

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Karla Šimky a soudkyň JUDr. Miluše Doškové a Mgr. Evy Šonkové v právní věci žalobce: **X,** zastoupen Mgr. Bc. Filipem Schmidtem, LL.M., advokátem se sídlem Ovenecká 78/33, Praha 7, proti žalovanému: **Ministerstvo vnitra,** se sídlem náměstí Hrdinů 1634/3, Praha 4, ve věci žaloby na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 14. 5. 2018, č. j. 3 A 153/2017 - 35,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Rozhodnutí krajského soudu

[1] Rozsudkem označeným v záhlaví byla zamítnuta žaloba žalobce proti dále popsanému postupu Ministerstva vnitra (dále též „žalovaný“), jejž měl žalobce za nezákonný zásah ve smyslu § 82 a násl. s. ř. s.

I. 1. Relevantní obsah žaloby

[2] Žalobce (v žalobě i v kasační stížnosti se označil za žalobkyni; za žalobkyni jej označoval i Městský soud v Praze) se považuje za osobu neutrálního pohlaví. Brojil proti postupu žalovaného, jenž spočíval v nezahájení řízení o změně rodného čísla a v nezměnění rodného čísla žalobce do neutrálního tvaru, resp. v nezměnění rodného čísla do ženského tvaru.

[3] Žalobce uvedl, že je osobou, která má v osobních dokladech uvedeno mužské pohlaví, s nímž se však již od raného dětství neidentifikuje a cítí se být osobou bez přiřazeného pohlaví, v případě nutnosti výběru mezi pohlavím mužským a pohlavím ženským by přitom preferoval pohlaví ženské, ačkoli se za ženu nepovažuje, pročež necítí potřebu mít ženské pohlavní orgány. Skutečnost, že má v osobních dokladech údaj o mužském pohlaví a že je jeho rodné číslo vedeno jako v případě muže, jej dle odborného posudku psychicky frustruje. Proto se domáhal toho, aby mu byla umožněna změna jeho rodného čísla do neutrální podoby (či případně alespoň do podoby ženské), aniž by byl nucen absolvovat chirurgický zákrok, v jehož důsledku by ztratil schopnost reprodukce, jak předpokládá § 29 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku (dále též „o. z."), i § 21 odst. 1 zákona č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o specifických zdravotních službách").

[4] Žalobce poukázal na lékařské zprávy z oboru neurologie a psychiatrie, psychoterapie a oboru zaměřeného na změnu pohlaví. Podstupuje hormonální léčbu spočívající v redukci hladiny testosteronu v těle, odmítá však chirurgickou operaci ve formě sterilizace a přeměny mužských pohlavních orgánů na ženské mimo jiné z důvodů zdravotních rizik. Mimo psychických obtíží má žalobce trpět i fyzickými bolestmi spojenými se svými mužskými pohlavními orgány, jež byly příčinou svépomocného odstranění části penisu z důvodu pociťované zřejmé bezvýchodnosti situace.

[5] Žalobce opakovaně žádal žalovaného o změnu rodného čísla, vždy však neúspěšně. Žalovaný naposledy dopisem ze dne 24. 8. 2017 sdělil, že není možné změnit žalobcovo rodné číslo, aniž doloží lékařskou zprávu o dokončení změny pohlaví. Bez tohoto lékařského osvědčení není dle žalovaného podle stávající právní úpravy možno správní řízení o změně (resp. o přidělení nového) rodného čísla zahájit.

[6] Žalobce tvrdil, že taková aplikace protiústavního právního předpisu představuje trvající nezákonný zásah. Dle judikatury Nejvyššího správního soudu může být nezákonným zásahem i opomenutí konat či nezákonná nečinnost správního orgánu. Žalobce upozorňuje, že žalovaný rezignoval na svoji povinnost učinit konkrétní kroky směřující k nápravě současného stavu, který žalobci znemožňuje docílit změny rodného čísla. Žalovaný není ve své činnosti vázán pouze zákony, ale i ústavním pořádkem a ratifikovanými a vyhlášenými mezinárodními smlouvami o lidských právech. Správní orgán tedy musí právní úpravu interpretovat ústavně konformně a v případě nemožnosti učinit příslušné kroky k tomu, aby k nezákonnému zásahu do práv žalobce nedocházelo.

[7] Nezákonnost zásahu spočívajícího v nezahájení správního řízení spatřuje žalobce v rozporu s absolutním zákazem nelidského a ponižujícího zacházení podle čl. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5 a 8 (vyhlášena pod č. 209/1992 Sb. dále jen „EÚLP"), právem na tělesnou integritu dle čl. 7 odst. 1 Listiny

základních a svobod (dále též jen „Listina“) a právem na zdraví dle čl. 31 Listiny zejména proto, že nerespektuje požadavek svobodného a informovaného souhlasu s lékařským zákrokem způsobujícím narušení tělesné integrity člověka, který rovněž považuje za diskriminační na základě čl. 14, 3 a 8 EÚLP. Nelidské a ponižující zacházení vidí žalobce ve znemožnění reprodukční funkce, což označuje za formu lékařské péče způsobující utrpení bez legitimního důvodu.

[8] Požadavek dokončení změny pohlaví podle hmotného práva je v příčinné souvislosti s tím, že nebylo zahájeno řízení o změně rodného čísla. Tento požadavek je však v rozporu s čl. 3, 8 a 14 EÚLP.

[9] Podle žalobce česká právní úprava, která vyžaduje k uznání jeho pohlavní identity podstoupení chirurgického zákroku a sterilizace, je v rozporu s aktuální judikaturou Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“), vyjmenovanými ustanoveními EÚLP a s ohledem na eurokonformní výklad i s Listinou. Konkrétně se jedná o rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 11. 7. 2002 ve věci Christine Goodwin proti Spojenému království, stížnost č. 28957/95, body 71-93 (dále též „rozsudek Christine Goodwin“), kde ESLP judikoval, že nepřípustnost procedury změny pohlaví pro transgender osoby je porušením čl. 8 EÚLP, a rozsudek ze dne 6. 4. 2017 ve věci A. P., Garçon a Nicot proti Francii, stížnosti č. 9885/12, 52471/13 a 52596/13 (dále též jen „rozsudek Garçon“), kde vyslovil, že podmiňování přípustnosti této procedury podstoupením invazivního chirurgického zákroku je v rozporu s týmž ustanovením. Podle judikatury Ústavního soudu je nutné respektovat tyto standardy a přímo je aplikovat, i když se vztahují k jinému členskému státu. V nálezu ze dne 15. 11. 2006, sp. zn. I. ÚS 310/05, Ústavní soud uvedl, že *„bezprostřední aplikovatelnost mezinárodních smluv zahrnuje též povinnost českých soudů a jiných orgánů veřejné moci přihlížet k interpretaci těchto smluv příslušnými mezinárodními tribunály jako orgány povolanými autoritativně se vyslovovat k interpretaci mezinárodních smluv. To se pochopitelně vztahuje též na interpretaci Evropské úmluvy Evropským soudem pro lidská práva (dále také "ESLP"), přičemž relevance rozhodnutí ESLP dosahuje v českém právu ústavněprávní kvality. (...) Z důvodů výše uvedených mají ovšem orgány veřejné moci obecnou povinnost přihlížet k interpretaci Evropské úmluvy prováděné ESLP. Rozhodnutí ESLP představují významné interpretační vodítko pro aplikaci Úmluvy. Orgány veřejné moci, na prvém místě pak soudy, jsou proto povinny přihlížet k judikatuře ESLP jak ve věcech, kde rozhodovaly v řízeních proti České republice, tak i ve věcech, které se týkají jiného členského státu Úmluvy, pokud tyto věci mají podle své povahy význam též pro interpretaci Úmluvy v českém kontextu. To platí tím spíše za situace, kdy takovouto judikaturou argumentuje účastník řízení před českým obecným soudem.“* Z tohoto důvodu mají orgány veřejné moci povinnost uvedené standardy pod čl. 8 EÚLP respektovat a postupovat tak, aby nedocházelo k jejich porušování.

I. 2. Relevantní obsah vyjádření žalovaného k žalobě

[10] Žalovaný navrhl odmítnutí, popř. zamítnutí žaloby. K meritu věci uvedl, že na základě prověření osobních údajů žalobce zjistil, že neexistují žádné nové skutečnosti, které by byly ve smyslu zákona č. 133/2000 Sb., o evidenci obyvatel a rodných číslech a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o evidenci obyvatel“),

důvodem pro provedení změny jeho rodného čísla. Žalobce nepodstoupil chirurgickou změnu pohlaví, řízení o změně rodného čísla proto nebylo možno zahájit.

[11] Žalobce nezaslal potvrzení zdravotnického zařízení o ukončení léčby pro změnu pohlaví, ačkoliv to byl důvod, pro který žalobce o změnu pohlaví žádal. Prověřením osobních údajů vedených k osobě žalobce v registru rodných čísel i v základním registru obyvatel žalovaný žádná nová fakta nezjistil. Rovněž doslovný výpis z matriční knihy narození neobsahoval žádné dodatečné záznamy o změnách či opravách, které by byly důvodem pro provedení změny rodného čísla žalobce. Z těchto důvodů žalovaný zaslal žalobci sdělení, že jeho podání bylo ve smyslu § 42 správního řádu považováno za podnět k provedení změny rodného čísla, která nebude ministerstvem provedena.

[12] Žalovaný upozornil, že pokud by bylo uzákoněno pohlaví „neutrální“ či „neurčeno“, jak by si žalobce přál, muselo by dojít k rozsáhlým změnám ve většině informačních systémů veřejného i soukromého sektoru. V legislativě by bylo nutno vyřešit důsledky týkající se této problematiky, např. že rozdělení pohlaví na muže a ženu úzce souvisí se způsobem výpočtu odchodu do starobního důchodu či je důležitým prvkem v oblasti vymezení rizikových prací, které mohou vykonávat výlučně muži apod. Nelze opomenout nutnost změn v položkové struktuře v osobních dokladech (občanský doklad, cestovní doklad), v nichž je pohlaví jedním z povinně zapisovaných údajů. Věc by měla i dopady v podobě nutnosti úprav informačních systémů soukromých subjektů (banky, pojišťovny, telefonní operátoři).

[13] K námitce, že žalovaný porušil základní práva a svobody žalobce, když odmítl registrovat změnu jeho rodného čísla a neučinil žádné kroky k nápravě, žalovaný uvádí, že je ve své činnosti vázán zákonnými ustanoveními. Námitka, že předmětný právní předpis je v rozporu s ústavním pořádkem, je pouze tvrzením žalobce a žalovanému o tom rozhodovat nepřísluší.

I. 3. Právní názor krajského soudu

[14] Městský soud v Praze v první řadě poukázal na relevantní právní úpravu na úrovni „jednoduchého“ práva, tedy příslušných zákonů. Podle § 17 odst. 1 zákona o evidenci obyvatel *změnou rodného čísla rozumí přidělení nového rodného čísla.* Podle § 17 odst. 2 zákona o evidenci obyvatel se *změna rodného čísla se provede v případě, kdy (...) d) došlo ke změně pohlaví.* Podle § 17 odst. 7 zákona o evidenci obyvatel *změnu rodného čísla provádí výdejové místo, které přidělilo původní rodné číslo. Změny rodných čísel přidělených před účinností tohoto zákona zajišťuje obdobným způsobem ministerstvo.* Vzhledem k tomu, že rodné číslo bylo žalobci přiděleno před účinností tohoto zákona, je příslušným orgánem k provedení jeho změny žalovaný. Podle § 29 odst. 1 o. z. *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.*

[15] Městský soud na úrovni „jednoduchého“ práva uzavřel, že žalovaný postupoval zcela v souladu se zákonnou úpravou, nezahájil-li řízení o změně rodného čísla žalobce, neboť žalobce nedoložil potvrzení vydané poskytovatelem lékařských služeb o tom, že

došlo ke změně pohlaví, ani nenastal žádný ze zákonem předpokládaných důvodů zahájení řízení z moci úřední.

[16] K námitce protiústavnosti relevantní zákonné úpravy pak krajský soud uvedl, že se sice ztotožňuje s názorem, že právo na sexuální sebeidentifikaci je jedním z aspektů práva na soukromý život, avšak většina rozhodnutí ESLP, na které žalobce upozorňuje, spočívala v odmítnutí států registrovat změnu administrativního pohlaví poté, co žadatelé podstoupili chirurgický zákrok změny pohlaví, jak jej vyžaduje český občanský zákoník. Podle krajského soudu nejde o totožné případy. U žalobce spíše jde o jeho „neochotu" naplnit zákonné požadavky stanovené pro změnu pohlaví.

[17] Z rozsudku Garçon podle krajského soudu sice vyplývá, že podmiňování uznání genderové identity podstoupením chirurgického zákroku, případně sterilizace může být v rozporu s čl. 8 EÚLP, je však nutné tuto otázku posuzovat nejen s ohledem na zájem žadatele o změnu, ale i na zájem veřejný. V daném případě se zde podle krajského soudu střetává právo na genderové sebeurčení na straně jedné s právem na zajištění spolehlivosti a konzistentnosti záznamů o občanském stavu a obecněji právo na ochranu právní jistoty jako institutu obecného zájmu na straně druhé.

[18] Městský soud v Praze se ztotožnil s názorem, který vyslovil soudce Carlo Ranzoni ve svém odlišném stanovisku k rozsudku Garçon. Vzhledem k velké neshodě mezi členskými státy Úmluvy, jelikož v roce 2016 povolovalo úřední změnu pohlaví bez podmínky sterilizace pouze 18 členských států z celkového počtu 47, a k obecné zdrženlivosti ESLP v zásazích do práva na uvážení jednotlivých členských států v takto citlivých záležitostech se rozsudek Garçon jeví jako překvapivý a v současné situaci s ohledem na právní úpravu změny pohlaví, která vznikala v souladu většinovým trendem v této oblasti, v České republice neaplikovatelný.

[19] I vzhledem k nejednotnosti v přístupu k administrativním změnám pohlaví v členských státech Úmluvy a značné obtížnosti změny právní úpravy v této oblasti Městský soud v Praze dospěl k závěru, že současná právní úprava změny pohlaví není v rozporu s ústavním pořádkem, a proto věc nepředložil Ústavnímu soudu.

II. Kasační stížnost žalobce

[20] Žalobce (dále také „stěžovatel") se ve své kasační stížnosti soustředil na ústavní rozměr rozhodných právních otázek. Právní názor žalovaného a krajského soudu má za protiústavní.

II. 1. Tvrzené porušení práva na soukromý a rodinný život

[21] Podle stěžovatele v České republice je v případě transgender a intergender osob pro právní uznání změny pohlaví vyžadováno, aby podstoupily lékařský zákrok (konkrétně chirurgický zákrok vedoucí k odstranění nebo úpravě pohlavních orgánů a znemožnění reprodukční funkce) jakožto podmínku pro právní uznání změny jejich pohlaví. Obecná právní úprava je obsažena v § 29 odst. 1 větě první o. z., která stanoví, že změna pohlaví člověka nastává chirurgickým zákrokem při současném znemožnění

reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů. Na tuto právní úpravu navazuje § 21 až 23 zákona o specifických zdravotních službách; § 21 odst. 1 věta první tohoto zákona stanoví, že 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.

[22] Na uvedenou právní úpravu navazují § 13 a § 17 zákona o evidenci obyvatel, který v § 13 odst. 1 označuje rodné číslo za identifikátor člověka, přičemž umožňuje jednoznačně identifikovat pohlaví dané osoby, které může být toliko ženské, nebo mužské. Podle § 17 odst. 2 písm. d) zákona o evidenci obyvatel se změna rodného čísla provede, pokud došlo ke změně pohlaví. Změnou pohlaví se rozumí výše uvedený postup podle § 29 odst. 1 o. z. a § 21 odst. 1 zákona o specifických zdravotních službách.

[23] Podstoupení chirurgického zákroku a zároveň znemožnění reprodukční funkce člověka je tak právní podmínkou pro změnu pohlaví, a tedy i právní podmínkou pro změnu rodného čísla tak, aby byl člověk identifikován jako příslušník jiného pohlaví, než které mu bylo přisouzeno při narození; zároveň se vždy musí identifikovat jako jedno ze dvou vedených pohlaví, tedy jako osoba pohlaví mužského, nebo ženského. Popsaná právní úprava je podle stěžovatele protiústavní, a nelze proto o ni opírat odůvodnění zákonnosti postupu správního orgánu.

[24] Stěžovatel má za to, že trvající registrace jeho rodného čísla s mužským identifikátorem, přestože on sám se mužem nikdy necítil být, a odmítnutí správního orgánu tuto situaci na podnět stěžovatele napravit přímo zasahuje do jeho práva nebýt podroben špatnému zacházení a práva na fyzickou a psychickou integritu dle čl. 7 odst. 2 Listiny a čl. 3 EÚLP, práva na soukromý a rodinný život včetně práva na rodičovství dle čl. 7 odst. 1, čl. 10 odst. 2 a čl. 32 odst. 1 Listiny, čl. 8 EÚLP, práva na zdraví dle čl. 31 Listiny a čl. 8 EÚLP a do jeho práva nebýt diskriminován dle čl. 1 a čl. 3 odst. 1 Listiny, čl. 14 EÚLP.

[25] Právo mít možnost uvést svou vnitřní a vnější pohlavní identitu do souladu vyplývá podle stěžovatele jasně z již ustálené judikatury ESLP (viz rozsudek Christine Goodwin; rozsudek ze dne 12. 6. 2002, Van Kück proti Německu, stížnost č. 35968/97, dále též „rozsudek Van Kück“; rozsudek ze dne 10. 3. 2015, Y. Y. proti Turecku, stížnost č. 14793/08, dále též „rozsudek Y. Y.“). Pokud tedy tato možnost stěžovateli reálně není dostupná, dochází k přímému zásahu do jeho práv.

[26] Stěžovatel dále poukázal na rozsudek Garçon, jímž byla francouzská právní úprava v zásadě totožná s českou zákonnou úpravou shledána odporující článku 8 EÚLP. Francouzským stěžovatelům nebyla změna pohlaví umožněna, protože v té době účinné francouzské zákony podmiňovaly registraci změny pohlaví podstoupením chirurgického zákroku, jehož pravděpodobným následkem by bylo rovněž znemožnění reprodukční funkce. ESLP zdůraznil, že není přípustné podmiňovat uznání sexuální/genderové identity transgender osob podstoupením chirurgického zákroku nebo jiné formy sterilizace. Tento zákrok je přípustný, pouze pokud si jej transgender osoby přejí podstoupit, nesmí však být podmínkou pro provedení změny jejich pohlaví v registrech státu.

[27] Ve svém důsledku tak podle stěžovatele dojde k protiústavnímu zásahu do jeho práv vždy - v případě, že mu nebude umožněno uvést svou vnitřní a vnější pohlavní identitu do souladu, protože sám nepodstoupí nucený chirurgický zákrok, i v případě, že tento zákrok pod tlakem podstoupí jako podmínku pro provedení změny pohlaví.

[28] Podle stěžovatele dospěl ESLP v rozsudku Garçon k výše uvedenému právnímu názoru po dlouhém a postupném vývoji judikatury v této oblasti a reagoval zároveň na poměrně jasný vývoj standardů ochrany lidských práv transgender a intergender osob, který odpovídá také vývoji judikatury a legislativních změn v dalších členských státech Rady Evropy. Například Výbor ministrů Rady Evropy vyzval již v roce 2010 členské státy k zajištění možnosti získat oficiální dokumenty, které odpovídají genderové identitě, bez povinnosti podrobit se sterilizaci. Zároveň zdůraznil, že *„žádný člověk by neměl být podroben proceduře změny pohlaví bez svého souhlasu“*. Vynucený lékařský zákrok spojený se znemožněním reprodukční funkce jakožto podmínka změny pohlaví je také předmětem ostré kritiky ze strany Světové zdravotnické organizace. Ve svém prohlášení v tomto kontextu upozorňuje na porušování práva člověka na tělesnou integritu, sebeurčení a rozpor s hodnotou lidské důstojnosti. Podmínka sterilizace a operativní změny pohlaví byla mnohokrát kritizována i různými orgány a agenturami OSN. Požadavek sterilizace byl například ostře kritizován Výborem OSN proti mučení, který jej považuje za způsobující špatné zacházení a požaduje odstranění podmínky sterilizace za účelem uznání změny pohlaví.

[29] Stěžovatel poukázal na to, že na rozdíl od české právní úpravy je v řadě členských států Rady Evropy právní úprava změny pohlaví zcela založena na sebe-identifikačním pojetí. V roce 2014 nabyl v Dánsku účinnosti zákon založený na sebe-identifikačním modelu, zrušující veškeré medicínské požadavky pro uznání změny pohlaví včetně psychiatrické diagnózy, sterilizace a hormonální léčby. Dalšími zeměmi byly Irsko a Malta. V roce 2016 přijal norský parlament návrhy právních předpisů založených na stejném principu. Ve Francii byly ze zákona odstraněny odkazy na sterilizaci a další medicínské požadavky, Řecko se inspirovalo maltskou legislativou a k pozitivnímu trendu se přidala i Belgie, když v květnu roku 2017 schválil její parlament reformu odstraňující veškeré medicínské požadavky. V řadě dalších zemí, jako je Lucembursko, Spojené království či Portugalsko, se pracuje na přijetí legislativních změn založených na sebe-identifikačním přístupu k uznání změny pohlaví.

[30] Stěžovatel dále poznamenal, že v Německu, Švédsku a Rakousku byly právní reformy výsledkem autoritativních rozsudků vrcholných soudů. Již v roce 2009 Nejvyšší správní soud v Rakousku konstatoval, že pro právní uznání změny pohlaví nelze vyžadovat podstoupení chirurgické změny pohlavních orgánů, pokud se dotyčné osobě podařilo prokázat, že její vnímání sebe sama jako náležející k opačnému pohlaví je s největší pravděpodobností nezvratné a její vzhled je v souladu se vzhledem opačného pohlaví. Německý Ústavní soud zrušil jako neústavní požadavek trvalého zneplodnění a chirurgické změny pohlaví pro účely právního uznání změny pohlaví. Soud konkrétně uvedl, že taková úprava je v rozporu s právem na fyzickou integritu. V roce 2012 označil švédský Nejvyšší správní soud požadavek sterilizace v rozporu jak s ústavním právem, tak s právem na soukromý život a zákaz diskriminace dle EÚLP.

[31] Zároveň je taktéž postupně v řadě států zaváděna možnost registrace neutrálního pohlaví. Například Německo umožňuje již od roku 2013 vyznačení třetího – neutrálního pohlaví v rodném listu dítěte, které se narodí s neurčitým pohlavím. Obdobně rozhodl i holandský okresní soud v Roermondu a umožnil tak žadateli zpětně změnit své registrované pohlaví na neutrální.

[32] Obdobný vývoj podle stěžovatele nastal rovněž v judikatuře ESLP, kdy první rozsudek týkající se transgender osob byl vydán již v roce 1986 ve věci Rees vs. Spojené království. Za přelomový lze označit rozsudek Christine Goodwin. Stěžovatelka v daném případě podstoupila operativní změnu pohlaví, nicméně údaje v jejím rodném listě nebyly změněny. Dle soudu byla stížnost důvodná, neboť od společnosti lze požadovat jisté ústupky k umožnění jednotlivcům žít v důstojnosti a úctě, ve shodě se svojí sexuální identitou. Jedním z rozhodujících faktorů pro rozhodnutí Soudu byl i jasný a pokračující mezinárodní trend k většímu sociálnímu přijetí transgender osob (bod 93 citovaného rozhodnutí).

[33] Dalším významným posunem v přístupu k problematice transgender osob a jejich práva na sebe-identifikaci bylo explicitní konstatování ESLP v rozsudku Van Kück, že sexuální identita je součástí práva na sebeurčení. S vývojem diskursu v odborných kruzích a mezinárodních standardech se však podle stěžovatele posunul a změnil přístup k pojetí práva na pohlavní sebeurčení i vzhledem k samotné podmínce chirurgického zákroku a sterilizace. V rozsudku Y. Y. ESLP posuzoval nepřípustnost samotné chirurgické změny pohlaví transgender muže, která byla podmínkou pro právní uznání jeho pohlaví. Soud konstatoval porušení článku 8 EÚLP, přičemž zdůraznil aktuální diskurs v Evropě, který směřuje k zákazu podmínky znemožnění reprodukční funkce. Byť dle ESLP podmínka sterilizace v daném případě sledovala legitimní cíl, k dosažení cíle není tento operativní zákrok nezbytný, a nesplňuje tak zásadu proporcionality zásahu do základních práv.

[34] Rozsudek Garçon tak podle stěžovatele nepředstavuje překvapivé a ojedinělé rozhodnutí. Naopak, potvrzené standardy ochrany práva na fyzickou a psychickou integritu reflektují dlouhodobý kontinuální vývoj v přístupu k uznání pohlavní identity jak mezinárodních organizací, tak jednotlivých členských států Rady Evropy.

II. 2. Tvrzené porušení práva na soudní ochranu

[35] Stěžovatel se domnívá, že nerespektováním standardů ochrany lidských práv plynoucích z judikatury ESLP českými orgány veřejné moci je porušeno jeho právo na spravedlivý proces. Má za to, že tyto standardy, a to i když byly judikaturou ESLP vytvořeny ve věcech vztahujících se k jiným smluvním stranám EÚLP, jsou součástí českého ústavního pořádku.

[36] Úmluva podle stěžovatele neponechává na vnitrostátních soudech možnost standardy vyplývající z judikatury ESLP jednoduše neaplikovat s odkazem na domácí veřejný zájem.

III. Vyjádření žalovaného ke kasační stížnosti

[37] Žalovaný v první řadě považoval za sporné, zda nezahájení správního řízení, které lze zahájit pouze z úřední povinnosti, může být z povahy věci nezákonným zásahem.

[38] Žalovaný zejména zdůraznil, že rodné číslo je jedinečný identifikátor fyzické osoby umožňující rozlišit datum narození této osoby a její pohlaví.

[39] V současné době české právo zná pouze pohlaví mužské a ženské; pohlaví „neutrální či neurčeno“ nikoli. Kritérium pohlaví je používáno v řadě právních předpisů, např. v zákoně o matrikách, občanském zákoníku, v zákoníku práce apod., a rovněž s nimi úzce souvisí jiné právní úkony, např. vydávání veřejných listin jako je rodný list, občanský průkaz nebo cestovní doklad, kde je položka pohlaví zapisována jako povinný údaj.

IV. Replika stěžovatele

[40] Stěžovatel zdůraznil, že preferuje, aby byl úředně vnímán ani ne jako mužské, ani ne jako ženského pohlaví, ale jako pohlaví třetí – neurčité, protože to odráží jeho genderovou identitu. Až pokud by toto nebylo možné, upřednostňuje uvedení pohlaví ženského, protože když je nucen si vybrat ze dvou uznaných pohlaví, to ženské je mu bližší.

[41] Neutrální pohlaví český právní řád doposud nezná. Podle stěžovatele má však stát povinnost umožnit mu změnu úřední identifikace tak, aby nebyl nucen vybrat si mezi mužským, nebo ženským pohlavím. V opačném případě je dlouhodobě zasahováno do jeho práva na určení své identity, je nucen žít s dokumenty, které se absolutně neshodují s tím, jak se on sám identifikuje a jak chce, aby byl vnímán okolím. Stěžovatel si je vědom, že může existovat jistý veřejný zájem na registraci pohlaví. Na druhé straně je názoru, že tento zájem je převážen jeho právem na osobní integritu a identitu. Domnívá se, že stát je povinen udělat jisté ústupky a přijmout takovou legislativu, která by mu umožnila úřední identifikaci jako třetí pohlaví.

V. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[42] Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek v souladu s § 109 odst. 3 a 4 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnil stěžovatel v podané kasační stížnosti, a přitom neshledal vady uvedené v odstavci 4, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti.

[43] Úvodem Nejvyšší správní soud poznamenává, že stěžovatele označuje jako osobu mužského pohlaví, třebaže on sám o sobě v komunikaci se soudy a dalšími orgány hovoří v ženském rodě. Nejvyšší správní soud zde vychází z toho, že účastníky řízení je třeba označovat tak, jak je klasifikuje objektivní právo, nikoli tak, jak se sami pojímají.

V. 1. Nezahájení správního řízení zahajovaného pouze z úřední povinnosti jako nezákonný zásah

[44] Aby se Nejvyšší správní soud mohl vůbec zabývat jádrem sporu mezi stěžovatelem a žalovaným, je nezbytné ověřit, že stěžovatel se u krajského soudu domáhal svých práv

způsobem předvídaným zákonem (konkrétně soudním řádem správním) pro věci dané povahy.

[45] Judikaturou Nejvyššího správního soudu (viz jeho rozsudek ze dne 6. 6. 2012, č. j. 3 Ans 1/2012 – 19; viz také bod 31 rozsudku téhož soudu ze dne 6. 12. 2017, č. j. 9 As 243/2017 – 95, jenž se týká rovněž stěžovatele) bylo vyjasněno, že o změně rodného čísla dle § 17 odst. 2 zákona o evidenci obyvatel se rozhoduje ve správním řízení, které zahajuje výlučně správní orgán z moci úřední. Sdělení žalovaného stěžovateli, že takové správní řízení nebude zahájeno, není rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s., takže proti němu není přípustná žaloba proti rozhodnutí správního orgánu (viz zmíněný rozsudek č. j. 9 As 243/2017 – 95, zejména bod 45).

[46] Pokud je zákonem stanoveno, že v určité věci správní orgán zahájí správní řízení z úřední povinnosti (případně jiný postup podobné povahy), jsou-li splněny zákonné podmínky, může být za určitých okolností nezahájení takového řízení nezákonným zásahem. Bude tomu tak tehdy, má-li být v řízení, jež má být takto zahájeno, rozhodováno o subjektivních právech nebo povinnostech jednotlivce. Jednotlivec totiž má subjektivní veřejné právo, aby řízení, v němž má být rozhodnuto o jeho subjektivních právech nebo povinnostech (veřejných, ale i soukromých - viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 12. 2011, č. j. 1 Ans 12/2011 - 88; viz též bod 33 usnesení zvláštního senátu zřízeného podle zákona č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů, ze dne 1. 8. 2017, č. j. Konf 28/2014 - 55, č. 3629/2017 Sb. NSS), byla zahájena tehdy, jsou-li pro to splněny zákonem stanovené podmínky. Pokud má správní orgán prostor pro správní uvážení, zda i za splnění „vstupních“ (nutných) zákonných podmínek správní řízení zahájit, anebo nikoli, může být správním soudem kontrolováno pouze to, zda správní orgán při úvaze o zahájení, anebo nezahájení řízení dodržel limity správního uvážení (srov. v tomto ohledu v jiných, a sice kompetenčních souvislostech úvahy v bodu 18 *in fine* rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2018, č. j. Komp 2/2016 - 21, č. 3777/2018 Sb. NSS).

[47] V nyní projednávané věci je nepochybné, že předmětem správního řízení ve věci změny rodného čísla je veřejné subjektivní právo fyzické osoby na to, aby byl v úředních evidencích o ní veden záznam v podobě rodného čísla obsahující „kódovanou“, nicméně obecně běžně srozumitelnou informaci o jejích osobních údajích, konkrétně zejména o datu narození a pohlaví. Jinak řečeno, fyzická osoba má veřejné subjektivní právo na to, aby v úřední evidenci rodných čísel bylo zaneseno takové rodné číslo, jež „kóduje“ informace o ní v souladu se skutečností a za podmínek, které zákon pro „kódování“ jednotlivých dílčích informací stanoví. Součástí tohoto práva je právo, aby rodné číslo bylo bez zbytečného prodlení patřičně změněno, dojde-li ke změně rozhodných skutečností. Prostor pro správní uvážení, zda správní řízení ve věci změny rodného čísla za splnění skutkových podmínek pro provedení takové změny zahájit, správní orgán nemá. Z dikce zákona, zejména z užití slov „*změna rodného čísla se provede v případě, kdy (...) d) došlo ke změně pohlaví*“, takový prostor k uvážení neplyne, neboť sloveso ukládající správnímu orgánu povinnost změnu provést, je užito v nepodmíněném tvaru. Správní orgán je tedy povinen správní řízení ve věci změny zahájit bez zbytečného prodlení od okamžiku, kdy se dozví o skutečnostech nasvědčujících tomu, že je důvod změnu provést.

[48] Nezahájí-li správní orgán bez zbytečného prodlení správní řízení ve věci změny rodného čísla, ačkoli pro to jsou splněny zákonné podmínky, půjde o nezákonnou nečinnost v obecném smyslu slova „nečinnost“, jež bude nezákonným zásahem ve smyslu § 82 s. ř. s. Podle stálé judikatury Nejvyššího správního soudu totiž může být nezákonná nečinnost spočívající v něčem jiném než v nevydání rozhodnutí ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. (jež je současně rozhodnutím ve věci samé ve smyslu § 79 odst. 1 věty první *in fine* s. ř. s.) nebo v nevydání osvědčení (rovněž ve smyslu § 79 odst. 1 věty první *in fine* s. ř. s.) nezákonným zásahem (viz body 20 a 21 usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 11. 2010, č. j. 7 Aps 3/2008 – 98, č. 2206/2011 Sb. NSS). V této souvislosti nelze směšovat nečinnost (v obecném slova smyslu) spočívající v nezahájení správního řízení a nečinnost (ve smyslu § 79 odst. 1 věty první *in fine* s. ř. s.) spočívající v nevydání rozhodnutí ve věci samé v řízení již zahájeném.

[49] Mezi stěžovatelem a žalovaným není sporu o skutkové stránce věci. Stěžovatel podal podnět k zahájení správního řízení ve věci změny rodného čísla, neboť má za to, že jeho rodné číslo má být změněno na takové, jež bude v sobě „kódovat“ neutrální, popřípadě ženské pohlaví. Žalovaný správní řízení nezahájil, neboť má za to, že k jeho zahájení nejsou splněny zákonné podmínky. Ke změně rodného čísla stěžovatele, jež nyní má v sobě „zakódováno“ mužské pohlaví, není důvod. Ke změně rodného čísla na takové, jež by v sobě mělo „zakódováno“ pohlaví ženské, není splněna podmínka změny pohlaví podle § 29 odst. 1 o. z. Změna na rodné číslo, jež by v sobě mělo „zakódováno“ neutrální pohlaví, není možná proto, že zákonná úprava zná toliko pohlaví mužské a pohlaví ženské; žádné další pohlaví, například neutrální, nezná.

[50] Je tedy zjevné, že nezahájení správního řízení ve věci změny rodného čísla zasahuje do subjektivního práva stěžovatele na to, aby v úřední evidenci rodných čísel bylo zaneseno takové rodné číslo, jež „kóduje“ informace o něm v souladu se skutečností, tedy mj. i správnou informaci o jeho pohlaví. Městský soud v Praze se proto zcela správně zabýval podstatou věci, tedy zda nezahájení uvedeného správního řízení bylo, anebo nebylo v souladu se zákonem, a zda tedy jde o zákonný, anebo nezákonný zásah správního orgánu vůči stěžovateli, má-li stěžovatel stále rodné číslo „kódující“ jeho mužské pohlaví.

[51] Jak je patrné z trvalého faktického stavu ve věci rodného čísla, tento zásah (ať již zákonný nebo nezákonný) trvá, neboť rodné číslo zůstává i nadále nezměněno a řízení ve věci nebylo zahájeno, třebaže důvody, pro které má stěžovatel za to, že má být změněno (jeho subjektivní ztotožnění se s pohlavím neutrálním, případně pohlavím ženským), trvají rovněž. Žaloba proto nemohla být opožděná, bez ohledu na to, s jakým odstupem od okamžiku, kdy sdělení žalovaného, že řízení ve věci změny rodného čísla nebude zahájeno, došlo do sféry stěžovatele, byla podána (viz bod 43 nálezu Ústavního soudu ze dne 15. 5. 2018, sp. zn. II. ÚS 635/18).

V. 2. Pohlaví jako pojem biologický, společenský a právní

[52] Jádrem sporu mezi stěžovatelem a žalovaným je to, za jakých podmínek může veřejná moc pro své účely stanovené zákonem evidovat pohlaví fyzické osoby.

[53] V první řadě je nutno zdůraznit, že právo jako systém pravidel chování (stanovící pravidla povinnostní povahy, tj. že je něco dovoleno či zakázáno) je s tím, co v běžném jazyce nazýváme skutečností, propojeno tak, že pro své účely definuje, jak se má nakládat s těmi či oněmi aspekty skutečnosti (reality).

[54] V tomto smyslu je nutno zcela zásadně odlišovat pojem pohlaví jako rys reality a týž pojem jako pojem právní.

[55] Nejvyšší správní soud nepovažuje za nezbytné provádět na tomto místě detailní rozbor pohlaví jako rysu reality.

[56] Jde v první řadě o komplexní problém biologie a jejích dílčích disciplín (zejména genetiky; ve vztahu k lidem pak zejména lékařských disciplín zabývajících se reprodukcí, sexualitou a psychikou jednotlivců). V biologickém slova smyslu není pohlaví lidí pojem striktně binární (mužské a ženské), jakkoli z hledisek statistických výrazně převažuje výskyt takto vyhraněných biologických variant. Anomálie nejrůznější povahy se však vyskytují na úrovni chromozomální, hormonální či ve vzhledu a funkci určitých orgánů těla, stejně jako ohledně psychického vztahu jednotlivce ke svým navenek patrným pohlavně relevantním fyzickým znakům. Není tedy sporu, že jsou lidé, které může být pro běžného vnějšího pozorovatele (jiného člověka) složité přiřadit k jednomu, anebo druhému binárnímu pohlaví. Stejně tak se mohou vyskytovat lidé vnitřně tak či onak neztotožnění s tím, k jakému z binárních pohlaví náleží, včetně osob, které subjektivně pociťují příslušnost k nějakému jinému (dalšímu) pohlaví než mužskému nebo ženskému nebo jejichž subjektivní vnímání vlastního pohlaví se v čase mění.

[57] Pohlaví jednotlivce je z lékařských hledisek určováno zejména podle určitých navenek patrných znaků biologické povahy, zejména podle podoby a funkce určitých orgánů (penis – pochva, varlata – vaječníky).

[58] Společenská realita dnešní doby je taková, že na jedné straně v běžném vnímání drtivé většiny lidí je pohlaví vnímáno jako binární pojem (muž – žena), jenž odráží lékařská kritéria pro učení pohlaví (lidé se také ve zcela převažující většině cítí být takového pohlaví, jaké plyne z lékařských hledisek), nicméně čím dál více se do povědomí i běžných lidí (nikoli pouze specialistů z příslušných vědeckých oborů či aktivistů v oblasti lidských práv) dostává, že biologická podstata pohlaví a anomálie s ním spojené jeho čistě binárnímu vnímání brání. V prostředí české společnosti v posledních letech tedy nepochybně roste tolerance k výše pospaným anomáliím v tom smyslu, že jsou považovány za součást reálného světa a není pociťována intenzívní obecná potřeba je korigovat a lidi, u nichž se ty či ony pohlavní anomálie vyskytují, kvůli tomu vylučovat ze společnosti nebo je nutit chovat se „většinovým“ způsobem. Základní společenské vnímání pohlaví je i v současnosti nicméně binární a takové subjektivní vnímání sebe sama ve vztahu k určitému pohlaví, jaké tvrdí stěžovatel, je obecně považováno za anomálii, která nemá být normou a není žádoucí. Za vhodné a dobré je drtivou většinou nynějších obyvatel České republiky považován soulad mezi tím, jak se pohlaví jedince jeví navenek, a tím, k jakému pohlaví se dotyčný jedinec hlásí.

[59] Vnímání pohlaví, zahrnující v sobě jak biologické informace prosakující společností, tak to, co lze souhrnně a zjednodušeně popsat jako vlivy tradice a společenské rutiny, se projevuje v rovině práva. České právo současné doby vychází z toho, že pohlaví je binární (muž – žena), zároveň ale reflektuje složitost a nejednoznačnost biologické koncepce pohlaví tím, že připouští to, co zákon označuje (§ 29 odst. 1 o. z.) jako změnu pohlaví. Jí se rozumí takové lékařské zásahy do těla člověka (zejména chirurgické úpravy orgánů relevantních pro vnímání pohlaví jedince ostatními, ale i zásahy do hormonálního fungování organismu a doprovodná péče psychologická či psychiatrická), jejichž výsledkem má být „napodobení" opačného pohlaví než toho, „do něhož" se příslušný jedinec narodil. České právo současné doby tedy vychází z jakéhosi modifikovaného objektivního pojetí: Právní pohlaví je striktně binární a určované na základě lékařských (tedy „objektivních") kritérií, na jejichž hodnocení se shodnou prakticky všichni vnější pozorovatelé. Právní pohlaví zároveň lze za života člověka změnit, jsou-li pro to relevantní lékařské důvody (jejich součástí musí být i patřičná míra vůle dotčené osoby ke změně) a provedou-li se zákonem předvídané lékařské úpravy jednotlivcova organismu, a jen za těchto podmínek.

[60] Subjektivní pojetí sociálního pohlaví („jsem takového pohlaví, jakým se sám cítím být") se v obecném povědomí české společnosti současné doby neprosadilo, třebaže se již stává předmětem diskusí (pro podobu nynější fáze vnímání uvedeného problému společností je symptomatické, že subjektivní pojetí pohlaví bývá terčem vtipů, nezřídka i značně nevybíravých). Neprosadilo se v zásadě ani v právu, s výjimkou právního institutu změny pohlaví, jehož uplatnění je v podstatě podmíněno nesouladem mezi biologickým a subjektivně pociťovaným pohlavím jednotlivce.

V. 3. Přípustnost judikaturního dialogu s ESLP

[61] Stěžovatel v podstatě argumentuje tak, že česká právní úprava pohlaví je svým striktním trváním na binaritě a zároveň jen velmi omezeným zohledněním subjektivního prvku při určení pohlaví (subjektivní vnímání pohlaví odlišné od toho, jak se pohlaví jednotlivce určí z lékařských hledisek, má význam pouze pro připuštění změny pohlaví) „zpozdilá" a neodpovídá trendům, které se prosadily v některých jiných členských státech Rady Evropy, jakož i v judikatuře ESLP. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu se stěžovatelem souhlasí, nicméně ihned dodává, že nic pro stěžovatelův právní názor příznivého z toho nelze dovodit.

[62] Není pochyb, že některé státy Evropy (ze sousedních států zejména Rakousko a Německo), ale i světa (například Argentina, jež své zákonodárství výrazně změnila roku 2012 přijetím zákona č. 26.743 o genderové identitě) v posledních letech posunuly, ať již přijetím formálních zákonů nebo rozhodnutími vysokých soudů, právní pojetí pohlaví více či méně směrem, po kterém volá stěžovatel. Stejně tak je pravda, že rozsudkem Garçon se k uvedenému pojetí před zhruba dvěma roky přihlásil i ESLP.

[63] Nejvyšší správní soud považuje za notorietu, kterou není třeba podrobněji vykládat, že rozhodovací činnost ESLP je pro české soudy, ale i správní orgány, zcela zásadním vodítkem pro interpretaci a aplikaci vnitrostátního práva. Závaznou je rozhodovací činnost ESLP (podobně jako Ústavního soudu) v tom smyslu, že vytváří nepodkročitelný standard ochrany základních práv jednotlivce. Vnitrostátní soudy a správní orgány musí tento

standard svou rozhodovací praxí zajišťovat. Judikaturu ESLP (stejně jako judikaturu Ústavního soudu) tedy nelze ignorovat; opak by byl rozhodovací svévolí.

[64] Judikatura vysokých soudů jiných států má pro české soudy a správní orgány význam jako zdroj argumentační inspirace – jsou-li právní systémy cizích států postaveny na stejných základních hodnotách jako právní řád český (tak tomu je nepochybně v případě výše zmíněného Rakouska či Německa), je třeba konkretizovaný odkaz na závěry vyslovené vysokými soudy těchto států považovat za součást argumentace účastníka českého správního či soudního řízení, „brát jej vážně“ a patřičně se s ním vypořádat. Judikatura cizích států však na rozdíl od judikatury ESLP nemá pro české vnitrostátní orgány závaznou povahu.

[65] Precedenční účinky judikatury ESLP mají nicméně své limity. V případě stěžovatele vstoupil Městský soud v Praze svým rozsudkem do principiálního judikaturního dialogu s ESLP, přičemž tak učinil v souladu s požadavky na vedení takového dialogu (obdobně k judikaturnímu dialogu obecných soudů ve vztahu k Ústavnímu soudu viz jeho nález ze dne 13. 11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/05, zejm. body 68 až 71). Především - za absence rozhodnutí ESLP v dané konkrétní věci - judikaturu ESLP v jiných podobných věcech (zejména rozsudku Garçon řešícího obdobnou právní otázku) reflektoval a uvedl srozumitelné a relevantní důvody, proč se s ní neztotožnil. Městský soud v Praze poukázal zejména na přesvědčivost odlišného stanoviska vysloveného v rozsudku Garçon, na nejednotu ve vztahu k relevantní otázce napříč členskými státy Rady Evropy a na to, že v „hodnotových“ otázkách toho typu, jaká je jádrem sporu mezi stěžovatelem a žalovaným, obvykle ESLP postupuje zdrženlivě a respektuje zvláštnosti členských států. Proto dospěl k závěru, že rozsudek Garçon je do té míry překvapivý, že s ním lze judikaturně polemizovat.

[66] Výše uvedené závěry Městského soudu v Praze rozhodně nemají rysy svévole. Argumenty jím užité jsou srozumitelné (střet práva stěžovatele na genderové sebeurčení se zájmem na zajištění spolehlivosti a konzistentnosti záznamů o občanském stavu a potřebou ochrany právní jistoty jako institutu obecného zájmu a odlišný výsledek poměřování uvedených hodnot v podmínkách českého práva, než k jakému došel rozsudek Garçon).

[67] I závěr o překvapivosti rozsudku Garçon je velmi dobře hajitelný. To, že k rozhodnutí vysokého soudu k určité otázce existuje prejudikatura téhož soudu týkající se otázek s ní souvisejících, je ve stabilizovaných jurisdikcích běžný jev. Judikatura je svým způsobem předivem názorů na sebe navazujících a postupně, krok za krokem, budujících komplexní argumentační konstrukce. Z toho, že judikatura ESLP předcházející rozsudku Garçon postupně začala jednotlivcům přiznávat právo na chirurgické zákroky, které by jejich podle lékařských kritérií určené pohlaví sladila s pohlavím danými jednotlivci subjektivně pociťovaným, ještě neplyne, že veřejná moc je povinna akceptovat subjektivně pociťované pohlaví jako dostatečný důvod k úpravě příslušné veřejnoprávní evidence, aniž by předtím došlo i k chirurgickému zákroku. Ani rozsudek Y. Y. nelze považovat za jdoucí podobně daleko jako rozsudek Garçon. Rozsudek Y. Y. dospěl k závěru, že požadavek trvalé neplodnosti jako „vstupní podmínka“ pro umožnění operativní změny pohlaví se z hlediska argumentů předložených žalovanou tureckou vládou nejevil být vůbec nezbytným; rozsudek samotný však ještě nijak nezpochybnil praxi řady členských

států, jež pro právní uznání změny pohlaví vyžadovaly chirurgický výkon nebo hormonální modifikaci jedince (trvalé zneplodnění tak bylo rovněž podmínkou právního uznání změny pohlaví, ale jako „výsledek“ chirurgického výkonu a hormonální modifikace jednotlivce). V tomto ohledu je rozsudek Garçon, který zapovídá, aby nutnou podmínkou právního uznání změny pohlaví byl předchozí chirurgický výkon (případně, jako v České republice, komplex zdravotních výkonů ve smyslu § 21 a násl. zákona č. 373/2011 Sb., o specifických zdravotních službách, ve znění zákona č. 202/2017 Sb.), nepochybně krokem oproti prejudikatuře novátorským, jenž představuje významný posun v dosavadním vnímání. Že jde o krok, jejž nelze považovat za odraz obecné (a asi ani většinové) společenské shody v rámci komunity členských států Rady Evropy, pak ukazuje propracované a argumentačně silné minoritní votum soudce Ranzoniho i nejednotná právní úprava dané problematiky v členských státech. Městský soud v Praze na tyto aspekty zcela správně poukázal.

V. 4. „Pokrok“ v oblasti lidských práv jako právní povinnost a role ESLP

[68] Poté, co Nejvyšší správní soud shledal, že Městský soud v Praze v souladu s právem zahájil judikaturní dialog s ESLP ohledně rozhodné právní otázky, musel uvážit, zda v tomto dialogu bude pokračovat také sám. Dospěl k závěru, že to povaha věci vyžaduje.

V. 4. 1. Jádro argumentace v rozsudku Garçon

[69] V první řadě je třeba popsat jádro argumentace ESLP.

[70] Podle čl. 3 EÚLP (Zákaz mučení) *(n)ikdo nesmí být mučen nebo podrobován nelidskému či ponižujícímu zacházení anebo trestu.*

[71] Podle čl. 8 odst. 1 EÚLP (Právo na respektování rodinného a soukromého života) *(k)aždý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence*. Podle jeho odst. 2 *(s)tátní orgán nemůže do výkonu tohoto práva zasahovat kromě případů, kdy je to v souladu se zákonem a nezbytné v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, hospodářského blahobytu země, předcházení nepokojům a zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných.*

[72] ESLP (v bodech 121-125 rozsudku) uvedl, že členské státy mají určitý prostor pro uvážení, jak provést své pozitivní povinnosti plynoucí z čl. 8 Úmluvy. K posouzení, jak široký je tento prostor, je třeba zohlednit řadu faktorů. Prostor pro uvážení je širší, není-li shoda mezi členskými státy o relativním významu zájmu, jenž je ve hře, či o tom, jak jej chránit. To platí, zejména jde-li o citlivé morální nebo etické otázky. Široký prostor je dán i tehdy, existuje-li potřeba najít rovnováhu mezi soukromými a veřejnými zájmy či jednotlivými právy chráněnými Úmluvou. Soud však zároveň uvedl, že tam, kde jde o významný aspekt existence či identity jednotlivce, je prostor pro uvážení členského státu omezen. A právě takový aspekt zde soud viděl – podle jeho názoru jde o podstatný (esenciální) aspekt intimní identity, ne-li existence jednotlivce. Členské státy nejsou jednotné ve stanovení požadavku sterilizace pro účely změny pohlaví; shoda zde tedy neexistuje. Podle soudu jsou dotčeny veřejné zájmy - francouzská vláda poukázala zejména na zásadu, že nelze disponovat vlastním osobním stavem, a na potřebu jeho spolehlivosti a

koherence. Soud rovněž uznal, že jde o složité morální a etické otázky. Na druhé straně jádro námitek stěžovatelů se týká podstatných aspektů nejvnitřnější identity jednotlivce, ne-li dokonce jeho existence. Je tomu tak v první řadě proto, že je přímo dotčena fyzická integrita jednotlivce, jelikož jde o sterilizaci. Dále proto, že stížnosti se týkají sexuální identity jednotlivců. Soud k tomu uvedl, že jak již dříve vyslovil, pojem osobní autonomie je odrazem důležité zásady, v jejímž světle je třeba vykládat čl. 8 Úmluvy, a že právo na sexuální identitu a osobní autonomii jsou esenciálními aspekty práva na ochranu soukromého života. Tento závěr vedl soud k závěru, že v dané věci má stát jen omezený prostor k uvážení. Soud dále poukázal na vývoj v pojetí transsexuality, k němuž došlo ve veřejné diskusi i v právu v posledních letech a který spíše tenduje k tomu považovat požadavek zneplodnění jedince za nepřijatelný.

[73] Podle soudu (body 130 až 133 rozsudku) nemá osoba, jež se subjektivně neztotožňuje se svým biologickým pohlavím (soud ji označuje za transgender osobu), v situaci, kdy změna pohlaví je podmíněna povinným zneplodněním, skutečnou svobodnou volbu, neboť nepodstoupí-li takový zákrok, bude jí upřeno právo v plném rozsahu požívat svého práva na sexuální identitu a osobní autonomii. Podmínění uznání sexuální identity transgender osob jejich zneplodněním nebo zákrokem majícím velmi pravděpodobně takový účinek či jinému lékařskému zákroku, kterému se nechce podrobit, proto podle soudu vlastně znamená, že výkon práva na soukromý život podle čl. 8 Úmluvy je přípustný, jen pokud dotyčná osoba rezignuje na své právo na plné respektování své fyzické integrity, jež je chráněno nejen článkem 8, ale i článkem 3 Úmluvy. Soud připustil, že zásada, že nelze disponovat vlastním osobním stavem, a záruka jeho spolehlivosti a koherence a obecněji požadavek právní jistoty jsou v obecném zájmu. Dospěl však k závěru, že rozhodná francouzská právní úprava stavěla stěžovatele, kteří se nechtěli podrobit úplné změně pohlaví, neřešitelnému dilematu: Buď se proti vlastní vůli podrobit zneplodňující operaci (či operaci velmi pravděpodobně vedoucí k takovému následku), a tedy vzdát se práva na plnohodnotnou ochranu své fyzické integrity, které vyplývá zejména z práva na respektování soukromého života podle čl. 8 EÚLP, anebo se vzdát uznání své pohlavní identity, a tedy se vzdát plnohodnotného výkonu tohoto práva. Soud v tom shledal porušení spravedlivé rovnováhy mezi obecnými zájmy a zájmy dotčeného jednotlivce, jejíž zachování jsou členské státy povinny zajistit.

V. 4. 2. Jádro argumentace německého Spolkového ústavního soudu ve věci sp. zn. 1 BvR 3295/07

[74] Jak již Nejvyšší správní soud uvedl, rozhodnutí cizozemských soudů mohou být argumentační inspirací, byť nikoli závaznou, i v českých věcech obdobné povahy, a pokud je jimi argumentováno, je český správní soud zásadně povinen se právními názory v nich vyjádřenými přezkoumatelným způsobem zabývat. V nyní projednávané věci považuje Nejvyšší správní soud za relevantní (jakkoli jím stěžovatel detailně neargumentuje, toliko na něj poukazuje) právní názor vyslovený německým Spolkovým ústavním soudem v usnesení ze dne 11. 1. 2011, sp. zn. 1 BvR 3295/07 (na něm daný soud setrval například i v usnesení ze dne 17. 10. 2017, sp. zn. 1 BvR 747/17).

[75] Podle čl. 2 odst. 2 německého Základního zákona má každý právo na život a tělesnou integritu. Osobní svoboda je nedotknutelná. Do těchto práv lze zasáhnout pouze na základě zákona.

[76] Podle německého Spolkového ústavního soudu může zákonodárce při stanovení příslušnosti k pohlaví vycházet zásadně z toho, jak se pohlavní znaky jednotlivce navenek jeví v okamžiku narození, a může podmínit uznání osobního statusu jednotlivce, jenž by byl v rozporu s takto prvotně stanoveným pohlavím, určitými podmínkami. Jelikož pohlaví může být významné pro přiznání práv a povinností a jsou na něm závislé rodinné vztahy, je důvodné, aby zákonodárce zajistil osobnímu stavu trvalost a jednoznačnost, aby pokud možno předešel nesouladu mezi biologickým a právním pohlavím a aby změnu osobního stavu připustil pouze, jsou-li pro to patřičné důvody a nelze-li ústavně zaručená práva ochránit jinak. Proto zákonodárce může k tomu, aby vyloučil změny osobního stavu bez patřičných důvodů, požadovat doložení opírající se o objektivní kritéria, že subjektivně vnímané pohlaví jednotlivce, jež je v rozporu s pohlavím určeným, má trvalý charakter a má pro dotyčnou osobu existenciální význam.

[77] Operace, kterou by byly pohlavní znaky jednotlivce z velké části odstraněny či přetvořeny tak, aby vypadaly co možná nejvíce odpovídající pohlaví, k němuž se dotyčný jednotlivec hlásí, však podle soudu představuje masivní porušení tělesné integrity chráněné článkem 2 odst. 2 Základního zákona s vážnými zdravotními riziky a vedlejšími účinky pro toho, kdo by ji měl podstoupit. V závislosti na zdravotním stavu a věku mohou být tato rizika tak velká, že z lékařských hledisek nebude možno operaci doporučit. U řady transsexuálů je součástí léčby to, ulehčit jejich traumatu způsobenému tím, že tělesně žijí v nesprávném pohlaví, a umožnit jim v souladu s jejich přáním a touhou se také pomocí operativních zákroků přiblížit k jimi subjektivně vnímanému pohlaví a přizpůsobit se mu. Není však přiměřené požadovat od transsexuála, aby se podrobil takto rizikovým operacím, spojeným s případnými trvalými zdravotními poškozeními a újmami, nejsou-li z lékařských hledisek nezbytné, aby tak doložil vážnost a trvalost své transsexuality a získal uznání svého osobního statusu v pohlaví, k němuž se subjektivně hlásí.

V. 4. 3. Střet práva na „úřední uznání" subjektivně vnímaného pohlaví a základů společenského řádu

[78] Nejvyšší správní soud již shora uvedl, že je nutno rozlišovat mezi pohlavím biologickým, sociálním a právním.

[79] Stav vědeckého poznání ohledně pohlaví biologického je takový, že by jistě z hledisek vědeckých umožnil zavést úpravu pohlaví právního, která by přiznala větší prostor pro zohlednění nepravidelností pohlaví biologického, jež se v realitě objevují a činí život určitých lidí komplikovaným. Jistě si lze – z hledisek ryze lékařských – představit i takovou úpravu právního pohlaví, která bude v zásadě založena na subjektivním pojetí. V úředních evidencích by bylo defaultně vedeno pohlaví, které by se určilo při narození jednotlivce podle jeho zvnějšku patrných znaků biologického pohlaví, přičemž následně by takové evidenční (právní) pohlaví mohlo být kdykoli měněno projevem vůle jedince. Míra složitosti procedury změny a její podmínění více či méně důkladným doložením vážnosti, rozumnosti a dobrověrnosti takového projevu vůle by jistě mohla být různá, jejím

základem by nicméně bylo subjektivní přesvědčení jednotlivce, jež by se navenek demonstrovalo jeho relevantním projevem vůle. V českých právních reáliích by uvedený model šlo připodobnit k institutu doručovací adresy – ta je defaultně určena adresou místa trvalého pobytu, avšak fyzická osoba může vlastním projevem vůle docílit, že adresou pro doručování bude namísto adresy defaultně stanovené ta, která je uvedena v informačním systému evidence obyvatel, na niž jí mají být doručovány písemnosti [§ 46b písm. b) o. s. ř.]. Je zřejmé, že takovéto „subjektivní" pojetí pohlaví by si vyžádalo navazující rozsáhlé úpravy těch právních pravidel, která s rozlišovacím kritériem pohlaví pracují a vycházejí z jeho relativní neměnnosti a zásadní vázanosti na pohlaví biologické.

[80] Výše uvedené pojetí právního pohlaví se ovšem v České republice doposud neprosadilo, a to s největší pravděpodobností proto, že je v rozporu s představami české společnosti o tom, co to pohlaví je a jaký je a má být jeho společenský význam – tedy je v rozporu s pohlavím sociálním. Společenská představa o pohlaví je nyní založena na silné binaritě v kombinaci se silným přesvědčením o biologické „danosti" pohlaví. V představách lidí, jejichž souhrn lze mít za sociální pohlaví (pohlaví jako sociální instituce, v jistém smyslu „zkonstruovaná" společenským vědomím opřeným o biologické poznatky, tradici, každodenní zkušenost apod., která jako sociální konstrukce vytváří určité rysy společenského řádu, v daném případě rysy zcela zásadní), není v současné době prostor pro pohlaví jako subjektivní kategorii. Lidé pod dojmem sílící všeobecné známosti vědeckých poznatků o transsexualitě připouštějí, že výjimečně existují jednotlivci, kteří se „necítí" ve svém biologickém pohlaví komfortně. I tak však lidé jsou ochotni připustit toliko „přeskok" z jednoho z binárních pohlaví do druhého, ne však zvláštní, neobvyklé varianty jako subjektivní pociťování bezpohlavnosti nebo nějakého jiného (třetího, čtvrtého...) pohlaví či pohlavní nejednoznačnost (zachování si vnějších znaků jednoho i druhého pohlaví). Jakkoli je v intelektuálních a vědeckých kruzích tematika pohlaví diskutována způsobem odpovídajícím její složitosti, obecný převažující názor je, že odklon od přísně binárního sociálního pohlaví odvozeného od pohlaví biologického je nežádoucí, vymykající se „zdravému rozumu" a rozbíjející základní stavební kameny společenského řádu.

[81] Tento ve společnosti převažující názor může být nahlížen jako „zpozdilý" a neodpovídající dobovým trendům převažujícím v západním světě. Bráno ryze empiricky je vskutku patrný posun zejména západního světa (poněkud jinak je tomu zřejmě v jiných kulturních a civilizačních okruzích) k subjektivnějšímu pojetí sociálního pohlaví, jakož i k rozvolnění jeho binarity a vztahu k pohlaví biologickému. Projevem tohoto posunu jsou i posuny v náhledu na právní pohlaví, jak se v posledních letech projevují v různých (zejména západních) zemích v judikatuře soudů i v legislativních změnách.

[82] Nejvyšší správní soud však má za to, že trend nemusí být nutně vždy a všemi následován. Pokud následován být má, má se tak stát teprve tehdy, dospěje-li k tomu příslušná společnost i svým subjektivním vnímáním daného problému. Lidská práva a jejich ochrana jsou v prostředí Západu nahlížena jako projev „pokroku". Poslední o něco více než dvě stovky let (od francouzské a americké revoluce koncem 18. století; doktrinální základy lidských práv se však tvořily již podstatně dříve) jsou vnímány jako období dynamického rozšiřování sféry práv jednotlivce, v němž se realitou postupně stalo, o čem – s nadsázkou řečeno – předtím nebylo možno ani snít. Zejména rozšíření a zjemnění pojetí

rovnosti a zákazu neodůvodněně nerovného zacházení, jakož i rozšíření politických participačních práv na prakticky veškeré dospělé obyvatelstvo jsou nepochybně vývojem, který byl rychlý a fundamentální.

[83] Jedním ze znaků recentního vývoje lidských práv je mimo jiné posun od „objektivních“ k „subjektivním“ kritériím rozlišování lidí. Posun od „objektivních“ k „subjektivním“ kritériím pro rozlišování lidí je obvykle důsledkem toho, že původní důvod rozlišování ztrácí, přinejmenším v určitých ohledech, svůj politický a společenský význam. Zatímco původně převažovala taková kritéria rozlišování, která nezávisela (či jen málo nebo toliko zčásti závisela) na vůli jednotlivce, postupně se posouvala ke kritériím na vůli jednotlivce (více) závislým. Například pojem národnosti byl v posledních desetiletích habsburské monarchie a meziválečném Československu kvaziobjektivní kategorií. Národnost se určovala v podstatě podle obcovací řeči či mateřské řeči, tedy na základě vnějším pozorovatelem víceméně seznatelného a – vyjma lidí ze smíšených rodin a podobných zvláštních situací – dosti jednoznačného kritéria. Nynější pojetí národnosti v České republice je subjektivní (pokud se národnost po roce 1989 zjišťovala, pak v zásadě jako kategorie subjektivní – jednotlivec se k národnosti dle své volby přihlásil).

[84] Od převážně „objektivních“ k převážně „subjektivním“ kritériím rozlišování lidí se v moderní době přešlo u národnosti i rasy, tedy u kategorizací, u nichž lze (snad) najít jakési, byť v mnoha ohledech značně pofidérní, znaky, kterými může relevantní vlastnost jednotlivce určit vnější pozorovatel. Právní zákaz rozlišování podle rasy či národnosti, který se v moderní době velmi silně prosadil, je pravděpodobně projevem převládnuvšího společenského mínění, že toto rozlišování ztratilo (oproti minulosti) na společenském významu. Necítíme-li silnou společenskou potřebu rozlišovat podle určitého kritéria, můžeme si v právu dopřát „luxus“ v podobě rozvolnění a subjektivizace takového rozlišovacího kritéria. V podstatných ohledech se takto vyprázdnilo i rozlišování podle náboženské víry. To bylo povětšinou, pokud vůbec společenská realita připouštěla více náboženských příslušností, založeno v nikoli nepodstatné míře na projevu vůle jednotlivce (víra je subjektivním přesvědčením, ne vždy však mohlo být v minulosti takové subjektivní přesvědčení navenek projevováno). Nepostrádalo však ani „objektivní“ prvky zjišťované zejména v souvislosti s narozením jednotlivce (náboženská příslušnost byla v tomto ohledu určována povětšinou kvaziobjektivně podle náboženské příslušnosti rodičů), a především mělo často hluboké důsledky pro běžný život jednotlivce, typicky v oblasti soukromého (zejména rodinného) práva. Není opět náhodou, že rozlišování dle náboženství se stalo věcí až na výjimky ryze subjektivní (a pokleslo na politickém a společenském významu) se sekularizací Západu, k níž došlo od 19. století.

[85] V současnosti existují dvě všeobecně užívaná kritéria pro rozlišování lidí, jež mají ryze nebo zcela převažujícím způsobem „objektivní“ povahu – rozlišování podle pohlaví a podle věku.

[86] Na současném Západě by bylo pravděpodobně obecně považováno za podivné, pokud by někdo chtěl, aby jeho věk byl ve veřejnoprávních evidencích uváděn podle toho, jak starý se subjektivně cítí. Věk je aspoň doposud počítán přísně objektivně, pokud možno na základě údajů nezávislého třetího pozorovatele (v České republice viz § 14 a násl. zákona č. 301/2000 Sb., o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých

souvisejících zákonů), a je pojímán jako doba trvání člověka jako biologicky (tělesně, hmotně) definovaného jednotlivce v intervalu začínajícím narozením a končícím smrtí. Obecně je uznáváno, že se svým věkem se každý musí „smířit". I kdyby někdo svůj stávající věk pociťoval jako nespravedlivý nebo se subjektivně cítil mladší či starší, než jak tomu „objektivně" je, veřejná moc mu ponechá jeho právo cítit se, jak on uzná za vhodné, avšak na záznamech o „objektivním" věku nic nezmění, a to i kdyby dotyčný jednotlivec obsah takového záznamu subjektivně pociťoval vskutku velmi úkorně. Společnost (a jí vytvořené objektivní právo) zde zkrátka a jednoduše případné trápení člověka kvůli obsahu veřejné evidence považuje za irelevantní, a to i kdyby bylo v jednotlivém případě vážné a mělo pro něho i objektivně negativní, byť možná v jistých ohledech pro někoho úsměvné, důsledky (např. mladistvě vypadající starší žena by přestala být atraktivní pro potenciálního věkově mladšího partnera, pokud by se dozvěděl její skutečný věk). Zákonodárce zde dal jednoznačně přednost veřejnému pořádku před případnými subjektivními pocity jednotlivců, jistě především s ohledem na tradice a společenský automatismus. Potřeba právní jistoty o věku je pak „technickým" důsledkem přesvědčení společnosti, že rozlišování podle „objektivního" věku se má provádět a je důležité.

[87] Věk má v dnešní společnosti zcela zásadní význam pro život člověka, ať již ve sféře soukromých práv (svéprávnost, možnost uzavřít sňatek), trestní odpovědnosti, nároků specifické povahy (nárok na starobní důchod, neomezená možnost řídit automobil, právo prodat jednotlivci alkohol či kuřivo aj.) nebo v oblasti politické participace (aktivní a pasivní volební právo, způsobilost být jmenován do některých veřejných funkcí). Je nicméně velmi dobře představitelný stav (a možná, že ve vzdálenější budoucnosti k němu i dojde), že věk v současném pojetí pozbude na významu proto, že se v podstatné míře odepne tělesná stránka existence člověka od jeho existence v podobě sebe sama si uvědomujícího vědomí. Pokud k něčemu takovému dojde, bude to jistě důvod k přehodnocení významu věku jako právní kategorie pro rozlišování lidí a možná i k redefinici věku jako právního institutu. Zatím však, uvězněni ve svých hmotných tělech, se svým „objektivním" věkem musíme žít a jediné, co můžeme po veřejné moci požadovat, je, aby kritérium věku pro rozlišování lidí používala pouze z důvodů rozumných a lidských.

[88] Podobně tomu je doposud u pohlaví, jakkoli tendence k posunu směrem k subjektivnímu pojetí pohlaví jsou patrné a rozhodně silnější než u věku. V společenské realitě České republiky je pohlaví zatím vnímáno jako něco „objektivního", co jedince charakterizuje vcelku jednoznačně a pro vnějšího pozorovatele dobře určitelně. Nesoulad mezi pohlavím jednotlivce, jak se vnějšímu pozorovateli jeví, a pohlavím subjektivně pociťovaným dotyčným jednotlivcem jako pro něho patřičné (takové, s nímž se vnitřně ztotožňuje) je považován za anomálii, která může být řešena právním institutem změny pohlaví. I změna pohlaví však vychází z „objektivního" pojetí právního pohlaví, které je binární (počet pohlaví je taxativně vymezen na dvě a každý jednotlivec musí být řazen k právě jednomu pohlaví) a je určeno podle pohlaví biologického. Právní institut změny pohlaví je pojímán jako ucelený postup zahrnující určité povinně předepsané úkony, které mají vést k zachování binarity pohlaví (byť pouze formou nápodoby charakteristických znaků nového pohlaví a odstranění znaků pohlaví opouštěného). Stručně shrnuto, společnost si svou zákonnou úpravou pečlivě „hlídá", aby ve věcech pohlaví byl právní

pořádek. Důvodem je nepochybně to, že rozlišování podle pohlaví přikládá (zatím) velký společenský význam.

[89] Nejvyšší správní soud má za to, že v podmínkách České republiky je takovéto pojetí pohlaví natolik zakořeněno a považováno za normální, žádoucí, „přirozené“ a tvořící jeden ze základních kamenů společenského uspořádání, že od něho nelze ustoupit cestou soudního rozhodnutí ani v případech, jaké byly připuštěny judikaturou ESLP či německého Spolkového ústavního soudu. Pro jednotlivce může být nepochybně tíživé učinit volbu mezi dvěma řešeními, s nimiž bude v obou případech nespokojen – a sice mezi setrváním u právního pohlaví, s nímž se subjektivně neztotožňuje, za cenu zachování si pohlavních orgánů tohoto jím subjektivně odmítaného pohlaví, jež si nechce nechat odstranit, anebo přechodem k právnímu pohlaví, s nímž se ztotožňuje, za cenu podstoupení lékařských zákroků, které mohou být rizikové a zásadně (a většinou nevratně) změní fyzickou podobu a podstatu jeho těla. Stejně tak může být pro jednotlivce s určitým psychickým nastavením složité být „úředně“ řazen k určitému ze dvou jedině právně přípustných pohlaví, třebaže se dotyčný cítí příslušet k pohlaví jinému, třetímu, případně nepociťuje příslušnost k žádnému pohlaví.

[90] Nejvyšší správní soud však na rozdíl od shora uvedených vysokých soudů má za to, že základní principy, na nichž stojí uspořádání nynější české společnosti, zejména základní principy rodinného života a základní principy vnímání vztahů mezi lidmi, vyžadují vnímat právní pohlaví přísně binárně a v podstatě „objektivně“ a nepřipustit ani ve výše popsaných jistě subjektivně složitých situacích rozvolnění uvedeného pravidla. Nejvyšší správní soud má za to, že vnímat takto právní pohlaví je třeba proto, že jím je vytvořen a udržován rámec toho, co je žádoucí a co bývá statisticky vzato normální (soulad mezi pohlavím biologickým a pohlavím subjektivně pociťovaným), a toho, co je nežádoucí a statisticky vzato je výjimkou z pravidla (rozpor mezi pohlavím biologickým a pohlavím subjektivně pociťovaným). Společnost může k tomu, co je statisticky vzato výjimkou, z hledisek normativních (morálních, právních, mírou společenské akceptace) přistupovat různě – výjimka může být žádoucí (například výjimečně vysoká inteligence či talent), neutrální (v evropském kontextu například zrzavé vlasy), nikoli nežádoucí sama o sobě, ale pociťovaná jako něco, co by se nemělo stát převažujícím vzorcem chování (například homosexualita, dobrovolná bezdětnost či právě jev rozhodný v nyní projednávaném případě, tedy nesoulad mezi biologickým a pociťovaným pohlavím), a konečně více či méně nepřijatelná, na niž společnost reaguje různou intenzitou jejího potlačování, od považování za nevhodnou přes morální odsuzování až po více či méně razantní potlačování právními prostředky. Trváním na binaritě právního pohlaví a na přísných požadavcích na změnu pohlaví společnost vyjadřuje vůli setrvat na dosavadním normativním hodnocení nesouladu biologického a pociťovaného pohlaví. Tento jev je nyní vnímán jako něco, co nemůže být právem potlačováno (lze vycházet z toho, že tento stav těla a psychiky si ten, jenž se v něm nachází, dobrovolně nevybral a že jde o jeho „osud“). Mají být k dispozici východiska pro jeho řešení uspokojivým způsobem (změnou právního pohlaví jako pravidelného důsledku úpravy rozhodných znaků biologického pohlaví). Společnost však kvůli uvedenému jevu nehodlá rozvolnit pravidla, jež v mnoha ohledech určují její strukturu a fungování, tedy binaritu a „objektivitu“ právního pohlaví, posunem k pojetí subjektivnímu, neboť má v tuto chvíli za to, že zvýšení životního komfortu

určitých jednotlivců, kterého by se tak mohlo dosáhnout, je příliš velkým rizikem v podobě hrozby zpochybnění základních parametrů dosavadního normativního řádu.

[91] Nejvyšší správní soud ani v nejmenším nevylučuje, že náhled společnosti na pojetí právního pohlaví se v běhu času promění, stejně jako se měnil na mnohé jiné otázky podobného typu (postavení žen, homosexualita, význam rasy, národnosti, náboženství a jiných „vrozených“ nebo více či méně volbou určených rysů, podle nichž lze jednotlivce rozlišovat). Má však za to, že není rolí vysokého soudu, aby změnu náhledu společnosti urychloval svojí judikaturou. S Městským soudem v Praze i s disentujícím soudcem ESLP Carlem Ranzonim se Nejvyšší správní soud ztotožňuje v tom, že trend, o kterém většina soudců ESLP v rozsudku Garçon hovoří a který lze zjednodušeně popsat jako připuštění jistých rysů subjektivity pohlaví jako rozlišovacího kritéria, je zatím příliš čerstvý a nejednoznačný. Nejvyšší správní soud má za to, že jde o trend, který je v České republice většinou společnosti i politické reprezentace vnímán jako podivný a je přijímán přinejmenším s rozpaky, ne-li vysloveně negativně. Zastánce nachází zejména v určitých kruzích zabývajících se ochranou lidských práv. To by samo o sobě nemuselo nic znamenat, neboť pro rozvoj doktríny i praxe lidských práv měly aktivní menšiny, které formulovaly názory, jež byly v dané době považovány za podivné a radikální, avšak nakonec se staly standardem (například sufražetky v boji za zrovnoprávnění žen), velmi často zásadní význam. V nyní projednávané otázce však Nejvyšší správní soud nevidí prostor modifikovat svým rozhodnutím dosavadní zákonnou úpravu změny právního pohlaví, kterou považuje za výraz skutečné a legitimní společenské shody (na rozdíl řady jiných výstupů soudobé legislativní nadprodukce, za nimiž jasné a názor společnosti zřetelně odrážející důvody lze mnohdy jen stěží spatřovat a u nichž je někdy nezbytné posunout jejich doslovné znění soudní interpretací, zejména pomocí ústavně konformního výkladu). Podobně jako uvedl Ústavní soud ve vztahu k institutu manželství v bodě 37 svého nálezu ze dne 14. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 7/15, ani Nejvyšší správní soud nevidí důvod, proč by měl svým rozhodnutím, byť by se v něm mohl opřít o rozhodnutí ESLP i některých vysokých soudů jiných států blízkých České republice svou právní kulturou, přispívat k erozi binárního a „objektivního“ pojetí právního pohlaví.

[92] Nejvyšší správní soud má za to, že současná úprava změny právního pohlaví dává těm, kdo touží uvést do souladu pohlaví jimi subjektivně vnímané s tím, jak je na jejich pohlaví „objektivně“ nahlíženo, přiměřené prostředky, jak toho mohou, byť nikoli bez rizik a útrap, dosáhnout. Na rozdíl od právního názoru vyjádřeného v rozsudku Garçon (a podobně i v usnesení německého Spolkového ústavního soudu sp. zn. 1 BvR 3295/07) nepovažuje Nejvyšší správní soud českou právní úpravu změny pohlaví a na ni navázanou právní úpravu změny evidence pohlaví za rozpornou s ústavním pořádkem. Volba, před kterou je jedinec, který pociťuje nesoulad mezi svým právním a subjektivně pociťovaným pohlavím, touto právní úpravou stavěn, je podle Nejvyššího správního soudu přiměřená a drží se v mezích toho, co po takovém jedinci lze v dnešních poměrech české společnosti spravedlivě požadovat, a to i při vědomí, že si svůj stav sám nevybral, nýbrž mu jej zvolil „osud“.

VI. Závěr a náklady řízení

[93] Nejvyšší správní soud, jak výše podrobně vyloženo, neshledal důvodu k postupu podle čl. 95 odst. 2 Ústavy. S ohledem na to, že „jednoduché“ právo, o jehož ústavní konformitě nevznikla Nejvyššímu správnímu soudu pochyba, bylo v projednávané věci vyloženo a užito v souladu se zákonem, což správně shledal i Městský soud v Praze, dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost není důvodná, a proto ji podle § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. zamítl.

[94] Ve věci rozhodl v souladu s § 109 odst. 2 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

[95] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 věta první ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, proto nemá právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v řízení o kasační stížnosti žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 30. května 2019

JUDr. Karel Šimka
předseda senátu