



Skalpel a duše.

Ke změně pohlaví podle nového občanského zákoníku

Autorka: Mgr. Andrea Baršová¹

Pracoviště: Úřad vlády ČR

Abstract: The new Civil Code (Act No 89/2012 Coll. of Laws) regulates – unlike previous civil codes in force in the territory of the Czech Republic – the gender reassignment. The Code stipulates that the gender reassignment occurs through surgery with the simultaneous disabling of the reproductive function and the transformation of sexual organs. Similar laws, which make strict requirement of bodily changes a precondition for the legal recognition of sex change, are increasingly challenged not only by professionals and transsexuals themselves, but also by human rights institutions, such as the Council of Europe Human Rights Commissioner, and by case law of some significant courts in European countries (Germany, Austria). These shifts in their entirety announce a paradigm change in approaches to transsexuality, which requires re-evaluation of both the praxis and the new legal provisions with regard to human rights, such as are the right to dignity, the prohibition of inhuman or degrading treatment, the right to be protected against interference into private and family life or the right to protection of health. The article focuses on the development of jurisprudence in Germany and Austria and depicts the wider context of legal changes related to the approach to transsexuality in the Czech Republic and worldwide.

Key words: sex change, transsexuality, human rights, Civil Code

¹ Autorka pracuje na Úřadu vlády ČR. Názory vyjádřené v tomto příspěvku náležejí pouze autorce, nikoli Úřadu vlády.

Úvod

Nový občanský zákoník (zákon č. 89/2012 Sb., dále též NOZ) upravuje - na rozdíl od předchozích norem tohoto druhu platných na území České republiky - změnu pohlaví. Změna pohlaví člověka podle něj nastává chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů.² Obdobné právní úpravy, absolutizující požadavek tělesných zásahů pro právní uznání změny pohlaví, jsou však stále více zpochybňovány nejen částí odborníků a transsexuálů samotných, ale rovněž institucemi na ochranu lidských práv (komisař Rady Evropy pro lidská práva) a soudní judikaturou významných evropských soudů (Německo, Rakousko). Tyto posuny ve svém celku ohlašují paradigmatickou změnu v přístupu k transsexualitě, která vyžaduje nové zhodnocení přijatelnosti dosavadní praxe i nově přijaté právní úpravy v NOZ z hlediska respektu k základním lidským právům, jako jsou právo na zachování lidské důstojnosti, podrobení nelidskému nebo ponižujícímu zacházení, právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života, či právo na ochranu zdraví.

Úprava změny pohlaví podle nového občanského zákoníku

Občanský zákoník není normou hierarchicky nadřazenou zákonům ostatním. Je však jedním z pilířů právního řádu, s ambicí poskytovat dlouhodobě stabilní právní prostředí. Žádný ze tří občanských zákoníků platných na našem území od roku 1811³ neobsahoval úpravu změny pohlaví. Dlužno říci, že tyto zákoníky neobsahovaly ani žádnou definici pohlaví ženského a mužského, resp. určení toho, kdo je muž a kdo žena. Nový občanský zákoník nevybočuje z dosavadního binárního modelu. Předpokládá, že každý člověk je buď muž, nebo žena. Definici toho, kdo je muž a kdo žena, však přenechává jiným vědeckým disciplínám a společenským zvyklostem.

V hlavě II, dílu 2 – fyzické osoby, mezi obecnými ustanoveními (určujícími např. zletilost či práva počatého dítěte) obsahuje NOZ však výše citovaný § 29, který určuje pravidlo pro změnu pohlaví, resp. pro právní uznání této změny. „*Změna pohlaví člověka nastává chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů,*“ zní již citovaná první věta. Zákon tedy požaduje nejen chirurgický zákrok, ale současně další dvě kumulativní podmínky „znemožnění reprodukční funkce“ a „přeměnu pohlavních orgánů“; vztah mezi těmito třemi podmínkami není jednoznačný.⁴ Druhá věta téhož odstavce doplňuje: „*Má se za to, že dnem změny pohlaví je den uvedený v potvrzení vydaném poskytovatelem zdravotních služeb.*“

Druhý odstavec § 29 se zabývá důsledky změny pohlaví. Podle něj „*Změna pohlaví nemá vliv na osobní stav člověka, ani na jeho osobní a majetkové poměry; manželství nebo registrované partnerství však zaniká. O povinnostech a právech muže a ženy, jejichž manželství zaniklo, ke společnému dítěti a o jejich majetkových povinnostech a právech v době po zániku manželství platí obdobně ustanovení o povinnostech a právech rozvedených manželů ke společnému dítěti a o jejich*

² § 29 odst. 1 nového občanského zákoníku (č. 89/2012 Sb.)

³ Na současném území České republiky platily doposud tři občanské zákoníky. Prvním byl obecný občanský zákoník z roku 1811 (č. 946/1811 z. ř.), který s řadou novelizací platil do roku 1950; zákoník z roku 1950 (zákon č. 141/1950 Sb.) byl vystředěn v roce 1964 normou, která je s řadou novelizací účinná do konce roku 2013 (zákon č. 40/1964 Sb.). Nový občanský zákoník má vstoupit v účinnost k 1. lednu 2014.

⁴ Vzniká např. otázka, zde znemožnění reprodukce musí nastat v důsledku operace samotné, anebo zda může případně nastat i jinak, např. podáváním hormonů, věkem apod.

majetkových povinnostech a právech v době po rozvodu; soud rozhodne, a to i bez návrhu, jak bude každý z rodičů napříště o společné dítě pečovat.“ Změna pohlaví tak má bez výjimky vliv na manželství a registrované partnerství, která *ex lege* zanikají.

Důvodová zpráva přijetí nové právní úpravy objasňuje jen málo. Odkazuje na občanský zákoník provincie Québec, podle jehož vzoru se v základních ustanoveních o právních poměrech člověka pamatuje i na případ změny pohlaví. Dále uvádí, že úprava vychází z pojetí, že změna pohlaví je faktický stav; jeho právní účinky se proto musí připínat k okamžiku, kdy z lékařského hlediska fakticky nastane. K zániku manželství dále zpráva uvádí: „Zdejší praxe je sice taková, že poskytovatel zdravotních služeb ke změně pohlaví ženatých nebo vdaných transsexuálních osob nepřistoupí, dokud jejich manželství není rozvedeno a poměr k případným dětem uspořádán, je však nutné pamatovat, že mohou nastat i situace, kdy změna pohlaví určité osoby (a to i osoby, která trvale žije na území našeho státu) nebude provedena v České republice, ale v zahraničí. Navíc je nutné pamatovat i na to, že stav dosavadní praxe sice sleduje určitou usanci, ale že je přece jen vhodné pro jistotu upravit výslovným ustanovením případy, kdy zavedený standard tuzemské praxe nebude dodržen.“

Zákonodárce tedy deklaruje, že jeho cílem je zachování současného stavu, a považuje změnu pohlaví za nesouladnou s trváním manželství či registrovaného partnerství. Lze tak dovodit, že cílem úpravy je „ochrana“ tradičního pojetí manželství jako trvalého svazku muže a ženy před narušením ze strany marginálního jevu, jakým by byla případná existence manželství, v nichž u jednoho z manželů došlo ke změně pohlaví a v manželství by tak mohly žít osoby stejného pohlaví (pokud by si oba manželé tento stav přáli a společné manželství přes nastalou změnu rušit nechtěli). Obdobná úvaha platí ve vztahu k registrovanému partnerství, které nemá být narušeno ani zcela výjimečnou existencí registrovaného partnerství osob různého pohlaví.

Nový občanský zákoník by měl vstoupit v účinnost k 1. lednu 2014. Fakticky je však právní úprava v něm obsažená v současnosti realizována – a to nejen na základě praxe, ale též s ohledem na zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, který vstoupil v účinnost k 1. dubnu 2012.⁵ Zákon v § 21 odstavci prvním definuje, co se rozumí změnou pohlaví u transsexuálních pacientů. *„Změnou pohlaví transsexuálních pacientů se pro účely tohoto zákona rozumí provedení zdravotních výkonů, jejichž účelem je provedení změny pohlaví chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce. Transsexuálním pacientem se rozumí osoba, u níž je trvalý nesoulad mezi psychickým a tělesným pohlavím (dále jen 'porucha sexuální identifikace').“* Podle druhého odstavce téhož paragrafu *„Chirurgické výkony směřující ke změně pohlaví lze provést pacientovi, a) u něhož byla jednoznačně stanovena porucha sexuální identifikace a prokázána schopnost žít trvale jako osoba opačného pohlaví a b) který neuzavřel manželství nebo který nevstoupil do registrovaného partnerství anebo do obdobného svazku osob stejného pohlaví v cizině, popřípadě prokáže, že jeho manželství nebo registrované partnerství anebo obdobný svazek zaniklo.*

V souladu s předchozí praxí je zákonem č. 373/2011 Sb. požadován zánik manželství či registrovaného partnerství *před* chirurgickými zákroky. Úprava v NOZ tak má ve vztahu k manželství a registrovanému partnerství, resp. jeho neslučitelnosti se změnou pohlaví, sloužit spíše jako pojistka,

⁵ Zákon č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, spolu se zákonem č. 372/2011 Sb., o zdravotních službách vstoupily v účinnost 1. 4. 2012. Zákon č. 372/2011 Sb. nahradil zákon č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu a navazující předchozí legislativu.

především pro případy, kdy k zákroku dojde v cizině, jak uvádí výše citovaná důvodová zpráva k NOZ. Mezi další podmínky chirurgických výkonů patří věk dovršených 18 let a kladné stanovisko odborné komise. Zákon dále uvádí situace, kdy změnu pohlaví nelze provést, je to ve výkonu vazby, trestu odnětí svobody, zabezpečovací detence nebo ochranném léčení.⁶

Zákon č. 373/2011 Sb., a změna pohlaví dle NOZ se sice vztahují ke stejné otázce, tj. změně pohlaví, regulují však jiné aspekty, což je nutné mít na paměti. Zákon č. 373/2011 Sb. se týká toliko *transsexuálních pacientů*, tj. osob, které sami usilují o změnu pohlaví prostřednictvím chirurgických výkonů. NOZ je normou obecné povahy, reguluje uznání změny pohlaví u *člověka*. Oba zákony otevírají spektra otázek, jež se kryjí jen částečně.

Současná právní úprava změny pohlaví v NOZ je založena na kodifikaci současné praxe a předpokládá existující celospolečenský konsensus. Problém však spočívá v tom, že dosavadní přístupy jsou stále intenzivněji konfrontovány s měnícími se postoji odborné lékařské veřejnosti⁷, kritickými postoji části transsexuálů, a v neposlední řadě též s dynamickým vývojem v oblasti ochrany lidských práv. Na poslední, právní dimenzi, se také zaměřuji v tomto příspěvku. Jestliže jsme v minulosti hledali (a částečně i našli) odpověď na otázku, zda a za jakých podmínek je možno odpovědně přistoupit k hormonálnímu a chirurgickému připodobnění těla transsexuála jeho psychickému pohlaví,⁸ nyní stojíme před novou otázkou. Máme právo, ve světle současného pojetí lidských práv a úcty k důstojnosti každého člověka, podmiňovat uznání psychického pohlaví u transsexuálních osob právem předepsanými zásahy do jejich těla? Co odůvodňuje požadavek použití skalpelu, nepochybně unikátní v celém našem právním řádu, aby člověk dosáhl základního respektu společnosti ke svému já?

NOZ v důvodové zprávě zmiňuje úpravu kanadské provincie Québec, již je odůvodněno začlenění změny pohlaví do kontextu zákona. Právě Kanada je však jednou ze zemí, kde je požadavek chirurgické změny pohlaví u transsexuálních osob stále více zpochybňován. K významnému zlomu došlo na podzim roku 2012 v kanadské provincii Ontario, a to v reakci na nález ontarijského tribunálu pro lidská práva, který postavil mimo zákon požadavek operativního zásahu jako předpokladu uznání změny pohlaví.⁹ Ontarijský tribunál se zabýval stížností transsexuální ženy (MtF), známe jako XY. Stěžovatelka namítala, že byla vystavena diskriminaci a násilí, protože pohlaví, v němž žila, neodpovídalo její dokumentům. Aby si však mohla změnit rodný list, musela podle příslušného zákona (Vital Statistics Act) předložit důkaz o tom, že se podrobila „transsexuální operaci“. Stěžovatelka se podrobila chirurgickému odstranění varlat. Po této operaci jí bylo umožněno změnit si rodný list – přestože nadále měla penis a neměla žádné ženské pohlavní orgány. (Předešleme, že tato praxe se shodovala s praxí u nás.) Stěžovatelka požadovala peněžité vyrovnání, omluvu a

⁶ Zákon zde chce zamezit zpochybnění informovaného souhlasu, podobně je postupováno u psychochirurgických výkonů, sterilizací či sporných terapeutických kastrací. Je však otázkou, zda zde má tato ochrana své místo.

⁷ Viz COLEMAN, Eli et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7, *International Journal of Transgenderism*, 13:165–232, 2011 dostupné z < <http://www.wpath.org/documents/IJT%20SOC,%20V7.pdf> > .

⁸ Mnohé disciplíny, však, alespoň v českém prostředí, začínají podrobně transsexualitu zkoumat teprve v poslední době. Odkazují zde například na knihu Jiřího SKOBLÍKA, *Transsexualismus. Morálně- a duchovně-teologické aspekty*. Praha, Karolinum, 2006.

⁹ XY v. Ontario (Government and Consumer Services), 2012 Human Rights Tribunal of Ontario 726 (CanLII), Decision, 11th April, 2012. Dostupné z < <http://canlii.ca/t/fqxvb> > .

nápravu ve veřejném zájmu. Tribunál odmítl přiznat stěžovateli peněžitou kompenzaci i omluvu, neboť úřad o nezákonnosti svého požadavku nevěděl. Omluvu odmítl navíc i z důvodu ochrany svobody projevu. Ztotožnil se však s potřebou požadované nápravy ve veřejném zájmu a nařídil příslušnému úřadu, že nesmí požadovat po transsexuálech, aby k žádosti o změnu rodného listu předkládali důkaz, že se podrobili operaci. Dotčenému úřadu vyměřil lhůtu 180 dnů pro přijetí nové právní úpravy.

Kanada není zdaleka jedinou zemí, kde došlo v poslední době ke změnám. Nejaktuálněji se tak stalo např. ve Švédsku, jedné z prvních zemí, která v roce 1972 uzákonila právní změnu pohlaví. V prosinci roku 2012 stockholmský odvolací správní soud odmítl požadavek sterilizace při změně pohlaví (tzv. nucené sterilizace). Skutečnost, že zákon o sexuální identitě požadavek sterilizace u transsexuálů obsahoval, byla přitom pro širší veřejnost překvapením.¹⁰ K dynamickým změnám dochází i v dalších zemích, takže můžeme konstatovat transatlantický posun v právním nazírání na problém transsexuality a změny pohlaví,¹¹ jež je součástí širšího posunu v přístupu společností k LGBT lidem. V tomto příspěvku se dále zaměřím na shrnutí vývoje ve dvou zemích, s nimiž Česká republika sousedí a sdílí kulturní a právní tradice, Rakousku a Německu. V poslední části se vrátím k širšímu kontextu vnímání transsexuality, situaci v České republice a k možným řešením současného stavu.

Vývoj právní úpravy změny pohlaví v Německu

V Německu byl v září 1980 přijat specifický zákon o změně jména a o určení příslušnosti k pohlaví ve zvláštních případech, krátce nazývaný zákon o transsexuálech (Transsexuellengesetz - TSG). Zákon vstoupil v účinnost k 1. lednu 1981. Měl umožnit transsexuálům žít v nové genderové roli. S tímto cílem upravil tzv. „malé řešení“ a „velké řešení“.

Malé řešení se týká změny jména (Vornamen, křestní jméno), které na rozdíl od německých genderově nespécifických příjmení (Fischer pro obě pohlaví) není v drtivé většině případů genderově neutrální. Podle § 1 tohoto zákona je možná změna jména, o níž rozhodne soud na základě žádosti. Žádost může podat osoba, která splňuje současně tyto podmínky: 1. Pociťuje, že přináležet k opačnému pohlaví, než jaké má uvedené v rodném listě, a nejméně tři roky pociťuje potřebu žít podle této představy. 2. Přitom lze s vysokou pravděpodobností předpokládat, že tento pocit přináležet k opačnému pohlaví se již nezmění. 3. Třetí podmínkou je vztah k německému státu, tj. německé státní občanství, tzv. německý osobní status¹² nebo, od novely TSG zákona z roku 2007,¹³ přesně definovaný cizinecký statut.¹⁴

¹⁰ Viz Schweden verbietet Zwangssterilisation bei Geschlechtsanpassung, die Standard.at, dostupné z < <http://diestandard.at/1356427337355/Schweden-Zwangssterilisation-bei-Geschlechtsanpassung-verboden> > . Podle citovaného zdroje požádalo ve Švédsku o změnu pohlaví mezi léty 1972 a 2011 865 osob, z toho 500 osob se nakonec podrobilo operaci. Organizace LGBT osob vyslovily v souvislosti s tímto rozsudkem požadavek odškodnění dotčených, zmíněna byla suma 200 000 tisíc švédských korun, tj. 23 300 euro.

¹¹ Celkovou situaci v Evropě zachycují např. studie European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C, *Transgender persons' rights in EU member states*, 2010 anebo Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Gender Identity*, Issue Paper, July 2009.

¹² Tím se rozumí osoby bez státního občanství a bezdomovci s obvyklým pobytem v Německu, osoby požívající v Německu azyl nebo zahraniční uprchlíci s pobytem v Německu.

Naproti tomu velké řešení, které je upraveno v § 8 TSG, se týká soudního určení, že osoba náleží k opačnému pohlaví. Na žádost osoby, která se cítí příslušná k opačnému pohlaví, a má nejméně tři roky nutkání žít v roli opačného pohlaví, může soud prohlásit, že má být považována za osobu příslušející k druhému pohlaví. Předpoklady pro úřední změnu pohlaví byly dále upraveny v době přijetí zákona následovně: 1. Osoba musí splňovat stejné předpoklady jako osoba žádající o změnu jména (viz výše) 2. Není ženatá nebo vdaná 3. Je trvale neschopná reprodukce a 4. Podrobila se operativnímu zásahu, měnícím její vnější pohlavní znaky, kterým bylo dosaženo výrazného přiblížení se vzhledu opačného pohlaví. Ke konkrétnímu naplnění předpokladů 3 a 4 bylo považováno za žádoucí u transsexuálů MtF odstranění penisu a varlat a operativní vytvoření vnějších ženských pohlavních orgánů; u transsexuálů FtM operativní odstranění dělohy, vaječníků a vejcovodů a často i operativní zmenšení prsou.

Podmínky č. 2, 3 a 4 velkého řešení však byly postupně shledány Spolkovým ústavním soudem¹⁵ neústavními, a proto se staly nepoužitelnými až do doby přijetí nové ústavně konformní úpravy (k níž však dosud nedošlo).

Zásahům Spolkového ústavního soudu, které se týkaly přímo velkého řešení, předcházelo rozhodnutí z 6. prosince 2005, které se sice vztahovalo k malému řešení,¹⁶ ukázalo však způsob uvažování Spolkového ústavního soudu, kterému zůstal věrný i v dalších klíčových rozhodnutích, i jeho respekt k názorům Německé společnosti pro sexuální výzkum.¹⁷ V daném případě se jednalo o otázku, zda je slučitelné s právy chráněnými základním zákonem (Grundgesetz, dále též GG), aby u homosexuálně orientovaného transsexuála s malým řešením (změnou jména), ale bez operace, došlo *ex lege* ke zpětné změně jména (z nového ženského Karin Nicole zpět k původně mužskému Kai) v důsledku uzavření manželství. Spolkový ústavní soud toto odmítl, a to i s odkazem na v té době v Německu absentující zákon upravující soužití osob stejného pohlaví.¹⁸ (Tím ovšem umožnil, aby

¹³ Článek 3a, Gesetz zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften (PassGuaÄndG), k.a. Abk.; G. v. 20.07.2007 BGBl. I S. 1566 (Nr. 35); 2007 I. 2316. Ustanovení platí od 1.11.2007.

¹⁴ K zahrnutí určitých kategorií cizinců vedle státních občanů a osob s německým statutem došlo na základě nálezu Spolkového ústavního soudu ze dne 18.7.2008. Viz BVerfG, 1 BvL 1/04 vom 18.7.2006, Absatz-Nr. (1 - 83), dostupné z < http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis20060718_1bvl000104.html > . Výše citovanou novelou, již zákonodárce reagoval na tento nálezh Spolkového ústavního soudu, byli do osobního rozsahu zákona začleněni cizinci s trvalým pobytem nebo cizinci s prodloužitelným pobytem, kteří se trvale a pravidelně zdržují v Německu, pokud jejich domovská země nezná obdobnou právní úpravu. Tato podmínka u osob s německým statutem odpadá, neboť tyto osoby buďto vlastní zemi nemají (osoby bez státního občanství, bezdomovci) anebo se tam nemohou vrátit (azylanti, uprchlíci).

¹⁵ Spolkový ústavní soud sídlí v Karlsruhe a od roku 1951 bdí nad respektováním německé ústavy (základního zákona).

¹⁶ BVerfG, 1 BvL 3/03 vom 6.12.2005, Absatz-Nr. (1 - 73), dostupné z < http://www.bverfg.de/entscheidungen/lis20051206_1bvl000303.html > .

¹⁷ Deutsche Gesellschaft für Sexuallforschung. Jednalo se zejména o stanovisko z roku 2000 Becker, S., Berner, W., Dannecker, M., Richter-Appelt, H. (2001) Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Innern (V 5a-133 115-1/1) vom 11. Dezember 2000 zur Revision des Transsexuellengesetzes. *Zeitschrift für Sexuallforschung* 14, 258-268. Některá stanoviska DGfS jsou dostupná z < <http://dgfs.info/offentliche-erklarungen-und-eingaben-der-deutschen-gesellschaft-fur-sexuallforschung-von-1950-bis-2002/> > .

¹⁸ V Německu byl zákon o zapsaném partnerství - Lebenspartnerschaftsgesetz (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) přijat 16.2.2001 (BGBl. I S. 266), v účinnost vstoupil 1.8.2001.

existovalo manželství, v němž sice nejde *de iure* o dvě osoby stejného pohlaví, avšak toto manželství na veřejnosti budí zdání manželství osob stejného pohlaví.)

Z hlediska dalšího vývoje bylo klíčové, že soud zpochybnil požadavek operativního řešení změny pohlaví. Konstatoval, že zákonodárce v době přijetí TSG chápal malé řešení pouze jako předstupeň velkého řešení. Takovýto náhled byl však postupně vědou překonán. Spolkový ústavní soud konstatoval: „Operativní zásah jako předpoklad změny příslušnosti k pohlaví je vědou stále více nahlížen jako problematický, potažmo není již považován za udržitelný Podle názoru Německé společnosti pro sexuální výzkum, která se již více než 30 let zabývá transsexualitou na různých úrovních, nelze bez dalšího ani při nepochybné diagnóze „transsexualita“ dovozovat konkrétní somatické zásahy ani jejich rozsah a dobu provedení.“¹⁹

Rozhodnutím ze 27. května 2008²⁰ zaujal Spolkový ústavní soud negativní stanovisko k zákonnému požadavku, aby osoba, u níž má být soudně určena změna pohlaví, musela splňovat požadavek, že není ženatá nebo vdaná, jak byl dán čl. 8 odst. 1 bod 2 TSG. Soud hledal tento zákonný požadavek neslučitelným s čl. 2 odst. 1 GG a čl. 6 odst. 1 GG, tedy s právem na svobodný rozvoj osobnosti a s ústavnou zaručenou ochranou manželství a rodiny.²¹

Případ, na jehož základě soud rozhodoval, se týkal MtF transsexuálky (nar. 1929 jako muž, oženil se v roce 1952), jejíž manželství trvalo 56 let a z něhož vzešly tři děti. Žadatelka, která pociťovala, že patří k ženskému pohlaví, si v roce 2001 změnila jméno a v roce 2002 prošla operativní změnou pohlaví (MtF). Žadatelka a její manželka se však nechtěly rozvést s poukazem na to, že jejich vztah není narušen. Soud dospěl k názoru, že není rozumné podmiňovat uznání nového pohlaví transsexuála žijícího v manželství rozvodem jeho manželství, chce-li transsexuál zůstat v partnerství se svým manželem nebo manželkou, nemůže-li s tímto partnerem žít v jiném svazku, který by zajišťoval partnerům stejnou právní ochranu jako manželství. Soud přitom neodmítl legitimnost cílů, které zákonodárce sledoval, tj. ochranu právního institutu manželství jako výlučného svazku muže a ženy, což by bylo v případě přetrvávání manželství u ženatých či vdaných transsexuálů narušeno. Shledal však, že zásah do základních práv transsexuálů, žijících v manželství, je nepřiměřený. Poukázal na to, že nutí-li stát manžele k rozvodu, je toto nejen v protikladu se strukturálními charakteristikami manželství jako trvalého partnerství a společenství odpovědnosti. Znamená to rovněž, že existujícímu manželství je odepřena ústavní ochrana.

Soud zdůraznil, že právní úprava zde vystavuje konkrétní vztah do situace, která je pociťována jako existenční krize. Jde zde o další společnou cestu životem, a tedy o okolnosti, které jsou svojí povahou existenční. Na druhé straně je ale princip manželství jako institutu, který je založen na rozdílnosti pohlaví, dotčen jen okrajově. Jedná se zde pouze o nepatrné procento transsexuálů, kteří odhalí svoji transsexualitu teprve v manželství a jejichž manželství se nerozpadne ani v důsledku této hluboké změny ve vztahu manželů, ale má, na základě rozhodnutí obou partnerů, pokračovat.²²

Soud neprohlásil ustanovení za nicotné, ale za nepoužitelné do doby, kdy zákonodárce přijme novou úpravu. Přitom soud zákonodárci načrtl i možná ústavně konformní řešení svého požadavku,

¹⁹ BVerfG, 1 BvL 3/03 vom 6.12.2005, odst. 25 a násl.

²⁰ BVerfG, 1 BvL 10/05 vom 27.5.2008, Absatz-Nr. (1 - 76), dostupné z http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20080527_1bvl001005.htm >

²¹ Čl. 6 odst. 1 zní: „Manželství a rodina jsou pod zvláštní ochranou státního řádu.“

²² BVerfG, 1 BvL 10/05 vom 27.5.2008, Absatz-Nr. (1 - 76), body 63 – 65 rozhodnutí.

aby zajistil stejnou ochranu „společenství odpovědnosti“ („Verantwortungsgemeinschaft“) jako předchozímu manželství, dojde-li u jednoho z manželů ke změně pohlaví. Možnými cestami jsou podle soudu změna manželství v zapsané partnerství (avšak toliko za předpokladu, že partnerství skutečně dává partnerům stejná práva jako manželství),²³ vznik zvláštního institutu *sui genesis* anebo možnost pokračování manželství.²⁴ Německý zákonodárce zatím žádnou alternativní úpravu nepřijal a přiklonil se ke třetí možnosti.²⁵ V Německu tak není zánik manželství předpokladem uznání změny pohlaví u transsexuálů.

Ve svém nejnovějším nálezu k TSG ze dne 11. ledna 2011²⁶ se Spolkový ústavní soud vyrovnával s (ne)ústavností podmínek uvedených v § 8 prvním odstavci body 3 a 4 TSG (trvalá neschopnost reprodukce, provedení operace). V tomto případě se jednalo o 62letou stěžovatelku, která se narodila s vnějšími mužskými pohlavními znaky, považovala se však za ženu. Byla homosexuálně orientovaná a žila v partnerství se ženou. Podle § 1 TSG si změnila křestní jméno (malé řešení) a usilovala o uzavření zapsaného partnerství, což jí však nebylo umožněno. Spolkový ústavní soud rozhodl, že podmínky uznání změny pohlaví v § 8, odstavci prvním, body 3 a 4, jakožto podmínka osobního statusu pro vstup do registrovaného partnerství, nejsou slučitelné s právem na sexuální sebeurčení podle článku 2 odst. 1 ve spojení s článkem 1 odst. 1 GG a s právem na tělesnou integritu chráněnou čl. 2. odst. 2 GG.²⁷ Až do vstupu nové legislativy v účinnosti proto nejsou použitelné.

Soud ve svém odůvodnění konstatoval, že od doby přijetí TSG, kdy nutnost operativního zásahu nebyla zpochybňována, byly získány nové vědecké poznatky o transsexualitě. Od 60. let minulého století, s rozvojem operativních možností změny pohlaví, byla transsexualita definována jako utrpení z falešného těla a léčba se soustředila na somatické zásahy. Z tohoto stavu odvozený předpoklad, že všichni transsexuálové budou usilovat o operaci uzpůsobující jejich pohlaví, se však ukázal jako mylný. Touha po operativní změně pohlaví již podle znalců není považována za spolehlivý diagnostický indikátor (může být projevem počátku psychických poruch, odmítání zažitých genderových vzorů nebo homosexuální orientace). 20 – 30% transsexuálů, kteří si změnil jméno (tzv. malé řešení), žije v Německu trvale bez operace. Touha po operacích a jejich provedení není podle novějších poznatků určujícím pro existenci transsexuality. Za rozhodující je spíše považována stabilita transsexuální touhy. Vedle toho soud poukázal i na zdravotní rizika, která operativní změna pohlaví přináší.

Soud svoje odůvodnění shrnul v klíčových bodech 66 a 68 takto: „Jak již Spolkový ústavní soud konstatoval ve svém nálezu ze dne 6. prosince 2005 (BVerfGE 115, 1), nelze již vzhledem k dnešnímu stavu vědeckého poznání vycházet z toho, že existence vážné a nezvratně pociťované transsexuality by mohla být stanovena pouze na základě toho, že dotčený všemi prostředky usiluje o

²³ Německý zákon o zapsaném partnerství (Lebenspartnerschaftsgesetz) tento předpoklad nenaplnuje.

²⁴ BVerfG, 1 BvL 10/05 vom 27.5.2008, Absatz-Nr. (1 - 76), body 71 – 72 rozhodnutí.

²⁵ Ke změně TSG vypuštěním dotčených ustanovení došlo následně v roce 2009.

²⁶ BVerfG, 1 BvR 3295/07 vom 11.1.2011, Absatz-Nr. (1 - 77),

<http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110111_1bvr329507.html> .

²⁷ Čl. 1 odst. 1 Základního zákona (GG) zní: „Důstojnost člověka je nedotknutelná. Ctít ji a chránit je úkolem veškeré státní moci. Čl. 2 odst. 1 GG zní: každý má právo na svobodný rozvoj své osobnosti, pokud nenarušuje práva jiných a nejedná v rozporu s ústavním pořádkem a morální zákony“. Čl. 2 odst. 2 zní: „Každý má právo na život a tělesnou integritu. Svoboda osoby je nenarušitelná. Do těchto práv lze zasahovat pouze na základě zákona.“

to, aby svoje pohlavní orgány a znaky korigoval jako omyl přírody skrze operativní změnu pohlaví. Spíše mezitím vědecké společenství dospělo k poznání, že operace, kterými se mění pohlaví, nejsou nezbytně indikovány ani v případech velmi spolehlivé diagnózy transsexuality. Zda je z lékařského pohledu změna pohlaví podložená a lze ji doporučit, musí být stanoveno podle lékařské diagnózy u každého individuálně (viz BVerfGE 115, 1 <21>). Trvalost a nezvratnost pocíťovaného pohlaví u transsexuála nelze měřit stupněm přizpůsobení jeho vnějších pohlavních znaků prostřednictvím operativního zásahu, ale má být určena podle toho, jak důsledně transsexuál ve svém pocíťovaném pohlaví žije a jak se v něm cítí (viz Becker / Bernese / Dannecker / Richter-Appelt, s. 258 <260 f>). Provedené operace, které mění pohlaví, jsou proto významnou indikací transsexuality osoby. Pokud ale jsou učiněny nezbytným předpokladem pro uznání osobního statusu, je od transsexuála požadováno, aby se vystavil tělesným zásahům a zdravotním rizikům, i když to v jeho případě není indikováno, a není to ke stanovení trvalosti jeho transsexuality žádoucí. Tím zákonodárce stanovuje pro prokázání trvalé transsexuality nepřiměřený požadavek, který dostatečně nezohledňuje chráněná základní práva dotčeného plynoucí z čl. 2 odstavec 1 ve spojení s čl. 1 odstavec 1 a čl. 2 odstavec 2 základního zákona.“

Zákonodárce podle Soudu stanovil nerozumný požadavek také v případě požadavku trvalé neschopnosti reprodukce, pokud předpokladem pro ni jsou operativní zásahy. Realizace práva na sexuální sebeurčení podle čl. 2 odst. 1 ve spojení s čl. 1 odst. 1 GG byla tím učiněna závislou na vzdání se práva na tělesnou integritu, aniž by zde byly dostatečně závažné důvody, které by mohly ospravedlnit takto vzniklé omezení základních práv u transsexuálů.

Stojí za zmínku, že soud sice shledal legitimním požadavek zákonodárce, spočívající v prevenci situace, kdy by „muži podle práva“ rodili děti a „ženy podle práva“ je plodily, označil však tyto situace za zřídka výjimky, kterým, při pokroku reprodukční medicíny, stejně není možné zcela zabránit (například použití zmrazeného spermatu u MtF transsexuálky, i pokud by prošla operací). Současně poukázal na to, že ke ztrátě rozmnožovacích schopností dochází často již v důsledku hormonální léčby. Soud své úvahy uzavřel tím, že současná právní úprava v Německu pamatuje na případy dětí, jejichž jeden rodič je transsexuál a může pro ně určit pravidla tak, aby byly právně přiřazeny svému otci a matce.

Vývoj právní úpravy změny pohlaví v Rakousku

Na rozdíl od Německa není v sousedním Rakousku změna pohlaví v právním slova smyslu upravena specifickým zákonem. Je však možná změna záznamu o pohlaví podle zákona o osobním statusu, který je obdobou českého zákona o matrikách.²⁸

K realizaci provedení záznamu podle zákona o osobním statusu vydalo postupně rakouské ministerstvo vnitra, po dohodě s dalšími orgány, několik prováděcích předpisů. První z těchto výnosů

²⁸ Starý zákon o osobním statusu z roku 1937 byl v roce 1983 nahrazen spolkovým zákonem ze dne 19. ledna 1983, kterým se upravují záležitosti osobního statusu včetně matrik (Bundesgesetz vom 19. Jänner 1983 über die Regelung der Personenstandsangelegenheiten einschließlich des Matrikenwesens (Personenstandsgesetz - PStG). Paragraf 16 zákona z roku 1983 zněl „Úřad odpovídající za osobní statut změní záznam, jestliže se po zaznamenání stane nesprávným“. Zákon byl v roce 2013 opět nahrazen novým zákonem.

s názvem „Transsexuálové; postavení z hlediska osobního statusu“ byl vydán v roce 1983.²⁹ Podle tohoto výnosu se neměl úřad spokojit s předloženými dokumenty, ale měl si v případě požadavku na změnu záznamu o pohlaví sám opatřit posudek Institutu soudního lékařství Vídeňské univerzity. Posudek měl potvrzovat, že: 1. žadatel žil delší dobu s neodbytnou představou, že přináleží k opačnému pohlaví, což mu dalo podnět k tomu, že se podrobil opatřením upravujícím pohlaví, 2. opatření vedla ke znatelnému přiblížení se vnějšímu vzhledu opačného pohlaví, 3. lze s velkou pravděpodobností počítat s tím, že se již na pocitu přináležitosti k opačnému pohlaví nic nezmění. Vedle toho však výnos z roku 1983 uváděl, že podle shodného náhledu ministerstev vnitra a spravedlnosti nemůže dále existovat manželství, které osoba, u níž se mění pohlaví, dříve uzavřela. Proto se podle výnosu vedle poznámky o změně pohlaví měla zapsat také poznámka o neexistenci manželství do knihy manželství.³⁰ Zápis o změně pohlaví tedy vedl k anulaci manželství.

Výnos z roku 1996, který výnos z roku 1983 novelizoval,³¹ se lišil v tom, že místo následného anulování manželství požadoval, aby žadatel nebyl ženatý/vdaný, resp. umožnil zapsání poznámky o změně pouze u neženatých nebo neprovdaných žadatelů a žadatelek. Vedle toho zavedl i nové pravidlo pro změnu křestního jména; křestní jméno bylo možné změnit na specificky ženské nebo mužské jméno pouze současně nebo po zápisu o změně pohlaví. Ačkoli výnosy z roku 1983 a 1996 nepožadovaly – na rozdíl od německého zákona operaci ani neschopnost reprodukce, v praxi byla operace určeným pracovištěm vyžadována jako předpoklad pro potvrzení, že „opatření vedla ke znatelnému přiblížení se vnějšímu vzhledu opačného pohlaví“.³²

Rozsudkem Ústavního soudu ze dne 8. června 2006 však byly podstatné části tohoto předpisu zrušeny.³³ V případě, který projednával, se jednalo o stížnost Sandry H., postoperativní MtF transsexuálky, již bylo v důsledku existujícího manželství (žadatelka se nehodlala nechat rozvést) odmítnuto provedení změny v knize narození. Soud dospěl k názoru, že dotčený předpis není pouhým vnitřním pokynem podřízeným úřadům, jak byl ministerstvem vnitra formálně označen (Erlas), ale že jde svým obsahem v některých bodech o právní předpis (Verordnung) s účinky vůči neurčitému okruhu osob. Jako právní předpis však měl být akt zveřejněn ve spolkové sbírce zákonů (Bundesgesetzblatt), což se nestalo. Předpis byl proto z podstatné části nezákonný z formálně právních důvodů. Nadto však soud shledal také obsahově nezákonným požadavek týkající se manželství (přesněji jeho neexistence či ukončení). Podle ústavního soudu neměl tento požadavek v rakouském právu žádnou zákonnou oporu; manželství proto nemůže bránit provedení záznamu o pohlaví osoby v matriční knize. V důsledku rozhodnutí soudu se tak stal předpis řešící „kolizi“ změny pohlaví a trvání manželství neplatným.

²⁹ Transsexuelle; Personenstandrechtliche Stellung, Zahl: 10.582/24-IV/4/83 vom 18. Juli 1983. Österreichisches Standesamt, Nr. 9/1983, s. 65. Dokument je označován též jako „Transsexuellenerlaß 1983“. Výnos byl vydán ke sjednocení postupů ohledně možnosti opatřit poznámkou zápis ve knize narození podle původního zákona o osobním statusu z roku 1937.

³⁰ Transsexuellenerlaß 1983, body 3.5.1 a 3.5.2.

³¹ Personenstandrechtliche Stellung Transsexueller; "Transsexuellen Erlaß" Bundesministerium des Interes, Zahl: 36.250/66-IV/4/96 vom 27.11.1996, též „Transsexuellenerlaß 1996“.

³² Podle informací organizace TransX se jednalo u MtF transsexuálů o odstranění penisu a varlat, vytvoření vagíny a klitoris, ne však o vytvářování prsou. U FtM transsexuálů se jednalo o odstranění dělohy, vejcovodů, vaječnicků a dělohy a odstranění prsou.

³³ Verfassungsgerichtshof, Entscheidung 08.06.2006, Geschäftszahl V4/06, Sammlungsnummer 17849, dostupné z < <http://www.ris.bka.gv.at/default.aspx> >.

Podobně jako soudy německé, zabývaly se také soudy rakouské další spornou otázkou, a sice požadavkem na chirurgickou změnu vnějších pohlavních znaků jako předpokladu právního uznání změny pohlaví. V precedentním případě, na jehož základě rozhodoval správní soud (Verwaltungsgerichtshof) v roce 2009³⁴, se jednalo o žádost MtF transsexuálky o uznání změny pohlaví, zamítnutou příslušným matričním úřadem a následně spolkovým ministerstvem vnitra. Žadatelka se podrobila hormonální terapii a trvalé depilaci obličeje a tvrdila, že tímto naplnila požadavek znatelného přiblížení se vnějšímu vzhledu opačného pohlaví.³⁵ Operaci genitálií se podrobit nehodlala, přičemž argumentovala dlouhou práceneschopností v případě operace a z toho pramenícího rizika ztráty pracovního místa a následné sociální desintegrace. Příslušné úřady namítaly, že přiblížení se vzhledu ženy nelze posuzovat podle vzhledu oblečené osoby a jejího sociálního vystupování v každodenním životě, nýbrž podle pohlavních znaků. Vyžadovaly proto důkaz o odstranění primárních pohlavních znaků, aby se tak zabránilo reprodukci ve starém pohlaví. Správní soud však, s ohledem na rakouskou právní úpravu, dospěl k názoru, že „závažný operativní zákrok, jako je například žalovanými úřady požadované odstranění primárních pohlavních znaků, není nezbytným předpokladem pro znatelné přiblížení se vnějšímu vzhledu opačného pohlaví“. Soud naopak vyzvedl psychickou složku pocitu přináležet k opačnému pohlaví a jeho nezvratnost. Úřady se však touto otázkou u stěžovatelky dostatečně nezabývaly, a proto byla příslušná rozhodnutí zrušena.

Právo a transsexualita: historický kontext a otevřené otázky

Pro posouzení zvolené právní úpravy změny pohlaví v NOZ je důležité připomenout, že transsexualita je problém, jímž se odborná a laická veřejnost zabývá intenzivněji teprve od poloviny 20. století. V minulosti dominovalo ve společnosti nahlížení na transsexualitu jako na problém primárně medicínský, což výrazně ovlivnilo i širší sociální a právní přístupy k souvisejícím otázkám.

Transsexualita je podle platné Mezinárodní klasifikace nemocí (ICD 10) vedena pod diagnózou F64.0 jako jedna z poruch pohlavní identity a je definována jako *stav jedince, který si přeje žít a být akceptován jako příslušník opačného pohlaví. Obvyklý je zde pocit nespokojenosti s vlastním anatomickým pohlavím nebo pocit jeho nevhodnosti a přání hormonálního léčení a chirurgického zásahu, aby jeho/její tělo odpovídalo (pokud možno) preferovanému pohlaví. Transsexuální identita by měla trvat alespoň dva roky - nesmí být projevem duševní poruchy (zejména schizofrenie) ani nesmí být sdružena s intersexuální, genetickou nebo chromozomální abnormalitou.*³⁶ (Za povšimnutí

³⁴ Jde o soud s obdobnými pravomocemi jako Nejvyšší správní soud v České republice. Verfassungsgerichtshof, Entscheidungsdatum 03.12.2009 Geschäftszahl B1973/08, Sammlungsnummer18929, dostupné z < <http://www.ris.bka.gv.at/default.aspx> > .

³⁵ Otázku právního základu nepovažovaly strany za spornou, obě se odvolávaly na judikát správního soudu ze dne 30. září 1999, Zl. 95/01/0061, VwSlg. 14.748 A/1997, dostupný z < http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vwgh/JWT_1995010061_19970930X00/JWT_1995010061_19970930X0_0.pdf > . V daném případě se jednalo o možnost zasnoubení rakouského občana se zahraniční snoubenkou, MtF transsexuálkou, jež prodělala operativní změnu pohlaví. Soud zde, s odvoláním na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva a Evropského soudního dvora vyslovil pravidla pro uznání změny pohlaví. Pravidla obsahově recipují znění výše diskutovaných výnosů Ministerstva vnitra z roku 1983 a 1996, aniž by se jich však přímo dovolávala.

³⁶ Citováno podle FIFKOVÁ, Hana a kol. *Transsexualita a jiné poruchy pohlavní identity*. Praha: Grada, 2008, s. 16.

stojí, že podle této klasifikace je pocit nespokojenosti s anatomickým pohlavím i přání hormonálního a chirurgického léčení u translidí *obvyklým*, nikoli však *nezbytným* stavem.)

Naše přední sexuoložka Hana Fifková je rovněž autorkou laicky snadno uchopitelného přiblížení transsexuality. V doslovu k románu Mikea Perryho *Klec pro majáky* uvádí: „Transsexualita je rozená porucha v rámci které si dotyčný člověk přeje žít a být akceptován jako příslušník opačného pohlaví. Bývá obvykle nespokojený se svou sociální rolí, s tím, jak ho vnímá okolí, běžný je pocit nespokojenosti nejen s vlastním anatomickým pohlavím, ale i se sekundárními pohlavními znaky. Transsexualita v podstatě není ani duševní, ani tělesná vada – transsexuální lidé jsou psychiky zcela zdraví příslušníci jednoho pohlaví a fyzicky zcela zdraví příslušníci pohlaví druhého. Jen to prostě nejde dohromady.³⁷

Pojem transsexulita (či dřívější pojem transsexualismus), definovaný (částečně) jako touha po chirurgické změně pohlaví, se objevuje na přelomu 40. a 50. let 20. století. Těmto konceptům předchází od počátku 20. století medicínské experimenty se změnou pohlaví nejdříve na zvířatech (Eugen Steinach v Rakousku) a posléze u lidí, jako tomu bylo ve 20 a na počátku 30. let v Německu u lékařů kolem Institutu Magnuse Hirschfelda pro sexuální vědu v Německu, kteří prováděli první chirurgické změny pohlaví lidí.³⁸ Do pozornosti širší veřejnosti se zejména v USA dostala otázka transsexuality v 50. letech, spíše o skrze populární kulturu nežli lékařskou vědu. Celebritou své doby se stala v USA v 50. letech MtF transsexuálka Christine Jorgensen, která podstoupila chirurgickou změnu pohlaví na počátku 50. let v Kodani. Popularita Jorgensen byla podle Joanne Meyerowitz živena především médií, jimž její příběh zvyšoval zisk. Od 50. a 60. let dochází k rozšíření hormonální a chirurgické terapie pro transsexuální pacienty. Transsexualita je definována jako utrpení člověka z nesprávného těla, léčba se soustřeďuje na somatické znaky a též klinický přístup se koncentruje na hledání vhodných kandidátů na operace, aby bylo dosaženo co nejúplnější fyzické proměny.³⁹ Z tohoto pojetí je pak odvozeno i přesvědčení, že všichni transsexuálové budou usilovat o chirurgickou změnu pohlaví. Popsanému stavu odpovídá legislativa a praxe vztahující se ke změně pohlaví, jak byla přijata ve Švédsku, Německu a Rakousku a dalších zemích v 70. a 80. letech uplynulého století.

Postupně od 90. let však odborníci zjistili, že zatímco mnozí potřebují hormonální terapii a chirurgické zásahy, aby zmírnily příznaky poruchy sexuální identity, někteří vyžadují jen některý z těchto léčebných postupů, a někteří dokonce žádný.⁴⁰ Starší medicínský přístup, na němž byla založena německá právní úprava, a který byl praktikován v Rakousku i u nás, není přinejmenším od poloviny 90. let minulého století akceptován jednomyslně. Například Německá společnost pro sexuální výzkum, na níž se ve svých rozhodnutích odvolával Spolkový ústavní soud, se již na přelomu století postavila proti striktním právním požadavkům na operativní a jiné somatické zásahy. Ve svém novějším stanovisku z roku 2009 ve věci novelizace TSG odmítla navíc i požadavek na vnější přiblížení

³⁷ Slovo odborníka, doslov k románu Mikea PERRYHO, *Klec pro majáky*. Zlín: Kniha Zlín, 2011, s. 333.

³⁸ K dějinám transsexuality viz např. MEYEROWITZ, Joanne, *How sex changed: a history of transsexuality in the United States*. Cambridge, Mass. London, England: Harvard University Press, 2004, s. 14 a následující.

³⁹ COLEMAN, Eli et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7, *International Journal of Transgenderism*, 13:165–232, 2011, s. 170.

⁴⁰ COLEMAN, Eli et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7, *International Journal of Transgenderism*, 13:165–232, s. 170 a násl.

vzhledu osoby ideálnímu obrazu muže či ženy, což by mohlo indikovat chirurgické zákroky. Zdůraznila, že všechny větší operativní zákroky jsou spojeny s rizikem pro život a možnými trvalými zdravotními následky. Podle ní by mělo být přenecháno dotčeným osobám (potažmo individuálním lékařským a psychologickým indikacím v rámci diagnostického a terapeutického procesu), do jaké míry chtějí přizpůsobit svoji tělesnou podobu prostřednictvím chirurgických opatření pohlaví, k němuž se cítí být příslušnými. To stejné platí pro vytvoření neschopnosti reprodukce.⁴¹

Významný posun, k němuž došlo v lékařském nahlížení na transsexualitu v důsledku kulturních změn i klinického poznání se odráží v 7. verzi *Standardů péče o zdraví transexuálů, transgendor a gendrově nonkonformních lidí*, které vydala po deseti letech v roce 2011 Světová asociace odborníků pro transgender zdraví.⁴² Výhodiskem nejnovější verze standardů je názor, že být transexuálem, transgender nebo generově nonkonformním je otázkou různosti, nikoli patologie; tito lidé nemají inherentní poruchu. Standardy rozlišují genderovou nonkonformnost od poruchy pohlavní identity (gender dysphoria): pouze někteří genderově nonkonformní lidé zažívají poruchu pohlavní identity v některém úseku svého života. Nové standardy zdůrazňují individuálnost léčby. Feminizace a maskulinizace těla hormonální terapií a chirurgickými zákroky jsou pro některé lékařsky nutné, avšak genderové identity a výrazy se liší a tyto zákroky jsou pouze dvěma z mnoha možností.⁴³

Nejen v odborném lékařském a psychologickém společenství došlo ke změně. Od 90. let se v prostředí LGBT komunit stále hlasitěji ozývají názory, které odmítají pojímat transsexualitu jako duševní nemoc.⁴⁴ Proto vzniká hnutí požadující společenskou a právní akceptaci transexuálních lidí v pohlaví, s nímž se identifikují, neodvisle od jakýchkoli případných zásahů do jejich duševní či tělesné integrity, případně i neodvisle od lékařských posudků.⁴⁵ Vstříc některým požadavkům tohoto hnutí vychází i lidskoprávní přístup. Nové standardy přístupu k transsexualitě dosud nejprecizněji formuloval komisař Rady Evropy pro lidská práva, který zpracoval v roce 2009 soubor doporučení,⁴⁶ jež by měly členské země Rady Evropy ve své legislativě ve vztahu k transexuálům respektovat. Mezi tato doporučení patří i zrušení sterilizací a jiných povinných lékařských zákroků jako nezbytného právního požadavku pro uznání genderové identity osoby v zákonech, které upravují změnu jména a pohlaví, a odstranění všech omezení tak, aby transgender lidé mohli nadále žít v manželství i po uznání změny pohlaví.

⁴¹ Briken, P., Dannecker, M., Richter-Appelt, H., Becker, S. [Stellungnahme der DGfS zur Reform des Transsexuellengesetzes](#), 2009, dostupné z http://www.tsgreform.de/wpcontent/uploads/2012/06/Forderungspapier_AK-TSG-Reform_1.6.201211.pdf >. Stanovisko vydala společnost v rámci vládních příprav na reformu FSG, která se však mj. z důvodu ukončení funkčního období Bundestagu nerealizovala.

⁴² The World Professional Association for Transgender Health (WPATH), před rokem 2005 známá jako Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association.

⁴³ COLEMAN, Eli et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7, *International Journal of Transgenderism*, 13:165–232, 2011, s. 168 a násl.

⁴⁴ V Německu je to například organizace Der Verein Aktion Transsexualität und Menschenrecht e.V. (ATME e.V.) webové stránky organizace jsou dostupné z <http://atme-ev.de/>>. Viz rovněž webové stránky Menschenrecht und Transsexualität. Dostupné z http://www.mut23.de/index.php?option=com_frontpage&Itemid > .

⁴⁵ Srovnej Forderungspapier zur Reform des Transsexuellenrechts, 1. Juni 2012, dostupné z <http://www.tsgreform.de/> > .

⁴⁶ Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Gender Identity*, Issue Paper, July 2009.

V současné diskusi ovšem nejde v žádném případě o to, napadat hormonální terapii či operativní zákroky, které jsou v mnohých případech žádoucí a účinnou terapií; rozhodnutí o nich náleží vždy pacientu a lékaři. Tak problém nestojí. Stojí tak, zda sledování jistého, zákonem předepsaného způsobu léčby, má být striktní podmínkou pro právní uznání změny pohlaví v situaci, kdy transsexuál tuto léčbu (hormonální terapii, operace apod.) odmítá anebo z lékařského hlediska není schopen podstoupit. Odmítnutí přitom může mít různé motivy, např. akceptace vlastního těla, touha toliko po změně veřejné, viditelné části svého těla (obličej, prsa), nikoli soukromé, skryté (vlastní genitálie), omezené možnosti dnešní medicíny vytvořit funkční nové pohlavní orgány, strach z operací, jejich rizik a zdravotních následků, obavy ze ztráty zaměstnání a sociálního postavení v důsledku pracovní neschopnosti či snaha o zachování reprodukční možnosti a touha mít vlastní biologické potomky, abychom zmínili alespoň některé.⁴⁷

Přesná data o počtu transsexuálů, kteří netouží po operativní změně pohlaví, lze z mnoha důvodů jen odhadovat. Podle rozdílů mezi použitím malého a velkého řešení v Německu operativní změnou pohlaví neprojde asi jedna čtvrtinu translidů (mezi nimi však mohou být i lidé, kteří si operaci přejí, ale je jim např. z lékařských, finančních či jiných důvodů nedostupná). Jiří Skoblík, který se u nás věnoval studiu transsexuality z hlediska etického a teologického, dospěl k názoru, že: „Nedá se říci, že by uskutečnění maximální nabídky medicíny, jakou jsou chirurgické připodobení žádoucímu pohlaví, bylo přáním všech transsexuálů“.⁴⁸ A právě o práva této minoritní skupiny v rámci minority jde v dnešní diskusi především.

U nás se první explicitní právní úprava vztahující se ke změně pohlaví objevuje v roce 1991 v doplněném § 27a zákona o péči o zdraví lidu.⁴⁹ Toto ustanovení bylo účinné téměř dvě desetítky let, od 1. ledna 1992 do 1. dubna 2012. Jeho smyslem bylo zajistit u specifických zákroků, kam byly začleněny i „zákroky u transsexuálů“, informovaný souhlas pacienta. Samotný obsah zákroků však zákonem definován nebyl.

Obraz o praxi nám podávají především první odborné publikace (první česká monografie věnovaná transsexualitě z roku 2002⁵⁰ a její aktualizované vydání z roku 2008⁵¹ a dále učebnice sexuologie z roku 2010).⁵² Přes absenci právní úpravy změny pohlaví existovala ustálená normativní praxe, jíž můžeme definovat jako stav, kdy chybí explicitní zákonná úprava, avšak všichni zúčastnění aktéři pokládají jisté postupy za závazné a nezpochybňují je.⁵³ Situace tak v něčem připomíná situaci

⁴⁷ Přitom lze uvažovat i o použití asistované reprodukce.

⁴⁸ SKOBLÍK, Jiří, *Transsexualismus*, s. 38. Skoblíkovi vděčíme za jeden podnětný, dosud nedoceněný postřeh: Podle něj transsexuál ví, že chce uniknout výchozímu pohlaví. Sdělení, jak to udělat a do jaké míry to lze udělat, očekává od medicíny. Tamtéž, s. 25.

⁴⁹ Podle § 27a zákona č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu::(1) „Kastrace, stereotaktické operace a zákroky u transsexuálů se provádějí pouze na žádost osoby, u níž mají být provedeny, a po schválení odbornou komisí, kterou tvoří právník, nejméně dva lékaři se specializací v příslušném oboru a dva další lékaři nezúčastnění na provádění lékařského zásahu. (2) Před podáním žádosti musí být osoba náležitě informována lékařem o povaze lékařského zásahu s upozorněním na rizika a případné nepříznivé důsledky s ním spojené.“

⁵⁰ FIFKOVÁ, Hana, WEISS Petr, PROCHÁZKA Ivo, JAROLÍM, Ladislav, VESELÝ Jiří a WEISS, Vladimír, *Transsexualita, Diagnostika a léčba*, Praha: Grada, 2002.

⁵¹ FIFKOVÁ, Hana a kol., *Transsexualita a jiné poruchy pohlavní identity*, Praha: Grada, 2008.

⁵² WEISS, Petr a kol., *Sexuologie*, Praha, 2010.

⁵³ Základem takovéto praxe je skutečnost, že daný názor je podepřen a prosazován autoritami, např. odbornými (terapeuti) či úředními (matrikáři, potažmo ministerstvo vnitra). Ztotožnění se s tímto názorem ze strany dalších aktérů, především samotných transsexuálů, může být ovlivněno mnoha faktory. Lze

v Rakousku.⁵⁴ Podle této praxe bylo ke změně úřední identity vyžadováno „doporučení terapeuta, které musí obsahovat jako nezbytnou podmínku a nutné právní minimum vyjádření o definitivním ukončení plodnosti klienta či klientky, přičemž u FfM je právně postačujícím základem hysterektomie. U MtF jde pak o odstranění varlat (s nadvarlaty)“, čteme v učebnici sexuologie.⁵⁵ Stojí za povšimnutí, že text dokonce mluví o „právním minimu“, a to v situaci absentující právní úpravy.

Popsaná praxe, pokud jde o operativní fázi změny, která byla považována za nezbytnou, se fixovala na stánku reprodukční, resp. na ukončení „nežádoucí“ reprodukční schopnosti odnětím reprodukčních orgánů. „Za rozhodující pro umožnění právní proměny se v praxi považuje zejména vymizení reprodukční schopnosti, byť tento právní názor není v české legislativě jednoznačně zakotven“.⁵⁶ Vnější připodobnění se obrazu druhého pohlaví zde zřejmě nehrálo zásadní roli: transsexuální pacienti si např. musí plně hradit „kosmetické výkony“ - např. epilaci, augmentaci prsů či vložení varlečných protéz.⁵⁷

Tato právní úprava byla doplněna úpravou v zákonu o matrikách. Podle § 72, odst. 5 zákona o matrikách „Fyzické osobě, u níž probíhá změna pohlaví, povolí matriční úřad užívat neutrální jméno a příjmení na základě její žádosti a potvrzení poskytovatele zdravotních služeb, v jehož zdravotnickém zařízení léčba pro změnu pohlaví probíhá.“⁵⁸ Následně, tedy po provedení operace, je možná změna jména i příjmení, tak, aby bylo v souladu s „novým“ pohlavím jedince. Postup však není v zákoně upraven ve vztahu ke změně pohlaví specificky. Zde normativní praxe vyžadovala, resp. vyžaduje, aby transsexuál doložil potvrzení odborného lékaře z oboru sexuologie a „v případě, že by o takovou změnu žádal ženatý muž nebo vdaná žena, je třeba, aby nejpozději před rozhodováním o schválení chirurgických zákroků bylo manželství rozvedeno“.⁵⁹ V minulosti se pak nejspíše vyskytovala i praxe, kdy transsexuálové-rodice byli vyzýváni k „úpravě vztahů“ ke svým dětem.⁶⁰

Zažitá, zastaralá praxe se transformovala do úpravy v NOZ, čímž ovšem nabyla zcela nový rozměr. Problémy, jež přináší, lze rozdělit do dvou kategorií. První, méně závažnou stránku, představují nedokonalosti úpravy samotné, její neprovázanost s dalšími zákony. Druhou, a mnohem problematičtější stránkou je, že neodpovídá novému paradigmatu pojetí transsexuality a lidských práv, a tím ani požadavkům na důslednou ochranu lidských práv transsexuálů.

K mnoha problémům první zmíněné kategorie, které zde mohou jen naznačit, patří skutečnost, že NOZ jde v některých ohledech nad požadavky zákona o specifických zdravotních službách. Jde zejména o požadavek „přeměny pohlavních orgánů“, který neznala výše popsaná normativní praxe ani úprava v zákoně o specifických zdravotních službách, která mluví pouze o provedení změny pohlaví chirurgickým zákrokem. Dosavadní praxe se přitom spokojila s odstraněním částí pohlavních orgánů, jak uvedeno výše. Ovšem tyto operace mohou být provedeny z řady medicínských důvodů osobám, jež nejsou transsexuální (např. odstranění dělohy, varlat či jiných částí pohlavních orgánů

předpokládat, že požadovaný postup považují v drtivé většině za platnou normu, navíc stát má vůči nim zcela dominantní a monopolní postavení, které jim neponechává možnost volby.

⁵⁴ Nelze vyloučit, že citované názory měly oporu ve vnitřních předpisech institucí, které však neměly obecně závaznou povahu.

⁵⁵ WEISS, Petr a kol. *Sexuologie*, Praha 2010, s. 458.

⁵⁶ WEISS, Petr a kol. *Sexuologie*, Praha 2010, s. 463.

⁵⁷ WEISS, Petr a kol. *Sexuologie*, Praha 2010, s. 463.

⁵⁸ Zákon č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení.

⁵⁹ FIFKOVÁ, Hana a kol., *Transsexualita*, Praha 2008, s. 142.

⁶⁰ FIFKOVÁ, Hana a kol., *Transsexualita*, Praha 2008, s. 142.

v případě nádorů apod.) a žádnou změnu pohlaví u člověka obecně neznamenají. Nový požadavek přeměny pohlavních orgánů, pokud by zákon nebyl změněn, tak bude nezbytné interpretovat. (Bylo by ovšem karikaturou i výsměchem lidským právům, i zdravému rozumu, pokud bychom předepsali translidem povinnost nechat si vytvořit neovaginu či (nefunkční) neopenis a protézu varlat. A bylo by nelidským, abychom brali translidem jakoukoli naději na možnost mít vlastní biologické děti tím, že jim předepíšeme absolutní neplodnost,⁶¹ vnucuje se napsat – tím se však již dostáváme do druhé kategorie.)

Dalším problémem první kategorie je velká právní nejistota, kterou NOZ v mnoha směrech přináší. NOZ právní změnu pohlaví váže na okamžik provedení operativního zákroku; chirurgická změna pohlaví je ale spíše proces, nežli jeden zákrok. Bude dnem přeměny FtM den operace k odstranění dělohy anebo jedna z operací vedoucí k vytvoření neopenisu? Snad nejvíce však budou novou právní úpravou uvedeni do nejistoty manželé a manželky a partneři a partnerky a potažmo i děti transsexuálů. Provedením operace u jejich životního druha či družky jejich společné manželství zanikne, přičemž není ani zajištěno, aby manžel či partner o provedení zákroku dověděl.

Do druhé kategorie, mnohem zásadnější, patří potenciální rozpornost kodifikované úpravy s ochranou základních práv a svobod a s lidskou důstojností. Jde nejen o absentující ochranu rodiny a rodičovství v případě zániku manželství *ex lege*, ale také o komplex dalších základních práv v případě bezpodmínečného podmínění uznání změny pohlaví u všech lidí, kteří o ni usilují, chirurgickou přeměnou pohlavních orgánů a cíleným znemožněním reprodukční funkce (zákaz podrobení nelidskému nebo ponižujícímu zacházení, právo na zachování lidské důstojnosti, právo na ochranu před neoprávněným zasahováním do soukromého a rodinného života, právo na ochranu zdraví). Jejeho souladu s požadavky na ochranu lidských práv nelze dosáhnout pouze výkladem zákona (jakkoli i zde jisté cesty jsou). Je proto žádoucí připravit úpravu novou, která zohlední současné vědecké poznatky a uznávané standardy péče o zdraví transsexuálních, transgender a genderově nonkonformních lidí, a bude současně respektovat současné požadavky ochrany lidských práv.

⁶¹ Možnosti použití asistované reprodukce za použití vlastních či darovaných spermií či vajíček mají ovšem zásadní dopady ve vztahu k lidským právům takto počatých a narozených dětí, na něž lze zde jen upozornit. Vznikají tak obdobné otázky, jako při použití těchto metod u „běžných“ neplodných párů. Jde např. o právo dítěte znát svůj původ a své rodiče.

Referenční seznam:

MONOGRAFIE:

FIFKOVÁ, Hana a kol., *Transsexualita a jiné poruchy pohlavní identity*, Praha: Grada, 2008.

FIFKOVÁ, Hana, WEISS Petr, PROCHÁZKA Ivo, JAROLÍM, Ladislav, VESELÝ Jiří a WEISS, Vladimír, *Transsexualita, Diagnostika a léčba*, Praha: Grada, 2002.

MEYEROWITZ, Joanne, *How sex changed: a history of transsexuality in the United States*. Cambridge, Mass. London, England: Harvard University Press, 2004

SKOBLÍK, Jiří, *Transsexualismus. Morálně- a duchovně-teologické aspekty*. Praha, Karolinum, 2006.

WEISS, Petr a kol. *Sexuologie*, Praha 2010

PERIODIKA:

COLEMAN, Eli et al. Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender, and Gender-Nonconforming People, Version 7, *International Journal of Transgenderism*, 13:165–232, 2011