги променат нивните матични броеви соодветно. Според Владата, Управата била должна да ја промени ознаката за полот/родот во нивните изводи од матичната книга на родени врз основа на тие пресуди.

### **Ш. МЕЃУНАРОДНИ МАТЕРИЈАЛИ**

#### **А. Комитет на министри на Советот на Европа**

*Препорака CM / Rec (2010) 5 на Комитетот на министри до членките за мерки за борба против дискриминацијата врз основа на сексуална ориентација или родов идентитет, 31 март 2010 година.*

31. Релевантните делови од Препораката гласат:

„IV Право на почитување на приватниот и семејниот живот

...

21. Земјите-членки треба да преземат соодветни мерки за да го гарантираат целосното правно признавање на промената на полот на лицето во сите области од животот, особено овозможувајќи промена на името и полот во официјалните документи во брза, транспарентна и достапна постапка; земјите-членки, исто така, треба да обезбедат, каде што е прифатливо, соодветно признавање и промени од страна на недржавни органи во однос на важни документи, како образовни или работни сертификати.“

## **Б. Парламентарно собрание на Советот на Европа**

*1. Резолуција 2048 (2015) за „Дискриминација против трансродовите лица во Европа“, 22 април 2015 година*

32. Релевантните делови од Резолуцијата гласат:

„6. ... Собранието ги повикува земјите-членки:

...

6.2. што се однесува до законско признавање на родот:

6.2.1. да развиваат брзи, транспарентни и достапни постапки, засновани на самоопределување, за промена на името и регистрираниот пол на трансродовите лица во изводите од матичната книга на родени, лични карти, пасоши, образовни сертификати и други слични документите [и] да ги направат овие постапки достапни за сите луѓе кои сакаат да ги користат, без оглед на возраста, медицинскиот статус, финансиската состојба или полициската евиденција;

... “

*2. Резолуцијата 1728 (2010) со наслов „Дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет“, 29 април 2010 година*

33. Релевантните делови од Резолуцијата гласат:

„16. Како резултат на тоа, Собранието ги повикува земјите-членки да ги решаваат овие прашања, а особено за:

...

16.11. да одговорат на конкретната дискриминација и кршењето на човековите права со кои се соочуваат трансродовите лица, а особено, во законодавството и во практиката, да обезбедат нивно право до:

...

16.11.2. официјалните документи кои го одразуваат посакуваниот родов идентитет на поединецот, без претходна обврска да се подложат на стерилизација или други медицински постапки како хирургија за промена на половите и хормонална терапија;

... “

## **В. Висок комесар на Обединетите нации за човекови права**

*Дискриминаторски закони и практики и акти на насилство против поединци врз основа на нивната сексуална ориентација и родов идентитет (А / HRC / 19/41), 17 ноември 2011 година*

34. Релевантните делови од горенаведениот извештај гласат:

„Г. Родово признавање и прашања поврзани со нив

71. Во многу земји, трансродовите лица не се во можност да добијат законско признавање на нивниот посакуван род, вклучувајќи промена на евидентираните пол и име во државните документи за идентификација. Како резултат на тоа, тие се соочуваат со многу практични тешкотии, вклучувајќи и при аплицирање за вработување, домување, банкарски кредит или државни бенефиции, или кога патуваат во странство.

...

73. Комитетот за човекови права изрази загриженост во врска со недостатокот на можност за законско признавање на идентитетите на трансродовите лица. Комитетот ги повика државите да го признаат правото на трансродовите лица да го променат својот род преку одобрување на издавање на нови изводи од матичната книга на родените и со забелешка да се донесе законодавство кое го олеснува правното признавање на промена на полот.

...

### **VII. Заклучоци и препораки**

...

84. Високиот комесар препорачува земјите-членки:

...

(ж) да го олеснат законското признавање на посакуваниот род на трансродовите лица и да воспостават можности со кои дозволуваат повторно издавање на релевантни документи за лична идентификација со посакуваниот род и име, без прекршување на другите човекови права.

... “

## **IV. ДРУГИ МАТЕРИЈАЛИ**

**Трансродова Европа, „Карта на Европа за транс права 2018“ објавена на 14 мај 2018 година**

35. Може да се види од документот под наслов „Карта на Европа за транс права 2018“, објавен од невладината организација Трансгендер



Европа, дека законското признавање на родовиот идентитет на трансродовите лица не е можно во седум земји-членки на Советот на Европа (Албанија, Андора, Кипар, Лихтенштајн, Монако, Сан Марино и Република Македонија). Во документот, исто така, јасно е наведено дека признавањето, дури и онаму каде што е можно, е предмет на различни правни барања, како што се стерилизација, задолжителна медицинска интервенција или проценка на менталното здравје, развод или старосни ограничувања.

## ПРАВО

### I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 8 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

36. Жалителот се жалел според членот 8 од Конвенцијата на недостаток на правна рамка за законско признавање на неговиот родов идентитет и на условот, кој нема основа во домашното право, тој да е подложен на генитална хируршка интервенција како предуслов за да му се признае тој да се идентификува со неговиот (машки) род. Според член 13, жалителот навел дека немал ефективен правен лек. Судот смета дека вториот жалбен навод е опфатен во наводот на жалителот за недостатокот на правна рамка за признавање на родот и соодветно ќе биде анализиран. Член 8 од Конвенцијата гласи:

„1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.“

#### A . Допуштеност

##### 1. Применливост на членот 8 од Конвенцијата

37. Во конкретниот случај жалителот ги формулирал неговите жалбени наводи под членот 8 од Конвенцијата, а Владата не ја оспори применливоста на таа одредба.

38. Судот не гледа причини да заземе поинаков став. Право на почитување на приватниот живот според членот 8 од Конвенцијата се однесува на родовиот идентитет, како компонента на личниот идентитет. Ова важи за сите поединци, вклучително и трансродовите лица, како жалителот, кои не биле подложени на третман за промена на полот, или кои не сакаат да се подложат на таков третман (види *A.P., Garçon u Nicot v. France*, број 79885/12 и 2 други, §§ 92-94 ЕСЧП 2017 (извадоци)).

39. Според тоа, аспектот на „приватен живот“ од член 8 од Конвенцијата е применлив во конкретниот случај, кој се однесува на барањето на жалителот ознаката за неговиот пол/род да биде изменета во матичната евиденција.

## 2. Неискористување на домашните правни лекови

### (а) Поднесоци на страните

40. Владата тврдеше дека оспорената постапка била сè уште во тек и дека не може да се извлече заклучок за нејзиниот исход. Владата наведува дека: „[Правно е можно] постапката да заврши со одлука за основаноста... би било погрешно да се смета предвреме дека конечниот исход на случајот ќе биде неуспешен“. Поради оваа причина, тврдеше дека жалбата е преуранета.

41. Жалителот го оспори приговорот на Владата. Оспорената постапка, која се однесува на неговото барање да се направи промена на неговиот пол/род во матичната евиденција од женски во машки, траела повеќе од седум години и немало индикации дека ќе биде завршена во блиска иднина. Поради тоа, бараше Судот да одлучи за случајот.

### (б) Проценка на Судот

42. Општите принципи во врска со правилото за исцрпување според член 35§ 1 од Конвенцијата се утврдени во *Вучковиќ и други против Србија* (види *Вучковиќ и други против Србија* (прелиминарен приговор) [GC] (број 17153/11 и 29 други, §§ 70-77, 25 март 2014 година, со понатамошни референци, во особено на *Акдивар и други против Турција*, 16 септември 1996, Извештаи за пресуди и одлуки 1996-IV).

43. Во тој контекст, Судот смета дека е соодветно да се повтори дека според „општо признатите правила на меѓународното право“ може да постојат посебни околности кои го ослободуваат жалителот од обврската да ги исцрпи домашните правни лекови кои му стојат на располагање (види *Вучковиќ и други, наведени погоре*, § 73 и *Акдивар и други*, цитирани погоре, § 67). Прекумерната должина на домашните постапки може да претставува посебна околност која ќе ги ослободи жалителите од исцрпување на домашните лекови кои им стојат на располагање (види *М. и М. против Хрватска*, бр. 10161/13, § 174, ЕКЧП 2015 (извадоци) и *Шоргиќ против Србија*, бр. 34973/06, § 55, 3 ноември 2011).

44. Осврнувајќи се на конкретниот случај, Судот забележува дека оспорените постапки кои жалителот ги наведува за да добие надомест

на штета во однос на ситуацијата на која тој се жали пред Судот, досега траеле повеќе од седум години и сè уште не е возможно да се предвиди кога тие ќе завршат. Треба да се истакне дека долготрајното постапување по барањето на жалителот и неможноста да се добие законско решение за признавањето на посакуваниот род, како што е наведено од страна на психолозите (види параграф 22 погоре), има долгорочни негативни последици за менталното здравје на жалителот.

45. Судот затоа смета дека, имајќи ја предвид природата и посебната ситуација на жалителот, кој постојано се соочува со ситуација која е навистина штетна за неговиот приватен живот, не може да се очекува тој сè уште да го чека исходот на оспорената постапка (види *Х против Германија*, бр.6699/74, Одлука на Комисијата од 15 декември 1977 година, Одлуки и извештаи (ДР)11, стр. 16 и 24).

46. Според тоа, Судот го отфрла прелиминарниот приговор на Владата за неискористување на домашните правни лекови.

### *3. Неисполнување на правилото од шест месеци*

#### **(а) Наводи на страните**

47. Што се однесува до жалбата на жалителот за наводниот недостаток на јасни правни процедури за признавање на родовите, Владата тврди дека жалителот не го почитувал рокот од шест месеци, кој според нив почнал да тече кога тој станал свесен или можел да стане свесен за постоењето на околностите за кои се жали. Според Владата, тоа било долго време пред поднесената жалба пред Судот - имено, пред жалителот да ги започне оспорените домашни постапки.

48. Жалителот го оспори приговорот на Владата, тврдејќи дека, и покрај недостатокот на јасна регулатива за постапката за признавање на родовите, применливото законодавство (параграфи 23, 25 и 29 погоре) претставува доволна правна основа за да се одлучи за основаноста на неговото барање. Понатаму, Конвенцијата е директно применлива и домашните судови можеле да се потпрат на релевантната судска пракса на Судот. Крајно, тој тврдеше дека од него било побарано да ги искористи достапните домашни правни лекови пред да поднесе жалба до Судот.

#### **(б) Проценка на Судот**

49. Рокот од шест месеци според членот 35 став 1 од Конвенцијата ги одбележува временските граници на надзорот што го вршат органите на Конвенција и им укажува на поединците и државните органи за периодот над кој таквиот надзор повеќе не е возможен. По правило, шестмесечниот период трае од датумот на конечната одлука во процесот на исцрпување на домашни правни лекови. Онаму каде што е јасно од самиот почеток, сепак, дека на жалителот не му е

достапен ефективен правен лек, тој период трае од денот на донесување на актите или мерките за кои се жали, или од датумот кога жалителот дознал за истите, или за нивното влијание или неправдата кон него или неа. Кога жалителот се повикува на очигледно постојниот лек и единствено подоцна станува свесен за околностите што го прават лекот неефикасен, може да биде соодветно за целите од членот 35 став 1 периодот од шест месеци да започне да тече од датумот кога жалителот за првпат станал свесен или требало да стане свесен за тие околности (види *Ел-Масри против Република Македонија*[GC], бр. 39630/09, §§ 135 и 136, ЕКЧП 2012).

50. Судот го забележува дека аргументот на Владата дека жалбата на жалителот била поднесена ненавремено, тврдејќи дека шестмесечниот временски рок треба да се смета дека започнал да тече кога жалителот првпат станал свесен или можел да биде свесен за околностите за кои се жали, што според нив било пред да ја покрене оспорената постапка. Досега овој аргументот може да се толкува како оспорување на ефективност на лекот користен од жалителот, што е навидум во спротивност со нивните наводи дека не може предвреме да се смета дека оспорената постапка нема да вроди со плод (види параграф 40 погоре). Сепак, Судот не го прифати приговорот на Владата по овој основ поради следните причини.

51. Треба да се напомене дека жалителот во пракса не бил спречен на било кој начин да го достави неговото барање за промена на ознаката на пол/род во матична евиденција пред домашните органи. Впрочем, случајот бил поднесен до Управниот суд, кој два пати одлучил во насока на уважување на барањето на жалителот и враќање на предметот на повторно одлучување од страна на управните органи. Првично, наводите на органите биле засновани на членот 22 (2) (поранешен член 23) од Законот и се однесувале на отсуството на документирани докази што ја потврдуваат фактичката состојба за промена на полот. Откако околностите на жалителот се промениле, Управата наложила медицинско испитување на жалителот исклучиво за целите на оспорената постапка (види параграфи 15 и 16 погоре). Дури во последното решение од 28 февруари 2018 година - имено повеќе од шест и пол години по поднесувањето на барањето на жалителот - Управата изјавила дека нема овластување да одлучува за барањето. Тоа решение не е правосилно, бидејќи жалбените постапки сè уште се во тек.

52. Горенаведеното, според мислењето на Судот, покажува дека напорите на домашните органи, вклучувајќи ги и судовите, да одлучуваат за барањето на жалителот и да ги постават релевантните правни принципи во врска со прашања кои, во отсуство на која било претходна домашна јуриспруденција, се чинат необични кога се работи за донесување на пресуда. Судот забележува дека Управниот суд прифатил барања идентични на оние на жалителот во конкретниот случај, очигледно под различни фактички околности, но одлучувал по истиот закон (види параграф 30 погоре).

53. Според тоа, Судот смета дека не е неразумно тоа што жалителот одлучил да продолжи со оспорениот правен лек со цел да ја дефинира својата положба на домашно ниво пред да ја поднесе својата жалба до Судот. Ова е во согласност со принципот на супсидијарност, според кој најдобро е споровите да се решаваат, колку што е тоа можно, на домашно ниво. Во интерес е на жалителот и за ефективноста на системот на Конвенцијата, домашните органи, кои се во најдобра позиција да го сторат тоа, да дејствуваат со цел да ги решат било кои наводни повреди на Конвенцијата (види *Ел Масри*, цитиран погоре, § 141).

54. Во такви околности, и имајќи ја предвид заложбата и интересот прикажан од жалителот во постапката, Судот го отфрла приговор на Владата дека жалбата на жалителот е поднесена ненавремено.

#### 4. Заклучок

55. Бидејќи не се утврдени други основи за прогласување на жалбата за недопуштена, истата мора да биде прогласена за допуштена.

### Б. Основаност

#### 1. Поднесоци на странките

56. Жалителот тврдеше дека постапката за промена на ознаката за полот/родот во матична евиденција не е регулирана со закон, ниту пак постои судска пракса во однос на ова прашање. Законот не прави разлика помеѓу исправка и промена на записите во јавните податоци. Предметниот случај потврди дека не постоела „брза, транспарентна и достапна“ законска процедура за признавање на родовите во тужената држава. Покрај тоа, властите произволно создале и му наложиле услов за хируршка интервенција. Повикувајќи се на случајот *A.P., Garçon and Nicot* (цитиран погоре), жалителот тврдеше дека наложувањето на таквиот услов претставува повреда на правото на почитување на приватниот живот согласно член 8. Овој случај постави преседан дека трансродовите лица не треба да бидат принудени да избираат помеѓу нивното право на телесен интегритет и правото да имаат законски признат родов идентитет. Спротивно на овој принцип, од него се барало да биде подложен на генитална хирургија иако (i) немало законска основа и (ii) не било оправдано.

57. Владата тврдеше дека исправките и измените на податоците во матичните книги биле регулирани со Закон. Според членот 22 став 2 од Законот, до заклучување на запишувањето во матичните книги исправка на грешките врши матичарот, а по нивното заклучување исправка се врши само врз основа на решение. Тие ги оспориле аргументите на жалителот дека од него се барало да изврши

интервенција за целосна трансформација со цел да се направи промена во ознаката на неговиот пол/род. Сепак, не постои можност ознаката за неговиот пол/род, за разлика од неговото лично име, да се измени врз основа на самоопределување или спротивно на одлучувачките биолошки карактеристики. Дури и да се претпостави дека таква измена е законски можна, ќе предизвика многу практични проблеми како за луѓето на кои се однесува, така и за другите. Владата изјави дека условите за законско признавање на родот варираат меѓу државите. Во отсуство на европски консензус за условите под кои ознаката за пол/род би можела да се смени во матичната евиденција, државите треба да имаат поширока маргина на уважување за регулирање на ова прашање и за постигнување правична рамнотежа помеѓу индивидуалните и општите интереси.

## *2. Опсервации на трети лица – замешувачи*

### **(а) АДФ Интернационал**

58. Третото лице-замешувач тврдеше дека земјите-членки значително се разликувале во нивниот пристап кон прашањата за правниот статус за полот и промените во нив. Судот препознава дека тие имаат широка маргина на уважување за регулирање на вакви прашања. Понатаму, имало разновидни медицински и психијатриски мислења за природата на транссексуализмот и хируршкиот третман. Соодветно, не може да се толку дека членот 8 диктира земјите-членки да следат единствена пракса за прашања во врска со управната постапка кои се однесуваат на промени во правниот статус на родот. Условот за „интервенција за целосна трансформација” исто така има различни практични импликации и не може да се смета за едноставно произволно и неосновано барање според законот.

59. Заради овие причини, потребно е да се примени внимателен пристап кон барањата за правно признавање на промените и препознаениот идентитет, без никаков медицински или хируршки третман. Прифаќањето на ваквите тврдења би довело значителна несигурност и би значело дека од државите ќе се бара официјално да ги признаат промените само врз основа на самоопределување.

60. АДФ заклучи дека кога со еден случај, како што е конкретниот, се покренуваат основни прашања во врска со дефинициите кои имаат последици во сферите на етиката, психологијата и медицината, државите треба да уживаат широка дискреција во дефинирањето на правилата насочени кон постигнување рамнотежа помеѓу спротивставените индивидуални и општи интереси кои се во прашање. Начинот на кој државите се осврнуваат на трансродовите прашања зависи од специфичните карактеристики на домашната средина.

**(б) Заеднички тврдења на Transgender Europe (TGEU), Европскиот регион на меѓународното лезбејско, геј, бисексуално, транс и интерсексуално здружение (ILGA-Europe), Транс Мрежа Балкан (TNB) и Субверизвен Фронт**

61. Замешувачите укажаа на релевантната судска пракса на Судот во однос на правата на трансродовите поединци да имаат законски признат родов идентитет. Тие се осврнаа на компаративните информации за состојбата во различни земји-членки на Советот на Европа (види параграф 35 погоре), што со оглед на неодамнешните случувања, укажа на јасен тренд кон поголема автономија на поединците во законските постапки за признавање на родот. Реформите што беа во тек, беа одраз на фактот дека европскиот стандард за „брзи, транспарентни и достапни“ правни процедури за признавање на родот „врз основа на самоопределување“, како што е претставено во документите на Советот на Европа (параграф 31-33 погоре), беа спроведени во пракса. Осврнувајќи се на случајот *A.P., Garçon and Nicot* (цитиран погоре) тие тврдеа дека законското признавање на родот не треба да зависи од операцијата за промена на полот или од хормонскиот третман.

62. Тие тврдеа дека недостатокот на законско регулирање на правните процедури за признавање на родот во тужената држава, создава состојба на неизвесност за трансродовите лица, олеснета во корист на неконзистентни практики што се создаваат и применуваат од страна на домашните власти. Понатаму, има ограничен пристап до транс-специфичната здравствена заштита, која го попречува секој медицински третман (недостапен во тужената држава) со цел да се признае родовиот идентитет.

*3. Проценка на Судот*

**(а) Прелиминарни забелешки: Дали случајот се однесува на попречување или позитивна обврска**

63. Судот претходно сметал дека иако суштинскиот предмет на член 8 е да ги заштити поединците од произволното мешање на јавните власти, тој може исто така да наметне одредени позитивни обврски кон државата за да обезбеди ефективно почитување на правата заштитени со членот 8. Овој член им наметнува на државите позитивна обврска да им обезбедат на своите граѓани ефективно право на почитување на нивниот физички и психолошки интегритет. Оваа обврска може да вклучува усвојување на конкретни мерки, вклучувајќи ја и одредбата за ефективни и достапни средства за заштита на правото на почитување на приватниот живот. Ваквите мерки може да вклучуваат и обезбедување на регулаторна судска рамка и машинерија за извршување што ги штити правата на поединците и спроведувањето,

кога е соодветно, на овие мерки во различен контекст (види *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, §§ 62 и 63, ECHR 2014).

64. Судот забележува дека наводите на жалителот се однесуваат на наводниот недостаток на регулаторна рамка за законско признавање на родовите и наводното барање таквото признавање да е условено со комплетна хируршка интервенција на полот.

65. Имајќи ги предвид фактите на случајот и поднесоците на странките, Судот смета дека основното прашање кое треба да се утврди е дали тужената држава не успеала да ја исполни својата позитивна обврска да воспостави ефективна и достапна постапка, со јасно дефинирани услови за обезбедување на правото на жалителот на почитување на неговиот приватен живот, како што е дефинирано погоре (види параграфи 38 и 39 погоре). Одговорот на тоа прашање ќе биде одлучувачки за другиот аспект на жалбата на жалителот - имено, дека наводно бил принуден да изврши хируршка интервенција за промена на полот со цел да изврши промена на ознаката на неговиот пол/род во матичната книга на родени. Ова е така со оглед на фактот дека тој аспект се однесува на специфичен услов кој, наводно, бил наметнат од страна на властите, а кој треба да го исполни жалителот, како пре-оперативен транссексуалец кој извршил делумна хируршка интервенција.

#### **(б) Усогласеност со позитивната обврска на државата**

66. Релевантните конвенциски принципи се сумирани во пресудата на Судот во случајот *Hämäläinen* (цитиран погоре, §§ 65-67).

67. Осврнувајќи се на конкретниот случај, Судот забележува дека не постои одредба во домашниот закон што експлицитно дозволува промена на ознаката за пол/род во матичната евиденција, за разлика од правото за промена на личното име. Понатаму, законодавството не наметнува никакви услови кои треба да бидат исполнети или процедури кои треба да се следат. Тоа е потврдено и од страна на Управниот суд (види параграф 13 погоре). Слично на тоа, нема одредба која јасно го наведува органот кој има надлежност да одлучува за такво барање (за разлика од барањето за промена на лично име – види параграф 28 погоре). Дека тужената држава нема регулаторна рамка во врска со законското признавање на промената на полот беше потврдено од релевантни меѓународни форуми (види параграфи 35 и 61 погоре) и потврдено од Судот во својата анализа на компаративното право (*Hämäläinen*, цитиран погоре § 32). Истото се чини дека е потврдено и во оспорените постапки (види параграфи 13, 16 и 16 погоре).

68. Без оглед на горенаведеното, Судот ќе го испита аргументот на Владата дека требало да се смета дека Законот поставил доволна и ефективна правна основа за предметното прашање. Во оваа насока,



Владата истакна дека Законот - конкретно членот 22 став 2 - дозволува исправки и промени на записите во матичните книги и доверена ѝ е надлежност на Управата да одлучува за двете прашања на два различни начини: исправка на грешките може да се врши директно од Управата, а записите може да се променат врз основа на решение донесено од надлежен орган, како предуслов за бараната промена. Бидејќи жалителот се обидел да го промени полот кој бил назначен при раѓање и евидентиран како таков во матичната книга на родените, се чини дека тоа се разгледувало според втората постапка опишана погоре. Тоа бил пристапот применет од Управата, која во два наврати одбила да изврши промена на ознаката за полот/родот на жалителот од женски во машки пол, како резултат на отсуство на материјален (писмен) доказ со кој би се потврдила промената на полот (види параграфи 10 и 17 погоре). Сепак, Управата не го прецизирала видот на таквиот доказ и покрај тоа што биле поднесени барања до надлежните органи за информации во врска со ова (види параграф 16 погоре). Управниот суд се осврнал на тој пропуст при враќање на случајот на повторно разгледување (види параграф 13 погоре). Судот придава важност на фактот дека Владата не презентираше никакви докази дека овие прашања, вклучувајќи ја и постапката за добивање на релевантен доказ, се регулирани со закон или дека постои востановена судска пракса во врска со ова прашање. Како што може да се заклучи од поднесоците на Владата, дека во признавањето на новиот родов идентитет Управниот суд се потпира на спроведувањето на бараната промена од страна на Управата (види параграф 30 погоре), треба да се забележи дека судот не одлучувал за основаноста на случајот на жалителот, иако тоа го испитувал во два наврати (види параграфи 13 и 20 погоре). Крајно, не е без значење дека Управата во своето последно решение од 28 февруари 2018 година – имено тоа е шест и пол години по поведувањето на оспорената постапка – изјавила дека нема надлежност да одлучува по барањето на жалителот (види параграф 22 погоре).

69. Сето погоре е доволно за Судот да заклучи дека моменталната регулаторна рамка во тужената држава по однос на правното признавање на родот, остава бројни значајни прашања neodговорени. Помеѓу нив, е и прашањето за постоењето и природата на некаков услов кој жалителот треба да го исполни со цел да може да изврши промена на ознаката за пол/род во матичната евиденција. Како што е забележано во параграф 67 погоре, домашното право не го адресира ова прашање. Понатаму, тоа не беше аргументирано - и на Судот не му беше претставен никаков доказ - дека има било каква (а уште помалку утврдена) јуриспруденција што специфицира некое такво барање. Жалителот се жалеше дека бил принуден да преземе комплетна хируршка промена на родот за да му биде променета ознаката за пол/род во изводот од матичната книга на родени. Претпоставувајќи дека раните наводи на управните органи можеби укажаа на таков заклучок, Судот

забележува дека не е завземен дефинитивен став по ова прашање. Треба да се забележи дека барањето на жалителот да му се додели нова ознака на машки пол/род не било конечно одбиено и оспорената постапка сè уште е во тек (види, обратно, *Hämäläinen*, цитирана погоре, § 64). Според тоа, и имајќи ги предвид аргументите наведени погоре, било каков заклучок за тоа дали на жалителот, како предоперативен трансексуалец кој претрпел делумна хируршка интервенција, ќе му биде дозволено правно признавање на посакуваниот род, би се преточил блиску до шпекулација.

70. Судот наоѓа дека околностите на случајот откриваат правни празнини и сериозни недостатоци кои го ставаат жалителот во ситуација на вознемирувачка несигурност *vis-à-vis* неговиот приватен живот и признавање на неговиот идентитет. Како што е истакнато погоре (види параграфи 22 и 44), долготрајното постапување по барањето на жалителот, за кое домашните органи носат единствена одговорност, има долгорочни негативни последици врз неговото ментално здравје. Горенаведените ставови се доволни да му овозможат Судот да заклучи дека сегашната законска рамка во тужената држава не обезбедува „брзи, транспарентни и достапни постапки“ за менување на регистрираниот пол во изводот од матичната книга на родени за трансродовите лица (види параграфи 31 и 32 погоре).

71. Во светло на горенаведените размислувања, Судот заклучува дека постои повреда на членот 8 од Конвенцијата поради недостигот на законска рамка со која се обезбедува правото на почитување на приватниот живот на жалителот (види параграфи 38 и 39 погоре).

## II ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

72. Членот 41 од Конвенцијата предвидува:

„Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините протоколи, и ако внатрешното право на заинтересираната Висока страна договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот и дава на оштетената страна, доколку е потребно, правично задоволување.“

### A. Надомест на штета

73. Жалителот побара 23,650 евра на име материјална штета. Овој износ ја опфаќа изгубената добивка (со оглед на неговите ограничени можности за вработување), трошоците за лекарски прегледи, веќе реализираните (види параграф 14 погоре) и можните идни интервенции (комплетна хируршка промена на полот). Во прилог беа доставени примероци од фактури. Тој исто така побара 10.500 евра на име нематеријална штета за претрпениот стрес, анксиозност, страв и понижување. Во врска со ова, тој поднесе психијатриски извештај од 4 ноември 2017 година, кој ги потврди претходните наоди во врска со

негативните последици на тековните постапки врз неговото психосоцијално и ментално здравје (види параграф 22 погоре).

74. Владата ги оспори ваквите побарувања како неосновани и прекумерни и тврдеше дека нема причинско-последична врска помеѓу побараната материјална штета и наводните повреди.

75. Судот не согледува никаква причинско-последична врска помеѓу утврдената повреда и бараната материјална штета; затоа го отфрла ова барање. Од друга страна, му доделува на жалителот 9.000 евра за нематеријална штета, плус било какви давачки кои може да бидат наплатени на овој износ.

### **Б. Трошоци**

76. Жалителот не побара надомест на било какви трошоци. Согласно тоа, Судот не доделува никаква сума во тој поглед.

### **В. Затезна камата**

77. Судот смета дека е соодветно затезната каматна стапка да се заснова на најниската каматна стапка за позајмени средства на Европската централна банка, на која треба да се додадат три процентни поени.

## **ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ**

1. *Ја прогласува*, со мнозинство, жалбата за допуштена;
2. *Смета*, со пет гласа наспроти два гласа, дека има повреда на Член 8 од Конвенцијата поради недостаток на регулаторна рамка која обезбедува право на почитување на приватниот живот на жалителот;
3. *Одлучува*, со пет гласа наспроти два гласа,
  - (а) дека тужената држава треба да му исплати на жалителот, во рок од три месеци од денот на правосилноста на одлуката согласно член 44 § 2 од Конвенцијата, износ од 9,000 евра (девет илјади евра), зголемени за секоја такса која може да биде наплатена, во противвредност во домашната валута на тужената држава по среден курс применлив на денот на исплатата;
  - (б) дека по истекот на горенаведениот рок од три месеци до исплатата ќе се плати единствена камата на горенаведениот износ по стапка еднаква на најниската каматна стапка на позајмени средства на Европската централна банка во периодот на плаќање плус три процентни поени;

4. *Го отфрли*, едногласно, остатокот од жалбата на жалителот за справедлив надомест.

Изготвено на Англиски јазик, и објавено во писмена форма на 17 јануари 2019 година, согласно Правилото 77 §§ 2 и 3 од Правилата на Судот.

Abel Campos  
Секретар

Linus-Alexandre Sicilianos  
Претседател

Во согласност со Член 45 § 2 од Конвенцијата и Правилото 74 § 2 од Правилата на Судот, заедничкото одвоено мислење на Судиите Pejchal и Wojtyczek е приложено кон оваа пресуда.

L.A.S.  
A.C.

ИЗДВОЕНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ РЕЈСНАЛ  
И ВОЈТУСЗЕК

1. Со сета почит, ние не се согласуваме со ставовите на мнозинството дека (i) жалбата е допуштена и дека (ii) има повреда на член 8 од Конвенцијата поради недостаток на регулаторна рамка која обезбедува право на почитување на приватниот живот на жалителот.

**I. Прашањето за применливост на член 8 во конкретниот случај**

2. Ги објаснивме нашите ставови во врска со толкувањето на Европската конвенција за човекови права воопшто и член 8 од Конвенција особено во нашето издвоено мислење приложено кон пресудата од 14 декември 2017 година во случајот на *Orlandi and Others v. Italy* (nos. 26431/12 and 3 others, 14 декември 2017). Би сакале тука да повториме дека овластувањата на Судот се ограничени на обезбедување на почитување на обврските преземени со меѓународен договор, имено Конвенцијата и Протоколите кон истата (Член 19), што е само прв чекор за колективно спроведување на одредени права утврдени во Универзалната декларација за човекови права (види ја Преамбулата на Европската конвенција за човекови права). Дотолку повеќе, во Европа која се придржува до идеалите на владеењето на правото и демократијата, текстот на Конвенцијата е непроодна граница за овластувањата на Европскиот суд за човекови права. Не е во согласност со овластувањата на судското тело да предизвика или да ги засили општествените промени по пат на „еволутивно толкување“ на Конвенцијата.

3. Мнозинството ја издвои нивната методологија во конкретниот случај со следниве услови во став 65, *in principio*.

„Имајќи ги предвид фактите на случајот и поднесоците на странките, Судот смета дека основното прашање кое треба да се утврди е дали тужената држава не успеала да ја исполни својата позитивна обврска да воспостави ефективна и достапна постапка, со јасно дефинирани услови за обезбедување на правото на жалителот на почитување на неговиот приватен живот, како што е дефинирано погоре (види параграфи 38 и 39 погоре) ...“.

Овој став предизвикува два приговори. Прво, забележуваме дека прифатениот пристап се заснова на забуна помеѓу прашања од процесно право (упатување на „ефективна и достапна постапка“) и прашања од материјалното право (барањето за „јасно дефинирани услови за обезбедување на правото на жалителот да го почитува неговиот приватен живот“). Вториот мора јасно да се разликува од првиот.

Второ, мнозинството упатува на „почитување на неговиот приватен живот, како што е дефинирано погоре“ (со додадено нагласување). Навистина, проценка за тоа дали тужената држава успеала или не успеала да ја испочитува позитивната обврска, претпоставува доволно јасна и прецизна дефиниција за содржината на конвенциското право, а особено за позитивните обврски опфатени во него. За жал, мнозинството не предлага таква дефиниција во образложението.

5. Во врска со значењето на член 8, мнозинството го наведува следново во ставовите 38 и 39 од пресудата:

„38. ... Право на почитување на приватниот живот според членот 8 од Конвенцијата се однесува на родовиот идентитет, како компонента на личниот идентитет. Ова важи за сите поединци, вклучително и трансродовите лица, како жалителот, кои не биле подложени на третман за промена на полот, или кои не сакаат да се подложат на таков третман (види *A.P., Garçon и Nicot v. France*, број 79885/12 и 2 други, §§ 92-94 ЕСЧП 2017 (извадоци)).

39. Според тоа, аспектот на „приватен живот“ од член 8 од Конвенцијата е применлив во конкретниот случај, кој се однесува на барањето на жалителот ознаката за неговиот пол/род да биде изменета во матичната евиденција.“

Овој дел од образложението е типичен пример за *non sequitur*. Ние се согласуваме со многу општата премиса дека правото на почитување на приватниот живот според член 8 од Конвенцијата се однесува на родовиот идентитет како составен дел на личниот идентитет. Проблемот е што овој општ услов не ни кажува ништо за прецизниот обем на обврските на државата на ова поле. Заклучокот дека членот 8 од Конвенцијата е применлив за конкретниот случај, логично не следи од претпоставката дека правото на почитување на приватниот живот според член 8 од Конвенцијата се протега на родовиот идентитет, како компонента на личниот идентитет.

5. Овој логички погрешен *non sequitur* се појавува уште појасно кога е земен во однос на рамките на постојната судска пракса на Големиот судски совет. Мнозинството со право во параграф 66 сметаат дека релевантните принципи на Конвенцијата се сумирани во пресудата на Судот во случајот на *Hämäläinen v. Finland* ([GC], no. 37359/09, ECHR 2014). Ке забележиме дека овие принципи се сумирани во пресудата на следниов начин:

„67. Во имплементирањето на нивните позитивни обврски според членот 8, државите уживаат извесна маргина на уважување. Мора да бидат земени предвид бројни фактори кога се утврдува ширината на таквата маргина. Онаму каде што е во прашање особено важен аспект на постоењето или идентитетот на поединецот, дозволената маргина на државата ќе биде ограничена (види, на пример, *X and Y v. the Netherlands*, цитиран погоре, §§ 24 и 27, и *Christine Goodwin*, цитирана погоре, § 90; види исто така *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 71, ECHR 2002-III). Меѓутоа, кога кај земјите-членки на Советот на Европа не постои консензус, дали во врска со

релативната важност на засегнатиот интерес или во однос на најдобрите средства за заштита на истиот, особено кога случајот покренува чувствителни морални или етички прашања, маргината ќе биде поширока (види *X, Y and Z v. the United Kingdom*, 22 април 1997, § 44, *Reports* 1997-II; *Fretté v. France*, no. 36515/97, § 41, ECHR 2002-I; и *Christine Goodwin*, цитирана погоре, § 85). Исто така, вообичаено ќе има широка маргина на уважување доколку од државата се бара да одржи рамнотежа помеѓу спротивставените индивидуални и јавни интереси или конвенциските права (види *Fretté*, цитиран погоре, § 42; *Odièvre*, цитиран погоре, §§ 44-49; *Evans v. the United Kingdom* [GC], број 6339/05, § 77, ECHR 2007-I; *Dickson v. the United Kingdom* [GC], no. 44362/04, § 78, ECHR 2007-V; и *S.H. and Others v. Austria* [GC], број 57813/00, § 94, ECHR 2011).

68. Судот веќе има разгледувано неколку случаи кои се однесуваат на недостиг на правно признавање на хируршка промена на полот (види, на пример, *Christine Goodwin*, цитиран погоре; *Van Kück v. Germany*, број 35968/97, ECHR 2003-VII; *Grant*, цитиран погоре; и *L. v. Lithuania*, цитиран погоре, § 56). Кога на државите им се дозволува одредена маргина на уважување на ова поле, се утврдува дека од државите се бара, во согласност со нивните позитивни обврски согласно член 8, да ја признаат промената на родот на пост-оперативните транссексуалци, меѓу другото, можноста да се изменат податоците кои се однесуваат на нивниот граѓански статус и последиците што следат (види, на пример, *Christine Goodwin*, цитирана погоре, §§ 71-93, and *Grant*, цитирана погоре, §§ 39-44).“

Во овој контекст забележуваме дека, според Големиот судски совет, каде што не постои консензус кај земјите-членки на Советот на Европа, било во однос на релативната важност на предметниот интерес или на најдобриот начин за заштита на истиот, особено каде што случајот покренува чувствителни морални или етички прашања, маргината ќе биде поширока. Ние понатаму забележуваме дека од државите се бара само да ја препознаат *промената на родот на која биле подложни постоперативните транссексуалци* (со додадено нагласување). *A contrario*, Големиот судски совет не наметнува никаква обврска да се признае промената на полот на транссексуалците кои не биле подложени на операција, оставајќи им го на Високите договорни страни регулирањето на тоа прашање.

6. Според наше мислење, членот 8 од неговиот позитивен аспект може да се примени на позитивните барања поднесени од страна на жалителите само ако постои барем доволно прецизна *prima facie* обврска да ги прифати таквите барања (види, за *prima facie* права, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 197-200). Заради објаснетите причини погоре, овој услов не е исполнет во конкретниот случај. Затоа член 8, како што е интерпретиран од Големиот судски совет, не е применлив на конкретните барања истакнати од жалителот. Во секој случај, дури и ако се претпостави дека овие барања може да опфатат барем *prima*

*facie* обврска на државата да дејствува, жалбите покренати согласно член 8 требало да бидат прогласени за очигледно недопуштени.

## II. Прашање на „Европски консензус“

7. Забележуваме дека јасно се гледа од фактичките наоди на Судот во погоре споменатиот случај на *Hämäläinen v. Finland* дека не постои консензус меѓу европските држави за прашањето дали постои право за законско признавање на новиот пол и кои услови треба да се исполнат за такво признавање.

Ова понатаму е потврдено и со пресудата *A.P., Garçon and Nicot v. France* (жалби бр. 79885/12, 52471/13 и 52596/13) во следниве услови:

“... Судот забележува дека Договорните страни се поделени во однос на условот за стерилитет (види параграф 71 погоре). Заради тоа нема консензус на оваа тема. Понатаму забележува дека се работи за јавен интерес, при што Владата во тој поглед се изјасни за потребата од заштита на принципот на неопуѓивост на граѓанскиот статус и обезбедување на сигурност и доследност на матичната евиденција и дека овој случај покренува чувствителни морални и етички прашања.“

Сегашната состојба на законодавството на Високите договорни страни е претставена во документ под наслов „Карта на Европа за транс права 2018“, објавена од невладината организација Трансгендер Европа. Мнозинството ги сумираше своите заклучоци во следните услови во параграф 35:

„Може да се види од документот под наслов „Карта на Европа за транс права 2018“, објавен од невладината организација Трансгендер Европа, дека законското признавање на родовиот идентитет на трансродовите лица не е можно во седум земји-членки на Советот на Европа (Албанија, Андора, Кипар, Лихтенштајн, Монако, Сан Марино и Република Македонија). Во документот, исто така, јасно е наведено дека признавањето, дури и онаму каде што е можно, е предмет на различни правно барања, како што се стерилизација, задолжителна медицинска интервенција или проценка на менталното здравје, развод или старосни ограничувања.“

8. Во своето образложение, мнозинството упатува на пресудата во горе споменатиот случај *A.P., Garçon and Nicot v. France*. Во овој контекст, ние забележуваме дека во таа пресуда еден од Советите во Судот отстапи од горенаведените принципи предвидени во случајот *Hämäläinen v. Finland*. Според наше мислење, таквото отстапување не е убедливо оправдано во образложението. Освен тоа, опсегот на пресудата на Советот е ограничен, бидејќи се однесува на држава во која законодавството е изменето, последователно по фактите на случајот, на начин кој ги задоволува барањата на жалителите.



Забележуваме дека образложението на оваа пресуда се однесува на „тренд“ што „се појавува“ во Европа. Повикувањата на „новите трендови“ се типични знаци на судски активизам и се користат во отсуство на аргументи под применливите правила на толкување на договорот, систематизирани во членовите 31 и 32 од Виенска конвенција за договорно право.

9. Исто така, би сакале да додадеме во овој контекст две или три општи забелешки. Прво, Конвенцијата го одразува консензусот на Високите договорни страни. Но, знаеме што Като (како што го цитира Titus Livius) рекол: *nulla lex satis commoda omnibus est*. Затоа, Конвенцијата го содржи член 57 и член 15. Апсолутен консензус не евозможен во човечката заедница.

Второ, општествениот живот е регулиран не само со законот, туку и со различни видови на социјални правила. Во многу области, социјалната саморегулација може да даде подобри резултати од законските правила.

Трето, доколку не постои консензус меѓу Високите договорни страни во однос на прашањето за широка интерпретација на некои од членовите од Конвенцијата, изјавата дека законска рамка за ова прашање не постои во одредена земја-членка, ја губи својата важност. Во такви ситуации, не можеме да расправаме за отсуството на законска рамка без да се избегне заканата од фундаментален конфликт со спонтаниот општествен поредок меѓу слободните граѓани на таа конкретна држава.

### **III. Прашањето за „регулаторна рамка“ во тужената држава**

10. Спорната тактика на мнозинството се базира на претпоставката дека неоспорното одложување на конечна одлука во случајот на жалителот мора да е предизвикано од недостатоците во домашното законодавство. Покажувањето дека причината за таквите одложувања во процесуирањето на случајот лежи во недостатокот на законодавство, сепак, е многу опасна вежба.

Прво, фактот дека одредени правни прашања не се експлицитно регулирани, не значи дека не постои регулативна рамка која се однесува на тие прашања. Прашањето може да се регулира или со поопшти (пишани или напишани) правни принципи или напишани „правила на затворање“ кои ја обезбедуваат комплетноста на правниот систем. Во параграф 29, мнозинството со право се повикува на член 8 (2) од Законот за судови, кој предвидува дека судот не може да одбие граѓанска тужба заради правна празнина во законот; наместо тоа, одлучува за прашањето врз основа на општите принципи на правото, освен ако е експлицитно забрането со закон тоа да се прави. Ова јасно подразбира дека тужба покрената без правна основа мора да биде отфрлена од надлежните домашни органи и во крајна линија од страна на судовите.

Второ, забележуваме дека во текот на постапката домашните не-судски тела постојано применувале еден критериум за промена на ознаката за полот: засегнатите лица морале да обезбедат доказ за вистинска промена на полот, што значи доказ за операција за промена на истиот. Барањето на жалителот било одбиено од страна на несудските органи како неосновано или отфрлено поради недостаток на надлежност, бидејќи не можело да се класифицира како барање за исправка на запис. Исто така, забележуваме дека Управниот суд немал можност да ја испита содржината на барањето на жалителот. Неговите пресуди имале многу ограничен опсег: тие ги укинале одлуките на домашните органи од технички причини - прво затоа што барањето на жалителот не било во списите за предметот и одлуката на министерот не била соодветно образложена, а второ затоа што досието на жалителот не било препратено до Судот (види параграфи 13 и 20). Точно е дека пресудата на Управниот суд од 28 февруари 2013 година се осврнува на прашањето за барањата за промена на полот, но во секој случај погрешното толкување на релевантните материјални одредби не било причина за укинување на управната одлука.

Трето, доколку правилно го разбираме домашниот закон на тужената држава, важечкото законодавство - дури и ако релативно слободно дозволува промена на името - не им дозволува на транссексуалните лица да имаат право официјално да го запишат нивниот нов пол без претходна хируршка промена на истиот. Мнозинството го забележува недостатокот на домашна судска пракса по ова прашање. Ова само имплицитно потврдува дека барањето на жалителот во врска со ознаката на полот нема правна основа во домашното право. Нема судска пракса поради општата свест дека потенцијалните барања ќе бидат одбиени како неосновани. Двете пресуди на Управниот суд, цитирани во параграф 30, понатаму го потврдуваат принципот дека правото на регистрирање на новиот пол и промена на личниот матичен број е ограничен на лица кои биле подложени на хируршка промена на полот. Во секој случај, не е прифатливо да се најде недостаток на „регулаторна рамка“ која ги обезбедува конвенциските права, пред прво со конечна судска одлука да биде одлучено во однос на основаноста на едно барање покренато од страна на засегнатото лице.

Четврто, недостатокот во домашната легислатива обично вклучува несогласувања во судската пракса и различните линии на толкување. Не постои такво отстапување во однос на барањето на жалителот да се промени ознаката за полот. Напротив, пристапот на сите органи кои одлучувале за суштината на барањето на жалителот во однос на полот, потврдиле дека за тоа немало правна основа во домашното право. Дури и во ситуации кога одложеното одлучување по предметот произлегува од содржината на домашното право, еден случај на одложена постапка не е сама по себе доволна основа за да се прогласи дека правната рамка е недоволна и има недостатоци. Во конкретниот случај, барањето на жалителот за промена на ознаката на

полот не било разгледувано во разумен рок поради процедурални грешки што ги направиле домашните органи во примената на постојните правила, не поради проблеми со толкувањето или со содржината на било која законска одредба, а уште помалку било какви суштински одредби. Во такви услови, нема доволно причини да се заклучи дека домашното законодавство има недостатоци или е нејасно.

11. Мнозинството утврди повреда на членот 8 од Конвенцијата заради „недостаток на регулаторна рамка со која се обезбедува правото на почитување на приватниот живот на жалителот“. Тие го ставаат акцентот на долготрајното одлучување по барањето и вознемирувачката несигурност. Оттука, се чини дека постои повреда не поради тоа што барањето на жалителот не е потврдено во разумен рок, туку затоа што во разумен рок не е разгледано во поглед на основаноста. Ако правилно го разбереме образложението, можеен начин на извршување на пресудата, во линија со горенаведената пресуда на Големиот судски совет во случајот *Hämäläinen v. Finland*, би било да се потврди - или во јасна судска одлука или во експлицитна законска одредба - дека барањето на жалителот за промена на ознаката на полот е неосновано.

## **Заклучок**

12. Според наше мислење, одложеното одлучување по барањето на жалителот на домашно ниво не е оправдано. Жалителот има право неговото барање да биде разгледано во разумен рок. Меѓутоа, во конкретниот случај, ова е прашање кое се разгледува по член 6, а не член 8 од Конвенцијата.

Механизмот на Конвенцијата се заснова на идејата за супсидијарност. Конкретно, толкувањето на домашното право е прашање за домашните судови и другите домашни органи. Во конкретниот случај, Судот отстапил од воспоставената судска пракса за супсидијарност, наоѓајќи недостаток на соодветна „регулаторна рамка“ во однос на одредена категорија на барања, пред некогаш домашен суд да одлучил по такво барање во однос на основаноста. Жалиме што ќе кажеме дека ова не е соодветен начин на влегување во судски дијалог со домашните судови и законодавци, во име на заштита на човековите права.