

Právní otázky související s problematikou translidí pod zorným úhlem rozhodnutí Velkého senátu ESLP ve věci Hämäläinen vs Finsko

Autor: JUDr. Adam Doležal, LL.M.

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

Abstract: The article deals with the decision of the Grand Chamber of the ECHR in the case Hämäläinen vs Finland. The decision itself is subject of critical analysis. It is also examined the impact of the decision on the possible development of Czech legislation “de lege ferenda”. As crucial concepts are also analyzed key terms of gender identity, gender autonomy and the right to sexual self-determination and equal access to rights. In that decision deals the ECtHR with the issue whether an applicant’s right to private and family life had been violated when the full recognition of her new gender was made conditional on the transformation of her marriage into a registered partnership.

Key words: Transgender, ECHR, marriage, registered partnership, Hämäläinen v Finland

1. Úvod¹

Problematice transgender jedinců bylo v tomto časopise věnováno speciální monotematické číslo². Tento článek na tematiku translidí navazuje, byť uvedená problematika bude nahlížena zejména optikou rozhodnutí velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva v případě *Hämäläinen vs. Finsko* (Ap. N. 37359/09) ze dne 11.6.2014³. Hlavním předmětem proto budou tři základní tematické okruhy, kterými se uvedený rozsudek zabýval – ochrana práva na respektování rodinného a soukromého života, ochrana práva na uzavření manželství, a zákaz diskriminace. Druhé nazírací ohnisko pak bude vycházet z českého právního prostředí a z analýzy nedostatků v českém právním řádu. Tento článek tedy bude sekundárně analyzovat současný právní stav v České republice a komparovat jej s vývojem evropské judikatury. Článek tak bude zaměřen i na srovnání a analýzu současného nastupujícího paradigmatu v této oblasti přirozených práv a české právní úpravy. Současný vývoj evropské judikatury v oblasti práv translidí bývá charakterizován jako součást evolutivního nebo inovativního přístupu k interpretaci lidských práv⁴, tedy více otevřenějšího přístupu v otázkách sexuální identity a otevření prostoru pro ochrana manželského vztahu i bez nutnosti zakládat rodinu. Zatímco znění jednotlivých mezinárodních právních norem zůstává nezměněno, interpretace Evropského soudu pro lidská práva se v této oblasti proměnila zásadním způsobem. V oblasti transgender jedinců se pak tato proměna interpretace týká zejména článků 8 (právo na soukromí) a 12 (právo na rodinný život) Evropské úmluvy⁵. V případech transgender jedinců je nutné apelovat na nové výzvy, jimiž jsou právo na sexuální sebeurčení, právo na zvolení vlastní sexuální identity, právo na její vyjádření, dbání na zachování lidské důstojnosti u transgender jedinců a právo na ochranu rodinného života. V neposlední řadě je pak zdůrazňováno právo na kontrolu nad vlastní fyzickou integritou a právo určení vlastního těla. Úprava ustanovení § 29 občanského zákoníku nastolila řadu nových otázek, které vzbudily mezi odborníky pochybnosti⁶, zda jsou komfortní s nastupujícím trendem v judikatuře ESLP, nebo s judikaturou v jiných, vyspělých

¹ Článek vznikl s podporou Grantové agentury ČR, projekt č. 14-35646S.

² *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

³ Úplné znění rozhodnutí naleznete zde: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114486#{"itemid":\["001-114486"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114486#{)

⁴ Srovnej CABBELL, A., LARDY, H., *Transsexuals - The ECHR in Transition. Northern Ireland Legal Quarterly*, 54/209, 2003, nebo DOLEŽAL, T., *Judikatura Evropského soudu pro lidská práva v oblasti problematiky „translidí“*. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

⁵ DOLEŽAL, T., *Judikatura Evropského soudu pro lidská práva v oblasti problematiky „translidí“*. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

⁶ Např. BARŠOVÁ, A. *Skalpel a duše. Ke změně pohlaví podle nového občanského zákoníku*. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>, DOLEŽAL, A. § 29. In: Melzer, F., Tégel, p. et.al. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013, s. 316 a násl.

evropských státech jako je SRN, Rakousko, či Velká Británie⁷. Základní problémy současného českého právního řádu v otázce změny pohlaví jsou zejména následující:

- a) v případě úřední změny pohlaví je vyžadováno znemožnění reprodukční funkce,
- b) je vyžadován chirurgický zásah,
- c) musí dojít k přeměně biologického pohlaví,
- d) manželství nebo registrované partnerství zaniká⁸,
- e) ke změně pohlaví musí dojít pouze na základě souhlasného stanoviska ustanovené komise⁹.

Vzhledem k tomu, že tento článek se zaměřuje na zkoumání českého právního řádu pod úhlem rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva v zmiňovaném případě *Hämäläinen vs. Finsko*, bude akcentováno zejména na body d) a f), tj. zejména na problematiku zachování práva na určení vlastní sexuální identity a jejího úředního rozpoznání a uznání, a problematiku manželství jako institutu pouze pro heterosexuální páry. Krátce ovšem upozorníme i na sporné momenty související se současnou proměnou právního diskursu v oblasti transgender a přístupem českého zákonodárce. Ve shrnutí lze říci, že obdobně jako u ESLP ve věci *Hämäläinen vs. Finsko* bude v tomto článku zkoumáno zejména možné porušení čl. 8, tj. soukromého a rodinného života, čl. 12 práva na manželství a článku 14 v souvislosti se současnou českou úpravou úřední změny pohlaví.

Konečně bude zkoumáno i to, zda snahu o ochranu práv translidí lze zahrnout pod kulturu „lidských práv“, nebo výstižněji, zda translidé aspirují na ochranu „transgender práv nebo prostě na ochranu lidských práv“¹⁰. Tedy zda současná převažující heteronormativní povaha právního systému nevytlačuje úmyslně translidí do pozice menšiny, kterou musíme speciálně chránit jako něco zvláštního s podmínkou, že se nejedná o běžné projevy lidství,¹¹ nebo se jedná o skutečnou ochranu lidství s veškerými jeho rozmanitostmi a různorodostmi¹² a zda v současném evropském prostoru je dostatečně akceptováno právo genderovou autonomií¹³.

⁷ Srovnej BARŠOVÁ, A. Skalpel a duše. Ke změně pohlaví podle nového občanského zákoníku. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

⁸ Srovnej ustanovení § 29 OZ

⁹ Srovnej zákon o specifických zdravotních službách, ustanovení § 21 a násl.

¹⁰ KENDALL, T., Afterword: Are Transgender Rights Inhuman Rights? In Currah, P., Juang R., M., Minter, S. *Transgender rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006, s. 310

¹¹ AGHA, P., Trans jako výzva symbolickému uspořádání společnosti. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z:

<http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

¹² AGHA, P., Trans jako výzva symbolickému uspořádání společnosti. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z:

<http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

¹³ Více k chápání transgenderové autonomie viz WEISS, J. T., Gender Autonomy, Transgender Identity and Substantive Due Process: Finding a Rational Basis for Lawrence v. Texas. *Journal of Race, Gender and Ethnicity*. Vol. 5, I. 1, 2010, s. 2 a násl.

2. Shrnutí skutkového stavu ve věci Hämäläinen

Paní Hämäläinen se narodila v roce 1963 jako muž. Vždycky cítila, že je ženou v mužském těle, ale rozhodla se se situací vyrovnat. V roce 1996 se oženila se ženou, se kterou se jí v roce 2002 narodilo dítě. V dubnu 2006 byla diagnostikována jako transsexuál. Od té doby začala žít jako žena a v roce 2009 podstoupila chirurgickou úpravu pohlaví. Již v roce 2006 si změnila svá křestní jména a nechala si vystavit nový cestovní pas a řidičský průkaz. Nemohla si nicméně změnit své identifikační číslo, které nadále uvádí, že je muž. To samé je uvedeno i v jejím pase. Matriční úřad zamítl její žádost, protože shledal, že zákon o potvrzení pohlaví transsexuálů stanoví, že úřední potvrzení může být provedeno jen tehdy, když daná osoba není ve stavu manželském nebo když její manžel či manželka udělí souhlas s tím, že bude manželství přeměněno na registrované partnerství. Její manželka souhlas neudělila, protože rozvod byl proti jejímu náboženskému přesvědčení. Z toho důvodu nemohlo být nové pohlaví paní Hämäläinen zapsáno do evidence obyvatel. V roce 2009 Nejvyšší správní soud nevyhověl její žádosti o položení předběžné otázky Evropskému soudu pro lidská práva a zamítl její odvolání, když v předchozím řízení byla její žádost o přidělení nového ženského identifikačního čísla odmítnuta v soudním řízení u nižších instancí. Následně se stěžovatelka obrátila na Evropský soud pro lidská práva.

3. Klíčové otázky ve věci Hämäläinen

Shrneme-li klíčové otázky, které v předmětném sporu vyvstaly, pak je nutné zdůraznit zejména následující:

1. zda došlo k porušení práva na respektování soukromého a rodinného života podle čl. 8 Úmluvy – jako hlavní důvod porušení práva byla absence právního uznání změny pohlaví stěžovatelky, resp. vázání podmínky uznání na ukončení manželství. Reflektováno vzhledem k finskému právnímu řádu bylo i to, že manželství stěžovatelky mohlo být se souhlasem její partnerky kdykoli *ex lege* přeměněno na registrované partnerství, a v takovém případě by pak došlo i ke změně zákonného rozpoznání nového pohlaví. Pokud by takový souhlas stěžovatelka nedostala, měla možnost se rozvést.
2. zda existuje právo na vyjádření vlastní sexuální identity, na ochranu tohoto vyjádření.
3. zda došlo k narušení rodinného života a rodičovského vztahu mezi paní Hämäläinen a jejím dítětem – tj. zejména jestli došlo v tomto případě k zásahu do rodičovského vztahu mezi ní a dítětem. Soud se musel zabývat otázkou, zda v případě nahrazení manželského svazku soužitím v registrovaném partnerství došlo k omezení rodičovských práv H. vůči jeho dítěti, nebo zda zůstávají tato práva nezměněna.
4. zda byl zásah odůvodnitelný – v tomto smyslu byla zejména zkoumána proporcionalita dvou konkurujících si zájmů a jejich vzájemné vyváženosti. Jednalo se konkrétně o stěžovatelčino právo na respektování jejího soukromého života spočívající v přidělení nového identifikačního čísla respektující její novou genderovou identitu a na druhé straně zájmu státu na udržení nedotčeného tradičního institutu manželství. Udělení ženského identifikačního čísla za současného zachování manželství by totiž znamenalo manželství mezi osobami stejného pohlaví, stěžovatelkou a její partnerkou, což

současné finské zákony neumožňují. Zvažováno tak muselo být jednak intenzita zásahu do soukromého života jedince a na druhé straně hodnota společenské regulace uchováající tradiční institut manželství pouze ve prospěch osob opačného pohlaví. Za stavu ke dni stížnosti totiž bylo zřejmé, že došlo k zásahu do stěžovatelčina soukromého života, neboť ta denně čelí situacím, při kterých jí špatné identifikační číslo působí nepříjemnosti. Klíčovým momentem zkoumání je tedy i to, zda finský právní systém naplnil dostatečným způsobem pozitivní závazek státu zaručit legální rozpoznání nového pohlaví (Hämäläinen vs. Finsko, odst. 79).

5. zda existuje povinnost umožnit osobám stejného pohlaví uzavřít manželství. Spadá právo na uzavření manželství na všechny osoby, nebo může být omezeno pouze na osoby opačného pohlaví?

K uvedeným otázkám se pokusíme načrtnout nejprve vývojové linie posunu evropské judikatury a podchytit tak evolutivní přístup, který se u ESLP v případech translidí odehrál.¹⁴

4. Vývoj judikatury ESLP a judikatury a legislativy v jednotlivých státech

Obecně lze říci, že přístup jednotlivých členských států k právnímu uznání změny pohlaví je různorodý; v některých zemích translidem právní řád neumožňuje akceptaci změny pohlaví. U některých států je ke změně pohlaví nutné nejprve ukončit manželství nebo registrované partnerství, u některých manželství nebo registrované partnerství zaniká při změně pohlaví automaticky *ex lege*, u některých států manželství přetrvává i po úřední změně pohlaví. Nicméně vzhledem k judikatuře ESLP a doporučení Výboru ministrů při Radě Evropy z roku 2010, které řešilo problematiku diskriminace na základě pohlavní identity, je znatelný silný příklon ke změně směrem k silnější ochraně práva na sebeurčení transsexuálů a translidí. Jak bylo několikrát konstatováno ESLP, „odpovědný stát by měl změnit příslušná zákonná opatření vztahující se k vědeckému a společenskému rozvoji transsexualismu“. Tradice a sdílené hodnoty nemohou ospravedlnit omezení základních práv, i kdyby tyto tradice a hodnoty byly sdíleny většinou společnosti¹⁵. K jednotlivým bodům nastíněným v minulém oddíle pak předcházela dlouhý judikaturní vývoj ESLP, o čemž budeme pojednávat níže.

1. K otázce uznání změny pohlaví a podmínka ukončení manželství:

Vývoj interpretace čl. 8 k otázce uznání nové genderové identity v případě změny pohlaví Evropským soudem pro lidská práva směřoval od restriktivního přístupu, k neutrálnímu přístupu až po aktivistický přístup, ve kterém se odrážela koncepce autonomie a lidské důstojnosti.¹⁶ Zatímco v nejstarších rozsudcích *Rees vs. Spojené království* (AN 9532/81, ze dne 17.10.1986) a *Cosey vs. Spojené království* (AN 10843/84, ze dne 27.9.1990) a *Sheffield, Horsham vs. Spojené království* (AN 22885/93 a AN 23390/93, 30.7.1998). V případě *Cosey* soud konstatoval, že neexistuje pozitivní závazek státu zasahovat do záznamů v rodném registru. Registr měl ve Velké Británii historický

¹⁴ CABBELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quartely*. 54/209, 2003, s. 209 a násled.

¹⁵ Hämäläinen vs. Finsko, odst. 55

¹⁶ CABBELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quartely*. 54/209, 2003, s. 210

charakter, ke změnám v něm docházelo jen při specificky určených situacích. Soud rozhodl, že odmítnutí změnit původní zápis v registru narození nelze považovat za zasahování do práva na ochranu soukromého života podle čl. 8 Úmluvy. V případě Cosey soud neshledal žádná nová fakta a z toho důvodu dospěl ke stejnému závěru. Nicméně v disentaním stanovisku soudce Martense se objevil názor, že nerozpoznání nové genderové identity je zásahem do práva na ochranu soukromí. Soud podle jeho názoru měl aktivně zasáhnout a určit pozitivní závazek státu, aby změnil záznam v registru.¹⁷ Částečně průlomové bylo rozhodnutí ve věci B. vs. Francie (AN 13343/87, 25.3.1992), kdy soud shledal, že došlo k porušení článku 8, když Francie odmítala změnit její rodný list tak, aby byla respektována její nová genderová identita. Soud konstatoval, že na rozdíl od situace ve Velké Británii je ve Francii koncipován rodný list tak, že může být kdykoliv aktualizován. Z toho důvodu soud dospěl k názoru, že „na základě výše uvedených faktorů, které odlišují tento případ od případů Rees a Cossey, a aniž by bylo nutné se zabývat dalšími argumenty stěžovatelky, že se stěžovatelka denně dostává do situace, která jako celek není slučitelná s řádným respektováním jejího soukromého života. V důsledku toho, i když se přihlédne k rozsahu volné úvahy státu, nebylo dosaženo spravedlivé rovnováhy, které je třeba docílit mezi obecným zájmem a zájmy jednotlivce (viz výše odstavec 44), takže zde došlo k porušení článku 8.“¹⁸ Nicméně ve věci Sheffield, Horsham vs. Spojené království setrval na původní argumentaci z rozsudků Rees a Cosey, protože podle jeho názoru nedošlo k významnému vědeckému pokroku, který by ho přiměl ke změně judikatury. Na rozdíl od Francie je právní situace ve Spojeném království odlišná, když rodný registr má historický charakter a nedochází v něm k přepisům. V projednávané věci Soud v souvislosti s čl. 8 dospěl k závěru, že žalovaný stát nepřekročil svou pravomoc, když v právní rovině neuznal nové pohlaví operovaných transsexuálních osob. Soud k tomuto závěru dospěl díky přesvědčení, že je stále zachována spravedlivá rovnováha mezi nutností ochránit zájmy transsexuálních osob a nutností hájit zájmy společnosti. Soud vycházel z toho, že stejně jako v době vyhlášení rozsudku Cossey zůstává skutečností, že operativní změna pohlaví nevede k získání všech biologických znaků opačného pohlaví. Zároveň neexistuje dostatečně široký konsens, jak přistupovat ke komplexním právním otázkám souvisejícím se změnami pohlaví.¹⁹ Rozhodnutí však již bylo přijato u Velkého senátu jen v poměru 11 hlasů ku devíti hlasům. Definitivní změnu v interpretaci článku 8 Úmluvy vůči translidem přinesla rozhodnutí Goodwin vs. Spojené království (AN 28957/95, 11.7.2002) a I. vs. Spojené Království (AN 25680/94, 11.7.2002). Soud v podstatě převzal argumentaci disentujících soudců ve věci Sheffield a Horsham²⁰ s tím, že jedním z klíčových aspektů bylo chápání autonomie jako seberealizace, tj. rozšíření práva na soukromí i na

¹⁷ Více k předmětnému disentaním stanovisku viz DOLEŽAL, T., Judikatura Evropského soudu pro lidská práva v oblasti problematiky „translidí“. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

¹⁸ B. vs. Francie, odst. 63

¹⁹ Nicméně i tady se objevilo disentaním stanovisko. Soudci Thune, Geus, Mucha, Lorenzen a Herndl zdůrazňovali aspekt lidské autonomie a lidské důstojnosti, které musí být východiskem pro chápání lidských práv. Z tohoto důvodu došlo v případě legislativy Spojeného království k porušení práva na ochranu soukromí chráněné článkem 8 Úmluvy. Taktéž asentující soudce van Dijk odkazoval dokonce na fundamentální právo na sebeurčení. Více k tomu viz CABELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quarterly*. 54/209, 2003, s. 212

²⁰ KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vyd.. Praha : C. H. Beck, 2012, s. 892

oblast vlastního sebeurčení a seberealizace vlastního života. Právo na soukromý život tak pojal soud šířeji, než tomu bylo v anglo-francouzské koncepci práva na soukromí, chápaného jako právo na ochranu před veřejnou publicitou. V tomto případě bylo právo na soukromý život chápáno jako právo přesahující ochranu soukromého života, ale chránící i sebeurčení jedince. Evropský soud pro lidská práva tak spíše přejal německou koncepci práva na soukromí.²¹ Do tohoto pojetí autonomie pak spadají i otázky personální identity²² a osobního personálního rozvoje a jeho morální ochrany²³. Expanzivní idea soukromého života zahrnující autonomii zasahuje dále než jen k negativní ochraně této autonomie, ale i k pozitivnímu závazku státu zajistit možnost seberealizace jedince a určení vlastní identity. Podle soudu „*pojmem osobní autonomie odráží významný princip, na němž spočívá interpretace záruk tohoto ustanovení, je chráněna osobní sféra každého jednotlivce, včetně práva každého stanovit podrobnosti své identity lidské bytosti (viz zejm. Prettyová proti Spojenému království, 2002) 6), a Mikulič proti Chorvatsku, 2002). Ve 21. století nemůže být možnost transsexuálních osob plně užívat, tak jako jejich spoluobčané, práva na osobní rozvoj a na fyzickou a psychickou integritu považována za kontroverzní otázku vyžadující čas k tomu, aby bylo možno se lépe postavit k problémům, jež s ní souvisejí. Stručně řečeno, neuspokojivá situace operovaných transsexuálů, kteří žijí mezi dvěma světy, jelikož skutečně nenáleží ani k jednomu ani k druhému pohlaví, nemůže nadále trvat.*“ Soud také zdůraznil, že pokud stát povoluje léčbu a chirurgický zákrok a dokonce ji i financuje, pak je nelogické, že odmítá uznat právní implikace výsledku, k němuž taková léčba vede. Od tohoto rozhodnutí lze pak konstatovat, že Evropský soud pro lidská práva rozhoduje tak, že nepřipouští takovou úpravu, která by odmítala právní akceptaci změny pohlaví²⁴. Zároveň je nepřijatelné, aby národní legislativa neakceptovala práva transsexuálního jedince na uznání jeho skutečné identity.²⁵

Nicméně taková akceptace nemusí být bezpodmínečná. Jedna z otázek je pak vázána na to, zda podmínkou uznání pohlaví může být i zrušení nebo anulace uzavřeného manželství. Touto problematikou se ESLP zabýval v rozhodnutí Wena a Anita Parry vs. Spojené království (AN 42971/05, 28.11.2006). Stěžovatelé byli manželé, z nichž jeden podstoupil operativní změnu pohlaví. Na základě toho žádal o přidělení certifikátu potvrzující změnu pohlaví, nicméně vydání takového certifikátu bylo vázáno na případ, kdy dojde k anulaci jeho manželství. Oba stěžovatelé však odmítali anulaci manželství a chtěli i nadále setrvat v manželském svazku. Systém práva Spojeného království to však neumožňoval, protože manželství jako institut je v britském právu zaměřeno na osoby opačného pohlaví. Pro osoby stejného pohlaví právní řád Spojeného království umožňuje možnost uzavřít registrované partnerství, ve kterém jsou osobám přiznávána téměř shodná práva jako osobám v manželském svazku. Evropský soud pro lidská práva konstatoval, že v této oblasti mají státy vyšší

²¹ Srovnej CABELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 54/209, 2003, s. 213

²² Goodwin vs. Spojené království, odst. 90

²³ Goodwin vs. Spojené království, odst. 92

²⁴ Srovnej např. L. vs. Litva (AN 27527/03, ze dne 11.9.2007), kdy došlo k porušení čl. 8, protože Litva dosud nepřijala prováděcí zákon k ustanovení občanského zákoníku zakotvujícím právo na operativní změnu pohlaví. Ve výsledku bylo zdůrazněno, že státy musí plně úředně uznat změnu pohlaví.

²⁵ Porovnej DOLEŽAL, A. § 29. In: Melzer, F., Tégl, p. et.al. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013, s. 319.

míru prostoru pro uvážení. Při vyvažování zájmů (na jedné straně společenský zájem na tom, aby manželství zůstalo institutem pro osoby opačného pohlaví, na druhé straně osobní život a právo na sebeurčení stěžovatelů) soud poukázal na to, že zásah do rodinného a soukromého života není tak zásadní, protože oba stěžovatelé spolu mohou i nadále žít ve vztahu registrovaného partnerství, který garantuje obdobná práva jako manželství.

Odlísně od tohoto posouzení postupoval v podobném případě německý Spolkový ústavní soud v rozhodnutí BvL 10/2005 ze dne 27.5.2008. Ten zaujal liberální přístup, když konstatoval, že transsexuální žena, která podstoupila operativní změnu pohlaví poté, co byla více než 50 let sezdána, může zůstat v manželském svazku se svou ženou a zároveň jí může být umožněno přeměnit její úředně akceptované pohlaví na ženské.²⁶ Soud dospěl k tomu, že nižší soudy odepřely stávajícímu manželství ústavní ochranu. Pokud chtěly osoby i nadále pokračovat ve společném životě v manželství, tak by jim v tom nemělo být bráněno. Tradiční institut manželství jako institut založený na rozdílnosti pohlaví bude dotčen jen okrajově.²⁷

2. K otázce vyjádření vlastní sexuální identity, ochrany tohoto vyjádření a právu na lidskou důstojnost

Stejně jako při odpovědi na minulou otázku je nutné poukázat na rozhodnutí Goodwin vs. Spojené království, kdy koncept práva na vyjádření vlastní sexuální identity byl jednoznačně vyřčen; transsexuálové mají právo na sebeurčení vlastní sexuální identity. V tomto smyslu se interpretační rámec čl. 8 Úmluvy kromě konceptu autonomie, o němž bylo mluveno výše, rozšířil i na princip lidské důstojnosti. Z pohledu soudu se jedná o propojené nádoby, neboť člověk, kterému je odepřeno právo činit o svém soukromém životě fundamentální rozhodnutí, je poškozen na své autonomii a následkem toho trpí ponížením své důstojnosti.²⁸ V případě *Van Kück proti Německu* (AN 35968/97, 12. 6. 2003) Evropský soud pro lidská práva výslovně konstatoval, že sexuální identita je součástí práva na sebeurčení. Věc se týkala proplacení nákladů operativní změny pohlaví a následné hormonální léčby ze soukromého pojištění stěžovatelky. Německé soudy zamítly nárok vůči pojišťovně za hormonální léčbu a náklady na chirurgickou změnu pohlaví. Podle jejich názoru nešlo o nezbytnou lékařskou péči, protože svou nemoc mohla léčit nejprve extenzivní psychoterapií. Svou nemoc si podle soudů sama způsobila, když si aplikovala hormonální léky bez předchozí odborné medicínské konzultace. ESPL s odkazem na právo na vyjádření vlastní sexuální identity, vlastní sebeurčení této identity a ochrana tohoto vyjádření a sebeurčení. Podobně ve věci *Grant vs. Spojené království* (AN č. 32570/03, 23. 5. 2006) byla paní Grant pro potřeby nároku na starobní důchod anglickými úřady považována za muže i přes to, že podstoupila chirurgickou změnu pohlaví. Protože nárok na důchod ve Velké Británii vzniká mužům později než ženám, vznikl podle anglických úřadů její nárok v pozdějším věku. To Evropský soud pro lidská práva odmítnul akceptovat s odkazem na případ *Christine Goodwin* a shledal porušení čl. 8, a to zejména z důvodu nerespektování práva na sebeurčení vlastní genderové identity. Zdá se, že i toto právo na sexuální sebeurčení je možné v rámci

²⁶ DOLEŽAL, A. § 29. In: Melzer, F., Tégl, p. et.al. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013, s. 325

²⁷ Více k rozhodnutí viz BARŠOVÁ, A. Skalpel a duše. Ke změně pohlaví podle nového občanského zákoníku. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>.

²⁸ CABBELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quartely*. 54/209, 2003, s. 219

evolutivního způsobu rozšiřovat. V tomto smyslu je zajímavé i rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 11.1.2011, který konstatoval, že ustanovení, která pro úřední změnu pohlaví vyžadují chirurgickou operaci a způsobení trvalé neschopnosti reprodukce jsou neústavní, protože jsou neslučitelná s právem na sexuální sebeurčení a s právem na rozhodování o vlastní tělesné integritě.²⁹ Podobně soud v kanadské provincii Ontario (rozhodnutí XY v. Ontario Government and Consumer Services, 2012 HRTO 726 (CanLII))³⁰ zpochybnil požadavek chirurgického řešení změny pohlaví. Rozhodnutí akceptovalo odborný názor Ontarijské Komise pro lidská práva, která ve svém manifestu³¹ zdůrazňovala, že genderová identita má být určena na základ identity, kterou osoba žije (psychologická identita), nikoliv na základě chirurgické procedury. Rozhodnutím soudu bylo nařízeno vládě, aby nadále nevyžadovala chirurgickou operaci změny pohlaví pro její úřední akceptaci v rodním listě. Takovýto přístup byl ovšem širší než přístup Evropského soudu pro lidská práva.

3. zda došlo k narušení rodinného života

Rodinný život a jeho ochrana je kromě článku 8 Úmluvy zahrnut také pod článek 12 Úmluvy a právo uzavřít manželství, podle nějž muži a ženy, způsobilí věkem k uzavření manželství, mají právo uzavřít manželství a založit rodinu v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon tohoto práva. Evolutivní přístup Evropského soudu pro lidská práva se v této oblasti objevil zejména v souvislosti s možností transsexuálních jedinců uzavřít manželství. Zatímco zpočátku byl kladen důraz na reprodukční funkci sexuálního styku, kdy manželský svazek byl chápán jako svazek sloužící k založení rodiny a výchově dětí.³² Proto v rozhodnutích Rees vs. Spojené království a Cosey vs. Spojené království Evropský soud pro lidská práva, který interpretoval čl. 12 tak, že manželství je základem pro založení rodiny. V rozhodnutí Goodwin vs. Spojené království však došlo k separaci práva na manželství od práva na založení rodiny.³³ Soud jednomyslně rozhodl o tom, že odmítnutí povolení uzavřít manželství pro transsexuála je porušením samotné podstaty práva na manželství. Po podstoupení chirurgické změny pohlaví je transsexuál osobou opačného pohlaví, než byl a jako takovému mu musí být přiznáno právo na manželský a rodinný život. Trvání na biologickém kritériu určení pohlaví podle narození jedince není akceptovatelné.

Ochrana rodinného života také zahrnuje právo translidí na přetrvání rodičovského vztahu mezi transgender jedincem a jeho dítětem. ESLP principiálně uznává shodnou hodnotu rodičovských práv bez ohledu na jeho/její sexuální identitu, či na jeho/její sexuální orientaci (srovnej případ EB vs. Francie (AN 43546/02, 22.1.2008), kdy soud přiznal nárok na adopci dítěte lesbické ženě). V případě nahrazení manželského svazku soužitím v registrovaném partnerství tak muselo být zejména zkoumáno, zda došlo k omezení rodičovských práv vůči dítěti, nebo zda zůstávají tato práva

²⁹ Srovnej BARŠOVÁ, A. Skalpel a duše. Ke změně pohlaví podle nového občanského zákoníku. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z:

<http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>.

³⁰ Plné znění na <http://www.canlii.org/en/on/onhrt/doc/2012/2012hrto726/2012hrto726.html>.

³¹ Ontario Human Rights Commission's (OHRC). Policy on Discrimination and Harassment Because of Gender Identity, 2000. Odkaz je možné nalézt na stránkách <http://www.ohrc.on.ca/en>.

³² DOLEŽAL, A. § 29. In: Melzer, F., Tégl, p. et.al. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013, s. 328

³³ CABELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quarterly*. 54/209, 2003, s. 225

nezměněna. Zřejmé bylo, že pokud by došlo ke změně rodičovských oprávnění, bylo by takové opatření diskriminující.

V tomto kontextu je možné poukázat také na rozhodnutí soudu v případě sporu Kantaras v. Kantaras ve státě Florida z roku 2005 bylo transsexuálnímu otci upíráno jeho rodičovské právo k dvěma dětem. Jeho manželka totiž po rozvodu napadla jeho rodičovské právo z důvodu jeho transsexuality. Na konec případ dopadl smírem, kdy rodičovské právo pana Kantarase bylo uznáno. Rodičovské právo tak bylo přiznáno v plné míře i transgender jedinci.

4. zda byl zásah odůvodnitelný.

Evropský soud pro lidská práva v řadě svých rozhodnutí poukazyval na nutnost proporcionality konkurujících si zájmů a jejich vzájemné vyváženosti. V otázce translidí se velmi často dostával do střetu zájem jedince na uznání jeho genderové identity a na druhé straně zájem státu na udržení nedotčeného tradičního institutu manželství. Zvažování intenzity zásahu na jedné straně a státní zájem na straně druhé procházelo taktéž vývojem, kdy se interpretace posouvala směrem k liberálnějšímu přístupu. Nicméně v obdobných případech Parry vs. Spojené království a v případě R. a. F. vs. Spojené království (AN 35748/05, ze dne 28.12.2006) se soud přiklonil k tomu, že v tomto případě je institut ochrany manželství jako svazku muže a ženy společenským zájmem, který převažuje nad zájmem jednotlivce, do jehož práv není natolik zásadním způsobem zasahováno (může žít v registrovaném partnerství, které mu nabízí podobné práva jako institut manželství). Na druhou stranu musí být garantováno, aby vnitrostátním právním řádem byla rozpoznána a zajištěna veškerá stabilní a milující partnerství.³⁴

5. zda existuje povinnost umožnit osobám stejného pohlaví uzavřít manželství

Evropského soud pro lidská práva v řadě rozhodnutí před vlastním rozhodnutím Hämäläinen vs. Finsko judikoval, že čl. 8 ani čl. 12 Úmluvy neukládá smluvním stranám povinnost umožnit osobám stejného pohlaví uzavřít manželství. (srov. Schalk a Kopf vs. Rakousko, § 101). Byť se v evropském kontextu se konsenzus o otázce manželství osob stejného pohlaví vyvíjí, stále náleží do posuzovací volnosti smluvních států. Na druhou stranu jsou práva párů osob stejného pohlaví chráněna možností uzavřít registrované partnerství. ESLP nově interpretoval čl. 12 Úmluvy tak, že se vztahuje i na manželství osob stejného pohlaví, ovšem jen za podmínky, že je takový institut uznán právem členského státu.³⁵ Na druhou stranu v již zmiňovaném případě Parry vs. Spojené království a v případě R. a. F. vs. Spojené království (AN 35748/05, ze dne 28.12.2006) soud setrval na tom, že vydání certifikátu o změně úřední genderové identity může být vnitrostátním právem vázáno na případ, kdy dojde k anulaci manželství. Naopak u některých rozhodnutí mimoevropských soudů, Ústavního soudu JAR, odvolacího soudu Britské Columbie a Ontaria a čtyř nejvyšších státních soudů v USA, byl takový přístup shledán jako diskriminující, a že nepřipuštění sňatku pro homosexuály je protiústavní.

³⁴ CABELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quarterly*. 54/209, 2003, s. 238

³⁵ KÜHN, Z. Právo osob stejného pohlaví na uzavření manželství v dnešním rozhodnutí ESLP. Citováno dne 10.11.2014 z <http://jinepravo.blogspot.cz/2010/06/pravo-osob-stejneho-pohlavi-na-uzavreni.html>.

5. Vlastní rozhodnutí Velkého senátu ESLP ve věci

Velký Senát ESLP se zabýval otázkou porušení článku 8, 12 a 14. Co se týče článku 8, tak oproti přístupu senátu 4. sekce, který zkoumal porušení článku 8 na základě toho, zda došlo k zásahu do stěžovatelčina práva na respektování jejího soukromého života, Velký senát se zabýval jinou otázkou. Zejména ho zajímalo, zda respekt k soukromému a rodinnému životu stěžovatelky zahrnuje pozitivní závazek státu zajistit efektivní a dostupný postup, který stěžovatelce umožní, aby její nová pohlavní identita byla právně uznána, zatímco zůstane sezdána (§64). Na základě toho pak Velký senát balancoval, aby dosáhl spravedlivé rovnováhy, která má být nastolena mezi konkurujícími si zájmy jednotlivce a společnosti jako celku. Při implementaci jejich pozitivního závazku požívají státy výhody určité míry uvážení. Vzhledem k tomu, že v dané věci případ vzbuzuje řadu citlivých morálních a etických otázek, míra uvážení je v této oblasti vyšší. Nicméně i přes tuto vyšší míru uvážení dospěl soud již předtím ke konsensu, že stát má pozitivní závazek právně uznat post-operativní pohlaví transgender jedince. Naopak, soud zároveň konstatoval, že neexistuje konsensus v oblasti stejno-pohlavního manželství. Článek 8 Úmluvy nemůže být proto vykládán tak, že se jedná o závazek smluvních států garantovat stejno-pohlavní manželství. Z velké části pak tato část spadá do míry uvážení členských států. Finsko v tomto případě uchovávalo manželství jako institut pro heterosexuální páry. Soud odkázal na rozhodnutí Parry vs. Spojené království, nicméně zároveň podotkl, že v těchto věcech právní posuzování podléhá neustálému vývoji. Z tohoto hlediska musela být celá záležitost zkoumána úhlem pohledu nejmodernějšího vývoje v oblasti transgender práva. Po zvážení všech okolností soud usoudil, že stěžovatelka má možnost svou nepříznivou situaci kdykoliv změnit: její manželství může být se souhlasem její partnerky kdykoli *ex lege* přeměněno na registrované partnerství. Pokud by takový souhlas nedostala, má stěžovatelka možnost se rozvést. Podle názoru Soudu není nepřiměřené požadovat, aby s přeměnou manželství vyslovil souhlas i druhý manžel, jelikož její či jeho práva jsou též dotčena. Nepřiměřené není ani to, že by se stěžovatelčino manželství přeměnilo na registrované partnerství, jelikož registrované partnerství je skutečnou volbou, která poskytuje párům osob stejného pohlaví právní ochranu, jež je téměř identická s právní ochranou poskytovanou manželstvím. Partnerský vztah bude pokračovat s téměř totožnou garancí práv, jen s odlišným právním titulem a drobnými změnami. Také dopad na rodinný život bude v posuzované situaci minimální, stejně tak jako vztah k jeho dceři. Přejít na registrované partnerství nebude mít vliv na rodičovství stěžovatelky (§86).

Stěžovatelčina práva a povinnosti vyplývající z rodičovství či partnerství by nebyla změněna k horšímu, přeměnilo-li by se její manželství na registrované partnerství.

Soud se proto domnívá, že nebylo prokázáno, že by účinky finského systému byly nepřiměřené, či že by nebyla nastolena spravedlivá rovnováha mezi předmětnými konkurujícími si zájmy. Zásah do stěžovatelčina práva na respektování soukromého života proto byl za okolností projednávaného případu odůvodněný. K porušení čl. 8 Úmluvy tedy nedošlo.

Co se týče porušení čl. 12, ani zde neshledal soud žádné porušení. Podle soudu otázka nastolená projednávaným případem sama o sobě nevyvolává z pohledu čl. 12 Úmluvy, který zaručuje právo uzavřít manželství, žádné otazníky. Nastolená otázka se týká spíše důsledků stěžovatelčiny změny pohlaví pro její stávající manželství, které již byly předmětem přezkumu podle čl. 8 Úmluvy. S

ohledem na závěry tam učiněné Soud neshledává nutným se okolnostmi případu zabývat zvláště podle čl. 12 Úmluvy. Podobně soud neshledal porušení na poli čl. 14 Úmluvy, protože podle soudu problém, na který stěžovatelka v projednávaném případě poukázala, je v jádru způsoben tím, že finský právní řád nepovoluje manželství osob stejného pohlaví. Povinnost umožnit párům osob stejného pohlaví přístup k manželství ovšem neexistuje. Ani čl. 14 ve spojení s čl. 8 nemůže být vykládán tak, že ukládá smluvním státům povinnost umožnit párům osob stejného pohlaví zůstat v manželském svazku. S ohledem na výše uvedené závěry tedy nemůže být konstatováno, že stěžovatelka byla tím, že se nedomohla přidělení ženského identifikačního čísla, vůči jiným osobám diskriminována.

6. Kritika rozhodnutí a disentní stanovisko

Základní kritika rozhodnutí je vymezena již v disentním stanovisku, které vyslovili soudci Sajó, Keller a Lemmens. Soudci poukázali na to, že základním metodickým přístupem by mělo být to, že genderová identita je zvláště důležitým aspektem individuální existence. Odkazují na rozhodnutí *Goodwin vs. Spojené království*, v němž již bylo konstatováno, že členské státy mají povinnost uznat změněné pohlaví post-operativního transsexuála. Soudci poukázali na tři základní problémy, které spatřují v rozhodnutí většiny. Za prvé podle nich většina postupovala metodicky nesprávně, když posuzovala věc z úhlu pohledu pozitivního závazku, nikoliv závazku negativního. Podle disentujících soudců je v případě negativního závazku míra uvážení nižší než v případě závazku pozitivního (§ 4 disentního stanoviska). Za druhé měli za to, že názor Velkého senátu odkazující na současnou nejednotu v přístupu k transgender lidí mezi jednotlivými členskými státy, není korektní. Naopak, soudci odkázali na přístup ve věci *Goodwin*, kde ELP výslovně prohlásil, že nedostatek společného přístupu mezi členskými státy s velmi odlišnými právními systémy neznamena, že by ve společném prostoru nedominoval trend směřující k vyšší míře sociální akceptace transsexuálů a právního uznávání jejich nového pohlaví. Otázka zákonného uznání nového pohlaví tak již dále přestala být otázkou státního uvážení. Z tohoto hlediska je metodologicky nesprávné, pokud většinový názor odkázal právě na tento „nedostatek konsensu“ (§5). Za třetí se soudci neztotožnili s většinou v tom, že by měla stěžovatelka reálnou jinou šanci než udržet vlastní manželství a získání nového identifikačního čísla. Podle názoru soudců se zde do střetu dostává právo na uznání genderové identity a právo udržovat vlastní civilní status. Soud v majoritním rozhodnutí nepřihlédl dostatečně k tomu, že stěžovatelka i její manželka jsou hluboce věřící. Stěžovatelka je tak donucena rozhodnout se mezi pokračováním jejího manželství, které spadá pojmově pod ochranu rodinného života a mezi zákonným uznáním jejího nového pohlaví, což spadá pod ochranu soukromého života pro účely článku 8 Úmluvy. Ať už se tedy rozhodne jakkoliv, dojde k porušení jejího práva. V protikladu k většině se asentující soudci domnívali, že práva a svobody ostatních nebudou nijakým způsobem dotčeny, pokud stěžovatelka a její žena zůstanou manželským párem i přes změnu pohlaví stěžovatelky. Jejich pokračující manželský vztah by neměl škodlivý efekt na práva ostatních uzavřít manželství ani na stávající manželství jiných. Institut manželství nemůže být ohrožen nepatrným množstvím párů, které chtějí zůstat v manželském svazku, i když jeden z nich jako transsexuál podstoupil operativní změnu pohlaví (§13). Z tohoto důvodu měli disentující soudci za to, že v daném případě došlo k porušení článku 8 Úmluvy. Také měli v opozici k názoru většiny za to, že mělo dojít k meritornímu přezkoumání toho, zda došlo k porušení práva podle článku 12 Úmluvy. V případě posouzení toho, zda došlo k porušení článku 14,

pak měl podle nich soud jít více do hloubky, když jeho výsledné rozhodnutí nebylo dostatečně odůvodněné.

Někteří teoretici pak rozhodnutí kritizovali z důvodu toho, že se „*soudu opět nepodařilo jakýmkoliv způsobem kriticky analyzovat heteronormativní právní úpravy v smluvních státech, které vylučují stejno-pohlavní páry s možností uzavřít civilní sňatek. ... soud tak jen posílil dlouhotrvající a problematickou tradici odmítající stížnosti podané páry stejného pohlaví aniž by přidal jakékoliv racionální zdůvodnění pro toto rozhodnutí.*“³⁶

7. Otázky související s českou úpravou

Jak nahlížet na českou právní úpravu pod vlivem předmětného rozhodnutí ESLP? Změnilo se něco? Je česká legislativa konformní s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, zejména s jeho interpretační články 8, 12 a 14? V této části se zaměřím na problematické aspekty uvedené v úvodu tohoto článku.

a), b) a c) v případě úřední změny pohlaví je vyžadováno znemožnění reprodukční funkce, je vyžadován chirurgický zásah a musí dojít k přeměně biologického pohlaví. Nový pohled na tuto skutečnost rozhodnutí ESLP ve věci *Hämäläinen vs. Finsko* nepřineslo, nicméně vzhledem k opakovanému zdůrazňování práva na sebeurčení genderové identity, práva na sebeurčení s nakládáním s vlastním tělem a rozhodováním o zásahu do tělesné integrity, se zdá být taková koncepce v rozporu s evolutivním posunem judikatury v oblasti transgender práv. Praxe u smluvních států se proměňuje a nejmodernější trendy ve státech západní Evropy (např. v již zmiňovaném Německu nebo ve Švédsku) směřují k tomu, aby operativní zákrok nebyl vyžadován k úřední změně pohlaví, neboť takový přístup je v rozporu s právem na ochranu lidské důstojnosti a porušením autonomie člověka.³⁷ Podobně i podle doporučujícího stanoviska komisaře pro lidská práva Evropské rady Thomase Hammarberga by státy neměly sterilizaci, podobně jako jiné nucené výkony léčby, stanovovat jako zákonné podmínky pro posouzení genderové identity člověka.³⁸

d) manželství nebo registrované partnerství zaniká.

Byť v rozhodnutí ve věci *Hämäläinen vs. Finsko* nebyla shledána jako porušení Úmluvy úprava, která podmiňovala úřední akceptaci nového pohlaví ukončením manželského svazku, mám za to, že současná úprava v českém občanském zákoníku by se v případě stížnosti k ESLP projevila jako úprava narušující právo na soukromý a rodinný život. Soud totiž podmiňoval a zkoumal celou situaci v kontextu toho, že manželství se v případě změny pohlaví mění na registrované partnerství, které páru zaručuje téměř shodná práva. Ustanovení § 29 občanského zákoníku však počítá pouze se zánikem manželství nebo zánikem registrovaného partnerství a změna pohlaví má obdobné následky jako rozvod. Jedná se tedy o období vynuceného rozvodu, či rozluky, což by bylo s největší

³⁶ JOHNSON, P. The Impact of H. v. Finland. *JURIST - Hotline*, November 14, 2012, dostupné na: <http://jurist.org/hotline/2012/11/paul-johnson-h-finland.php>.

³⁷ Více k tomu DOLEŽAL, A. § 29. In: Melzer, F., Tégl, p. et.al. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013, s. 327.

³⁸ Doporučující stanovisko komisaře pro lidská práva Thomase Hammarberga ze dne 29.7.2009, dostupné na: http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf

pravděpodobností shledáno v rozporu s garantovaným právem na rodinný život a právem garantující ochranu manželskému svazku.

e) ke změně pohlaví musí dojít pouze na základě souhlasného stanoviska ustanovené komise.

Ani bod e) nebyl v případě věci *Hämäläinen vs. Finsko* řešen. Opět se ovšem zmíněný přístup dostává do konfliktu s právem člověka na sebeurčení a rozhodování o vlastní sexuální identitě. Zdá se, že uvedený postup je také v rozporu s bioetickými principy, které v současné době dominují v oblasti medicíny a i medicínského práva.³⁹

8. Závěr

V současné době převládají v sociálních vědách zabývajících se transgender problematikou teorie, které považují gender za sociální konstrukci. Jako takový je gender variabilní, nikoliv konstantní⁴⁰ a apeluje na to, čím se člověk stává. Evropská kultura je však vystavena na systému binární dichotomie a heteronormativity. Pohlaví je v historickém kontextu chápáno striktně jako pohlaví biologické. Nicméně toto pojetí bylo nahrazeno lingvistickým obratem „gender“ a „genderová identita“, která souvisí jednak se sociální konstrukcí genderové identity,⁴¹ ale zejména i s přístupem translidí k sobě samým. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva postupně výše uvedený tradiční přístup překonává, nicméně posun je pouze postupný. Právo totiž preferuje biologické pohlaví před generovým pohlavím jako zákonnou kategorii, protože objektivně je snazší jako právní kategorii uchopit lidské tělo než člověka.⁴² Pojetí těla je také vědecky objektivněji uchopitelné, neboť to, co je člověk jako existující svobodná bytost, je nepřípustné zkoumání.⁴³ Právo jako prostředek zachovávající stabilitu a reflektující na společenské tradice se pokouší zajistit kontinuitu a přetrvávání pohlavní dichotomie. V případě transgender jedinců však takové ukotvení způsobuje strádání, které nemůže být akceptovatelné, neboť narušuje jejich základní práva. Z tohoto hlediska se rozsudek ESLP ve věci *Hämäläinen vs. Finsko* jeví jako nesprávný. Neakcentuje totiž na odstranění nepříjemností v životě translidí. Přitom lze spolu s disentujícími soudci souhlasit, že pokračující manželský vztah mezi manžely, byť by na základě přeměny biologického pohlaví jednoho z nich byly stejné, by neměl škodlivý efekt na institut manželství. Ten by tak nepatrným množstvím manželství, které nesplňují obecné nároky opačného pohlaví, nebyl nikterak dotčen a v konkrétním případě by pomohl jednotlivci. Zájem společnosti v tomto případě není nijak markantní, jeho instituty tímto neutrpí. Podobně je tomu i v případě české právní úpravy – ta ve své snaze uchovat institut manželství pro heterosexuální páry přinesla transgender lidem řadu problémů, které jim ztěžují život. Opět se jedná

³⁹ K principům bioetiky srovnej BEAUCHAMP, T. L., CHILDRESS J. F. *Principles of biomedical ethics*. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2009, xiii, 417 s.

⁴⁰ GILBERT, M. A.M. The Transgendered Philosopher. *The International Journal of Transgenderism*. Vol. 4, N. 3, 2000. Dostupné na: <http://www.iiav.nl/eazines/web/ijt/97-03/numbers/symposion/gilbert.htm>.

⁴¹ STRYKER, S., (De)Subjugated Knowledges. An Introduction to Transgender Studies. In: Stryker, S., Whittle, S. *The transgender studies reader*. New York: Routledge, 2006, s. 9

⁴² MAYEDA, G., Who Do You Think You Are? When Should the Law Let You Be Who You Want to Be? In: Shrage, L., Whittle, S. *"You've changed": sex reassignment and personal identity*. New York: Oxford University Press, 2009, ix, 220 p. *Studies in feminist philosophy*, s. 196

⁴³ JASPERS, K. *Úvod do filosofie: dvanáct rozhlasových přednášek*. 1. vyd. Překlad Havlíček, A. Praha: Oikoymenth, 1996, sv. 172, s. 46

o minimum jedinců a posun právní úpravy směrem k vstřícnějšímu přístupu ke změně pohlaví by byl namístě.

Referenční seznam:**Knihy:**

BEAUCHAMP, T. L., CHILDRESS J. F. *Principles of biomedical ethics*. 6th ed. New York: Oxford University Press, 2009, xiii, 417 s.

JASPERS, K. *Úvod do filosofie: dvanáct rozhlasových přednášek*. 1. vyd. Překlad Havlíček, A. Praha: Oikoymenh, 1996, sv. 172

KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vyd.. Praha : C. H. Beck, 2012

Kapitoly v knize:

DOLEŽAL, A. § 29. In: Melzer, F., Tégl, p. et.al. *Občanský zákoník. Velký komentář*. Praha: Leges, 2013

KENDALL, T., Afterword: Are Transgender Rights Inhuman Rights? In Currah, P., Juang R., M., Minter, S. *Transgender rights*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006

MAYEDA, G., Who Do You Think You Are? When Should the Law Let You Be Who You Want to Be? In: Shrage, L., Whittle, S. *"You've changed": sex reassignment and personal identity*. New York: Oxford University Press, 2009, ix, 220 p. Studies in feminist philosophy

STRYKER, S., (De)Subjugated Knowledges. An Introduction to Transgender Studies. In: Stryker, S., Whittle, S. *The transgender studies reader*. New York: Routledge, 2006

Článek v časopise

AGHA, P., Trans jako výzva symbolickému uspořádání společnosti. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

BARŠOVÁ, A. Skalpel a duše. Ke změně pohlaví podle nového občanského zákoníku. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

CAMBELL, A., LARDY, H., Transsexuals - The ECHR in Transition. *Northern Ireland Legal Quartely*. 54/209, 2003,

DOLEŽAL, T., Judikatura Evropského soudu pro lidská práva v oblasti problematiky „translidí“. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2013, roč. 3, č. 1, [2014-10-29]. Dostupné z: <http://www.ilaw.cas.cz/medlawjournal/index.php/medlawjournal/issue/view/7>

GILBERT, M. A.M. The Transgendered Philosopher. *The International Journal of Transgenderism*. Vol. 4, N. 3, 2000. Dostupné na: <http://www.iiav.nl/ezines/web/ijt/97-03/numbers/symposion/gilbert.htm>.

JOHNSON, P. The Impact of H. v. Finland. *JURIST - Hotline*, November 14, 2012, dostupné na: <http://jurist.org/hotline/2012/11/paul-johnson-h-finland.php>.

WEISS, J. T., Gender Autonomy, Transgender Identity and Substantive Due Process: Finding a Rational Basis for Lawrence v. Texas. *Journal of Race, Gender and Ethnicity*. Vol. 5, I. 1, 2010

Příspěvek na webové stránce:

KÜHN, Z. Právo osob stejného pohlaví na uzavření manželství v dnešním rozhodnutí ESLP. Citováno dne 10.11.2014 z <http://jinepravo.blogspot.cz/2010/06/pravo-osob-stejneho-pohlavi-na-uzavreni.html>

HAMMARBERG, T. Doporučující stanovisko komisaře pro lidská práva ze dne 29.7.2009, dostupné na: http://www.coe.int/t/Commissioner/Source/LGBT/LGBTStudy2011_en.pdf