



Konstrukce identity v právním diskursu. Dvojí pojetí bytí¹

„... naše já je jen pouhé zdání, neuchopitelné, nepopsatelné, mlhavé, zatímco jediná skutečnost až příliš lehce uchopitelná a popsatelná, je náš obraz v očích jiných. A nejhorší je, že nejsi jeho pánem.“

Milan Kundera

„Tady je to mé tajemství, úplně prostinké: správně vidíme jen srdcem. Co je důležité, je očím neviditelné.“

Antoine de Saint-Exupéry

Autor: JUDr. Adam Doležal, LL.M.

Pracoviště: Kabinet zdravotnického práva a bioetiky, Ústav státu a práva AV ČR, v.v.i.

Abstract: This article attempts to answer questions related to issues of the construction of sexual identity in the legal system. In this context, it deals with the uncertainty regarding the understanding of gender and sexual identity in diverse positions - biologically (sex), socially (gender) and mentally. At the same time, this paper points out the problem of possible disruption between the unity of the legal identity and subjective identity. The article sees the objectification of "identity" to be a possible cause for the problems the legal construction of identity faces. In conclusion, it outlines the practical problems of the Czech law that arise from the artifacts of historical perception of legal identity and points out the possible practical solution.

Key words: Transgender, transsexuality, identity, gender, sex, sex identity, gender identity, social roles

¹ Článek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace RVO: 68378122

1. Úvod

Nová úprava ustanovení občanského zákoníku² a potažmo i předcházejícího zákona o specifických zdravotních službách³ byla podrobena z řad odborníků v problematice „trans“ poměrně značné kritice. Je taková kritika oprávněná? V čem tkví problém konstrukce pohlavní identity v právním řádu? Může podchytit právní úprava vlastním rozhodnutím přijatou pohlavní identitu člověka? A je takové rozhodnutí o pohlavní identitě skutečně vlastní? Domnívám se, že kromě názorových rozepří o tom, co je správné, hraje v dané věci roli také velká nejistota ohledně pojmosloví, které se v této problematice často vyskytuje.

Tento článek se v daném případě pokusí zodpovědět na výše uvedené otázky, přičemž se budu nejprve zabývat otázkou chápání pohlaví a pohlavní identity v různorodých pozicích toho, jak je uchopeno biologicky (sex), sociálně (gender) a psychicky. Zároveň bude poukázáno i na problematiku možného rozkolu právní (nazírané) identity s identitou subjektu (vnímané) a příčiny možných problémů v konstrukci právního řádu a zpředmětňovaných kategorií. V závěru nastíním praktické problémy českého právního řádu, které vznikají právě z těchto pojatých artefaktů historického vnímání právní identity a pokusím se poukázat i na možné praktické řešení.

Z metodologického důvodu ještě v úvodu upřesňuji terminologii, kterou budu v tomto článku používat – obecným termínem „translidé“ označuji veškeré kategorie lidí, kteří jsou nespokojeni se svou stávající pohlavní identitou. „Transsexuály“⁴ se v kontextu tohoto článku rozumí jedinci, kteří podstoupili změnu pohlaví nebo se jí chystají podstoupit, nebo ji nemohou ze zdravotních nebo jiných důvodů podstoupit, ale chtěli by. Tyto jedince spojuje to, že se cítí nebo se cítili být „uvězněni“ ve vlastním těle⁵, a proto chtějí podstoupit (nebo podstoupili) medicínský zákrok směřující ke změně pohlaví. Druhou kategorií jsou „translidé“, kteří se pohybují mezi pohlavími, tj. identifikují se v určitých etapách svého života buď s jedním, nebo druhým pohlavím. Konstrukce jejich pohlavní identity je ovlivněna sociálními vazbami a jinými sociálními konotacemi. Tato kategorie vychází taktéž z dichotomického pojetí vztahu muž-žena. Lidé řadící se do této širší kategorie „transgender“ jedinců se často považují za osobu druhého pohlaví, nicméně v rámci tohoto subjektivního určení nemají potřebu podstupovat změnu svých tělesných pohlavních znaků, zejména genitálií. Poslední kategorií

² § 29 Změna pohlaví

(1) Změna pohlaví člověka nastává chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů. Má se za to, že dnem změny pohlaví je den uvedený v potvrzení vydaném poskytovatelem zdravotních služeb.

(2) Změna pohlaví nemá vliv na osobní stav člověka, ani na jeho osobní a majetkové poměry; manželství nebo registrované partnerství však zaniká. O povinnostech a právech muže a ženy, jejichž manželství zaniklo, ke společnému dítěti a o jejich majetkových povinnostech a právech v době po zániku manželství platí obdobně ustanovení o povinnostech a právech rozvedených manželů ke společnému dítěti a o jejich majetkových povinnostech a právech v době po rozvodu; soud rozhodne, a to i bez návrhu, jak bude každý z rodičů napříště o společné dítě pečovat.

³ Ustanovení § 21 až §23 zákona č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách.

⁴ Podle platné Mezinárodní klasifikace nemocí (ICD 10) je transsexualita jako porucha pohlavní identity zařazena pod diagnózu F 64.0 a je charakterizována následovně: „*A desire to live and be accepted as a member of the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort with, or inappropriateness of, one's anatomic sex, and a wish to have surgery and hormonal treatment to make one's body as congruent as possible with one's preferred sex.*“

⁵ LIPOVETSKY, G. *Soumrak povinnosti: bezbolestná etika nových demokratických časů*. V čes. jazyce vyd. 2., Praha: Prostor, 2011, s. 128

jsou jedinci, kteří se nechtějí zařazovat do dichotomické kategorizace pojmů muž-žena, a jsou identitou „za“ těmito kategoriemi.⁶

2. Biologické pohlaví (sex), sociální pohlaví (gender), a psychické pohlaví

V odborné literatuře se mluví o několika možnostech vnímání pohlaví. První typ vychází z jistých biologických predispozic (angl. sex), druhé ze sociální role, do které se osoba ve společnosti situuje (gender)⁷, třetí kategorie odpovídá psychickému cítění osoby. I tady se využívá termínu gender, nicméně tato kategorie vnímání své pohlavní identity může být odlišná od té sociálně konstruované.

2.1. Biologické pohlaví

Jako první je vnímáno pohlaví biologické, tedy to pohlaví, se kterým se člověk rodí. „*Sex*” is commonly used to refer to a person’s status as a man or woman based on biological factors. Although sex reflects a person’s biology, as opposed to gender, which is generally considered to be socially constructed, the biological aspect of the body that determines a person’s sex has not been legally or medically resolved.”⁸ I toto pojetí však nastoluje určité problémy, pokud totiž bereme v potaz čistě biologické aspekty, jak máme pohlaví posuzovat? V úvahu přichází pojetí chromozomální pohlaví, anatomické (gonadální) pohlaví, reprodukční pohlaví, ale i pohlaví změněné hormonální léčbou.⁹ Toto posouzení je problematické a např. judikatura v USA se v těchto bodech rozchází.¹⁰ Vzácně se objevují jedinci, kteří mají žlázy obou pohlaví, v takovém případě se jedná o případ hermafroditismu¹¹. Někteří autoři proto dovozují, že i biologické pohlaví je dáno na základě sociálního konstruktů, neboť společnost již po narození při některých chirurgických zákrocích rozhoduje o tom, jakou biologickou roli v životě bude dítě zastávat.¹²

⁶ KESSLER, S., MCKENNA, W., *Who put the „Trans“ in Transgender? Gender Theory and Everyday Life*. The international journal of transgenderism. Vol 4, nu 3, 2000, ISSN 1434-4599.

⁷ „*Transgender phenomena call into question both the stability of the material referent “sex” and the relationship of that unstable category to the linguistic, social, and psychological categories of “gender”*” STRYKER, S., (De)Subjugated Knowledges. An Introduction to Transgender Studies in *The transgender studies reader*. Editor Susan Stryker, Stephen Whittle. New York: Routledge, 2006, xvi, 752 p. ISBN 04-159-4709-X, s. 9

⁸ „Biologické pohlaví (sex) je obvykle užíváno, aby rozlíšilo personální status muže a ženy na základě biologických faktorů. Ačkoliv biologické pohlaví staví biologickou personalitu v protikladu k personalitě sociální (genderové), tj. sociálně zkonstruované, biologické aspekty lidského těla, které by byly určující pro biologické pohlaví nejsou právně nebo medicínsky vyřešeny.“ GREENBERG, J. A., *The Roads Less Traveled: The Problem with Binary Sex Categories* in PAISLEY CURRAH, Richard M., ed. *Transgender rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. ISBN 978-081-6643-127, s. 52

⁹ STRYKER, S., (De)Subjugated Knowledges. An Introduction to Transgender Studies in *The transgender studies reader*. Editor Susan Stryker, Stephen Whittle. New York: Routledge, 2006, xvi, 752 p. ISBN 04-159-4709-X, s. 9

¹⁰ Srovnej WARNKE, G. *Transsexuality and Contextual Identities*, in SHRAGE, Edited by Laurie J. *“You’ve changed”*: sex reassignment and personal identity. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-019-5385-700, s. 29 a násl.

¹¹ FIFKOVÁ, H. et al. *Transsexualita: diagnostika a léčba*. Vyd. 1. Praha: Grada, 2002, s. 13

¹² „Traditionally, a person’s legal sex is established by the sex that the birth attendant places on the birth certificate. Thus, for infants born with unambiguous external genitalia, the external genitalia typically control the sex determination. If the genitalia appear ambiguous, sex is assigned, in part, based on sex-role stereotypes. The presence of an “adequate” penis in an XY infant leads to the label male, while the absence of an “adequate” penis leads to the label female. A genetic (XY) male with an “inadequate” penis (one that physicians believe will

2.2. Sociální pohlaví (gender)

Kromě biologického pohlaví je možno hovořit ještě o pohlaví sociálním. Sociální konstrukce pohlavní identity vychází z vnímání majoritního společenského diskursu. Je zřejmé, že život jedince ovlivňují přidělené, genderově stereotypní role. Tradiční společnost vycházející z evropské křesťanské tradice apeluje na tradiční role ženy a muže – takto přidělené role pak zvnějšku formulují jeho identitu do tradičních, pre-existujících kategorií (muž – žena)¹³. Samotná výchova totiž směřuje k tomu, že je člověk jako bytost směřován do tradičního řádu, kde jsou ukotveny role v klasické dichotomii žena – muž. Takto formovaná identita se potom, vedle zařazení do hierarchie společnosti, stává i prostředkem komunikace individuálního prožitku a to jak s okolním světem, tak i se sebou samým.

2.3. Psychické pohlaví

Psychická konstrukce identity naproti tomu vychází z jedince samotného. Je totiž zřejmé, že i přes společenský tlak na udržení tradičního dichotomního řádu a tlaku, aby se osoba chovala podle svých vnějších biologických charakteristik, člověk se s takovou rolí nedokáže smířit. Tělo pak působí jako vězení, ze kterého se objektivně nelze osvobodit, jako nepřítel svazující do sociální kategorie. Transjedinec ovšem cítí, že do takové kategorie nepatří. V řadě případů transdidi nelze zařadit do kategorizovaného světa identit, ale vytváří samostatný typ identity, který se vyčleňuje z konvenční dichotomie muž/žena.¹⁴

Shrneme-li výše uvedené tři přístupy, identita může být nahlížena jako objektivně přiřčeněná (tj. společenská, vnímaná), či subjektivně zvolená (tj. vnitřní, vnímající).

3. Problematika rozličnosti identity v etických a právních vztazích

3.1. Identita vnímající a vnímaná. Subjekt a objekt

George Berkeley svou slavnou tezí „esse est percipi et percipere“ nastavil dualitu, která se do jisté míry odráží v rámci kontrastu vnímání člověka v sociálním diskursu (v empirickém smyslu) a vnímání člověka na základě etického. Ve světě, ve kterém žijeme tak máme dvě identity, dvě formy bytí – jedna identita je nám přičítána na základě vnějších charakteristik a projevů, na kterou lze

be incapable of penetrating a female's vagina when the child reaches adulthood) is "turned into" a female even if it means destroying his reproductive capacity. A genetic (XX) female who may be capable of reproducing, however, is generally assigned the female sex to preserve her reproductive capability, regardless of the appearance of her external genitalia. If her phallus is considered to be too large to meet the guidelines for a typical clitoris, it is surgically reduced, even if it means that her capacity for satisfactory sex may be reduced or destroyed. In other words, men are defined based on their ability to penetrate females, and females are defined based on their ability to procreate. Sex, therefore, can be viewed as a social construct rather than a biological fact. GREENBERG, J. A., The Roads Less Traveled: The Problem with Binary Sex Categories in PAISLEY CURRAH, Richard M., ed. *Transgender rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. ISBN 978-081-6643-127, s. 52

¹³ AGHA, P., *Trans jako výzva symbolickému uspořádání společnosti*, Časopis zdravotnického práva a bioetiky Ústav Státu a Práva. 2013, vol. 3, no 1. ISSN 1804-8137.

¹⁴ KESSLER, S., MCKENNA, W., *Who put the „Trans“ in Transgender? Gender Theory and Everyday Life*. The international journal of transgenderism. Vol 4, nu 3, 2000, ISSN 1434-4599.

ovšem nahlížet pouze v kontextuálních situacích a s nimi souvisejících sociálních rolích¹⁵, druhá, kterou si utváříme sami. Ve smyslu té druhé je člověk tím, čím se stává, jeho identita je rozčleněna v ricouerovském duchu na ipseitu, v níž se projevuje jeho nekonečnost, a jeho kontinuitu. Člověk jako subjekt se jeví jako nekonečnost, která se však zdá nepopsatelná, její deskriptivní uchopení je vědecky nemožné¹⁶. Věda se z toho důvodu uchyluje k jiným deskriptivním popisům – využívá biologické pojetí člověka a empirické pojetí člověka. Takové pojetí se zdá být logickým vyústěním naší neschopnosti zcela poznat toho druhého, neschopnosti chápat jeho *já*. Jakoby zde zůstávalo permanentní odcizení mezi individualitami, které je utvrzováno objektivním zpředmětněním toho druhého, jeho chápáním jako vnějšího elementu.¹⁷ Sartre příznačně popisuje tuto propast mezi mnou a druhým jako „nicotu oddělení“¹⁸. V etickém vztahu lze však toto zpředmětnění překonat, dokonce je to i nutností, připustím-li na základě vlastního vcítění, že druhý je jiné Já, je to ten kdo je analogický se mnou, obdobně vnímající a obdobně schopný vnitřních pochodů. I zde je možnost zpředmětnění existence, neboť se můžeme pokoušet psychologicky rozebrat strukturu vnímání druhého (ve smyslu Humovské filosofie percepce). Teprve na základě existenciální reflexe však lze podchytit druhého jako druhé já. Druhý je charakterizován jako subjekt, protože je takový, jaký jsem já. Je to jiné já. Takové já je neuchopitelné (Gabriel Marcel poukazuje na nutnost obrátit se od objektu k „tajemství“). V etické otázce pak je nutné navázat důvěrný vztah tváří v tvář, vztah, který Buber popisuje jako vztah Já-Ty.¹⁹ Etické je takové jednání, kdy k druhému přistupuji jako k subjektu, respektuji a uznávám jeho vnitřně vyjádřenou identitu, kterou se snažím odhalit a interpretovat ve smyslu nastíněném druhým.²⁰

Právo jako obecný nástroj ve své snaze po konstrukci objektivně platného právního řádu vyhledává předmětné, zobecněné kategorie. Společnost při hledání společného jazyka vytváří mody nazírání, které jsou do jisté míry objektivní, tj. snaží se zachytit společnou podstatu jevů. Aby mohla fungovat společenská komunikace, společenský diskurs zjednodušuje, paušalizuje a zobecňuje. Z tohoto hlediska kategorizace jevů a identit je typickým postupem nazírání společnosti. Společnost bere v potaz sociální role člověka, nikoliv člověka samotného. Právní řád je potom tím, který může vždy zachycovat pouze z vnějšího náhledu. Nezasahuje do jedinečnosti individuality, pouze přičleňuje

¹⁵ „Identities, I claim, are interpretations of who we are, and as such they are intelligible only as parts of particular contexts.” SHRAGE, Edited by Laurie J. "You've changed": sex reassignment and personal identity. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-019-5385-700, s. 33

¹⁶ „Ve skutečnosti může člověk k sobě přistupovat jen dvojitým způsobem: jako k objektu zkoumání a jako k existující svobodě, která je nepřístupná jakémukoli zkoumání. V prvním případě hovoříme o člověku jakožto předmětu, ve druhém o nepředmětném, kterým člověk jest, a jež si niterně osvojuje, pokud si je sám sebe autenticky vědom. Co je člověk, nelze vyčerpát tím, co o něm víme, nýbrž jen zakusit v původu našeho myšlení a konání. Člověk je zásadně víc, než co o sobě může vědět.“ JASPERS, Karl. Úvod do filosofie: dvanáct rozhlasových přednášek. 1. vyd. Praha: [Institut pro středoevropskou kulturu a politiku], 1996, 119 s. Oikúmené. ISBN 80-860-0505-4, s. 46

¹⁷ „Rádi uznáme, že tímto postupem můžeme o druhém získat jen pravděpodobné poznání: zůstává stále pravděpodobným, že druhý není nic jiného než tělo. Jsou-li živočichové stroje, proč by tímto strojem neměl být i tento člověk, kterého vidím jít po ulici?“ SARTRE, Jean-Paul. *Bytí a nicota: pokus o fenomenologickou ontologii*. Vyd. 1. Překlad Oldřich Kuba. Praha: Oikoymenth, 2006, 717 s. Knihovna novověké tradice a současnosti, sv. 45. ISBN 80-729-8097-1., s., 278

¹⁸ Tamtéž, s. 285

¹⁹ BUBER, Martin. *Já a ty*. Vyd. 3., V Kalichu 1. Praha: Kalich, 2005. 164 s. Kairos; sv. 2. ISBN 80-7017-020-4.

²⁰ Je samozřejmě otázka nakolik chce být ten, jenž je nazírán, poznán jako své Já a do jaké míry je raději odrazem v očích druhých a vytváří si "falešnou" identitu. Erving Goffman při své sociologické analýze každodenního lidského jednání nalézá tzv. dramaturgickou perspektivu, tj. role, které hrajeme v interpersonálních vztazích. GOFFMAN, Erving. *Všichni hrajeme divadlo: sebeprezentace v každodenním životě*. Vyd. 1. Praha: Nakladatelství Studia Ypsilon, 1999. 247 s. ISBN 80-902482-4-1.

objektivní role, zachycuje kategorie²¹. Přiděluje masky. Právo využívá svou normativitu i pro stanovení pojmů, nemůže zachytit jedinečnost subjektu, pouze pro jeho utváření může vytvořit dostatečný prostor. V tom smyslu tak využívá objektivně přidělené identity, masky, které jsou člověku přiřítány. Právo pracuje s abstrakcí – zachycuje shodné rysy a znaky člověka a pouze umožňuje realizaci jedinečnosti, tj. v konečném důsledku bere člověka jako objekt.

3.2. Jazyk a právní jazyk

Zároveň je nutné vycházet z jazykové predispozice. Může jazyk zachytit to, co je nezachytitelné? Můžeme v jakékoliv formě mluvit o tom, kdo jsme, resp. kdo je jiný? Nezachycují se právě jen pouze vnější znaky, kategorie?²² Jazyk má funkci abstrahovat od jedinečnosti a shrnovat podobné znaky pod jednotlivé pojmy. Konkrétní strom je vždy jedinečný, nicméně každému je přidělen pojem strom. Nemusí pak nutně jazyk využívat pojmy jako je muž a žena? Není jazyk již tím, co unifikuje, jinak bychom si nerozuměli? Pokud by měl jazyk zachytit existenci člověka, pak by musel mít formu příběhu a to příběhu nedokončeného. Jazyk je ovšem dorozumívající se zkratkou a symbolem. Právní jazyk pak je ještě více omezen a zároveň je ve své nedostatečnosti i omezujícím, neboť jeho funkce směřuje k regulaci společenského chování a do jisté míry k uchování toho, co je společenským územ. Smyslem právního jazyka a jeho specifickou vlastností je pak snaha ukotvit funkci práva, tj. regulaci společenského chování²³, zajištění stability, a zachování společenského úzu.

Ostatně právní jazyk má problém i s uchopením kategorie lidské existence, s člověkem jako takovým. Ačkoliv v novém občanském zákoníku je osoba chápána přirozenoprávně, kdy je člověk vnímán jako subjekt práv, přesto se při důsledné interpretaci právních norem dobereme k tomu, že „člověk“ v právním smyslu je jen prostor pro to, aby mohl být vyplněn existencí, je to umělá konstrukce předpokládající naplnění jednáním aktivní bytosti, kterou je právě člověk v mimonormativním rámci. Zdá se, že bližší tomuto pojetí je normativní teze těch, kteří tvrdí „že fyzická osoba je rolí stanovenou právním řádem člověku, oproti těm, kteří ji s člověkem ztotožnili.“²⁴ Je totiž na místě odkázat na etymologii termínu osoba, který vznikl překladem z latinského slova „persona“, tj. divadelní maska. Podle normativní školy se tak právo nezabývá člověkem, nýbrž pouze osobou jako subjektem přiřítatelným právu. „*Logický pojem „nositele subjektivních povinností a práv“ dlužno si tudíž představovati jako pouhé abstraktum, jemuž ve světě vnějším nic neodpovídá. Toto abstraktum jest jaksi geometrickým bodem, k němuž vede právní řád jednotlivé povinnosti, a vztah mezi tímto bodem a objektem jednotlivých povinností jmenujeme – s Kelsenem – přiřítatelností.*“²⁵ Ať je tomu jakkoliv (tj. dáme přednost přirozenoprávní či pozitivněprávní koncepci), zdá se, že v právu individualitu jeho existence nelze pochytit.

²¹ O objektivizaci a zobecnění ve společenských vědách srovnej blíže MACINTYRE, Alasdair C. *Ztráta ctnosti: k morální krizi současnosti*. Vyd. 1. Praha: OIKOYMENH, 2004. 332 s. Oikúmené; sv. 99. ISBN 80-7298-082-3. s. 108

²² Když Wittgenstein konstatuje ve svém posledním bodu Traktátu, že „*O čem nelze mluvit, o tom se musí mlčet.*“, zdá se, že poukazuje na ono jedinečné, neuchopitelné, co leží za možným zpředmětněním v jazykovém kontextu. Jako by zde ožíval nový mýtus, posvátné, které nelze vyslovit, protože leží za hranicemi poznatelného, za hranicemi mého světa. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Vyd. 1. Praha: OIKOYMENH, 2007. 87 s. Knihovna novověké tradice a současnosti; sv. 59. ISBN 978-80-7298-284-4.

²³ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995, xvi, 247 s. Právnícké učebnice (C.H. Beck). ISBN 34-064-0177-5.

²⁴ ŠEJVL, Michal. *Jean-Paul Sartre a subjekt práva*. In *Pocta Antonínu Kandovi k 75. narozeninám*. Editor Lenka Vostrá. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, 391 s. ISBN 80-868-9829-6. 2005, s. 117

²⁵ WEYR, F. *Základy filosofie právní*. Praha: A. Piša. 1920., s. 162

3.3. Tělesnost jako uchopitelná kategorie – Descartův model duality

Je tedy zřejmé, že právo může obtížně zachytit celistvost a jedinečnost člověka, protože člověk je cosi, co se vymyká vědě. Proto se právo uchyluje ke zjednodušením, která vedou k rozpolcení chápání osoby člověka na dvě sféry jeho integrity – tělesnou a duševní. Tělo na rozdíl od lidské existence může být fyziologicky uchopeno, tedy zpředmětněno. Křesťanský dualismus těla a duše, následně ještě rozvinutý ve filosofii Descartesově (a potažmo i Kantově, který rozlišuje člověka jako empirickou a transcendentní bytost) se v rovině právní usadilo.

Když Descartes převedl duši na reflexi a tělo na geometrii nastavil nový diskurs pro vědu samotnou a potažmo i právní vědu – je signifikantní, že největší civilní kodexy vznikaly v době osvícenectví, kdy v jejich zrodu stála právě tato filosofie. Tělo je z důvodu geometrického a empirického vnímání snáze uchopitelným předmětem právních norem, v souvislosti se shora uvedenými filozofickými základy tak bylo pro oblast civilního práva typické, že tělo bylo nazíráno v dualitě - jednak mechanitě tělesnosti (tj. jejím rozložení do jednotlivostí biologického charakteru, které se mohou stát objektem právních vztahů), a vedle toho v charakterizaci mentálních pochodů, které jsou však právně neuchopitelné, resp. uchopitelné jsou jen při svém vnějším vyjádření. V kategorii práva při vystavování identity dominuje empirismus chápaný jako diskurs ve stylu „vyskytuje se“.²⁶ Tělo je poznáváno jako vnější objektivní fakt²⁷, což odpovídá empirické danosti vědy, vytrácí se však jedinečnost. Právní diskurs²⁸ jako by opomněl onu dualitu tělesnosti, kterou vyjádřil Schopenhauer ve své definici těla jako subjekto-objektivizovaný jev²⁹. Do té míry je tělo tím, co je nazírané a definuje tak do určité míry názor uchopujícího subjektu v interkomunikaci subjekt-objekt. Potud je tělo vězením, protože je tím, co naznačuje primární formu nahlížení na objekt.

3.4. Právo jako prostředek pro konzervaci sociálního a kulturního systému

Jednou z význačných funkcí práva je stabilizace společnosti. K urovnání společenské entropie je nutné vytvořit systém pravidel, který standardizuje společenské chování jedinců a reguluje tak společenský život.³⁰ Lidská společnost si sama vytváří systém pravidel vedoucích člověka jako jednající bytost, aby mohl kooperovat ve skupinách, ve kterých po miliony let žil.³¹ Jejich verbální

²⁶ RICOEUR, Paul. *Filosofie vůle. I, Fenomenologie svobody*. Vyd. 1. Praha: OIKOYMENH, 2001. 527 s. Knihovna novověké tradice a současnosti; sv. 34. ISBN 80-7298-033-5, s. 20.

²⁷ „Tělo totiž lépe známe jako empirický předmět, jak nám jej vypracovávají experimentální vědy. Máme tu objektivitou vybavenou biologii.“ tamtéž, s. 18

²⁸ Obecně tuto touhu v moderních humanitních vědách naznačil Levinas: „*Touha po logické formalizaci a matematických strukturách tam, kde jde o pochopení člověka, překovává metodologické zábrany a návyky a jde dál než pozitivistické napodobování archetypů čísla a měření, zavedených ve fyzice. Projevuje se tím, že se i v lidské oblasti dává přednost matematickým identitám, identifikovatelným zvenčí, před shodou se sebou samým, na níž ještě před sto lety měla pevně zakotvit loď přesného věděni. Subjekt je nadále vyloučen z oblasti odůvodňování.*“ LÉVINAS, Emmanuel, *Etika a nekonečno*. 1. vyd. Praha: ISE, 1994. 197 s. Oikúmené. ISBN 80-85241-67-6, s. 99.

²⁹ SCHOPENHAUER, Arthur. *Svět jako vůle a představa I*. Překlad Milan Váňa. Pelhřimov: Nová tiskárna, 1997, 432 s. ISBN 80-901-9164-9, s. 32 a násl.

³⁰ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995, xvi, 247 s. Právnícké učebnice (C.H. Beck). ISBN 34-064-0177-5, s. 23

³¹ HAYEK, Friedrich August von. *Právo, zákonodárství a svoboda: nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie*. Vyd. 2. Překlad Tomáš Ježek. Praha: Academia, 1994, 415 s. ISBN 80-200-0241-3, s. 76 a násl.

artikulace nastávala teprve s rozvojem řeči, nicméně je zřejmé, že určitá pravidla soužití zde existovala již v pre-jazykovém kmenovém zřízení. Z těchto důvodů se zdá, že právo má spíše stabilizující charakter, byť s přihlédnutím k jisté reflexi dynamického aspektu, který reaguje na vývoj společnosti změnou právních norem. Zdá se ovšem, že se nejprve proměňuje (alespoň v částečné míře) společenský diskurs a teprve vzápětí právo tuto změnu podchycuje. Dynamický prvek tak předchází v jiné rovině než v rovině právní. Právo uchopuje standardizované kategorie ve společnosti, z toho důvodu zákonodárce při tvorbě právního řádu reflektuje na stabilní a předvídatelné sociální struktury, které v sobě implikují majoritní názorové spektrum ve společnosti a kulturní tradice.

Naproti tomu lidská podstata v ryze existenciálním smyslu je něčím, co se konstruuje, čím se člověk stává. Obsahuje tedy v sobě ve výrazné míře dynamický prvek, který je v protikladu k stabilitě, je vyvíjející se, proměňuje se s plynoucím časem a nepřetrvává.

4. Závěr - Právní konstrukce pohlavní identity ve věci trans

Z výše uvedeného textu vycházejí najevo určité důsledky, které se plně projevily (a projevují) v právní konstrukci úřední (resp. právní) pohlavní identity ve většině zemí, byť v současné době dochází v rámci přezkoumávání tohoto fenoménu a novému nahlížení na ukotvení právních norem, které zabezpečují práva translidí. Shrnu-li to, co bylo výše řečeno, dá se říct následující – právo jako konstrukt podchycuje člověka jako obecnou kategorii, tj. nutně potřebuje některé objektivní znaky, z tohoto pohledu je pro něj výhodnější uchopovat člověka jako biologickou entitu, nikoliv jako existenci. Z tohoto empirického nahlížení z vnějšku se jako nejvhodnější nástroj jeví tělo jako předmět. Dále lze uvést, že současný diskurs vychází z evropské křesťanské tradice, z tohoto hlediska je dominantní důraz při hledání pohlavní identity kladen na reproduktivní funkci sexuálního styku. Manželství bylo v tomto smyslu chápáno jako východisko k rodinnému životu i v evropské judikatuře³².

Výsledek výše uvedených aspektů spočívá v tom, že tradičně právní systémy používají jako určující znak a zákonnou kategorii pro určení úředního pohlaví jeho biologické pohlaví nikoliv zvolenou (psychologickou) identitu člověka. Takováto konstrukce ovšem nereflektuje problematičnost konstrukce identity translidí ve všech jejích rozmanitých formách. I proto lze vysledovat v evropské judikatuře zřetelný evolutivní přístup, současná situace zřejmě není udržitelná.

Nicméně dosud u ESLP přetrvává názor, že transsexuál nemůže získat všechny biologické charakteristiky druhého pohlaví a to i při vzrůstajícím zdokonalování chirurgie a hormonální léčby, je principiálně neměnným biologickým aspektem pohlavní identity chromosomální efekt (Goodwin x UK). V českém právním řádě je konstrukce identity zcela zjevně řešena ve smyslu biologickém. Zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách v § 21 změnu pohlaví podmiňuje chirurgickým

³² V evropském kulturním kontextu je kladen důraz na reproduktivní funkci sexuálního styku; z tohoto důvodu je v řadě evropských předpisů kladen důraz na chápání manželského svazku jako svazku sloužícímu k založení rodiny a výchově dětí. Z této tradice vycházel i Evropský soud pro lidská práva v rozhodnutí Rees vs. Spojené království (AN 9532/81, 17.10.1986) a Cosey vs. Spojené království (AN 10843/84, 27.9.1990), kdy se opíral o znění čl. 12, jenž interpretoval tak, že chrání manželství jakožto základ rodiny. Nicméně v rozhodnutí Goodwin vs. Spojené království (AN 28957/95, 11.7.2002) již konstatoval, že možnost početí dítěte není podmínkou pro založení rodiny.

zárokem při současném znemožnění reprodukční funkce. Obdobně tak i zákon č.89/2012 Sb., občanský zákoník bere v potaz biologický aspekt identity člověka.

Nový občanský zákoník je navíc ještě dogmatictější, neboť zatímco zákon o specifických zdravotních službách výslovně mluví o transsexuálním pacientovi, občanský zákoník používá širší pojem člověk. Zatímco úprava v zákoně o specifických zdravotních službách tak nabízela dvojí výklad, první, jenž spojoval úřední změnu pohlaví s operativní změnou pouze u transsexuálních pacientů, a druhý, který úřední změnu pohlaví nutně spojoval s operativní změnou u všech translidí, tj. ve všech případech. Tvůrci občanského zákoníku se jednoznačně přiklonili k volbě, podle které je úřední pohlaví spojováno výlučně s pohlavím biologickým a nepřipouští tak psychologickou volbu pohlaví. Zároveň občanský zákoník doplnil do svého znění i slovní spojení „*a přeměně pohlavních orgánů*“, což se jeví jako velmi nešťastné a v rozporu s trendy moderních evropských států.³³ Určení vlastní identity se v současném znění občanského zákoníku a zákona o specifických zdravotních službách posunuje mimo rozhodování subjektu a mimo jeho autonomní vůli. Zdá se, že tento přístup je v rozporu s bioetickými principy, u kterých naopak vše směřuje k uplatnění dominance principu autonomie (zahrnující lidskou důstojnost). K translidem je tak „přístupováno jako k dítěti, které musí ospravedlňovat svá jednání, spíše než k svéprávnému dospělému, který prosazuje svou identitu“³⁴.

Domnívám se, že kritérium biologického pohlaví pro identifikaci zákonného pohlaví je již překonaným kritériem, který jen konzervativně reflektuje osvícenecké právní myšlenkové konstrukty a nereaguje na vývoj recentního společenského diskursu. Současná legislativa navíc není v souladu s nejmodernějšími bioetickými principy. Taková úprava má nepříjemné dopady na psychické zdraví translidí a omezuje je v jejich svobodné volbě identity. Česká právní úprava je navíc zcela v opozici k evolutivnímu přístupu zastávaného ESLP.

Jaké se naskýtá jiné řešení než postavit uznání úřední pohlavní identity na základě aspektů biologického pohlaví? Jako řešení se nabízí konstrukce institutu úřední změny pohlaví v argentinském právním řádu. Argentinský zákon o genderové identitě³⁵ je nejprogresivnějším a nejliberálnějším zákonem v oblasti genderové identity. Zákon ukotvuje právo na genderovou identitu³⁶, které v sobě

³³ Jako protiprávní seznal takovýto nutný operativní zákrok Spolkový ústavní soud v rozhodnutí 1 BvR 3295/07.

³⁴ MAYEDA, G. Who do You Think You Are? When Should the Law Let You Be Who You Want to Be? In SHRAGE, Edited by Laurie J. "You've changed": sex reassignment and personal identity. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-019-5385-700.

³⁵ (*Ley de identidad de género*), schválený poslaneckou sněmovnou v prosinci roku 2011 a senátem 8. května 2012

³⁶ Genderovou identitou se přitom rozumí vnitřní a individuální způsob, jakým je pohlaví vnímáno samotným člověkem. Toto vnímání přitom může, ale nemusí korespondovat s pohlavím přiděleným po narození jednotlivce. Genderová identita v sobě zahrnuje personální vnímání vlastního těla, přeměny tělesných funkcí (ať už farmakologickými, chirurgickými nebo jinými způsoby), za předpokladu, že jsou svobodně zvoleny. Zahrnuje v sobě také možnost vyjádření genderové identity oblečením, výrazem hlasu a gesty. Každá osoba může na základě sebeurčení změnit své jméno a změnit své pohlaví kdykoliv a to bez nutnosti postupovat chirurgický zákrok či hormonální terapii, za předpokladu, že osoba – dosáhla věku 18 let (u osob mladších 18 let je nutný souhlas zákonných zástupců i žadatele, který je v řízení zastoupen právníkem), podala si žádost o zrušení záznamu v rodném listě a získání nového identifikačního průkazu. Změna v úředních dokumentech nemění subjektivní práva a povinnosti osoby, a to ani povinnosti a práva vyplývající z rodinného práva. Jednou provedené záznamy mohou být znovu pozměněny pouze na základě soudního rozhodnutí. Zákon zároveň zaručuje bezplatný přístup k hormonální terapii a provedení chirurgického zákroku bez předchozího souhlasu soudních nebo správních orgánů. Hormonální léčba není podmíněna žádnými kritérii, není tedy vázána například na budoucí záměr podstoupit chirurgický zákrok.

zahrnuje právo na uznání zvolené identity, na její svobodný rozvoj a právo být identifikován v úředních dokumentech v souladu s touto zvolenou identitou.

Domnívám se, že skutečná hodnota člověka leží v jeho niternosti. Existence je právně možná neuchopitelná, leč v běžném životě se dere na povrch, křičí a volá: „Já jsem!“ Pokud jsem zvolil na začátku tohoto textu dva citáty, měly odrážet právě tyto dva přístupy k tvorbě identity – té, která nám je slovy Kundery vnucována zvnějšku, podle níž *„naše já je jen pouhé zdání, neuchopitelné, nepopsatelné, mlhavé, zatímco jediná skutečnost až příliš lehce uchopitelná a popsitelná, je náš obraz v očích jiných,“* a té, která identitu hledá v nitru člověka, v souladu s cítěním každého jedince. Slovy Malého prince *„správně nahlížíme na druhého jen srdcem“*.

Referenční seznam:

MONOGRAFIE:

BUBER, Martin. *Já a ty*. Vyd. 3., V Kalichu 1. Praha: Kalich, 2005. 164 s. Kairos; sv. 2. ISBN 80-7017-020-4.

Goffman, Erving. *Všichni hrajeme divadlo: sebe prezentace v každodenním životě*. Vyd. 1. Praha: Nakladatelství Studia Ypsilon, 1999. 247 s. ISBN 80-902482-4-1.

PAISLEY CURRAH, Richard M., ed. *Transgender rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006. ISBN 978-081-6643-127.

FIFKOVÁ, H. et al. *Transsexualita: diagnostika a léčba*. Vyd. 1. Praha: Grada, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. *Právo, zákonodárství a svoboda: nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie*. Vyd. 2. Překlad Tomáš Ježek. Praha: Academia, 1994, 415 s. ISBN 80-200-0241-3.

JASPERS, Karl. *Úvod do filosofie: dvanáct rozhlasových přednášek*. 1. vyd. Praha: [Institut pro středoevropskou kulturu a politiku], 1996, 119 s. Oikúmené. ISBN 80-860-0505-4, s. 46

KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1995, xvi, 247 s. Právnícké učebnice (C.H. Beck). ISBN 34-064-0177-5.

LÉVINAS, Emmanuel, *Etika a nekonečno*. 1. vyd. Praha: ISE, 1994. 197 s. Oikúmené. ISBN 80-85241-67-6, s. 99.

LIPOVETSKY, G. *Soumrak povinnosti: bezbolestná etika nových demokratických časů*. V čes. jazyce vyd. 2., Praha: Prostor, 2011.

MACINTYRE, Alasdair C. Ztráta ctnosti: k morální krizi současnosti. Vyd. 1. Praha: OIKOYMENH, 2004. 332 s. Oikúmené; sv. 99. ISBN 80-7298-082-3.

RICOEUR, Paul. Filosofie vůle. I, Fenomenologie svobody. Vyd. 1. Praha: OIKOYMENH, 2001. 527 s. Knihovna novověké tradice a současnosti; sv. 34. ISBN 80-7298-033-5.

SARTRE, Jean-Paul. Bytí a nicota: pokus o fenomenologickou ontologii. Vyd. 1. Překlad Oldřich Kuba. Praha: Oikoymenh, 2006, 717 s. Knihovna novověké tradice a současnosti, sv. 45. ISBN 80-729-8097-1.

SCHOPENHAUER, Arthur. Svět jako vůle a představa I. Překlad Milan Váňa. Pelhřimov: Nová tiskárna, 1997, 432 s. ISBN 80-901-9164-9.

SHRAGE, Edited by Laurie J. "You've changed": sex reassignment and personal identity. Oxford: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-019-5385-700.

STRYKER, S., WHITTLE, S., *The transgender studies reader*. New York: Routledge, 2006, xvi, 752 p. ISBN 04-159-4709-X, s. 9

VOSTRÁ, L., *Pocta Antonínu Kandovi k 75. narozeninám*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, 391 s. ISBN 80-868-9829-6.2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus logico-philosophicus. Vyd. 1. Praha: OIKOYMENH, 2007. 87 s. Knihovna novověké tradice a současnosti; sv. 59. ISBN 978-80-7298-284-4.

WEYR, F. Základy filosofie právní. Praha: A. Píša. 1920.

PERIODIKA:

AGHA, P., Trans jako výzva symbolickému uspořádání společnosti, Časopis zdravotnického práva a bioetiky Ústav Státu a Práva. 2013, vol. 3, no 1. ISSN 1804-8137.

KESSLER, S., MCKENNA, W., Who put the „Trans“ in Transgender? Gender Theory and Everyday Life. The international journal of transgenderism. Vol 4, nu 3, 2000, ISSN ISSN 1434-4599.