

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Andrea Garbová

Ústavní ochrana sexuálních menšin

Diplomová práce

Olomouc 2020

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma *Ústavní ochrana sexuálních menšin* vypracovala samostatně a citovala všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 31.3. 2020

.....
Andrea Garbová

Na tomto místě bych chtěla poděkovat JUDr. Maximu Tomoszkovi, Ph.D. za odborné rady, které mi poskytl, a za čas, který si vyčlenil pro vedení mé diplomové práce.

Obsah

Seznam použitých zkratk	6
Úvod	7
1 Pojem homosexuál, transsexuál a intersexuál	10
1.1 Pojem homosexuál	10
1.2 Pojem transsexuál	13
1.3 Pojem intersexuál	14
2 Vybrané problémy sexuálních menšin z ústavněprávního pohledu	17
2.1 Homosexuálové – absence společného jmění manželů	19
2.1.1 Právní úprava společného jmění manželů	20
2.1.2 Srovnatelnost skupiny – manželé a registrovaní partneri	22
2.1.3 Zakázaný důvod odlišného zacházení – sexuální orientace	23
2.1.4 Znevýhodnění registrovaných partnerů	23
2.1.5 Ospravedlnění odlišného zacházení s registrovanými partnery oproti manželům	24
2.1.6 Závěrečné zhodnocení	24
2.2 Transsexuálové – sterilizace jako podmínka změny pohlaví	25
2.2.1 Právní úprava změny pohlaví	26
2.2.2 Zákonnost právní úpravy změny pohlaví	28
2.2.3 Legitimní cíl právní úpravy změny pohlaví	29
2.2.4 Proporcionalita právní úpravy změny pohlaví	30
2.2.5 Závěrečné zhodnocení	33
2.3 Intersexuálové – zápis pohlaví do matriky	34
2.3.1 Právní úprava zápisu pohlaví do matriky	34
2.3.2 Zákonnost právní úpravy zápisu pohlaví do matriky	35
2.3.3 Legitimní cíl právní úpravy zápisu pohlaví do matriky	36
2.3.4 Proporcionalita právní úpravy zápisu pohlaví do matriky	37
2.3.5 Závěrečné zhodnocení	39
3. Rozbor rozhodnutí německého Spolkového ústavního soud ve věci intersexuálů	40
3.1 Historický vývoj právní úpravy intersexuálů v Německu	40
3.2 Význam zápisu pohlaví do matrik	41
3.3 Skutkové okolnosti případu a jeho vývoj	42
3.4 Právní rozbor případu	43
3.4.1 Ústavní stížnost	43
3.4.2 Právo na ochranu osobnosti	44
3.4.3 Zákaz diskriminace	45

3.5 Závěrečné zhodnocení	46
Závěr	47
Seznam použitých zdrojů.....	50
Shrnutí	56
Summary.....	57
Seznam klíčových slov	58
Key words.....	59

Seznam použitých zkratk

ADZ - zákon č. 198/2009 Sb., antidiskriminační zákon

ČR – Česká republika

DSD - differences of sex development, v překladu osoby s poruchou nebo rozdílností vývoje pohlaví.

ESLP – Evropský soud pro lidská práva

EULP – Evropská úmluva o ochraně lidských práv z roku 1950

LZPS - usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jakou součástí ústavního pořádku, ve znění pozdějších předpisů.

NS – Nejvyšší soud

OZ - zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

ÚS – Ústavní soud

ZMJP - zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení

ZRP - zákon č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství

Úvod

Tématika sexuálních menšin a jejich ochrany je rozebírána mnohými obory – medicínou, psychologií, biologií či sociologií, zmíněná ochrana sexuálních menšin budí pak dominantní zájem v oboru práva. V nadsázce by se dalo říci, že se mezinárodní lidskoprávní dokumenty „předhánějí“ v rozsahu poskytované ochrany pro tyto sexuální a další menšiny. Přestože je taková podpora sympatická a má svou váhu a význam, je zřejmé, že stěžejní je zejména ochrana poskytovaná vynutitelnými normami ústavních a zákonných předpisů práva národního, respektive práva Evropské unie. Proto se i tato práce zabývá především rozborem zákonných ustanovení s přímým dopadem na sexuální menšiny.

Dnes se již hovoří až o čtyřiceti různých typech sexuální identity, proto vzhledem k možnému rozsahu práce a zajištění dostatečně propracovaného rozboru zkoumaných problémů, byly vybrány pouze problémy spojené především s homosexuály, transsexuály a intersexuály. Pokud se tak v práci hovoří o sexuálních menšinách, jsou jimi myšleny zejména tyto tři vybrané.

Obecně lze říci, že záměrem této práce je upozornit na těžkosti sexuálních menšin, které je provází v běžném životě, a na překážky, které musí překonávat jen proto, aby mohly žít pro ně přirozeným životem. Znění českých zákonů na jejich potřeby často nepamatuje nebo jim staví zbytečné a mnohdy velmi značné překážky. Stěžejním cílem této práce je tak z ústavněprávního hlediska analyzovat a zhodnotit vybranou zákonnou úpravu dotýkající se homosexuálů, transsexuálů a intersexuálů. Zásadním bude posoudit soulad zákonné úpravy s ústavně zaručenými základními lidskými právy, potažmo splnění podmínek pro jejich omezení. Právě splnění těchto podmínek bude analyzováno na základě obecně přijímaného testu ústavní konformity zákonných omezení a testu přímé diskriminace.

První kapitola této práce je rozdělena na tři podkapitoly. Obsahuje obecné informace, definice, biologické příčiny a historický vývoj u každé jednotlivé sexuální menšiny, přičemž každé menšině je věnována samostatná podkapitola. Celá kapitola slouží jako úvod do zkoumané problematiky. Její funkce je také sociální, kdy účelem je, aby čtenář následující navazující právní kapitoly nehodnotil čistě po právní stránce, ale dokázal se do dotčených osob více vcítit.

Druhá kapitola je rozdělena také na tři podkapitoly. První podkapitola je zaměřena na homosexuály a zabývá se absencí společného jmění v registrovaném partnerství. Výzkumná otázka zní, zda je tato absence v souladu s naším ústavním pořádkem, a zda touto absencí nedochází k porušování základních práv homosexuálních jedinců. Vybraná problematika je

zkoumána na základě podrobné ústavněprávní analýzy provedené testem přímé diskriminace. Druhá podkapitola je zaměřena na transsexuály a zabývá se zákonným požadavkem sterilizace pro povolení přeměny pohlaví. Výzkumná otázka zní, zda je tento požadavek v souladu s naším ústavním pořádkem, a zda tento požadavek není v rozporu se základními právy transsexuálních jedinců. Vybraná problematika je zkoumána na základě podrobné ústavněprávní analýzy pomocí testu ústavní konformity. Třetí podkapitola je zaměřena na intersexuály a zabývá se výzkumnou otázkou, zda povinnost zařadit novorozence pouze do dvou zákonem uznaných pohlaví ve formě zápisu těchto pohlaví do matrik, je ústavně konformní, či zda porušuje základní lidská práva intersexuálních jedinců. Vybraná problematika je zkoumána na základě podrobné ústavněprávní analýzy pomocí testu ústavní konformity.

Třetí kapitola je rozdělena na pět podkapitol. Jejím předmětem je rozbor rozhodnutí prvního senátu německého Spolkového ústavního soudu ze dne 10. října 2017, sp. zn. 1 BvR 2019/16, nazvaného případ Vanjo. Rozhodnutí se týká německé intersexuální osoby, která se domáhala zápisu svého intersexuálního pohlaví do matriky. Tuto možnost však tehdejší německá právní úprava neumožňovala. Kapitola se zabývá zejména právním rozбором rozhodnutí, avšak obsahuje i krátký historický exkurz do právní úpravy intersexuálů v německých zemích a skutkových okolností případu. Kapitola tak koncepčně navazuje na rozsáhlejší rozbor české právní úpravy intersexuálů, kdy jednak představuje vhled do zahraniční právní úpravy a zároveň pro českého zákonodárce nabízí úvahy uplatnitelné de lege ferenda i v ČR.

Většina odborné právní literatury se v oblasti sexuálních menšin zabývá zejména homosexuály a jejich právy a právním zakotvením vůbec. Vzhledem k tomu, že se jedná o nejpočetnější sexuální menšinu, není to zjištění nijak překvapivé. Nicméně podrobnější ústavněprávní rozbor právní úpravy za pomoci testů využívaných ústavním soudem se jeví jako vcelku novátorský a jistě ne příliš rozšířený, tím spíše u transsexuálů a intersexuálů.

Pro účely sepsání této práce byly použity standartní zdroje českých i mezinárodních právních předpisů a s nimi související důvodové zprávy, komentáře a odborné články, dále pak zdroje aplikační praxe, tedy judikatura vyšších českých soudů a mezinárodních soudů. Vzhledem k vybranému tématu, který budí zájem po celém světě, zaujímají zahraniční zdroje významnou část zdrojů celkových.

Při psaní diplomové práce byl využit zejména vědecký popis, analýza a komparace. Metoda popisná byla využita především při popisu základních pojmů a u obecného úvodu k jednotlivým institutům. Metoda analýzy se objevuje napříč všemi kapitolami s výjimkou výše zmíněných, kde byl použit vědecký popis. Nejznatelněji je využita při vyvozování závěrečných

hodnocení. Komparační metoda byla použita při porovnávání s německou právní úpravou registrace intersexuálního pohlaví do matrik a dále v rámci testu přímé diskriminace u srovnatelnosti zkoumaných skupin. Na jejím základu byla zkoumána odlišnost úprav se zaměřením na spravedlivější řešení pro intersexuály.

Jak bylo uvedeno výše, v dnešní době existuje až 40 sexuálních menšin, tudíž by mohl být další výzkum zaměřen na dodržování jejich práv a zrovnoprávnění s majoritní většinou společnosti. Neméně zajímavý by byl také komparační výzkum předmětné problematiky v dalších okolních zemích či například v zemích pro nás exotických, které by českého zákonodárce mohly inspirovat k novým pohledům a řešením de lege ferenda.

1 Pojem homosexuál, transsexuál a intersexuál

Před samotnou ústavněprávní analýzou vybraných problémů sexuálních menšin považuji za nezbytné předložit o těchto menšinách základní informace obsahující jejich definice, shrnutí biologických příčin a historický vývoj. Základní přehled umožní lepší pochopení dalších kapitol, které jsou již zaměřeny zejména ústavněprávně, a kapitolu první dále rozvíjí.

Preference obecněji zaměřené první kapitoly na úkor textu čistě právního má za cíl umožnit lépe se vcítit do členů sexuálních minorit, a tento pocit si zanechat jako jedno z kritérií při rozhodování o ústavně konformním omezení jejich ústavně zaručených práv, potažmo o jejich diskriminaci.

1.1 Pojem homosexuál

Slovo homosexuál je složeno z latinských slov homos neboli stejný a sexus znamenající pohlaví. Pojem homosexualita byl poprvé použit roku 1869 rakousko-uherským psychiatrem Karlem Benkertem, a to jako výraz pro lásku muže či ženy k osobě stejného pohlaví.¹ Moderním pohledem můžeme homosexualitu definovat jako celoživotní neměnný stav, při kterém jedinec za účelem citových a sexuálních vztahů preferuje osoby stejného pohlaví, přičemž takto utvářené vztahy se v plné míře mohou vyrovnat vztahům heterosexuálním.² Homosexualita³ je celoživotní, neměnná, nezapříčiněná a nezvolená.⁴

Přesný důvod vzniku homosexuality není znám, vědecké teorie nabízí možná vysvětlení v příčinách genetických, psychologických či hormonálních.

Podle genetické teorie obsahuje organismus homosexuálních jedinců tzv. gen homosexuality, tedy gen odpovědný za homosexuální orientaci. Tato teorie zkoumala také četnost výskytu homosexuality u lidí v příbuzenském vztahu, zejména u dvojčat a sourozenců. Výsledky zkoumání však byly velmi různé a nevedly k jednoznačným závěrům.⁵

Psychologické teorie označují za nejčastější příčinu vzniku homosexuality špatné vztahy mezi rodiči dítěte, respektive úplnou absencí jednoho z rodičů. Konkrétně se jedná

¹ BRZEK, Antonín, PONDĚLÍČKOVÁ-MAŠLOVÁ, Jaroslava. *Třetí pohlaví?* Praha: Scientia Medica, 1992, s. 19.

² JANOŠOVÁ, Pavlína. *Homosexualita v názorech současné společnosti.* Praha: Karolinum, 2000, s. 13.

³ Dalšími označeními také uranismus (pouze mezi muži), lesbismus, sappismus, tribadie (pouze mezi ženami), pederastie a homoerotismus.

⁴ BRZEK, Antonín. *Sexuologie pro právníky.* Praha: Univerzita Karlova, 1999, s. 45.

⁵ JANOŠOVÁ, Pavlína. *Homosexualita v názorech současné společnosti.* Praha: Karolinum, 2000, s. 26.

o lhostejné chování otce vůči synovi či o jednání matky, kterým k sobě dítě silně citově fixuje, a tím ho od otce izoluje.⁶

Dle hormonálních teorií dochází ke vzniku homosexuality u člověka v jeho prenatálním období. V tomto období totiž u homosexuálních jedinců nedochází vlivem pozměněných hormonálních podmínek (absence mužských pohlavních hormonů vytvářejících se v zárodečných žlázách mužského plodu) k vytvoření mužského centra a začne převládat centrum ženské, přičemž tělesný vývoj plodu je normální.⁷ Mezi další vědecké názory na vznik homosexuality vlivem hormonů v prenatálním období patří nízká hladina testosteronu, vliv toxických látek či prožitý stres.

Jako nejpravděpodobnější příčina vzniku homosexuality se však jeví působení více činitelů, když homosexualita vzniká až jejich souhrnem.⁸

Homosexualita byla samozřejmě součástí společnosti od jejího počátku, je ovšem nutné přiznat, že s výjimkou antiky, byla vždy vnímána většinovou společností velmi negativně (potírána trestněprávní represí).

První zmínky o homosexualitě a jejím postavení ve společnosti pocházejí ze starověku, kdy zejména v antickém Řecku byla velmi rozšířená a běžná.⁹ Známy je tehdejší společenský model, kdy starší vlivní muži udržovali poměr s mladíky z urozených rodin, vydržovali si je a hradili jim jejich vzdělání a obživu.

S příchodem křesťanství tento liberální model končí. Sexualita je již považována za účelovou – dovolena jen za účelem zplodění dětí. Přijatelný je pouze vztah mezi mužem a ženou, kteří jsou manželé. Homosexualita se potírá velmi přísně, zavádí se pro ni trest smrti. Nevzdělaná středověká společnost viní homosexuály za přírodní katastrofy, jež chápe jako boží tresty za jejich nepřirozenost.

Jak již bylo naznačeno výše, pokud právně-historické prameny hovoří o úpravě homosexuality, jedná se téměř vždy o prameny trestního práva. Po dlouhou dobu byl trestem za homosexualitu trest smrti. Koldínova práva městská ze 16. století ji trestají jakožto sodomii upálením.¹⁰ Tereziánský trestní zákoník z roku 1768 ji pod označením smilstvo proti přírodě sankcionuje stětím mečem a následným spálením těla.¹¹

Ke zmírnění represí vůči homosexuálům dochází roku 1787, kdy byl vydán Josefem II.

⁶ AUGUSTYN, Józef. *Sexualita v našem životě*. Praha: Karmelitánské nakladatelství, 2005, s. 144.

⁷ KRATOCHVÍL, Stanislav. *Sex: starosti a radosti*. Praha: Triton, 2008, s. 221.

⁸ PONDĚLÍCKOVÁ-MAŠLOVÁ, Jaroslava, RABOCH, Jan. *O sexualitě a partnerských vztazích*. Praha: Galén, 2005, s. 158.

⁹ MORUS, Richard. *Světové dějiny sexuality*. Praha: Naše vojsko, 1992, s. 23.

¹⁰ MALÝ, Karel. *Trestní právo v Čechách v 15.-16. století*. Praha: Karlova Univerzita, 1979, s. 245.

¹¹ MALÝ, Karel. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*. 2 vyd. Praha: Linde, 1999, s. 159.

Všeobecný zákoník o zločinech a trestech za ně, podle kterého byla homosexualita zařazena pod přestupky. Přesto však za ni bylo možno uložit trest odnětí svobody, tělesné tresty či nucené práce.¹²

Zákoník o zločinech a těžkých policejních přestupcích z roku 1803 již znovu zařazuje homosexualitu jakožto smilstvo proti přírodě pod trestné činy. Trestem byl žalář v délce od šesti měsíců do jednoho roku.¹³

Roku 1852 nabyt účinnosti zákon o zločinech, přečinech a přestupcích, jenž platil na našem území téměř sto let, a i v něm byl zahrnut trestný čin smilstvo proti přírodě, pod nějž spadala homosexualita, která byla trestána těžkým žalářem v délce jednoho až pěti let. Přestože snahy o odrestnění homosexuality trvaly již od počátku 20. století¹⁴, k tomuto po celou dobu platnosti zákona až do roku 1950 nikdy nedošlo.

Trestní zákoník z roku 1950 stále považoval homosexualitu za trestnou, pouze omezoval výši trestu odnětí svobody, a to maximálně na dobu jednoho roku. Až v trestním zákoníku z roku 1961 absentuje obecné ustanovení o trestnosti homosexuálních styků. Přesto však homosexuální styky nebyly ještě rovny stykům heterosexuálním. Dále byl totiž trestný homosexuální styk dospělé osoby s osobou mladší 18 let. Nutné je také zmínit, že zmírnění trestní represe vůči homosexuálům neznamenovalo konec jejich omezování jinými prostředky. Stát bránil jejich sdružování, cenzuroval články o homosexualitě v médiích, státní bezpečnost vedla seznamy homosexuálních osob a byly zakázány seznamovací inzeráty hledající osoby stejného pohlaví.¹⁵

Konec vnímání homosexuality jako trestného činu přichází se zákonem č. 175/1990 Sb., kterým se novelizuje trestní zákoník z roku 1961. Na základě této novely je vypuštěna z právního řádu skutková podstata trestného činu pohlavního styku s osobou téhož pohlaví, a homosexuální pohlavní styky se v režimu trestního práva stávají poprvé v historii rovnocenné stykům heterosexuálním.

Tento právní stav tak odpovídá dnešnímu poznání, kdy homosexualita není považována za nemoc, ale za nepatologické trvalé zaměření jednotlivce. V současnosti již není tématem to, jak na ni nazírá trestní právo, ale zakotvení její rovnocennosti s heterosexualitou i v dalších právních oblastech, zejména v právu ústavním, rodinném a dědickém.

¹² PROCHÁZKA, Ivo, GRAUPNER, Helmut. Historie právních postojů k homosexualitě. *ecn.cz*, citováno dne 5.10. 2019. Dostupné online na <http://www.ecn.cz/PRIVATE/logos/pravhist.htm>.

¹³ Tamtéž.

¹⁴ Velkým zastáncem zrušení trestnosti homosexuality byl pražský advokát JUDr. František Čerovský.

¹⁵ STEHLÍKOVÁ, Džamila, PROCHÁZKA, Ivo, HROMADA, Jiří. *Homosexualita, společnost a AIDS v ČR*. Praha: Sdružení organizací homosexuálních občanů (SOHO) v ČR, 1995, s. 15.

1.2 Pojem transsexuál

Slovo transsexuál je složeno z latinských slov *trans*, které znamená přes, a *sexus* znamenající pohlaví. Oficiální definice uvádí, že se jedná o stav jedince, který si přeje žít a být akceptován jako příslušník opačného pohlaví. Obvyklý je u něj pocit nespokojenosti s vlastním anatomickým pohlavím nebo pocit jeho nevhodnosti a přání hormonálního léčení s chirurgickým zákrokem, aby tak tělo odpovídalo preferovanému pohlaví. Transsexuální identita by měla trvat alespoň dva roky, a nesmí být projevem duševní poruchy, ani být sdružena s intersexuální, genetickou nebo chromozomální abnormalitou.¹⁶

Na rozdíl od intersexuality je transsexuální jedinec normálně tělesně vyvinutý ve smyslu jednoho pohlaví, avšak cítí se být příslušníkem pohlaví druhého.¹⁷ Transsexuálové odmítají nosit oblečení typické pro jejich anatomické pohlaví, projevují zájmy příslušné zejména osobám opačného pohlaví, mají často homosexuální orientaci a problémy s pohlavní identitou již od dětského věku.¹⁸ Jedná se o trvalý, nezaviněný a nezměnitelný psychický stav.¹⁹

Co transsexualitu způsobuje není dosud zcela jasné. Existují dva základní názorové přístupy, a to psychologický (transsexualita vzniká po narození na základě prožitků), a biologický (vznik již v období prenatalního vývoje).

Dle psychologického přístupu může být spouštěčem transsexuality narušený vztah mezi rodičem a dítětem. Jde o případy, kdy je dítě přitahováno rodičem opačného pohlaví a chce ho napodobit, nebo o situace, kdy rodiče chtěli dítě opačného pohlaví a dávají to často najevo, či o chlapce vyrůstající pouze s matkou, která je podporuje v ženském chování, přičemž otcové se výchovy neúčastní. Sociálním spouštěčem může být také sexuální zneužívání v dětství. Psychologický přístup zásadně nesouhlasí s chirurgickou léčbou a zaměřuje se pouze na psychotherapeutickou léčbu.²⁰

Biologický přístup zastává názor, že transsexualita nevzniká až po porodu, ale již během nitroděložního vývoje plodu. Během vývoje má totiž docházet k hormonální imbalanci, která způsobuje vývoj mozku maskulinním či femininním způsobem a vývoj reprodukčních orgánů

¹⁶ FIFKOVÁ, Hana. *Transsexualita: diagnostika a léčba*. Praha: Grada, 2002, s. 17.

¹⁷ MOLNÁROVÁ, Gabriela. Problém zvaný transsexualita a některé jeho právní aspekty. *epravo.cz*, publikováno dne 1.6. 2001, citováno dne 3.10. 2019. Dostupné online na: <https://www.epravo.cz/top/clanky/problem-zvany-transsexualita-anektre-jeho-pravni-aspekty-8440.html>.

¹⁸ MAREŠOVÁ, Markéta, WEISS, Petr. Několik poznámek k problematice transsexualismu. *Československá psychologie*, 1998, roč. 42, č. 4, 306 – 312.

¹⁹ PROCHÁZKA, Ivo, WEISS, Petr. Pohlavní identita. In *Transsexualita a jiné poruchy pohlavní identity*. 2. vyd. Praha: Grada, 2008, s. 16.

²⁰ ONDOK, Josef Petr. *Bioetika, biotechnologie a biomedicína*. Praha: Triton, 2005, s. 108.

způsobem opačným.²¹ Dle tohoto přístupu nelze transsexualitu léčit, je nezvratná, a daný jedinec má pouze dvě možnosti, a to buď chirurgicky přeměnit své pohlaví, anebo po celý život skrývat své pravé já. Nejedná se o sexuální deviaci, ale o poruchu psychické a sexuální identifikace.²² Transsexuálové se samozřejmě vyskytovali ve společnosti od jejího počátku, nicméně až do konce 19. století byli součástí homosexuální menšiny. V té době se jimi začal ve svých studiích zabývat německý lékař Magnus Hirschfeld, který pro ně zavedl pojem transvestismus, jenž zahrnoval lidi žijící trvale či občasně v opačné pohlavní roli.²³ S rozvojem medicíny začaly také pokusy s operativními změnami pohlaví. Přestože tyto pokusy jsou známy od 20. let 20. století, první úspěšná kompletní přeměna pohlaví byla provedena až v roce 1953 americko-německým doktorem a sexuologem Harry Benjaminem.

1.3 Pojem intersexuál

Slovo intersexuál je složeno z latinských slov *inter*, což ve volném překladu znamená něco, co se nachází mezi, a *sexus* znamenající pohlaví. Obecně tedy lze říci, že se jedná o jedince, který nemůže být přiřazen ani k jedné ze dvou základních pohlavních kategorií na základě svých biologických znaků. Můžeme hovořit o jakémsi biologickém mezistupni mezi mužem a ženou, přičemž sexuální diferenciaci u těchto lidí není úplná.²⁴

Univerzitní učitel a intersexuální aktivista Christian Ghattas definuje intersexuály jako lidi, kteří nemohou být klasifikováni podle medicínských norem pro tzv. mužská a ženská těla ve vztahu ke svému chromozomálnímu, gonadálnímu nebo anatomickému pohlaví.²⁵

Lékařská věda pak popisuje intersexuály jako osoby s tzv. poruchou DSD neboli *differences of sex development*, v překladu osoby s poruchou nebo rozdílností vývoje pohlaví.²⁶

Intersexualita samozřejmě není pojmem 20. potažmo 21. století. Pod označením hermafroditismus je známá prakticky od dob antiky. Je nutné zmínit, že po většinu historických epoch byla vnímána negativně, právě s výjimkou zmíněné antiky, kdy řecká mytologie viděla v intersexuálech stopy božstva. Tito jedinci v sobě měli spojovat charakter boha Herma

²¹ BISHOP, Clifford, OSTHELDER, Xenia. *Sexualia: from prehistory to cyberspace*. Cologne: Könnemann, 2001, s. 16.

²² FIFKOVÁ, Hana. *Transsexualita: diagnostika a léčba*. Praha: Grada, 2002, s. 39.

²³ SPENCEROVÁ, Tereza. *Jsem transd'ák!*. Praha: G plus G, 2003, s. 14.

²⁴ LEITSCH, Dominik. *Die Intersexualität-Diagnostik und Therapie aus kinderchirurgischer Sicht*. Kolín: Akademisches Lehrkrankenhaus für die Universität zu Köln, 1996, s. 7.

²⁵ GHATTAS, Dan Christian. *Human Rights between the Sexes. A preliminary study on the life situations of the inter* individuals*. Berlin: Heinrich Böll Stiftung, 2013, s. 7.

²⁶ LEE, Peter, HOUK, Christopher, AHMED, Faisal, HUGHES, Ieuan. Consensus Statement on Management of Sex Disorders. *Pediatrics*, 2006, č. 118, s. 488.

a bohyně Afrodity. Mimo helénské období však na většinové obyvatelstvo působili jako nepřirozený jev, který by měl být zlikvidován.²⁷

Přestože informace o postavení intersexuálů v průběhu dějin máme pouze fragmentární, lze si udělat představu o jejich životě na základě bavorského občanského zákoníku z roku 1756. Dle dikce tohoto zákona rozhodovali o přiřazení k mužskému či ženskému pohlaví lékaři. Pokud si ti nebyli jisti, mohl si pohlaví zvolit sám daný jedinec. Toto rozhodnutí muselo být učiněno do nabytí zletilosti, a bylo trvalé a neměnné.²⁸

Rozvoj osvícenství a racionalismu v 19. století přinesl intersexuálům paradoxně ještě větší omezení jejich práv, než měli dosud. O přiřazení konkrétního jedince k mužskému či ženskému pohlaví již byli oprávněni rozhodovat pouze lékaři²⁹, a to ve všech případech, čímž bylo jedinci jeho již tak omezené právo na pohlavní sebeurčení odejmuto zcela.³⁰

Rozvoj medicíny v 19. a zejména pak ve 20. století s sebou přinesl také chirurgické zákroky na intersexuálech, kterými měly být pohlavní orgány těchto lidí standardizovány do běžných podob. Lékaři tak již nejenom rozhodovali o přidělení jedince k danému pohlaví, ale také na základě těchto svých rozhodnutí zkoumaným jedincům operativně dotvářeli jejich fyzickou podobu.

S operativní úpravou pohlaví intersexuálních dětí je spojeno zejména jméno amerického psychologa a sexuologa Johna Moneyho. Na základě jeho učení byly od 50. let 20. století intersexuálním dětem v blízké době po narození operovány pohlavní orgány tak, aby byly striktně mužské či ženské. Tyto děti byly následně vychovávány dle toho, jaké pohlaví jim bylo přiřazeno, aniž by o svém původu byly informovány. K odklonu od Moneyho učení dochází v 80. letech 20. století, kdy se již nepochybovalo o tom, že tato metoda přináší intersexuálům často velké psychické problémy.³¹

V dnešní době je tedy biomedicínsko-materialistické pojetí pohlavní identity již překonáno. Lékaři se snaží otevřeně komunikovat s dotčenými, jejich rodiči, volí individuální přístup, léčba probíhá na specializovaných pracovištích, a je vedena multidisciplinárními týmy.³²

Kromě léčby se vyvíjí také vnímání intersexuálů společností. Ti přestávají být vnímáni jako odchylka od normálu, kterou je nutné chirurgicky upravit. Jsou spíše jednou z variant

²⁷ *Deutscher Ethikrat, Intersexualität – Stellungnahme*. Berlin: Deutscher Ethikrat, 2012, s. 116.

²⁸ BARŠOVÁ, Andrea. Jiné pohlaví. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2014, č. 1, s. 1.

²⁹ Lékaři rozhodovali na základě podoby pohlavních žláz jedince.

³⁰ KOLBE, Andrea. *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, s. 82.

³¹ FIFKOVÁ, Hana. Poruchy pohlavní identity. In *Sexuologie*. Praha: Grada, 2010, s. 444.

³² DREGER, Alice Domurat. *Hermafrodité a medicínské konstrukce pohlaví*. Praha: Triton, 2009, s. 205.

lidské rozmanitosti, která má právo na rovné zacházení a respekt ke své genderové identitě a osobnosti. Tato oprávnění budou postupně zakotvována i do právních řádů, kde se promítnou např. v možnosti nezapsat si své pohlaví do matričních knih či v úpravách rodinného práva.

2 Vybrané problémy sexuálních menšin z ústavněprávního pohledu

Cílem druhé kapitoly je z ústavněprávního hlediska rozebrat vybrané problémy homosexuálů, intersexuálů a transsexuálů. Zásadním tak bude posoudit soulad zákonné úpravy s ústavně zaručenými základními lidskými právy, potažmo splnění podmínek pro jejich omezení. Právě splnění těchto podmínek bude analyzováno na základě obecně přijímaného testu ústavní konformity zákonných omezení a testu přímé diskriminace.

Test ústavní konformity stanovuje, že omezení musí být stanoveno zákonem, sledovat legitimní cíl a být v demokratické společnosti nezbytné.³³

Úprava zákonnosti je obsažena v čl. 4 Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jakou součástí ústavního pořádku (dále jen „LZPS“). Dle čl. 4 odst. 1 LZPS mohou být povinnosti ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích jen při zachování základních práv a svobod. Zákonodárce tak stanovil obecné pravidlo, kterým určil jak právní formu, kterou může být formálně jednotlivci uložena povinnost (na základě zákona a v jeho mezích), tak materiální podmínku, jež musí být splněna (při zachování základních práv a svobod).³⁴ Zákon je zde chápán jako základ, jenž může být blíže specifikován podzákonou normotvorbou. Ukládání primárních povinností je tak vyhrazeno zákonu a podzákoný právní předpis se musí vždy pohybovat v jeho mezích a sledovat jeho smysl a účel.³⁵ Sama zákonná úprava přitom musí splňovat požadavek jasnosti, určitosti, srozumitelnosti a bezrozpornosti, a to s ohledem na respekt k principu právní jistoty.³⁶

Účelem čl. 4. odst. 2 LZPS je ještě více zpřísnit podmínky při zákonném omezení základních práv a svobod. Ty mohou být omezeny pouze zákonem, přičemž není možné pověřit orgán moci výkonné k přijetí podzákoné úpravy, která by zákonem stanovené omezení základních práv a svobod zpřesňovala.³⁷

Pokud se stát rozhodne omezit základní lidské právo či svobodu, musí tak učinit z důvodu legitimního cíle, který tím sleduje, a kterým toto omezení odůvodňuje. Jedná se tedy o účel omezení základního práva či svobody.³⁸ Legitimní cíl může být vyjádřen buď výslovně či musí být dovoditelný z jiných ústavně garantovaných práv či ústavně chráněných veřejných

³³ BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 87.

³⁴ KLÍMA, Karel. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 960.

³⁵ Nález ÚS ČR ze dne 14. února 2001, sp. zn. Pl. ÚS 45/2000.

³⁶ Nález ÚS ČR ze dne 27. ledna 2015, sp. zn. Pl. ÚS 19/14.

³⁷ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 128.

³⁸ KMEC, Jiří a kol. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 110.

statků.³⁹

Konečně posledním krokem v testu ústavní konformity omezení je zodpovězení otázky, zda je dané omezení v demokratické společnosti nezbytné, tedy, zda je přiměřené sledovanému legitimnímu cíli. K tomu je v ČR standardně využíván tzv. test proporcionality. Ten ústavní soud definoval jako šablonu tří na sebe navazujících kritérií, a to vhodnosti (způsobivosti), potřebnosti a přiměřenosti v užším smyslu, jež musí být kumulativně splněna.⁴⁰ Princip proporcionality tak v podstatě spočívá v nalezení optimálního vztahu mezi kolidujícími ústavně chráněnými hodnotami, ať již jde o kolizi dvou základních práv či o kolizi základního práva s určitým veřejným statkem.⁴¹

Prvním kritériem v testu proporcionality je tedy vhodnost. Vhodností je myšleno to, zda institut omezující určité základní právo umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva).⁴² Úkolem je zhodnotit, zda použitý prostředek omezující základní právo je způsobilý k ochraně ústavního principu, se kterým je v kolizi.⁴³

Druhým kritériem v testu proporcionality je potřebnost. Ta spočívá v porovnání legislativního prostředku omezujícího základní právo s jinými opatřeními umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod.⁴⁴ Zkoumány tak jsou alternativní hypotetické prostředky, které do omezovaných práv nezasahují vůbec či méně intenzivně. Jde vlastně o příkaz k použití nejšetrnějšího prostředku.⁴⁵

Třetím kritériem v testu proporcionality je přiměřenost v užším smyslu. Zde jde o porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv. Posuzuje se tak, zda je zvolený legislativní prostředek ve vztahu ke sledovanému cíli přiměřený.⁴⁶ Omezení základního práva totiž nesmí být v nepoměru s užitkem, který byl ve prospěch veřejnosti jeho omezením dosažen. Je tak třeba zvažovat využití možných právních institutů, jež by zásah do příslušného základního práva minimalizovaly.⁴⁷ Výsledkem musí být opatření, u kterého negativa omezení jednoho základního práva nepřesahují tím nově zakotvená pozitiva.⁴⁸

Test přímé diskriminace vycházející z rozhodovací praxe ústavního soudu se skládá

³⁹ BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 89.

⁴⁰ Nález ÚS ČR ze dne 12. října 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

⁴¹ BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 95.

⁴² ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 101 – 102.

⁴³ MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011, s. 64.

⁴⁴ Nález ÚS ČR ze dne 12. října 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

⁴⁵ Nález ÚS ČR ze dne 13. srpna 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

⁴⁶ BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 96.

⁴⁷ Nález ÚS ČR ze dne 12. října 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

⁴⁸ Nález ÚS ČR ze dne 13. května 1998, sp. zn. Pl. ÚS 25/97.

ze čtyř částí. První je zodpovězení otázky, zda se jedná o srovnatelného jednotlivce nebo skupinu, druhou je odpověď na otázku, zda je s nimi nakládáno odlišně na základě některého ze zakázaných důvodů, třetí zní, zda je odlišné zacházení stěžovateli k tíži, a čtvrtá, zda je toto odlišné zacházení ospravedlnitelné, tj. zda sleduje legitimní zájem a je přiměřené.⁴⁹

Srovnatelnost je zásadní otázkou diskriminačního práva (zacházení s obdobným odlišně). Literatura ji definuje následovně: „*srovnatelnost znamená, že mezi prvky srovnání X a Y spatřujeme ve vztahu k jejich srovnání více shod než neshod.*“⁵⁰

Zakázané důvody pro odlišné nakládání s určitými osobami či skupinami jsou vymezeny v čl. 3 LZPS, a to pouze demonstrativně, když některé důvody výslovně v LZPS uvedeny nejsou, nicméně obrat „jiného postavení“ ústavně autorizuje dotváření dalších diskriminačních důvodů.⁵¹ Jedná se tak např. o věk, zdravotní postižení či sexuální orientaci. Obecně tak můžeme říci, že diskriminační důvody jsou ty, které jsou amorální, nelegitimní, stigmatizující a iracionální, a které byly v minulosti často předmětem nerovného zacházení.⁵²

Odlišné zacházení musí jít k tíži stěžovatele, tedy být znevýhodňující. Často vyplývá z okolností případu, může se jednat o odeprání určitého práva, či o uložení dodatečného břemene.⁵³

Ospravedlnění odlišného zacházení je pak obdobné výše uvedenému testu proporcionality, neboť v konečném důsledku jde o posouzení přiměřenosti odlišného zacházení ve vztahu k cíli, který je odlišným zacházením sledován.⁵⁴

2.1 Homosexuálové – absence společného jmění manželů

V první kapitole této práce bylo pojednáno o historickém stíhání homosexuálů a krutých trestech, kterým byli nuceni čelit. Naštěstí ve většině současných států jsou tyto praktiky již dávnou minulostí a moderní právní úpravy naopak směřují k dosažení rovnosti práv heterosexuální většiny a homosexuální menšiny. Úroveň této rovnosti je v jednotlivých státech značně rozdílná a je nutné sdělit, že v ČR dosažena prozatím není. Vzhledem k tomu, že homosexuálové mají omezena některá práva vyplývající zejména z rodinného práva, je cílem

⁴⁹ Nález ÚS ČR ze dne 28. ledna 2014, sp. zn. Pl.ÚS 49/10.

⁵⁰ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 101.

⁵¹ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 104.

⁵² BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 195.

⁵³ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 106.

⁵⁴ BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 194.

této podkapitoly na základě podrobné ústavněprávní analýzy provedené testem přímé diskriminace rozhodnout, zda jedna z těchto zákonem stanovených nerovností, tedy absence společného jmění, je v souladu s naším ústavním pořádkem, a zda touto absencí nedochází k porušování základních práv homosexuálních jedinců.

2.1.1 Právní úprava společného jmění manželů

Společné jmění můžeme charakterizovat jako majetkový soubor věcí, který je zákonem vymezen jak pozitivně (to, co do něj patří), tak negativně (to, co do něj patřit nebude).⁵⁵ Právní úprava společného jmění manželů je výslovně uvedena v § 708 až § 742 zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále je „OZ“). Základní ustanovení v § 708 OZ říká, že *„to, co manželům náleží, má majetkovou hodnotu a není vyloučeno z právních poměrů, je součástí společného jmění manželů. To neplatí, zanikne-li společné jmění za trvání manželství na základě zákona“*. Zákon dále upravuje tři režimy společného jmění, a to zákonný, smluvený a založený rozhodnutím soudu. Zákonný režim upravuje základní pravidla a rozsah majetku spadajícího pod společné jmění. Tento rozsah lze smluvně modifikovat, a to jak jeho rozšířením, tak jeho zúžením. Je-li proto vážný důvod, může rozsah společného jmění upravit také soud. Takovým důvodem je dle § 724 odst. 2 OZ např. skutečnost, že manželův věřitel požaduje zajištění své pohledávky v rozsahu přesahujícím hodnotu toho, co náleží výhradně manželovi, či marnotratnost manžela, podstupování nepřiměřených rizik nebo neomezené ručitelství v právnické osobě.

Ustanovení § 709 OZ definuje obsah společného jmění, a to jako to, co nabyl jeden z manželů nebo oba manželé společně za trvání manželství mimo zákonem stanovených výjimek. Mezi ně patří např. věci sloužící osobní potřebě jednoho z manželů, dary, dědictví, náhrada nemajetkové újmy na přirozených právech či to, co nabyl jeden z manželů právním jednáním vztahujícím se k jeho výlučnému vlastnictví.

Právní úprava v zák. č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství (dále jen „ZRP“) institut společného jmění neobsahuje, a to ani v modifikované omezenější verzi. Registrovaní partneři tak nabývají věci buď každý do svého výlučného vlastnictví, anebo v případě, kdy chtějí věc nabýt jako spoluvlastníci, tak do podílového spoluvlastnictví. Absentuje také úprava vypořádání majetku v případě rozpadu vztahu.

Úpravou společného jmění v OZ dochází k provedení několika ústavně zaručených práv na zákonné úrovni. Jedná se o právo na rovnost mezi manžely dle čl. 1 LZPS, právo vlastnické

⁵⁵ KOVÁŘOVÁ, Daniela. Majetek aneb vždy jde o peníze. *Rodinné listy*, 2016, č. 7, s. 2.

dle čl. 11 LZPS a ochranu rodiny dle čl. 32 LZPS.

Odborná literatura uvádí, že společné jmění posiluje rovnost mezi manžely, když automatickým nabýváním věcí do bezpodílového spoluvlastnictví se proti sobě navzájem právně chrání.⁵⁶ Historicky byl ekonomicky silnější muž a žena se starala především o domácnost. Tím, že ekonomické výdělků muže spadají pod společné jmění dochází k tomu, že žena není znevýhodňována svou pozicí. Dnes je samozřejmě již situace odlišná, ženy jsou mnohem více finančně nezávislé a soběstačné, nicméně souvislosti lze stále vidět např. u rodičovské dovolené, kdy jsou často ženy několik let kvůli péči o dítě v domácnosti a logicky nedosahují výdělku mužů.

Společné jmění je také zvláštní formou spoluvlastnictví se svou speciální úpravou rozvíjející ekonomickou solidaritu mezi manžely.⁵⁷ Právo vlastnit dle čl. 11 LZPS je tedy mezi manžely modifikováno tak, aby posilovalo majetkovou sounáležitost, a to jak mezi manžely navzájem, tak směrem ke třetím osobám.

Společné jmění má posloužit také k ochraně rodiny, a to zejména k zajištění potřeb nezletilých dětí, kterým rodinné prostředky mají zajistit potřebný vývoj.⁵⁸

Totožné zájmy jsou chráněny v mezinárodním měřítku také mezinárodními smlouvami, jimiž je ČR vázána. Rovnost mezi manželi je přímo upravena v čl. 5 Protokolu č. 7 k Evropské úmluvě o ochraně lidských práv (dále jen „Úmluva“ či „EULP“), rovnost mezi lidmi navzájem pak v čl. 7 Všeobecné deklarace lidských práv a čl. 25 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech. Vlastnické právo upravuje a zakotvuje čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě spolu s čl. 17 Všeobecné deklarace lidských práv. Ochrana rodiny je poskytnuta v čl. 8 Úmluvy, čl. 17 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech a čl. 10 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech.

Zákonná úprava společného jmění však tím, že manželům přiznává výše uvedená práva, zároveň tatáž práva registrovaným partnerům odpírá, a to právě jejich úzkou specifikací pouze pro manžele. Pokud je registrovaným partnerům zasahováno do jejich práva na rovnost, vlastnictví a ochranu rodiny, je nutné zkoumat to, zda tím nedochází k porušování zákazu diskriminace dle čl. 3 LZPS.

⁵⁶ DVOŘÁK, Jan. *Majetkové společenství manželů*. Praha: Aspi, 2004, s. 23.

⁵⁷ DVOŘÁK, Jan. Zamyšlení nad právní úpravou společného jmění manželů. *Soudní rozhledy*, 2007, roč. 13, č. 12, s. 454.

⁵⁸ TAJOVSKÁ, Kamila. Režim oddělených jmění. *epravo.cz*, publikováno dne 29.4.2015, citováno dne 20.10.2019. Dostupné online na <https://www.epravo.cz/top/clanky/rezim-oddelenych-jmeni-97542.html>.

2.1.2 Srovnatelnost skupiny – manželé a registrovaní partneri

Hlavním účelem manželství dle § 655 OZ je založení rodiny, řádná výchova dětí a vzájemná podpora o pomoc. Společné jmění má manželům ulehčovat naplňování těchto cílů. Srovnatelnost skupiny je dle mého názoru naplněna za předpokladu, že účelem registrovaného partnerství jsou obdobné cíle.

Rodina není v zákoně nijak definovaná, a proto je nutné vycházet z odborné literatury. Komentář říká, že zákon chápe rodinu především jako vztah rodiče a dítěte.⁵⁹ Rodina jako taková není předmětem právní ani ústavní ochrany v českém právu, chránění jsou pouze její jednotliví členové a jejich vztahy.⁶⁰ Vzhledem k tomu, že i homosexuální pár může vychovávat děti a vytvořit mezi sebou vztahy na úrovni rodič – dítě, je nepochybné, že založení rodiny může být jak cílem manželství, tak i registrovaného partnerství. Evropský soud pro lidská práva (dále jen „ESLP“) dovedil, že homosexuální pár ve stabilním svazku, který spolu sdílí společnou domácnost, spadá pod pojem rodinný život ve smyslu čl. 8 Úmluvy.⁶¹ Registrovaný partner totiž může žádat o individuální osvojení, popř. může mít dítě z předešlého vztahu, narozené z umělého oplodnění atd., přičemž toto dítě spolu se svým partnerem vychovává společně jako pár, což ostatně i § 13 odst. 3 ZRP ukládá. Z rozebrání pojmu rodiny tak jasně vyplývá, že účelem manželství i registrovaného partnerství může být mimo jiné také řádná výchova dětí.

Srovnatelnost obou skupin je pak o to větší, když sama důvodová zpráva k OZ uvádí, že hlavním účelem je sice založení rodiny a řádná výchova dětí, avšak je nepochybné, že existují i manželství, jejichž účelem jsou pouze důvody psychologické, zdravotní, ekonomické či sociální. Komentář k tomu dodává, že ani zákon nemůže mít, a nemá sílu nařizovat v době vzrůstajícího počtu neplodných mužů a žen plození a výchovu dětí jako naplňování účelu manželství.⁶² Vzhledem k tomu, že v oblasti partnerství jsou homosexuální svazky totožné s heterosexuálními, tedy jsou tvořeny za účelem vzájemného citového a sexuálního uspokojení partnerů, kteří spolu chtějí dlouhodobě tvořit pár, je zřejmé, že cílem registrovaného partnerství je také vzájemná podpora a pomoc.

⁵⁹ HRUŠÁKOVÁ, Milana, KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka, WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655-975). Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 4.

⁶⁰ HRUŠÁKOVÁ, Milana, KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka. *České rodinné právo*. 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2006, s. 12.

⁶¹ Rozsudek ESLP ze dne 21. července 2015. Oliari proti Turecku. č. s. 14793/08.

⁶² MELZER, Filip, TĚGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek IV. § 655 – 793*. Praha: Leges, 2016, s. 5.

Na základě výše uvedeného lze přesvědčivě konstatovat, že požadavek srovnatelnosti mezi manželi a registrovanými partnery v rámci testu přímé diskriminace byl naplněn.

2.1.3 Zakázaný důvod odlišného zacházení – sexuální orientace

Sexuální orientace jakožto zakázaný důvod odlišného zacházení v čl. 3 LZPS uvedena není, avšak jak bylo již uvedeno, lze ji podřadit pod obrat „jiné postavení“. Toto potvrzuje např. i zák. č. 198/2009 Sb., antidiskriminační zákon (dále jen „ADZ“), kde v § 2 odst. 3 již sexuální orientaci jakožto zakázaný důvod uvedenu máme. Český zákonodárce tedy v souladu s mezinárodními lidskoprávními smlouvami považuje sexuální orientaci za zakázaný důvod odlišného zacházení. Vzhledem k tomu, že rozdíl mezi manželstvím a registrovaným partnerstvím je právě sexuální orientace partnerů, lze i zde přesvědčivě konstatovat, že požadavek zakázaného důvodu pro odlišné zacházení v rámci testu přímé diskriminace byl naplněn.

2.1.4 Znevýhodnění registrovaných partnerů

Zatímco právní úprava manželství prošla dlouhodobým vývojem a je velmi obsáhlá (155 §), bez větší kritiky odborné veřejnosti, úprava registrovaného partnerství je mnohem skromnější (28 §). Navíc v ní bohužel absentují některé důležité instituty přinášející manželům nesporné výhody a práva.

Výčtem můžeme zmínit, že snoubenci se mohou vzít na jakékoli matrice, registrovaní partneri pouze na čtrnácti vybraných. Manželé mají ze zákona dva dny pracovního volna na uspořádání svatby, registrovaní partneri žádné. Uzavřením manželství vzniká švagrovství, registrovaným partnerstvím nikoliv. Manželé mají nárok na vdovský důchod, přechází na ně důchodové a nemocenské dávky, na registrované partnery dávky nepřechází a nárok na vdovský důchod také nemají. Manžel může při-osvojit dítě druhého manžela, mohou osvojit dítě společně, mohou být společnými pěstouny, registrovaní partneri nemají žádné z těchto práv. V registrovaném partnerství nevzniká ani společné jmění. Tento institut slouží k vytvoření majetkové sounáležitosti mezi manželi a k jejich ochraně a ulehčení ekonomického fungování vztahu. Zákon ho zvýhodňuje také z daňového hlediska, kdy podle § 4 odst. 3 písm. c) zák. č. 586/1992 Sb., o dani z příjmu, nejsou příjmy z rozšíření rozsahu nebo vypořádání společného jmění manželů předmětem daně. Registrovaní partneri, kteří vše nabývají samostatně nebo do podílového spoluvlastnictví jsou méně chráněni, bez daňových výhod a zákon neupravuje ani vypořádání jejich podílového spoluvlastnictví v případě rozpadu

vztahu. Znevýhodnění registrovaných partnerů oproti manželům je dle výše uvedeného evidentní a požadavek znevýhodnění stěžovatelů v rámci testu přímé diskriminace tak byl naplněn.

2.1.5 Ospravedlnění odlišného zacházení s registrovanými partnery oproti manželům

Ospravedlnění odlišného zacházení se musí zakládat na ústavně akceptovatelném cíli. Vzhledem k tomu, že cílem společného jmění je ochrana rodiny a nabytého jmění za trvání manželství s ohledem na potřeby nezletilých dětí, lze se domnívat, že zákonodárce nepředpokládá, že by tyto hodnoty měly být chráněny i v rámci registrovaného partnerství.

K tomu však neexistuje žádný legitimní důvod. Sám zákonodárce totiž uznal, že plození dětí v dnešní době již nemůže být jediným cílem manželství (vysoká neplodnost), navíc i registrovaní partneři v častých případech děti vychovávají. Téměř až absurdní je skutečnost, že samotný ZRP v § 13 odst. 3 ukládá partnerům povinnost podílet se společně na výchově dětí, nicméně institut, který by jim tuto povinnost měl ulehčit, tedy společné jmění, v českém právním řádu existuje pouze pro manžele. Ústavní soud přitom uznává a chrání rodinný život trvalých spolužijících párů stejného pohlaví a rodinné vazby mezi nimi a jimi vychovávanými dětmi.⁶³ Stejně tak ESLP říká, že lesbické a gay registrované páry mají podle mezinárodního práva stejné právo na ochranu rodinného života jako partneři opačného pohlaví a mají stejné právo na ochranu s ním spojených hodnot jako je vzájemná péče, založení rodiny a výchova dětí.⁶⁴ Vzhledem k výše uvedenému a vzhledem k tomu, že ani důvodová zpráva nepřináší vysvětlení potažmo racionální ospravedlnění odlišného zacházení je nutné konstatovat, že i tato podmínka testu přímé diskriminace byla naplněna.

2.1.6 Závěrečné zhodnocení

Na základě výše provedeného testu přímé diskriminace je nutné konstatovat, že česká právní úprava je vůči registrovaným partnerům diskriminační, když pro absenci společného jmění v rámci registrovaného partnerství není žádný ospravedlňující důvod. Mezinárodní i české soudy se shodují, že homosexuální a heterosexuální svazky si zaslouží stejnou ochranu, a to o to více, když i registrovaní partneři často vychovávají děti, přičemž nejlepší zájem dítěte musí být předním hlediskem při jakékoli činnosti týkající se dětí, ať již uskutečňované soudy

⁶³ Nález ÚS ČR ze dne 29. června 2017, sp. zn. Pl. ÚS 7/15.

⁶⁴ Rozsudek ESLP ze dne 24. června 2010 Schalk a Kopf proti Rakousku. č. s. 30141/04.

nebo zákonodárnými orgány. Ty naopak musí jednat tak, aby se tento zájem mohl rozvíjet, a musí stanovovat právní záruky umožňující co nejvyšší integraci dítěte v rodině.⁶⁵

Jako nespravedlivé vnímám také to, že manželé mohou čerpat výhody společného jmění, přestože porušují své manželské povinnosti (vzájemná úcta, věrnost atd.), ale registrovaným partnerům právo na společné jmění nevzniká ani v případech, kdyby si tak chtěli určit smluvně.

ČR tak porušuje lidská práva registrovaných partnerů ve vztahu k absenci společného jmění, když nedostatečně aktivně vytváří podmínky pro realizaci jejich základních práv.⁶⁶ V současné době však sněmovna projednává návrh novely OZ, kterým by mělo dojít k uzákonění manželství i pro homosexuální páry, a tedy i tyto by tak již mohly čerpat výhody společného jmění.

2.2 Transsexuálové – sterilizace jako podmínka změny pohlaví

Transsexuály můžeme chápat jako osoby jednoho pohlaví uvězněné v těle pohlaví druhého. Je tedy přirozené, že tito lidé jsou ve svém těle nespokojeni a chtějí uvést své psychické vnímání a fyzický vzhled do jednotného souladu.

Změna pohlaví představuje bez pochyby pro člověka zásadní, život měnící proces, který trvá několik let.⁶⁷ Nejprve je nutné podstoupit psychoterapii, v rámci které psychiatr posuzuje, zda si daný jedinec změnu pohlaví skutečně přeje. V jejím průběhu se začíná s hormonální léčbou, kdy jsou potlačovány přirozené hormony a jejich náhrada hormony druhého pohlaví. Nakonec pak dochází k chirurgickým zákrokům, např. odstranění prsou, dělohy, vaječnicků a jejich nahrazení plastikami orgánů druhého pohlaví.⁶⁸

Česká legislativa podmiňuje přeměnu pohlaví chirurgickým zákrokem znemožňujícím reprodukční funkci, tedy sterilizací. Sterilizace je lékařský výkon, který zabraňuje plodnosti bez odstranění anebo poškození pohlavních žláz, přičemž takové zabránění plodnosti je trvalé a nelze znovu obnovit.⁶⁹

Cílem této podkapitoly bude na základě podrobné ústavněprávní analýzy pomocí testu ústavní konformity rozhodnout, zda zákonný požadavek sterilizace je v souladu s naším ústavním pořádkem, a zda jím nejsou porušována základní práva transsexuálních jedinců.

⁶⁵ Nález ÚS ČR ze dne 13. dubna 2010, sp. zn. II. ÚS 485/10.

⁶⁶ Rozsudek ESLP ze dne 28. května 1985 X a Y proti Nizozemí. č. s. 8225/78.

⁶⁷ ŠUSTEK, Petr, HOLČAPEK, Tomáš a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 513.

⁶⁸ MACH, Jan a kol. *Zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování. Zákon o specifických zdravotních službách. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 494.

⁶⁹ VLČEK, Robert, Hrubešová, Zdenka. *Zdravotnické právo*. Bratislava: EPOS, 2007, s. 161.

2.2.1 Právní úprava změny pohlaví

Právní úprava změny pohlaví je výslovně uvedena v § 29 OZ a § 21 až § 23 v zák. č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách (dále jen „ZSZS“). Oba předpisy se vzájemně doplňují a nelze jednoznačně aplikovat zásadu *lex specialis derogat legi generali*.⁷⁰

Ustanovení § 29 OZ popisuje náležitosti, které jsou pro změnu pohlaví nutné splnit, a specifikuje okamžik, kdy k takové změně dochází. Dle § 29 OZ totiž *„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“*.

ZSZS obsahuje v hlavě II. díl 4. zabývající se přímo změnou pohlaví transsexuálních pacientů. V části se jeho znění překrývá s výše uvedeným ustanovením OZ, a dále pak podrobněji upravuje zákonný postup při procesu změny pohlaví.

Ustanovení § 21 odst. 1 ZSZS charakterizuje změnu pohlaví v souladu s OZ jako provedení zdravotních výkonů za účelem změny pohlaví chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce. Mimo to obsahuje definici transsexuálního pacienta jako osoby, u níž je trvalý nesoulad mezi psychickým a tělesným pohlavím. Dle § 21 odst. 2 a 3 ZSZS lze provést chirurgické zákroky směřující ke změně pohlaví na pacientovi, u něhož byla jednoznačně stanovena porucha sexuální identifikace a prokázána schopnost žít trvale jako osoba opačného pohlaví, který neuzavřel manželství či nevstoupil do registrovaného partnerství, popřípadě dokázal, že tyto zanikly, a který je starší 18 let a podal písemně žádost s jejím kladným zhodnocením odbornou komisí. Ustanovení § 21 odst. 4 ZSZS pak upravuje podmínky pro změnu pohlaví u osob s omezenou svéprávností, u nichž musí dát souhlas s chirurgickým zákrokem i soud.

Ustanovení § 22 ZSZS sděluje informace o odborné komisí, jenž musí dát souhlasné stanovisko s provedením změny pohlaví. Tato je ustanovena ministerstvem zdravotnictví, a jejími členy jsou zdravotnický pracovník zaměstnaný na tomto ministerstvu, sexuolog, psychiatr, psycholog, endokrinolog či diabetolog, urolog či gynekolog a právník se zaměřením na zdravotnické právo. Žádost, kterou komise posuzuje musí obsahovat souhlasné stanovisko ošetřujícího lékaře (specialistu na sexuologii s provedením změny pohlaví). K jednání komise jsou pacient (či opatrovník) a jeho ošetřující lékař vždy přizváni.⁷¹ V rámci jednání je pacient

⁷⁰ TĚŠINOVÁ, Jolana, DOLEŽAL, Tomáš, POLICAR, Radek. *Medicínské právo*. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 2019, s. 216.

⁷¹ Během rozhovoru členů komise s pacientem nesmí být ošetřující lékař přítomen.

informován komisí o povaze zákroku, trvalých následcích, rizicích a ověří, zda ke svému rozhodnutí pacient dospěl zcela dobrovolně a rozumí všem sděleným informacím. Po projednání žádosti vypracuje komise písemné odborné stanovisko, kde zhodnotí splnění podmínek pro přeměnu pohlaví. Stanovisko je kladné pouze v případě, že se změnou pohlaví souhlasí všichni členové komise.

Konečně pak § 23 ZSZS stanovuje, že pacient či jeho opatrovník musí udělit písemný souhlas se změnou bezprostředně před jejím započítím. O provedení změny pohlaví následně vydá zdravotní ústav pacientovi a opatrovníkovi pacienta potvrzení.

Ze shora uvedené zákonné úpravy jednoznačně vyplývá požadavek znemožnění reprodukční funkce. Jedná se o trvalý zásah do fyzické integrity člověka, který může být vysoce rizikový a v řadě případů ho transsexuální jedinec nevyžaduje, přestože se psychologicky cítí být opačným pohlavím.⁷²

Vyslovený zákonný požadavek sterilizace tak přirozeně zasahuje do základních lidských práv transsexuálů garantovaných jak mezinárodními ústavněprávními dokumenty, tak LZPS potažmo Ústavou. Konkrétně se jedná o právo na nedotknutelnost osoby dle čl. 7 odst. 1 LZPS zahrnující ochranu fyzické i psychické integrity osoby a právo na její soukromí, právo nebyť mučen ani podroben krutému nelidskému nebo ponižujícímu zacházení dle čl. 7 odst. 2 LZPS, právo na zachování lidské důstojnosti dle čl. 10 odst. 1 LZPS, právo na respektování soukromého a rodinného života dle čl. 10 odst. 2 LZPS a právo na ochranu zdraví dle čl. 31 LZPS.

Totožné zájmy jsou chráněny v mezinárodním měřítku Úmluvou, zejména jde o její čl. 3 – zákaz mučení nebo podrobování nelidskému či ponižujícímu zacházení a čl. 8 – právo na respektování rodinného a soukromého života. Ten je rozšířen o druhý odstavec sdělující, že státní orgán může do těchto práv zasahovat pouze v případě souladu se zákonem a nezbytnosti v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, ochrany pořádku a předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.

Mezi další významné mezinárodní dokumenty chránící shora uvedené zájmy patří Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (čl. 7 – zákaz podrobování se krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení), Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech (čl. 12 – právo na dosažení nejvyšší dosažitelné úrovně fyzického a duševního zdraví) a Evropská sociální charta (čl. 11 – právo na využití jakýchkoliv opatření

⁷² MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 344.

k dosažení co nejlepšího zdravotního stavu).

Výčet zasažených práv vychází zejména z judikatury ESLP. Kupříkladu rozsudek Y.Y proti Turecku se zabýval porušením práva na soukromí a rodinný život⁷³, či rozsudek A.P., Garçon a Nicot proti Francii se zabýval nedotknutelností osoby, tělesné integrity, principem osobní autonomie a právem na sexuální identitu⁷⁴. Dalším východiskem je rozhodnutí Evropského výboru pro sociální práva, který se zabýval v souvislosti se sterilizací transsexuálů ochranou zdraví.⁷⁵ V neposlední řadě je možné vycházet také z odborných publikací zabývajících se zkoumanou problematikou, např. i komentář k občanskoprávní úpravě změny pohlaví hovoří o tom, že sterilizací dochází k porušení práva na lidskou důstojnost⁷⁶. České soudy ve svých nemnoha rozhodnutích zatím transsexuálům právo vyhnout se sterilizaci při úřední změně nepovolily⁷⁷, tudíž u těchto řízení lze vycházet pouze co do argumentů žalobců. Ti zahrnují do svých podání všechny výše uvedené zásahy do základních práv transsexuálů.

Každý shora uvedený právním dokument je pro ČR zavazující, a je součástí českého ústavního pořádku⁷⁸. Vzhledem k tomu, že do základních práv uvedených v těchto dokumentech je českou zákonnou normotvorbou zasahováno, je nutné zanalyzovat ústavní konformitu těchto zásahů.

2.2.2 Zákonnost právní úpravy změny pohlaví

Cílem této podkapitoly je posoudit soulad právní úpravy změny pohlaví v ČR, konkrétně stanovení povinnosti sterilizace v § 29 OZ a § 21 až § 23 ZSZS s čl. 4 odst. 1 a odst. 2 LZPS, tj. požadavkem zákonného základu při ukládání povinností a při omezování základních práv a svobod. Výslovné vyjádření požadavku zákonného základu při omezování základních práv a svobod nalezneme přímo i u některých základních práv, jež právní úprava omezuje, ve zkoumané věci jde o čl. 7 odst. 1 LZPS, tedy o právo na nedotknutelnost osoby.

Jak bylo uvedeno výše, zákonná úprava změny pohlaví je upravena jednak v § 29 OZ a jednak podrobněji v § 21 až § 23 ZSZS, kde je jí věnován samostatný díl s názvem Změna pohlaví transsexuálních pacientů. Zatímco úprava v OZ komentuje okamžik změny pohlaví a jeho vliv na osobní stav člověka a jeho majetkové poměry, ZSZS se zaměřuje na proces změny

⁷³ Rozsudek ESLP ze dne 10. března 2015. Y. Y. proti Turecku. č. s. 14793/08.

⁷⁴ Rozsudek ESLP ze dne 6. dubna 2017. A. P., Garçon a Nicot proti Francii. č. s. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.

⁷⁵ Rozhodnutí ECSR ze dne 15. května 2018, č. s. 117/2015.

⁷⁶ MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 344.

⁷⁷ Usnesení ÚS ČR ze dne 15. listopadu 2016, sp. zn. III. ÚS 3376/16, či rozsudek NS ČR ze dne 30. května 2019, sp. zn. 2 As 199/2018-37.

⁷⁸ Nález ÚS ČR ze dne 25. června 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01.

a jeho podmínky. Povinnosti osob žádajících o provedení změny pohlaví jsou formulovány jasně, srozumitelně a určitě, nejsou závislé na úpravě v rozsáhle konkretizující podzákoné normotvorbě. Právní úprava sterilizace osob při změně pohlaví je tedy souladná s čl. 4 a 7 LZPS.

2.2.3 Legitimní cíl právní úpravy změny pohlaví

Cílem této podkapitoly je odpovědět na otázku, zda právní úprava změny pohlaví v ČR sleduje některý z legitimních cílů. Ještě před zjištěním legitimacy daných cílů je však nutné zjistit vůbec ony samotné cíle, důvody, pro které zákon sterilizaci vyžaduje. Žádný takový důvod totiž v OZ, ZSZS, jejich důvodových zprávách ani komentářích k těmto zákonům není uveden. Vzhledem k tomu, o jak velký zásah do intimní sféry jedince se jedná, považuji tuto absenci za velmi alarmující.

Důvody pro sterilizaci při změně pohlaví je tak nutné hledat v zahraniční judikatuře, jelikož je zde racionální předpoklad totožných záměrů i u českého zákonodárce. V rozhodnutí Y.Y. proti Turecku uvedlo Turecko, že důvodem je ochrana obecného zájmu, neboť se stát touto úpravou snaží o zabránění banalizace zákroků ke změně pohlaví či jejich zneužívání v rámci sexuálního průmyslu. Soud však shledal tento argument nepřesvědčivým.⁷⁹

Německý ústavní soud pojmenoval důvod sterilizace při změně pohlaví v prevenci situace, kdy by muži dle práva rodili děti a ženy dle práva je plodily.⁸⁰ Se stejným odůvodněním přichází ve svém článku také Chalupská.⁸¹

Konečně v rozsudku ESLP A. P., Garçon a Nicot proti Francii bylo Francií namítáno, že úprava změny pohlaví obsahující sterilizaci má za cíl zajistit zásadu nezcizitelnosti osobního stavu a spolehlivost a soudržnost záznamů o osobním stavu, přičemž věc vyvolává citlivé morální a etické problémy.⁸²

Obecně lze tedy konstatovat, že cílem úpravy je zajištění veřejného zájmu a právní jistoty. Lze souhlasit, že požadavek zachování přirozenosti, kdy děti jsou výhradně rozeny ženami, je požadavkem legitimním. Všechny společnosti světa jsou tak ze své podstaty nastaveny, a je to v souladu s dlouhodobým přírodním řádem. Nejen právně nežádoucí by se jevíly např. situace, kdy by byl člověk pro jedno své dítě matkou a pro druhé otcem.

⁷⁹ Rozsudek ESLP ze dne 10. března 2015. Y. Y. proti Turecku. č. s. 14793/08.

⁸⁰ Rozhodnutí Německého ústavního soudu ze dne 11. ledna 2011, sp. zn. 6 BVerfG, 1 BvR 3295/07.

⁸¹ CHALUPSKÁ, Lenka. Transsexualita v českém právním řádu v kontrastu cizích moderních úprav. *Právní prostor, cz*, publikováno dne 25.9.2014, citováno dne 14.10.2019. Dostupné online na: <https://www.pravniprostor.cz/clanky/rekodifikace/transsexualita-v-ceskem-pravnim-radu-v-kontrastu-cizich-modernich-uprav>.

⁸² Rozsudek ESLP ze dne 6. dubna 2017. A. P., Garçon a Nicot proti Francii. č. s. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.

Na základě výše uvedeného tedy tvrdím, že povinnost sterilizace sleduje legitimní cíl, kterým je zachování právní jistoty. K tomuto názoru se ostatně přiklání také judikatura ESLP⁸³ či německý ústavní soud.⁸⁴

2.2.4 Proporcionalita právní úpravy změny pohlaví

Cílem této podkapitoly je za pomoci testu proporcionality posoudit, zdali právní úprava změny pohlaví v ČR představuje přiměřené omezení jednotlivých základních práv a svobod ve vztahu ke sledovanému legitimnímu cíli. V rámci podkapitoly bude proto zkoumáno, zda institut změny pohlaví splňuje kritérium vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti v užším slova smyslu, kdy poslední z kritérií bude hodnoceno ve vztahu k jednotlivým základním právům, jichž se právní úprava změny pohlaví dotýká.

Prvním krokem v testu proporcionality je zkoumat požadavek vhodnosti, tedy zjistit, zda sterilizace transsexuálů při změně pohlaví umožní dosáhnout požadavku právní jistoty – soudržnosti záznamů o osobním stavu a zajištění funkce rození dětí pouze pro ženy. Sterilizace transsexuálů jistě k zajištění legitimního cíle poslouží, jelikož po její aplikaci již není možné se přirozenou cestou dále rozmnožovat. První krok testu proporcionality tak česká právní úprava změny pohlaví naplňuje.

Druhým krokem v testu proporcionality je zkoumání požadavku potřebnosti, tedy nutnost zkoumat, zda legitimního cíle nelze dosáhnout jiným, méně invazivním způsobem. Zde je potřeba znovu poukázat na zmíněná rozhodnutí zahraničních soudů vycházejících z právních úprav netrvajících na sterilizaci. Německý ústavní soud poukázal na skutečnost, že ke ztrátě rozmnožovací schopnosti dochází velmi často již v důsledku hormonální léčby. Navíc situace, kdy by opravdu muž měl rodit, jsou naprosto výjimečné.⁸⁵

Dle mého názoru je na místě ztotožnit se se závěry německého ústavního soudu, když ke stanovenému legitimnímu cíli postačuje hormonální léčba, která u drtivé většiny pacientů jejich rozmnožovací funkci znemožní, a to i bez potřeby silně invazivního chirurgického zákroku. Nadto je třeba uvést, že obejít se dá i účinek sterilizace např. použitím zmrazeného spermatu. Z těchto důvodů nepovažuji sterilizaci za potřebnou. Česká právní úprava tak neobstojí v testu proporcionality a jako taková není ústavně konformní.

Pro zajištění komplexnosti posouzení dané problematiky považuji za nutné test

⁸³ Rozsudek ESLP ze dne 6. dubna 2017. A. P., Garçon a Nicot proti Francii. č. s. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.

⁸⁴ Rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 11. ledna 2011, sp. zn. 6 BVerfG, 1 BvR 3295/07.

⁸⁵ Rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 11. ledna 2011, sp. zn. 6 BVerfG, 1 BvR 3295/07.

proporcionalitu dokončit, a proto je přistoupeno i k závěrečnému kroku, kterým je zkoumání požadavku přiměřenosti, tedy zvažení, zda je sterilizace ve vztahu ke znemožnění porodů mužů přiměřená. Toto kritérium bude hodnoceno ve vztahu k jednotlivým základním právům, která právní úprava změny pohlaví omezuje.

Prvním je nedotknutelnost osoby a jejího soukromí dle čl. 7 odst. 1 LZPS. Nedotknutelností osoby je zamýšlen obecný princip zajišťující celkovou ochranu lidské integrity člověka jako fyzické a duševní bytosti. Z ústavního principu nedotknutelnosti osoby vyplývá též zásada svobodného rozhodování v otázkách péče o vlastní zdraví.⁸⁶ Mimo naprostých a racionálně odůvodnitelných výjimek, jako je např. stav duševní choroby za současného ohrožování svého okolí či ochrana života a zdraví⁸⁷, je jakýkoliv zásah do tělesné schránky člověka a jeho vědomí bez jeho souhlasu nepřipustný. Souhlas musí být svobodný a informovaný, protože jen takovým člověkem vyjadřuje svobodně svou vůli v otázkách péče o vlastní zdraví, čímž daný zásah legitimizuje.⁸⁸ Zákonná úprava sice podmiňuje sterilizaci pacienta jeho souhlasem, který k zákroku dává po mnohaměsíční přípravě, nicméně nelze než souhlasit s ESLP, jenž říká, že souhlas s léčebným výkonem nelze považovat za skutečně svobodný, pokud by v případě nesouhlasu dotčená osoba pozbyla plného výkonu svého práva na genderovou identitu a osobní rozvoj.⁸⁹ Vzhledem k tomu, že sterilizace je obligatorní podmínkou změny pohlaví, nelze než konstatovat, že souhlas pacientů v těchto případech není skutečně svobodný, a zákonné omezení je tak pro transsexuály nadměrně zatěžující, přičemž je v rozporu s ústavním právem na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí.

Druhým ústavně zaručeným právem, které je zákonnou úpravou změny pohlaví omezeno, je právo nebýt podroben ponižujícímu zacházení dle čl. 7 odst. 2 LZPS. To ESLP charakterizuje jako zacházení, které v člověku vyvolává pocit hrubého pokoření před jinými osobami nebo ponížení před sebou samým, nutí ho jednat proti své vůli a přesvědčení či narušuje jeho fyzickou či psychickou odolnost. I pouhé riziko, že jednotlivec bude podroben tomuto zacházení stačí, aby soud konstatoval porušení tohoto ustanovení, je-li riziko reálné a bezprostřední.⁹⁰ Jak již bylo uvedeno výše, ne všichni transsexuálové souhlasí s operativními zásahy do svého těla, pro jiné to způsobuje zdravotní komplikace, kterým by se raději vyhnuli, avšak toto riziko musí pro změnu pohlaví dle právní úpravy v ČR podstoupit i proti své vůli či přesvědčení. Aplikací definice ponižujícího zacházení dle ESLP na postavení transsexuálů jsem

⁸⁶ KLÍMA, Karel. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 982.

⁸⁷ Nález ÚS ČR ze dne 18. května 2001, sp. zn. IV. 639/2000.

⁸⁸ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 187.

⁸⁹ Rozsudek ESLP ze dne 12. června 2003, Van Kück proti Německu. č. s. 35968/97.

⁹⁰ Rozsudek ESLP ze dne 7. července 1989, Irsko proti Spojenému království. č. s. 5310/71.

tak dospěla k tomu, že česká právní úprava změny pohlaví nutí osoby, které k ní chtějí přistoupit, k ponižujícímu zacházení. Právo nebýt podroben ponižujícímu zacházení je přitom právem absolutním, a nejsou stanoveny žádné možnosti pro jeho zákonné omezení.⁹¹ Zákonné omezení vyplývající z české právní úpravy je tedy pro transsexuály nadměrně zatěžující, přičemž je v rozporu s ústavním právem na právo nebýt podroben ponižujícímu zacházení.

Třetím ústavně zaručeným právem, jenž je omezeno zákonnou úpravou změny pohlaví je právo na zachování lidské důstojnosti dle čl. 10 odst. 1 LZPS. Lidskou důstojností je myšlena komplexní integrita fyzické osoby, a to jak po psychické, tak fyzické stránce.⁹² Právo na lidskou důstojnost jakožto právo absolutní nemůže být omezeno.⁹³ Respekt a ochrana lidské důstojnosti jsou nejvyšším a nejobecnějším účelem práva. Otázkou tak je pouze, zda zákonná úprava změny pohlaví v ČR zasahuje lidskou důstojnost. Pokud je dospělému svéprávnému jedinci státem vnučován invazivní chirurgický zákrok kvůli tomu, aby mohl žít dle svého vnitřního přesvědčení, považují to za zásah do jeho fyzické i psychické integrity, a tedy za zásah do jeho lidské důstojnosti. V této otázce se ztotožňují s americkým právníkem Grahamem Mayedou, který trefně poznamenává, že k transsexuálům je přistupováno jako k dítěti, které musí ospravedlňovat svá jednání, spíše než k svéprávnému dospělému, který prosazuje svou identitu.⁹⁴ Zákonné omezení vyplývající z české právní úpravy je tedy pro transsexuály nadměrně zatěžující, přičemž je v rozporu s ústavním právem na zachování lidské důstojnosti.

Čtvrtým ústavně zaručeným právem omezeným zákonnou úpravou změny pohlaví je právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života dle čl. 10 odst. 2 LZPS. Právo na osobní soukromí zahrnuje i právo autonomně rozhodovat o vlastní fyzické a psychické integritě.⁹⁵ S tím je spojeno také právo na sexuální sebeurčení.⁹⁶ Právě právo na respektování soukromého života dle čl. 8 EULP je dle ESLP stěžejním porušovaným právem v případě sterilizace jako zákonné podmínky pro změnu pohlaví. K této problematice již existuje poměrně rozsáhlá judikatura.⁹⁷ ESLP konstatoval, že stát má v dané věci pouze omezený prostor pro své uvážení, jelikož je zde přímo dotčena tělesná integrita osob, princip osobní autonomie a právo na respektování soukromého života. ESLP dále uvedl, že podmínění úřední změny pohlaví provedením chirurgického zákroku s vysokou pravděpodobností sterility

⁹¹ Rozsudek ESLP ze dne 7. července 1989, Soering proti Spojenému království. Č. s. 14038/88.

⁹² KLÍMA, Karel. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 1031.

⁹³ Nález ÚS ČR ze dne 29. února 2008, sp. zn. II. ÚS 2268/07.

⁹⁴ MAYEDA, Graham. Who do you think you are? When should the law let you be who you want to be? In *You have changed: sex reassignment and personal identity*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 194.

⁹⁵ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 284.

⁹⁶ Rozsudek ESLP ze dne 24. června 2010 Schalk a Kopf proti Rakousku. č. s. 30141/04.

⁹⁷ Goodwin proti Spojenému království, Y.Y. proti Turecku, A. P., Garçon a Nicot proti Francii.

znamená podmínit výkon práva na respektování soukromého života zaručeného čl. 8 EULP vzdáním se výkonu práva na respektování tělesné integrity.⁹⁸ Já s tímto názorem souhlasím, když vystavování transsexuálů dilematu, zda žít celý život v těle, které jejich psychika nepřijímá či se vystavit operaci zaručující jejich doživotní sterilitu, považuji za nadměrně zatěžující a v rozporu s ústavním právem na soukromý a rodinný život.

Pátým ústavně zaručeným právem, jenž je omezováno zákonnou úpravou změny pohlaví je právo na ochranu zdraví dle čl. 31 LZPS. Stát má prvořadou povinnost nejrůznějšími potřebnými opatřeními chránit zdraví lidí a související omisivní povinnost zdržet se činů s negativními důsledky pro zdraví.⁹⁹ Sterilizace přitom představuje závažný lékařský zákrok, jenž má nevratné důsledky pro zdraví, zejména reprodukční zdraví, vnímání sebe sama a duševní pohodu. Mimo to s sebou nese riziko vedlejších účinků, zdravotních komplikací a zejména není přitom z lékařského hlediska nezbytný.¹⁰⁰ Pokud má stát povinnost chránit všemi možnými prostředky zdraví svých občanů, považuji za rozpornou s ústavním právem na ochranu zdraví takovou právní úpravu, jež vnucuje svým občanům povinnost podstoupit invazivní sterilizační zákrok, a to přestože se nejedná z lékařského hlediska o zákrok nezbytný. Takováto zákonná právní úprava je pro občany nadměrně zatěžující.

2.2.5 Závěrečné zhodnocení

Závěrem nelze zhodnotit zákonnou úpravu změny pohlaví ve znění dle § 29 OZ a § 21 až § 23 ZSZS jinak než jako odporující základním lidským právům a svobodám. Konkrétně porušuje právo na nedotknutelnost osoby dle čl. 7 odst. 1 LZPS zahrnující ochranu fyzické i psychické integrity osoby a právo na její soukromí, dále pak právo nebýt mučen ani podroben krutému nelidskému nebo ponižujícímu zacházení dle čl. 7 odst. 2 LZPS, právo na zachování lidské důstojnosti dle čl. 10 odst. 1 LZPS, právo na respektování soukromého a rodinného života dle čl. 10 odst. 2 LZPS a v neposlední řadě právo na ochranu zdraví dle čl. 31 LZPS.

Tento výsledek není příliš překvapivý vzhledem k trvalé a již dlouhodobé kritice sterilizace jakožto podmínky změny pohlaví. Ta pochází jak od ESLP, tak od Rady Evropy, a objevuje se čím dál častěji také ve vnitrostátní judikatuře vyspělých zemí. Současná platná úprava tohoto institutu v ČR je dle aktuální judikatury v přímém rozporu s právem na soukromý život dle čl. 8 EULP. Vzhledem k tomu, že ČR je smluvní stranou Úmluvy, je její povinnost uvést zákonné předpisy do souladu s judikaturou ESLP.

⁹⁸ Rozsudek ESLP ze dne 6. dubna 2017. A. P., Garçon a Nicot proti Francii. č. s. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.

⁹⁹ WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 645.

¹⁰⁰ Rozhodnutí ECSR ze dne 15. května 2018, č. s. 117/2015.

Pozitivem se jeví, že do připomínkového řízení byl ministerstvem spravedlnosti zaslán návrh zákona měnící platnou právní úpravu, jenž by měl být konformní s judikaturou ESLP.¹⁰¹ Dle tohoto návrhu bude docházet ke změně pohlaví prohlášením transsexuální osobou před matričním úřadem, přičemž změna pohlaví bude podmíněna předložením potvrzení ošetřujícího lékaře sexuologa ohledně diagnózy poruchy pohlavní identity. Sterilizace tak již nebude zákonnou povinností ani v ČR.

2.3 Intersexuálové – zápis pohlaví do matriky

Jak bylo uvedeno v úvodní kapitole, intersexuálové jsou osoby, které se rodí s částečně mužskými a částečně ženskými biologickými znaky. Česká právní úprava však žádné třetí pohlaví či označení mezistupně mezi mužem a ženou nezná, a vyžaduje, aby novorozenci byli označeni do matrik buď jako muž či žena, a to i když ani jedním z těchto pohlaví zcela nejsou. V této podkapitole se tak budu zabývat otázkou, zda povinnost zařadit novorozence pouze do dvou zákonem uznaných pohlaví je ústavně konformní, či zda porušuje základní lidská práva intersexuálních jedinců. Otázka bude zkoumána na základě podrobné ústavněprávní analýzy pomocí testu ústavní konformity.

2.3.1 Právní úprava zápisu pohlaví do matriky

Zákonná právní úprava zápisu pohlaví do matriky je obsažena v zák. č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení (dále jen „ZMJP“). Dle § 14 odst. 1 písm. c) ZMJP se do knihy narození zapisuje pohlaví dítěte, a to jakožto jeden z taxativních údajů.¹⁰² Podzákonná právní úprava ve formě prováděcí vyhlášky č. 207/2001 Sb., dále ve svém § 10 odst. 3 doplňuje, že dítě mužského pohlaví se označuje zápisem „M“ a dítě ženského pohlaví zápisem „F“. Údaj o pohlaví má pak přímou vazbu na rodné číslo, kdy u osob ženského pohlaví se přičítá k označení měsíce číslo 50.¹⁰³

Vzhledem k tomu, že pohlaví novorozenců musí být dle zákona po narození zapsáno do matriky, a to pouze ve formě muž či žena, rodiče intersexuálních dětí často podléhají tlaku, aby jejich dítě bylo zařaditelné do jedné z těchto kategorií a nechávají ho podrobovat chirurgickým zákrokům. Tyto však mají pouze estetický charakter, ze zdravotního hlediska nejsou nezbytné. Parlamentní shromáždění Rady Evropy tak v roce 2013 vydalo rezoluci č. 1952 (2013) s názvem Právo dětí na fyzickou integritu, kde tyto praktiky rázně kritizuje.

¹⁰¹ Silně proti přijetí tohoto zákona je Sexuologická společnost pod vedením doc. Zvěřiny.

¹⁰² HENYCH, Václav. *Zákon o matrikách s komentářem*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 115.

¹⁰³ HENYCH, Václav. *Zákon o matrikách, jménu a příjmení*. Praha: IFEC, 2002, s. 64.

Říká, že medicínskými zákroky kosmetického charakteru u malých dětí dochází k porušení práva na tělesnou integritu (čl. 7 odst. 1 LZPS), autonomii a sebeurčení dotčených osob (čl. 10 odst. 2 LZPS). Rezoluce dále apelovala na nutnost zajištění participace dětí v rozhodovacím procesu týkajícím se jejich fyzické integrity, a to formou přijetí právních úprav, které to zajistí.

Problematikou zápisu pohlaví do matriky v souvislosti s intersexuály se zabývala také Německá etická rada, která ve svém stanovisku z roku 2012 mimo jiné shledala, že povinnost přiřadit se k mužskému nebo ženskému pohlaví pro osoby, které se nemohou kvůli své tělesné konstituci k těmto přiřadit, je zásahem do práva na rovnost (čl. 1 LZPS).¹⁰⁴

2.3.2 Zákonnost právní úpravy zápisu pohlaví do matriky

Cílem této podkapitoly je posoudit soulad právní úpravy zápisu pohlaví do matriky v ČR, konkrétně stanovení povinnosti zapsat pohlaví dítěte jako muže či ženu v § 14 odst. 1 písm. c) ZMJP konkretizované v § 10 odst. 3 vyhlášky č. 207/2001 Sb., s čl. 4 odst. 1 a odst. 2 LZPS, s požadavkem zákonného základu při ukládání povinností a při omezování základních práv a svobod. Výslovné vyjádření požadavku zákonného základu při omezování základních práv a svobod nalezneme přímo i u některých základních práv, jež právní úprava omezuje, ve zkoumané věci jde o čl. 7 odst. 1 LZPS, tedy o právo na nedotknutelnost osoby.

Ustanovení § 14 odst. 1 písm. c) ZMJP ukládá povinnost zapsat pohlaví novorozenců do matriky. Jaká pohlaví je možné zapsat upravuje pak podzákoný právní předpis – prováděcí vyhláška č. 207/2001 Sb. V době uvedení ZMJP v platnost nebyly debaty ohledně intersexuálů a zavedení třetího pohlaví zdaleka v takové fázi jako dnes. Vycházelo se čistě z modelu dvojího pohlaví, jakožto modelu společensky a kulturně hluboce zakořeněného. Pokud zákon stanovoval povinnost zápisu pohlaví, bylo jistě v souladu se zásadou zákonnosti, aby pouze prováděcí vyhláška tuto povinnost konkretizovala na pohlaví mužské a ženské. V době vydání ZMJP byl tento jasný, srozumitelný a určitý.

Nicméně v době současné, kdy sílí tlaky na uznání třetího pohlaví do právního řádu, kdy v okolních státech již k zavedení došlo a kdy mezinárodní organizace svými doporučeními a pokyny toto zavádění do právních úprav členských států podporují, nepovažují za dostatečné, aby pouze podzákoná právní norma určovala, která pohlaví se mohou do matriky zapsat. Zákonnou povinnost zápisu pohlaví novorozence bez uvedení možností pohlaví považují za velmi obecně formulovanou a stručnou. Zákonná úprava dle mého názoru již nesplňuje požadavek jasnosti, srozumitelnosti a určitosti, když svou strohou dikcí poskytuje § 14 odst. 1

¹⁰⁴ *Deutscher Ethikrat, Intersexualität – Stellungnahme*. Berlin: Deutscher Ethikrat, 2012, s. 120.

písm. c) ZMJP moci výkonné příliš velký prostor pro omezení základních lidských práv.

Z výše uvedených důvodů nepovažuji zákonnou úpravu zápisu pohlaví do matriky za souladnou se zásadou zákonnosti dle čl. 4 odst. 1 a 2 LZPS.

2.3.3 Legitimní cíl právní úpravy zápisu pohlaví do matriky

Cílem této podkapitoly je odpovědět na otázku, zda právní úprava zápisu pohlaví do matriky v ČR sleduje legitimní cíl. Ještě před zjištěním legitimacy daného cíle je však nutné zjistit, o jaký cíl se jedná, jaké jsou důvody pro zapsání pohlaví novorozence do matriky, a proč pouze v možnostech muž a žena. Žádné odůvodnění totiž z důvodové zprávy k ZMJP ani komentářové literatury nevyplývá.

Jak již bylo uvedeno, pohlaví má přímou vazbu na rodné číslo, kdy rodná čísla mužů a žen jsou rozdílná. Rodné číslo se tedy určuje také dle zapsaného pohlaví v matrice. Na základě rodného čísla tak můžeme v budoucnu provést kontrolu správnosti pohlaví. Stejně tak lze provést kontrolu správnosti ověřením zapsaného pohlaví v matrice u pohlavně neutrálních jmen a příjmení typu René Kočí.

Obecně tak můžeme na základě výše uvedeného poznamenat, že účelem zápisu pohlaví do matriky narození je obecný zájem na spolehlivosti a soudržnosti záznamů o osobním stavu. S tímto zájmem se ztotožňuji a považuji ho legitimní.

Pohlaví však může být zapsáno pouze jako mužské či ženské, nikoliv jako intersexuální. Důvod lze vidět ve společensky a kulturně hluboce zakořeněném modelu dvojího pohlaví. Z důvodu nevyčlenění ze společnosti často i sami intersexuálové chtějí být zapsáni pod jedním z těchto dvou základních pohlaví a netouží po speciálně zavedeném třetím pohlaví.¹⁰⁵

Pokud budeme vycházet z toho, že legitimním cílem zápisu pohlaví do matriky je obecný zájem na spolehlivosti záznamů o osobním stavu, domnívám se, že tento by měl být zapsán přesně, a tedy zákon by měl umožnit nechat zapsat své pohlaví i intersexuály. Podřazení zápisů pouze na mužské a ženské pohlaví nepovažuji za dostatečné, a jako takové dle mého názoru nedosahuje legitimního účelu.

Závěrem shrnuji, že legitimní účel zápisu pohlaví do matriky shledávám v obecném zájmu na spolehlivosti a soudržnosti záznamů o osobním stavu, když s tímto se ztotožňuji,

¹⁰⁵ BARŠOVÁ, Andrea. Německo se blíží k právnímu uznání třetí kategorie pohlaví. *pravni prostor.cz*, publikováno 5.10. 2018, citováno 7.11.2019. Dostupné online na: <https://www.pravni prostor.cz/clanky/ostatni-pravo/nemecko-se-blizi-k-pravnimu-uznani-treti-kategorie-pohlavi>.

avšak za nedostatečné považují možnost zápisu pouze mužského a ženského pohlaví, když takto omezená možnost zápisu odporuje právě zmíněnému legitimnímu účelu.

2.3.4 Proporcionalita právní úpravy zápisu pohlaví do matriky

Cílem této podkapitoly je za pomoci testu proporcionality posoudit, zdali právní úprava zápisu pohlaví do matriky v ČR představuje přiměřené omezení jednotlivých základních práv a svobod ve vztahu ke sledovanému legitimnímu cíli. V rámci podkapitoly bude proto zkoumáno, zda institut zápisu pohlaví splňuje kritérium vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti v užším slova smyslu, kdy poslední z kritérií bude hodnoceno ve vztahu k jednotlivým základním právům, jichž se právní úprava změny pohlaví dotýká.

Prvním krokem v testu proporcionality je zkoumat požadavek vhodnosti, tedy zjistit, zda zápis pohlaví do matriky pouze v možnostech muž a žena umožní dosáhnout požadavku právní jistoty – soudržnosti záznamů o osobním stavu. K tomuto bylo pojednáno již v rámci analýzy legitimního cíle, kdy kritérium vhodnosti je splněno pouze co do zdůvodnění požadavku zápisu pohlaví do matriky, nikoliv však již co do rozsahu těchto možností, kdy absencí zápisu třetího pohlaví dle mého názoru není požadavek vhodnosti naplněn. Právní jistoty bude dosaženo pouze přesným zápisem pohlaví, nikoli donucením k výběru jedné ze dvou nevyhovujících možností. Požadavek vhodnosti tak nebyl naplněn.

Druhým krokem v testu proporcionality je zkoumání požadavku potřebnosti, tedy nutnost zkoumat, zda legitimního cíle nelze dosáhnout jiným, méně invazivním způsobem. Zde se jako ideální řešení samozřejmě nabízí zavedení možnosti zapsat intersexuální pohlaví. Pokud zákonodárce takovou možnost neuznává, bylo by jistě záhodno nechat na samotném jedinci, aby se rozhodl, pod jakým pohlavím chce právně vystupovat. Tím pádem by zápis pohlaví u intersexuálů měl být odložen až do doby jejich dostatečné tělesné a rozumové vyspělosti, kdy budou oni sami plnohodnotně schopni se rozhodnout. Nabízel by se věk 15 či 18 let. Takovýmto postupem by navíc bylo předcházeno zbytečným operačním zákrokům na novorozencích, které jsou prováděny pouze z estetických důvodů, samozřejmě bez jejich souhlasu a mohou mít celoživotní následky na jejich psychiku.

Ovšem pokud by si intersexuální jedinec určoval sám své pohlaví až dosažením plnoletosti, potažmo např. v 15 letech, došlo by k oslabení legitimního cíle – právní jistoty a soudržnosti záznamů o osobním stavu.

Dle mého názoru by tak zápis pohlaví do matriky měl být prováděn již u novorozenců, a to za účelem nabytí právní jistoty, ovšem s tím, že třetí možností by bylo nechat zapsat

intersexuální pohlaví. K tomuto cíli nelze dojít jinak než změnou právní úpravy. Požadavek potřebnosti tak nebyl naplněn.

Závěrečným krokem v testu proporcionality je zkoumání požadavku přiměřenosti, tedy zvážení, zda je zápis pouze mužského a ženského pohlaví do matriky jakožto požadavek právní jistoty ve vztahu k nemožnosti zápisu pohlaví intersexuálního přiměřený. Toto kritérium bude hodnoceno ve vztahu k jednotlivým základním právům, která právní úprava zápisu pohlaví do matriky omezuje.

Prvním je rovnost dle čl. 1 LZPS. Podle přirozenoprávní teorie jsou si lidé rovni a jsou hodni stejné úcty bez ohledu na své pohlaví. Lidé jsou si rovni také v rozsahu svých práv. Zatímco však lidé narozeni jako muži a ženy mají právo mít zapsané své pohlaví v matrice, intersexuální lidé takové právo nemají. Navíc jejich omezení je v rozporu s legitimním cílem a účelem ZMJP vůbec, tedy nemožnost zapsání intersexuálního pohlaví odporuje cíli přesnosti zápisů do matriky a právní jistoty. Nemožnost zápisu intersexuálního pohlaví do matriky je tak v rozporu s ústavním právem na rovnost. Přiměřenost omezení rovnosti u intersexuálů pak není ničím zdůvodněna.

Druhým je právo na tělesnou integritu, jenž můžeme podřadit pod nedotknutelnost osoby dle čl. 7 odst. 1 LZPS.¹⁰⁶ Vzhledem k tomu, že zápis pohlaví do matriky musí být proveden, ale zároveň umožňuje zapsat pouze mužské a ženské pohlaví, jsou rodiče intersexuální novorozenců tlačeni do volby podřadit pohlaví svého dítěte do jedné ze dvou možností, aniž by jejich dítě do kterékoliv z těchto možností spadalo. Pro podřazení se společenskému standartu pak nechávají rodiče své děti podrobovat lékařským zákrokům, které jsou jednak velmi invazivní s obrovským dopadem na jejich budoucí psychiku, a zároveň tyto zákroky nejsou z medicínského hlediska nezbytné.

Na základě výše uvedeného je nutné konstatovat, že je jednoznačně porušováno právo na tělesnou integritu intersexuálních novorozenců, když tito nemohou poskytnout informovaný souhlas se zákroky, které přitom velmi ovlivní celý jejich budoucí život, přičemž tyto zákroky nejsou nezbytně nutné a mají pouze estetický charakter. Nemožnost zápisu intersexuálního pohlaví do matriky tento stav podporuje, když rodiče k tomuto jednání nepřímou nutí, aniž by takové jednání bylo přiměřené.

Třetím ústavně zaručeným právem je právo na autonomii a sebeurčení dotčených intersexuálních osob zařaditelné pod čl. 10 odst. 2 LZPS – právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života. Domnívám se, že zákaz zápisu

¹⁰⁶ BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 255.

svého pohlaví a nucení k zápisu pohlaví jiného je neoddiskutovatelně neoprávněným zásahem do soukromého života každého jedince. Navíc nátlak na podřazení se pod cizí pohlaví není ani odůvodnitelný legitimním cílem, naopak je jím porušován, když zápisy v matrice neodpovídající reálné skutečnosti odporují spolehlivosti záznamů o osobním stavu. Na základě shora uvedeného tak nezbyvá než konstatovat, že nemožnost zápisu intersexuálního pohlaví do matriky je v rozporu s ústavním právem na autonomii a sebeurčení intersexuálních jedinců, potažmo v rozporu s právem na jejich soukromý život, přičemž taková omezení nejsou nutná ani přiměřená.

2.3.5 Závěrečné zhodnocení

Závěrem nelze zhodnotit zákonnou úpravu zápisu pohlaví do matriky ve znění dle § 14 odst. 1 písm. c) ZMJP jinak než jako odporující základním lidským právům a svobodám. Konkrétně porušuje zásadu zákonnosti, nenaplnuje legitimní cíl, a je v rozporu s právem na rovnost dle čl. 1 LZPS, tělesnou integritu dle čl. 7 odst. 1 LZPS a právem na respektování soukromého a rodinného života dle čl. 10 odst. 2 LZPS.

Tento výsledek není příliš překvapivý vzhledem k trvalé a již dlouhodobé kritice operací intersexuálních dětí, jejichž rodiče je nechávají podrobovat těmto operacím z důvodu jejich zapadnutí do společnosti, přičemž jedním z hledisek této uniformity je také zápis pohlaví do matrik. Nejmodernější trendy jsou v této oblasti v Německu, kde již ústavní soud judikoval protiústavnost povinnosti zápisu pohlaví pouze v možnostech muže a ženy. Dle mého názoru bude tento trend postupem času přicházet i do dalších evropských zemí, čímž nakonec dojde k postupné legislativní úpravě ZMJP a její souladnosti se základními lidskými právy.

3. Rozbor rozhodnutí německého Spolkového ústavního soud ve věci intersexuálů

Předmětem třetí kapitoly této práce je rozbor rozhodnutí prvního senátu německého Spolkového ústavního soudu ze dne 10. října 2017, sp. zn. 1 BvR 2019/16, nazvaného případ Vanjo. Kapitola koncepčně navazuje na rozsáhlejší rozbor české právní úpravy, kdy jednak představuje vzhled do zahraniční právní úpravy a zároveň pro českého zákonodárce nabízí úvahy uplatnitelné de lege ferenda i v ČR. Přestože bylo rozhodnutí vydáno před dvěma a půl lety, je svými účinky stále velmi aktuální, o čemž bude pojednáno dále.

3.1 Historický vývoj právní úpravy intersexuálů v Německu

V roce 1794 vydal Friedrich Vilém II. Kodex pruského zemského práva, v němž byla zahrnuta i stručná úprava týkající se intersexuálních osob (§ 20 I 1). Dle této úpravy měli v případě narození intersexuála rozhodnout jeho rodiče, ke kterému pohlaví by měl být vychován. Ovšem v 18 letech si jedinec mohl následně vybrat, ke kterému pohlaví se bude hlásit.

Tato úprava platila do roku 1875, kdy byl vydán zákon o osvědčování osobního stavu a manželství, kterým bylo předchozí ustanovení bez náhrady zrušeno. Tento stav trval do 1. listopadu 2013, kdy novelizací zákona o osobním stavu z roku 2007 došlo k ustavení § 22 odst. 3. Dle tohoto ustanovení bylo možné, pokud dítě nemohlo být zařazeno pod mužské či ženské pohlaví, pohlaví nezaregistrovat.

Novele předcházelo vydání stanoviska Německé etické rady k dialogu s intersexuálními osobami žijícími v Německu. Německá etická rada vyslovila názor, že k neodůvodněnému zásahu do práva na ochranu osobnosti a práva na rovné zacházení dochází tehdy, když lidé, kteří se na základě své fyzické stavby těla nedají přiřadit k mužskému ani k ženskému pohlaví, jsou právně donuceni, aby se v matrice přiřadili k jedné z těchto kategorií. Dle Německé etické rady měla být do zákona přidána možnost nechat si zapsat také „jiné“ pohlaví, a dále tato požadovala, aby zákon umožnil nezapisovat pohlaví vůbec, dokud se dotyčná osoba sama rozhodne, který údaj si nechá do matriky zapsat, přičemž by zákon stanovil maximální věk, do něhož by se musela rozhodnout. K dosavadnímu stavu poznamenala, že by mělo být umožněno dotčeným osobám, aby mohly požádat o změnu zápisu v matrice, pokud se ukáže, že byla nesprávná.

Německá etická rada se zamýšlela také obecně nad povinností registrace pohlaví, jejím

účelem a vyzvala zákonodárce, ať přezkoumá nutnost zápisu této informace do matriky.

Vládní návrh zákona ze dne 25. května 2012 ke změnám zákona o osvědčování osobního stavu a manželství však nepřijal doporučení Německé rady pro etiku. Vnitřní výbor Spolkového sněmu doporučil přijetí § 22 odst. 3, a tento byl také přijat.

3.2 Význam zápisu pohlaví do matrik

Určení pohlaví a jeho zápis má důležité účinky jak v právní sféře, tak v praktickém životě, mimo to slouží také ke statistickým účelům. V Německu musí být např. rodný list obsahující informaci o pohlaví předkládán v různých životních situacích při jednání se státními orgány i soudy. Stejně tak je jeho předložení vyžadováno v přihláškách ke studiu, k vykonání státní zkoušky či při ucházení se o práci ve státní službě. Zápis údaje o pohlaví vyžaduje také německý zákon o pasech a elektronický zdravotní průkaz.

Kromě právních důsledků je zápis pohlaví významný také z lékařského hlediska. V lékařské odborné obci totiž již nepanuje přesvědčení o tom, že každá osoba musí jasně odpovídat pod zařazení do kategorie mužský nebo ženský. Varianty sexuálního vývoje nejsou nemocí a žádný lékařský zásah nezmění stav dvojznačnosti. Umožnění zápisu třetího pohlaví je tak v souladu s přesvědčením lékařské vědy.

O významu zápisu pohlaví svědčí také celospolečenský zájem o danou problematiku. O projednávaný případ projevilo zájem a vyjádřilo své stanovisko hned 18 subjektů z různých oblastí. Jednalo se o Spolkovou vládu Durynska, Německou etickou radu, Německou lékařskou asociaci, Německý ústav pro lidská práva, Spolkovou asociaci německých státních úředníků, profesní sdružení Německých psychologů, Německou společnost pro sexuální výzkum, Ústřední výbor německých katolíků a několik skupin zastupující sexuální menšiny (např. Asociace lesbiček a gayů v Německu či Asociace intersexuální lidé).

Kromě Spolkové asociace německých státních úředníků a Ústředního výboru německých katolíků se všechny ostatní subjekty vyjádřily ve prospěch ústavní stížnosti, tedy pro zavedení zápisu třetího pohlaví do matrik. Zvláštní výjimku pak tvoří sdružení TransInterQueer, které nepovažovalo zavedení třetího pohlaví za dostatečně široké, protože dle jejich názoru není možné najít vhodný termín pro všechny lidi, kteří patří mimo binární pohlaví. Toto sdružení je pro zrušení registrace pohlaví a zavedení třetí možnosti pro ně představuje pouze omezení tohoto jejich skutečného cíle.

Spolková asociace německých státních úředníků považovala dřívější právní úpravu za dostačující, když spolehlivě plnila svou funkci a zajišťovala právní jistotu a jednoznačnost.

Podle názoru této asociace existuje široká škála pohlavních identit a rozmělněním zápisu mezi všechna tato pohlaví by došlo ke ztrátě právní jistoty. Asociace navíc dodává, že mnoho intersexuálních lidí se se zápisem „inter“ či „divers“ neztotožňuje a sami ho nechtějí. V přidání možnosti zápisu třetího pohlaví do matriky nevidí žádnou výhodu a již možnost pohlaví nezapsat považují za novátorské a průkopnické.

Ústřední výbor německých katolíků sdělil, že intersexualitu nelze chápat jako nemoc či vadu a je proti jakékoliv diskriminaci intersexuálních osob, přičemž uznává, že v budoucnu možná dojde k jejich názorové proměně a budou pro zápis třetího pohlaví, avšak v současné chvíli jsou proti rozpadu binárně orientovaného pohlavního řádu, protože tento odpovídá jejich hodnotovým koncepcím.

3.3 Skutkové okolnosti případu a jeho vývoj

Stěžovatelkou je osoba, které bylo při narození přiřazeno ženské pohlaví a v rodném listu a v matrice byla registrována jako dívka. Dívka má tzv. Turnerův syndrom, který způsobuje absenci jednoho ženského pohlavního chromozomu X. Stěžovatelka se neztotožňuje s přiřazením k ženskému ani mužskému pohlaví, a proto předložila analýzu svých chromozomů spolu se žádostí o pozitivní registraci pohlaví „inter“ / „divers“ na matriční úřad. Příslušný matriční úřad zápis odmítl, protože takovou možnost zákon o osobním stavu v § 21 odst. 1 a § 22 odst. 3 neumožňoval. Dále se vyjádřil v tom smyslu, že zákonodárce se rozhodl pro zachování binárního pohlavního řádu a vytvořil pouze třetí možnost, a to nezapsat do matriky pohlaví žádné. Žádost následně postoupil na okresní soud.

Okresní soud žádost o opravu zápisu v matrice zamítl, když tento svůj krok zdůvodnil také zněním zákona o osobním stavu. Tento stav považovala stěžovatelka za protiústavní a podala proti němu odvolání ke krajskému soudu, který její odvolání také s odkazem na znění zákona o osobním stavu zamítl. Přiznal jí pouze právo vyškrtnutí jejího označení jako „ženy“.

Následovalo dovolání ke Spolkovému soudnímu dvoru. Toto bylo také zamítnuto s tím, že dle současné legislativy není možnost zápisu třetího pohlaví do matriky možná. Spolkový soudní dvůr vyjádřil dále názor, že neexistuje žádný důvod pro předložení věci Spolkovému ústavnímu soudu, jelikož dle jeho názoru není ustanovení § 21 odst. 1 bod 3 a § 22 odst. 3 zákona o osobním stavu protiústavní. Dle jeho dikce výraz „inter“ či „divers“ v matrice nepředstavuje podstatný obsah a jeho absence nepůsobí ústavně významný rozdíl mezi lidmi, kteří by ho chtěli mít zapsaný a těmi, kteří nikoliv. Jde pouze o deklaratorní záležitost.

S tímto závěrem se stěžovatelka neztotožnila ani nesmířila, a podala ke Spolkovému ústavnímu soudu ústavní stížnost.

3.4 Právní rozbor případu

3.4.1 Ústavní stížnost

Stěžovatelka ve své stížnosti deklarovala porušení práva na ochranu osobnosti dle čl. 2 odst. 1 ve spojení s čl. 1 odst. 1 ústavy a diskriminaci na základě pohlaví dle čl. 3 odst. 3 věty 1 ústavy a konečně pak porušení práva na rovné zacházení dle čl. 3 odst. 1 ústavy.

Stěžovatelka sdělila, že její interpohlavní identita je jednoznačná a trvalá, a tak má nárok na stejné uznání svého pohlaví jako muži a ženy, když uznání pohlaví považuje za projev svých osobnostních práv. Vynucené přiřazení k mužskému nebo ženskému pohlaví považuje za narušení svého práva na ochranu osobnosti, jelikož je tímto nucena začlenit se do binárního systému, který neodpovídá jejímu vnímání pohlavní identity. Novelizaci zákona o občanském stavu považuje za nedostatečnou, když jí nabízí pouze možnost klasifikovat se, do pro ni nevhodné kategorie muž či žena, anebo ponechat zápis otevřený, a zvolit si tak kategorii „nepatřící k žádnému pohlaví“ být tzv. nullum.

Stěžovatelka dále uvedla, že přestože právní řád nespojuje rozdílné účinky pro osoby přiřazené k pohlaví a osoby bez uvedeného pohlaví, tak zápis pohlaví do rodného listu je důležitým stavebním kamenem formování identity jednotlivce v sociálním kontextu. Stěžovatelce je totiž znemožněno vystupovat navenek jako osobnost, kterou se cítí být.

Stěžovatelka se neztotožňovala s názorem Spolkového soudního dvoru, že po vytvoření třetího pohlaví pro intersexuály, budou chtít vytvořit svá samostatná pohlaví i další sexuální menšiny, čím by došlo ke ztrátě právní jistoty u matričních zápisů. Dle stěžovatelky by se pod zápis „inter“ / „divers“ mohly podřadit všechny osoby, které se nespojují s mužským ani ženským pohlavím a také osoby, které nechtějí být trvale zapsány jako osoby „bez pohlaví“. Objasnění osobního stavu by naopak právní jistotu posílilo. Tato novela zákona o osobním stavu by dle názoru stěžovatelky nepřinesla výraznější byrokratické zatížení státní správy.

Stěžovatelka dále krátce uvedla, že neexistenci možnosti legálně zapsat své pravé pohlaví považuje za porušení práva na rovné zacházení, když osoby mužského a ženského pohlaví tuto možnost mají.

3.4.2 Právo na ochranu osobnosti

Článek 2 odst. 1 Ústavy přiznává každému právo na svobodný rozvoj jeho osobnosti a jeho jednání. Jedním z úkolů tohoto práva je zajistit základní podmínky proto, aby se každá osoba mohla samostatně rozvíjet a udržovat svou osobitost a jedinečnost. Ustavující součástí osobnosti člověka je také pohlavní identita, a tak i tato musí být chráněna.

Přiřazení k určitému pohlaví má pro individuální identitu každého člověka zásadní význam. Rozhoduje o tom, jak vnímá daná osoba sebe sama a jak je vnímána společností. Příslušnost k pohlaví hraje důležitou roli v každodenních životních procesech, když jednak právní řád částečně upravuje práva a povinnosti založené na pohlaví a tvoří základ pro identifikaci osoby, tak i v běžném životě slouží např. k tomu, jak jsou lidi oslovováni, jaká jsou očekávání ohledně vnějšího vzhledu, výchovy či chování osoby. Vzhledem k tomu, že má přiřazení k pohlaví takové důsledky a důležitost, je třeba pohlavní identitu jako nedílnou součást osobnosti chránit.

Zákon o osobním stavu umožňuje registraci pohlaví pouze ve variantě mužského a ženského pohlaví, potažmo možnost pohlaví nezapsat. Osoba, jejíž pohlavní vývoj nevykazuje varianty čistě mužské či ženské a trvale se nepřirazuje k mužskému ani ženskému pohlaví tedy nemá možnost zapsat si jiné pohlaví. V důsledku toho musí takové osoby přijmout zápis, který neodpovídá jejich ústavně chráněné pohlavní identitě.

I při výběru možnosti neuvedení informace o pohlaví dochází k porušení základního práva na ochranu osobnosti, když tato varianta sice správně vyjadřuje, že se tato osoba necítí být příslušníkem mužského ani ženského pohlaví, ale zároveň vyjadřuje bezpohlavnost, což neodpovídá jejímu reálnému cítění. Chybějící informace vyvolává dojem, že právní uznání další pohlavní identity je vyloučeno, a že pohlaví ještě není objasněno, vyřešeno či je opomenuto. Dochází k absenci uznání sexuality intersexuálních osob podle jejich vlastního cítění. Vyžaduje-li zákon o občanském stavu zápis pohlaví, ale zároveň odepírá uznání faktické sexuální identity, dochází k ohrožení práva na sebeurčení a zachování osobnosti osoby.

Za daných okolností má uznání pohlaví výrazně podporující účinek. Osobní stav není marginální, nýbrž podle § 1 odst. 1 věta 1. zákona o osobním stavu jde „o postavení osoby v právním systému“. Na základě zákona o osobním stavu je tak osoba přeměřována podle stanovených zákonných kritérií. Z tohoto důvodu již popření uznání pohlavní identity zákonem o osobním stavu ohrožuje samo o sobě právo na sebeurčení a vývoj a zachování osobnosti, a to bez ohledu na to, jaké právní důsledky jsou spojené s registrací pohlaví.

Pokud by údaj o pohlaví nebyl obligatorně zapisován, neohrožoval by jeho nesprávný

zápis rozvoj a zachování osobnosti. Pohlaví by tak nebylo předmětem osobního práva. Avšak zákonodárce navzdory několikanásobným novelám zákona o osobním stavu vždy povinnou registraci pohlaví jako jeden z definičních znaků osobního stavu zachoval. Pokud jí tedy přikládá značný význam z hlediska osobního stavu a pro popis osoby a její právní postavení, má uznání konkrétního pohlaví výrazný, identitu podporující účinek. Když za takového stavu pohlavní identita osoby nezíská uznání, ohrožuje to její vývoj a zachování osobnosti jako celku.

K ohrožení vývoje osobnosti dochází také tím, že intersexuálním osobám není umožněno úředně vystupovat a být vnímány jako osoby, kterými se z hlediska pohlaví cítí být. Povinnost zápisu za současné nemožnosti zapsání třetího pohlaví intersexuálům může způsobovat nižší sebevědomí, jelikož se cítí být méně uznávány a respektovány než muži a ženy.

Výše uvedené zásahy do osobních práv intersexuálů nejsou odůvodněné. Právní úprava, dle které obecné soudy rozhodovaly, je protiústavní, jelikož odmítá zápis třetího pohlaví bez jakéhokoliv legitimního účelu.

Ústava nepřikazuje regulovat osoby z hlediska binárního dělení pohlaví, ani nezavazuje k povinnosti zápisu pohlaví do matrik a ani nevylučuje uznání jiné pohlavní identity mimo muže a ženy. Vznikem další možnosti registrace pohlaví zůstává přitom status mužů a žen nedotčen, což platí i pro intersexuální osoby, které se dále chtějí zařazovat k mužskému či ženskému pohlaví.

3.4.3 Zákaz diskriminace

Podle čl. 3 odst. 3 věty 1 Ústavy nesmí být pohlaví předmětem diskriminace a nerovného zacházení. Jak bylo však uvedeno již výše, ustanovení § 21 odst. 1 ve spojení s § 22 odst. 2 zákona o osobním stavu diskriminuje intersexuální osoby kvůli jejich pohlaví, když jim neumožňuje jejich pohlaví zaregistrovat a nutí je nechat se přiřadit k mužskému nebo ženskému pohlaví či nechat registraci otevřenou, což vyvolává dojem, že pohlaví nemají.

Ustanovení § 3 odst. 3 věta 1 Ústavy chrání nejen muže před diskriminací kvůli jejich mužskému pohlaví a ženy před diskriminací kvůli jejich ženskému pohlaví, ale také chrání osoby, které nepatří do těchto dvou kategorií, pokud jde o jejich pohlavní identitu, proti diskriminaci z důvodu přiřazení k pouze mužskému nebo ženskému pohlaví. Zranitelnost osob, jejichž pohlavní identita není ani ženskou ani mužskou, je zvláště vysoká ve společnosti, která funguje převážně podle binárního genderového vzorce. Znění čl. 3 odst. 3 věty 1 Ústavy umožňuje, aby byly zahrnuty do ochrany bez dalšího. Čl. 3 odst. 3 věta 1 Ústavy hovoří o ochraně osob obecně bez omezení „pohlaví“, což zahrnuje také intersexuály.

3.5 Závěrečné zhodnocení

Zkoumané rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu potvrdilo, že právo na ochranu osobnosti zahrnující také ochranu pohlavní identity (čl. 2 odst. 1 ve spojení s čl. 1 odst. 1 Ústavy) je ustanovením § 21 odst. 1 ve spojení s § 22 odst. 3 zákona o osobním stavu porušováno. Dále pak bylo rozhodnuto, že tento stav, kdy intersexuální pohlaví chráněno na rozdíl od pohlaví mužského a ženského není, je diskriminační (ochrana před diskriminací na základě pohlaví je obsažena v čl. 3 odst. 3 ústavy). Tehdejší znění zákona o osobním stavu, které nařizovalo pohlaví registrovat či zápis vynechat, avšak přitom umožňovalo zápis pouze mužského a ženského pohlaví, bylo z důvodu porušení uvedených ústavních práv prohlášeno za protiústavní.

Německý Spolkový ústavní soud precizně rozebral zkoumanou problematiku z mnoha úhlů pohledu, vyslechl si vyjádření mnoha dotčených stran, přičemž na základě nejnovějších lékařských a sociálních poznatků rozhodl ve prospěch obecné spravedlnosti. Své rozhodnutí také řádně vyargumentoval a vysvětlil. Jako nejdůležitější se mi jeví fakt, že tímto rozhodnutím není nikomu ublíženo, nejde nikomu k tíži a statisícům německých občanů může přitom velmi zjednodušit a zlepšit život.¹⁰⁷

Jak bylo již popsáno, rozhodnutí má kladný účinek na psychiku intersexuálních jedinců, na lepší stav souladu skutečného a právního stavu, omezí estetické operace na dětech a celkově pomůže ke zrovnoprávnění intersexuálních občanů ve společnosti.

Rozhodnutí uložilo zákonodárci, aby do 31.12.2018 přijal zákonná opatření, na jejichž základě bude možné již třetí pohlaví zaregistrovat, či aby z právního řádu povinnost pohlaví v matrice registrovat odstranil.

Zákonodárce se rozhodl pro první variantu a novelizací zákona o osobním stavu rozhodl o možnosti zápisu třetího pohlaví ve variantě „divers“ tedy v překladu různé. Aby však jedinec mohl mít takto pohlaví v matrice zapsané, vyžaduje od žadatelů důkaz ve formě lékařské zprávy. Tento postup kritizuje Asociace lesbiček a gayů v Německu, podle jejíhož názoru pohlaví neurčují pouze fyzické příznaky, ale zejména sociální a psychické. Dá se tedy předpokládat, že další vývoj se bude zabírat tímto směrem a ústavní soud bude postupně ve svých rozhodnutích přezkoumávat a určovat podmínky zápisů, a tyto podrobovat ústavněprávním testům pro dosažení co nejmenších zásahů do práv dotčených jedinců.

¹⁰⁷ Dle informací z předmětného rozhodnutí žije v Německu cca 160 000 intersexuálů.

Závěr

Předkládaná práce se snaží upozornit na problémy sexuálních menšin, kterých si běžný člen majoritní společnosti nemusí ani povšimnout. Jde však o případy natolik zásadní, že je na ně třeba neustále upozorňovat, a to do té doby, než dojde k jejich řádné nápravě. Tyto problémy zasahují do zdraví lidí, ovlivňují jejich majetkové uspořádání a samozřejmě silně narušují psychiku dotčených osob. Mezinárodní organizace ve svých úmluvách, proklamacích a doporučeních dávno žádají své členské země, aby v duchu moderního vývoje vědy a poznání začaly v rámci legislativního procesu napravovat křivdy páchané na sexuálních menšinách již od pradávna. Stejný názor vyslovil také ESLP, jehož rozhodnutí jsou pro ČR závazná, a je proto s podivem, že stále nebyla česká právní úprava novelizována, tak aby byla s judikaturou tohoto soudu v souladu.

Prvním zásadním tématem této práce je absence společného jmění v registrovaném partnerství. Na základě podrobné ústavněprávní analýzy provedené testem přímé diskriminace bylo testováno, zda je zmíněná absence společného jmění v souladu s naším ústavním pořádkem, a zda touto absencí nedochází k porušování základních práv homosexuálních jedinců. V rámci analýzy bylo zjištěno, že manželé a registrovaní partneři jsou srovnatelné skupiny, přičemž důvodem pro rozdílné zacházení (rozdílnou zákonnou úpravu) je sexuální orientace. Rozdílné zacházení nebylo ničím racionálním a legitimním podloženo, a tudíž je takové rozdílné zacházení protiústavní. V parlamentu ČR je připravena ke schválení novela OZ, která by měla zavést institut společného jmění i do registrovaného partnerství, nicméně zatím v této věci není znám žádný postup.

Druhým zásadním tématem je obligatorní povinnost sterilizace při přeměně pohlaví. Na základě podrobné ústavněprávní analýzy provedené testem ústavní konformity bylo testováno, zda zákonný požadavek sterilizace je v souladu s naším ústavním pořádkem, a zda jím nejsou porušována základní práva transsexuálních jedinců. V rámci analýzy bylo zjištěno, že povinnosti osob žádajících o provedení změny pohlaví jsou formulovány jasně, srozumitelně a určitě, nejsou závislé na úpravě v rozsáhle konkretizující podzákoné normotvorbě. Úprava také sleduje legitimní cíl, kterým je zachování právní jistoty. Za pomoci testu proporcionality pak bylo posuzováno, zdali právní úprava změny pohlaví v ČR představuje přiměřené omezení jednotlivých základních práv a svobod ve vztahu ke sledovanému legitimnímu cíli. V rámci podkapitoly se zkoumalo, zda institut změny pohlaví splňuje kritérium vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti v užším slova smyslu. Kritérium vhodnosti splněno bylo, když sterilizace je prostředkem pro zachování právní jistoty, avšak ne nutně jediným. Sledovaného cíle jde totiž

dosáhnout i jinými, méně invazivními způsoby. Zákonná úprava navíc porušuje právo na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí, právo nebýt podroben ponižujícímu zacházení, právo na zachování lidské důstojnosti, právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života a právo na ochranu zdraví. Kritika sterilizace, jakožto podmínky změny pohlaví pochází jak od ESLP, tak od Rady Evropy, a objevuje se čím dál častěji také ve vnitrostátní judikatuře vyspělých zemí. Pozitivem se jeví alespoň to, že do připomínkového řízení byl ministerstvem spravedlnosti zaslán návrh zákona měnící platnou právní úpravu, jenž by měl být konformní s judikaturou ESLP. Dle tohoto návrhu by docházelo ke změně pohlaví prohlášením transsexuální osoby před matričním úřadem, přičemž změna pohlaví by byla podmíněna předložením potvrzení ošetřující lékaře sexuologa ohledně diagnózy poruchy pohlavní identity. Návrh zákona je bohužel blokován na nátlak Sexuologické společnosti pod vedením doc. Zvěřiny.

Třetím zásadním tématem je obligatorní povinnost zápisu pohlaví novorozenců do matrik, a to i v případě intersexuálních jedinců, kteří jsou nuceni nechat se zapsat jako muž či žena, přestože ani do jedné z těchto kategorií nespádají. Na základě podrobné ústavněprávní analýzy provedené testem ústavní konformity bylo testováno, zda zákonný požadavek zařadit novorozence pouze do dvou zákonem uznaných pohlaví je ústavně konformní, či zda porušuje základní lidská práva intersexuálních jedinců. V rámci analýzy bylo zjištěno, že zákonná úprava již nesplňuje požadavek jasnosti, srozumitelnosti a určitosti, když svou strohou dikcí poskytuje moci výkonné příliš velký prostor pro omezení základních lidských práv. Dále bylo shledáno, že legitimní účel zápisu pohlaví do matriky spočívající v obecném zájmu na spolehlivosti

a soudržnosti záznamů o osobním stavu je porušován, když zákon umožňuje pouze možnost zápisu mužského a ženského pohlaví, a v případě intersexuálních jedinců tak zápis neodpovídá realitě, a nelze se na něj spolehnout. Dále bylo zjištěno, že v testu proporcionality nedošlo k naplnění kritéria vhodnosti ani potřebnosti. Konečně pak zákonná úprava porušuje právo na rovnost, právo na tělesnou integritu a právo na autonomii a sebeurčení.

Povinnost zápisu pohlaví je dále rozvíjena také v rámci třetí kapitoly zaměřené na německou právní úpravu, která by pro nás mohla být inspirativním zdrojem. Německý Spolkový ústavní soud totiž v roce 2017 rozhodl, že povinnost matričního zápisu mužského a ženského pohlaví či vynechání zápisu pohlaví vůbec, aniž by byla dána možnost zápisu třetího pohlaví, je v rozporu s právem na ochranu osobnosti zahrnujícím také ochranu pohlavní identity, a jako taková je diskriminační. Rozhodnutí má kladný účinek na psychiku intersexuálních jedinců, na lepší stav souladu skutečného a právního stavu, omezí estetické

operace na dětech a celkově pomůže ke zrovnoprávnění intersexuálních občanů ve společnosti.

Závěrem tedy nezbývá než doufat, že tato práce bude mít alespoň malý podíl na zrovnoprávnění sexuálních menšin v ČR a novelizaci překonaných ustanovení českých zákonů. Nová úprava by mnoha lidem ulehčit život, a přitom by nikomu nepřitížila. Není tedy důvod neposunout se vpřed za dalšími vyspělými státy, jejichž občané mohou plně využívat svých práv již dnes.

Seznam použitých zdrojů

Právní předpisy

Kodex pruského zemského práva z roku 1794 (Das Allgemeine Landrecht).

Bavorský občanský zákoník z roku 1756 (Codex Maximilianeus bavaricus civilis).

Tereziánský trestní zákoník z roku 1768 (Constitutio Criminalis Theresiana).

Všeobecný zákoník o zločinech a trestech z roku 1787 (Allgemeines Gesetz über Verbrechen, und derselben Bestrafung).

Zákon o zločinech a těžkých policejních přestupcích z roku 1803.

Zákon o osvědčování osobního stavu a manželství z roku 1875.

Všeobecná deklarace lidských práv z roku 1948.

Zákon č. 117/1852 ř. z., o zločinech, přečinech a přestupcích.

Grundgesetz z roku 1949.

Zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon.

Evropská úmluva o ochraně lidských práv z roku 1950.

Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon.

Evropské sociální charta z roku 1961.

Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z roku 1966.

Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech z roku 1966.

Zákon č. 175/1990 Sb., kterým se mění a doplňuje trestní zákon.

Zákon č. 586/1992 Sb., o dani z příjmu.

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., ústava České republiky.

Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jakou součástí ústavního pořádku.

Zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení.

Vyhláška č. 207/2001 Sb., kterou se provádí zákon o matrikách.

Zákon č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství.

Zákon o osobním stavu (Personenstandgesetz) z roku 2007.

Zákon č. 198/2009 Sb., antidiskriminační zákon.

Zákon č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách.

Zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách.

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

Důvodové zprávy

Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. Sněmovní tisk 839/0.

Judikatura

Rozsudek ESLP ze dne 28. května 1985 X a Y proti Nizozemí. č. s. 8225/78.

Rozsudek ESLP ze dne 7. července 1989, Irsko proti Spojenému království. č. s. 5310/71.

Rozsudek ESLP ze dne 7. července 1989, Soering proti Spojenému království. Č. s. 14038/88.

Nález ÚS ČR ze dne 12. října 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

Nález ÚS ČR ze dne 13. května 1998, sp. zn. Pl. ÚS 25/97.

Nález ÚS ČR ze dne 14. února 2001, sp. zn. Pl. ÚS 45/2000.

Nález ÚS ČR ze dne 18. května 2001, sp. zn. IV. 639/2000.

Nález ÚS ČR ze dne 25. června 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01.

Nález ÚS ČR ze dne 13. srpna 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

Rozsudek ESLP ze dne 12. června 2003, Van Kück proti Německu. č. s. 35968/97.

Nález ÚS ČR ze dne 29. února 2008, sp. zn. II. ÚS 2268/07.

Nález ÚS ČR ze dne 13. dubna 2010, sp. zn. II. ÚS 485/10.

Rozsudek ESLP ze dne 24. června 2010 Schalk a Kopf proti Rakousku. č. s. 30141/04.

Rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ze dne 11. ledna 2011, sp. zn. 6 BVerfG, 1 BvR 3295/07.

Nález ÚS ČR ze dne 28. ledna 2014, sp. zn. Pl. ÚS 49/10.

Nález ÚS ČR ze dne 27. ledna 2015, sp. zn. Pl. ÚS 19/14.

Rozsudek ESLP ze dne 10. března 2015. Y. Y. proti Turecku. č. s. 14793/08.

Rozsudek ESLP ze dne 21. července 2015. Oliari proti Turecku. č. s. 14793/08.

Usnesení ÚS ČR ze dne 15. listopadu 2016, sp. zn. III. ÚS 3376/16

Rozsudek ESLP ze dne 6. dubna 2017. A. P., Garçon a Nicot proti Francii. č. s. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.

Nález ÚS ČR ze dne 29. června 2017, sp. zn. Pl. ÚS 7/15.

Rozhodnutí ECSR ze dne 15. května 2018, č. s. 117/2015.

Rozsudek NS ČR ze dne 30. května 2019, sp. zn. 2 As 199/2018-37.

Monografie

AUGUSTYN, Józef. *Sexualita v našem životě*. Praha: Karmelitánské nakladatelství, 2005, s. 144.

BISHOP, Clifford, OSTHELDER, Xenia. *Sexualia: from prehistory to cyberspace*. Cologne: Könnemann, 2001, s. 16.

BRZEK, Antonín. *Sexuologie pro právníky*. Praha: Univerzita Karlova, 1999, s. 45.

BRZEK, Antonín, PONDĚLÍČKOVÁ-MAŠLOVÁ, Jaroslava. *Třetí pohlaví?* Praha: Scientia Medica, 1992, s. 19.

DREGER, Alice Domurat. *Hermafrodité a medicínské konstrukce pohlaví*. Praha: Triton, 2009, s. 205.

FIFKOVÁ, Hana. *Transsexualita: diagnostika a léčba*. Praha: Grada, 2002, s. 17.

FIFKOVÁ, Hana. Poruchy pohlavní identity. In *Sexuologie*. Praha: Grada, 2010, s. 444.

GHATTAS, Dan Christian. *Human Rights between the Sexes. A preliminary study on the life situations of the inter* individuals*. Berlin: Heinrich Böll Stiftung, 2013, s. 7.

JANOŠOVÁ, Pavlína. *Homosexualita v názorech současné společnosti*. Praha: Karolinum, 2000, s. 13.

JANOŠOVÁ, Pavlína. *Homosexualita v názorech současné společnosti*. Praha: Karolinum, 2000, s. 26.

KOLBE, Andrea. *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2010, s. 82.

KRATOCHVÍL, Stanislav. *Sex: starosti a radosti*. Praha: Triton, 2008, s. 221.

LEE, Peter, HOUK, Christopher, AHMED, Faisal, HUGHES, Ieuan. Consensus Statement on Management of Sex Disorders. *Pediatrics*, 2006, č. 118, s. 488.

LEITSCH, Dominik. *Die Intersexualität-Diagnostik und Therapie aus kinderchirurgischer Sicht*. Kolín: Akademisches Lehrkrankenhaus für die Universität zu Köln, 1996, s. 7.

MALÝ, Karel. *Trestní právo v Čechách v 15.-16. století*. Praha: Karlova Univerzita, 1979, s. 245.

MALÝ, Karel. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*. 2 vyd. Praha: Linde, 1999, s. 159.

MAYEDA, Graham. Who do you think you are? When should the law let you be who you want to be? In *You have changed: sex reassignment and personal identity*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 194.

MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2011, s. 64.

ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 101 – 102.

MORUS, Richard. *Světové dějiny sexuality*. Praha: Naše vojsko, 1992, s. 23.

ONDOK, Josef Petr. *Bioetika, biotechnologie a biomedicína*. Praha: Triton, 2005, s. 108.

PONDĚLÍCKOVÁ-MAŠLOVÁ, Jaroslava, RABOCH, Jan. *O sexualitě a partnerských vztazích*. Praha: Galén, 2005, s. 158.

PROCHÁZKA, Ivo, WEISS, Petr. Pohlavní identita. In *Transsexualita a jiné poruchy pohlavní identity*. 2. vyd. Praha: Grada, 2008, s. 16.

SPENCEROVÁ, Tereza. *Jsem trans'ák!*. Praha: G plus G, 2003, s. 14.

STEHLÍKOVÁ, Džamila, PROCHÁZKA, Ivo, HROMADA, Jiří. *Homosexualita, společnost a AIDS v ČR*. Praha: Sdružení organizací homosexuálních občanů (SOHO) v ČR, 1995, s. 15.

Komentáře

BARTOŇ, Michal a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 87.

HENYCH, Václav. *Zákon o matrikách, jménu a příjmení*. Praha: IFEC, 2002, s. 64.

HENYCH, Václav. *Zákon o matrikách s komentářem*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 115.

HRUŠÁKOVÁ, Milana, KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka, WESTPHALOVÁ, Lenka a kol. *Občanský zákoník II. Rodinné právo (§ 655-975). Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 4.

HRUŠÁKOVÁ, Milana, KRÁLÍČKOVÁ, Zdeňka. *České rodinné právo*. 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2006, s. 12.

KLÍMA, Karel. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 960.

KMEC, Jiří a kol. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 110.

MACH, Jan a kol. *Zákon o zdravotních službách a podmínkách jejich poskytování. Zákon o specifických zdravotních službách. Praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 494.

MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek I. § 1 – 117*. Praha: Leges, 2013, s. 344.

MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kol. *Občanský zákoník – Velký komentář. Svazek IV. § 655 – 793*. Praha: Leges, 2016, s. 5.

ŠUSTEK, Petr, HOLČAPEK, Tomáš a kol. *Zdravotnické právo*. Praha: Wolters Kluwer, 2016, s. 513.

TĚŠINOVÁ, Jolana, DOLEŽAL, Tomáš, POLICAR, Radek. *Medicínské právo*. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 2019, s. 216.

VLČEK, Robert, Hrubešová, Zdenka. *Zdravotnické právo*. Bratislava: EPOS, 2007, s. 161.

WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 128.

Odborné články

BARŠOVÁ, Andrea. Jiné pohlaví. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky*, 2014, č. 1, s. 1.

BARŠOVÁ, Andrea. Německo se blíží k právnímu uznání třetí kategorie pohlaví. *pravni prostor.cz*, publikováno 5.10. 2018, citováno 7.11.2019. Dostupné online na: <https://www.pavni prostor.cz/clanky/ostatni-pravo/nemecko-se-blizi-k-pravnimu-uznani-treti-kategorie-pohlavi>.

DVOŘÁK, Jan. Zamyšlení nad právní úpravou společného jmění manželů. *Soudní rozhledy*, 2007, roč. 13, č. 12, s. 454.

CHALUPSKÁ, Lenka. Transsexualita v českém právním řádu v kontrastu cizích moderních úprav. *Právní prostor.cz*, publikováno dne 25.9.2014, citováno dne 14.10.2019. Dostupné online na: <https://www.pavni prostor.cz/clanky/rekodifikace/transsexualita-v-ceskem-pravnim-radu-v-kontrastu-cizich-modernich-uprav>.

KOVÁŘOVÁ, Daniela. Majetek aneb vždy jde o peníze. *Rodinné listy*, 2016, č. 7, s. 2.

MAREŠOVÁ, Markéta, WEISS, Petr. Několik poznámek k problematice transsexualismu. *Československá psychologie*, 1998, roč. 42, č. 4, 306 – 312.

MOLNÁROVÁ, Gabriela. Problém zvaný transsexualita a některé jeho právní aspekty. *epravo.cz*, publikováno dne 1.6. 2001, citováno dne 3.10. 2019. Dostupné online na: <https://www.epravo.cz/top/clanky/problem-zvany-transsexualita-anecktere-jeho-pravni-aspekty-8440.html>.

PROCHÁZKA, Ivo, GRAUPNER, Helmut. Historie právních postojů k homosexualitě. *ecn.cz*, citováno dne 5.10. 2019. Dostupné online na <http://www.ecn.cz/PRIVATE/logos/pravhist.htm>.

TAJOVSKÁ, Kamila. Režim oddělených jmění. *epravo.cz*, publikováno dne 29.4.2015, citováno dne 20.10. 2019. Dostupné online na <https://www.epravo.cz/top/clanky/rezim-oddelenych-jmeni-97542.html>.

Články ve sbornících

MAYEDA, Graham. Who do you think you are? When should the law let you be who you want to be? In *You have changed: sex reassignment and personal identity*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 194 – 216.

Ostatní

Deutscher Ethikrat, Intersexualität – Stellungnahme. Berlin: Deutscher Ethikrat, 2012, s. 116.

Shrnutí

Diplomová práce se zabývá ústavněprávní ochranou sexuálních menšin, a to homosexuálů, transsexuálů a intersexuálů. Na vybraných případech demonstruje závažné nedostatky české právní úpravy, která je často v rozporu s mezinárodními úmluvami a judikaturou Evropského soudu pro lidská práva. Jedná se o absenci společného jmění manželů u homosexuálů, obligatorní sterilizaci jako podmínku pro přeměnu pohlaví u transsexuálů a povinnost zápisu pohlaví (muž/žena) novorozenců do matrik u intersexuálů. Vybraná kritizovaná ustanovení jsou zkoumána pomocí testu ústavní konformity zákonných omezení a testu přímé diskriminace. Práce nabízí zákonodárci možnosti úpravy *de lege ferenda*, jenž by byla souladná s mezinárodními standarty a rozhodnutími Evropského soudu pro lidská práva. Poslední kapitola je věnována rozboru rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ve věci zápisu intersexuálního pohlaví do matrik. Záměrem bylo jednak komparovat českou a zahraniční právní úpravy, a jednak inspirovat českého zákonodárce k dalšímu vývoji.

Summary

This diploma thesis deals with constitutional protection of sexual minorities which are homosexuals, transsexuals and intersexuals. The selected cases demonstrate serious imperfection of czech legislation which is often in breach of international conventions and judicature of European Court of Human Rights. The issue is absence of common property of spouses for homosexuals, obligatory sterilization as a condition for gender reassignment for transsexuals and necessity of gender record (in form male/female) to registry for new born child for intersexuals. The selected criticised provisions are researched by test of constitutional conformity of legal restriction and by test of direct discrimination. The diploma thesis provide to lawgiver a possibility modification of legislation *de lege ferenda* which would be in conformity with international standards and judicature of European Court of Human Rights. The last chapter is focus on analysis of German constitutional court in case of record the intersexual gender to registry. The intention was to compare the czech and foreign legislation and to inspire czech lawgiver to the next legal development.

Seznam klíčových slov

Homosexualita

Intersexualita

Transexualita

Lidská práva

Sexuální menšiny

Diskriminace

Key words

Homosexuality

Intersexuality

Transsexuality

Human rights

Sexual minorities

Discrimination