

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Kateřina Jánová

**Ochrana postavení LGBT+ osob v kontextu
lidskoprávního diskurzu**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: Mgr. Karel Řepa, Ph.D.

Katedra: Katedra ústavního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 25. 1. 2025

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 182 473 znaků včetně mezer.

Kateřina Jánová v. r.

diplomantka

V Praze dne 25. 1. 2025

Poděkování:

Moc bych chtěla poděkovat Mgr. Karlu Řepovi, Ph.D., za odborné vedení práce, připomínky a podněty. Rovněž děkuji svým rodičům za trpělivost a podporu při studiu.

Obsah

| | |
|--|----|
| Úvod | 5 |
| 1. Ochrana postavení LGBT+ osob: interpretace, nebo tvorba práva? | 9 |
| 1.1. Vývoj a současnost postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu | 9 |
| 1.2. Dva postoje soudců k postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu | 17 |
| 1.3. Zdrženlivost Ústavního soudu ČR | 21 |
| 1.4. Výkladové metody ESLP v otázkách postavení LGBT+ osob | 25 |
| 1.4.1. Odklon od originalismu a případ <i>Golder</i> | 26 |
| 1.4.2. Evolutivní výklad a princip efektivity ochrany práv | 25 |
| 1.4.3. Margin of appreciation | 26 |
| 1.4.4. Evropský konsenzus a (de)politizace postavení LGBT+ osob | 29 |
| 1.5. „Nová“ lidská práva a inflace lidských práv | 34 |
| 1.6. Limit korektní interpretace a pojem lidství | 39 |
| 2. Kdo je subjektem lidských práv? | 47 |
| 2.1. Pojem člověka v právu | 47 |
| 2.1.1. Člověk, fyzická osoba, subjekt lidských práv | 47 |
| 2.1.2. „Univerzální“ subjekt lidských práv | 50 |
| 2.2. Vnitřní hledisko právních norem a „člověk“ jako součást společenské reality | 53 |
| 2.3. LGBT+ subjekty v judikatuře ESLP a Ústavního soudu ČR | 59 |
| Závěr | 65 |
| Seznam použitých zdrojů | 71 |

Úvod

Zcela fundamentálním východiskem této práce je předpoklad, že právní postavení LGBT+ osob je skutečně ochrany hodné a že existují oblasti, ve kterých je dobré v současnosti usilovat o jeho zlepšení. Možná se již při přečtení názvu této práce nabízí otázka, zda neexistují v roce 2024 – na pozadí např. agrese Ruska na Ukrajině či rapidně zhoršující se úrovně právního státu v zemích jako Maďarsko a Slovensko – mnohem palčivější problémy. Při odhlédnutí od skutečnosti, že se za touto problematikou skrývají zájmy skutečně žijících lidských bytostí, lze takový postoj do jisté míry pochopit: otázky právního postavení LGBT+ osob bývají často instrumentalizovány coby součást „kulturních válek“ různými aktéry napříč politickým spektrem v rámci střetů různých světových názorů, pokud již ne přímo prohlubování geopolitických napětí v Evropě¹, a již sebemenší zmínka o zkratce „LGBT“ má tak dnes tendenci automaticky vyvolat vedle silných emocí i asociace s jakýmsi „moderním trendem“ či projevením určitého politického názoru mluvčího. Jak ale doufám, že se mi v této práci povede demonstrovat, právě proto je tato problematika zcela integrální součástí současných širších otázek vývoje „západní“ civilizace a práva a ignorování faktické role, kterou v tomto vývoji hraje a dle mého názoru stále více bude hrát (ať se nám to líbí, nebo ne) postavení LGBT+ osob, by představovalo zásadní opomenutí. V Ruské federaci, kde samotná představa lidských práv LGBT+ osob je konceptualizována coby součást „ideologické agrese Západu“, lze ostatně v tomto kontextu již nějakou dobu hovořit o paralelách s ranou nacistickou rétorikou². Mimo evropský kontext lze poukázat na rétoriku prezidentské volební kampaně Donalda Trumpa v roce 2024³.

Druhým stěžejním východiskem této práce je předpoklad, že lidskoprávní diskurz je pro snahu o ochranu postavení LGBT+ osob relevantním fórem. Netvrdím, že se jedná o fórum jediné, natož o nejlepší z těch dostupných, a – ačkoliv se tohoto tématu lehce dotýká kapitola týkající se problematiky „inflace“ lidských práv – ani nebudu v této práci činit hodnotové závěry ohledně formulace konkrétních nároků LGBT+ osob jazykem lidských práv, vývoje či smyslu lidských práv jako takových nebo strategické litigace.

Za cíl této diplomové práce považuji dosažení hlubšího porozumění současné pozice, kterou otázky postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu zastávají. Zároveň je mým cílem

¹ O'HARA, C. Consensus, Difference and Sexuality: Que(e)rying the European Court of Human Rights' Concept of European Consensus. *Law and Critique*, 2021, roč. 32, č. 1, s. 109.

² FENWICK, H., FENWICK, D. Finding “East”/“West” Divisions in Council of Europe States on Treatment of Sexual Minorities: The Response of the Strasbourg Court and the Role of Consensus Analysis. *European Human Rights Law Review*, č. 3/2019, s. 272.

³ „Agenda 47“, dostupná z: <https://www.donaldjtrump.com/agenda47> .

vyhnout se pouhé další reprodukci v současnosti užívaných argumentů a naopak zaměřit se na podstatu existujících neshod ohledně postavení LGBT+ osob v rámci lidskoprávního diskursu, vnímanou prizmatem snahy o ochranu a zlepšení tohoto postavení. Budu se tedy plošně zabývat postavením LGBT+ osob jako celku a nebudu se zabývat dopodrobna konkrétními otázkami jako např. „manželství pro všechny“, které jsou všechny dnes již odbornou právní literaturou dle mého názoru velmi dobře prozkoumané⁴.

První výzkumnou otázkou, na kterou se budu snažit nalézt odpověď v části 1., je: v čem narážejí současné snahy o ochranu postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskursu na odpor? Budu se nejprve věnovat umístění otázek postavení LGBT+ osob „na mapu“ materie lidských práv, s bližším zaměřením na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) a Ústavního soudu ČR. Poté se prostřednictvím studia disentních stanovisek k rozhodnutím těchto orgánů pokusím o identifikaci současných ohnisek neshod ohledně vývoje tohoto postavení a teoretických otázek, které z těchto neshod vyplývají. Hlubší pozornost bude věnována mimo jiné roli doktríny margin of appreciation a evropského konsenzu v rozhodování ESLP o otázkách postavení LGBT+ osob a problematice „inflation lidských práv“, přičemž vycházet zde budu především z díla Jense T. Theilena.

Relevance výzkumné otázky, které se budu věnovat v části 2., vyplývá ze závěru části 1., a tato otázka zní: jaká je povaha „člověka“ coby subjektu lidských práv? Zatímco skutečnost, že lidská práva vycházejí z určitého předpokladu přirozené povahy člověka, není na poli právní vědy a politické filozofie novým tématem⁵, v kontextu lidských práv LGBT+ osob tato otázka dosud komplexně rozebrána nebyla. Zároveň v tomto kontextu dnes již dle mého názoru nelze vést jakkoliv produktivní debatu, pokud jedna z argumentujících stran má o přirozené podstatě člověka představu natolik odlišnou, že nechápe předmětné relevantní charakteristiky LGBT+ osob jako „přirozeně lidské“. Doufám tak, že práce poskytne mimo jiné i co možná nejkomplexnější kritický pohled na smysl a význam široce rozšířených sloganů typu „gay rights are human rights“, za jejichž užitím tato úvaha leží. V části 2. se budu nejprve věnovat rozboru pojmu člověka v právu lidských práv a nastínění toho, jak podobu „neutrálního“ abstraktního subjektu lidských práv

⁴ V kontextu „manželství pro všechny“ např.: PROCHÁZKA, V. Rovný přístup k manželství. In: ŠIMÁČKOVÁ K., HAVELKOVÁ B., ŠPONDROVÁ P. a kol. *Mužské právo. Jsou právní pravidla neutrální?* Praha: Wolters Kluwer, 2020., JOHNSON, P. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. London: Routledge, 2013., JOHNSON, P., FALCETTA. Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights. In: ASHFORD, CH, MAINE, A. (eds). *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*. London: Edward Elgar Publishing, 2020., NUSSBAUM, M. C. *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵ Např.: DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice. Third Edition*. New York: Cornell University Press, 2013, s. 27 an. GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 83 an.

rozebírá zejména feministická kritika lidských práv. Formulují rovněž vlastní náhled na proces rozhodování v kontextu otázek postavení LGBT+ osob vycházející především z díla H. L. A. Harta a v poslední kapitole se budu věnovat rozboru způsobů, jakými jsou LGBT+ identity konstruovány v judikatuře ESLP a Ústavního soudu ČR.

Zkratka „LGBT+“ bude v práci používána jako společné označení pro lesby, gaye, bisexuální osoby, transsexuální a transgender osoby, intersexuální osoby, nebinární osoby, asexuální osoby, aromantické osoby a queer osoby. Rovněž v textu budu používat obratu „otázky sexuální orientace a genderové identity“. Zatímco oba tyto pojmy nepokrývají všechny otázky postavení výše uvedených skupin, budu je užívat zaměnitelně s obratem „otázky postavení LGBT+ osob“.

Vzhledem ke zvolenému přístupu k části 2. se nyní budu věnovat pouze negativnímu vymezení těchto pojmů, přičemž pro účel porozumění jejich významu v rámci mé argumentace v části 1. se nabízí známá citace soudce Nejvyššího soudu USA Pottera Stewarta: „*I know it when I see it*“⁶.

Pro vysvětlení pojmu „gender“ považuji za užitečnou definici v čl. 3 Úmluvy Rady Evropy o prevenci a potírání násilí vůči ženám a domácího násilí (tzv. Istanbulské úmluvy): tímto pojmem se tak rozumí „společensky ustavená role, chování, aktivity a atributy, jež daná společnost považuje za náležité pro ženy a muže“.

Pojem „heteronormativita“ bude používán pro označení předpokladu, že normální a přirozená lidská sexualita je orientována, a to výlučně směrem k osobám opačného z binárních, biologicky determinovaných pohlaví a genderů. Zároveň termín „cisnormativita“ odkazuje na předpoklad, že genderová identita každého člověka je a má být v souladu s jeho přiřazeným pohlavím. Podstata „deviace“ LGBT+ osob tedy spočívá zejména v privilegované pozici heterosexuality a institutu nukleární rodiny, spolu s předpokladem souladu, binarity, neměnnosti a biologické determinovanosti pohlaví a genderu⁷.

O „ochraně postavení LGBT+ osob v kontextu lidskoprávního diskurzu“ tak logicky nebude řeč např. v případě hypotetického řízení o ústavní stížnosti stěžovatele–homosexuála, který byl účastníkem dopravní nehody a vystupoval v roli poškozeného v následném trestním řízení, v rámci něhož bylo při rozhodování o jeho nároku na náhradu škody porušeno jeho právo na spravedlivý proces překvapivým rozhodnutím soudu. Naopak půjde především o oblasti, ve

⁶ Odlišné stanovisko soudce Stewarta k rozsudku Nejvyššího soudu USA *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).

⁷ JACKSON, S. Interchanges: Gender, sexuality and heterosexuality: The complexity (and limits) of heteronormativity. *Feminist Theory*, 2006, roč. 7, č. 1, s. 105 an.

kterých jsou specifické zájmy LGBT+ osob v přímé souvislosti s jejich odlišnou sexuální orientací či genderovou identitou ve střetu s heteronormativními a cisnormativními strukturami a systémy chápání.

1. Ochrana postavení LGBT+ osob: interpretace, nebo tvorba práva?

1.1. Vývoj a současnost postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu

V této kapitole se budu věnovat otázce hlavních pramenů lidských práv zejm. na půdě OSN, Rady Evropy a v ČR, a budu se snažit umístit otázky postavení LGBT+ osob „na mapu“ jejich materie ve světle historického vývoje této problematiky. Nepůjde v žádném případě o vyčerpávající přehled: cílem této kapitoly je zjistit, kde leží v současnosti ohniska názorových střetů ohledně tohoto postavení. Taktéž se zde nebudu zabývat dopodrobna obecnými otázkami oblasti lidských práv, jejich historie a filozofických východisek.

Je samozřejmé, že stejně jako autoři textu deklarací 18. století, tak i autoři a autorky textu Všeobecné deklarace lidských práv (dále jen „VDLP“) otázky sexuální orientace nebo genderové identity v úvahu nebrali. VDLP, poněkud v kontrastu s tehdy čerstvou zkušeností s nacistickým režimem a jeho perzekucí homosexuálů a transexuálů, mlčí i ohledně otázek sexuality a reprodukčních práv: lze jen dovozovat, že je ponechává pod zákazem svévolného zasahování do soukromého a rodinného života v čl. 12, podobně jako následně přijatý závazný Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (dále jen „MPOPP“) v čl. 17⁸. V něm lze rovněž poukázat na definici (tradičního pojetí) rodiny coby „přirozené a základní jednotky společnosti“ v čl. 23, podobně jako v čl. 10 Mezinárodního paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech (dále jen „MPOHSKP“).

V desetiletích následujících po přijetí VDLP došlo na půdě OSN k postupnému přijetí několika dalších mezinárodních úmluv, zabývajících se ochranou konkrétních skupin chápaných jako zvláště zranitelných: např. rasových menšin (Úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace z roku 1965), žen (Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen 1979), dětí (Úmluva o právech dítěte z roku 1989, která v čl. 34 také jako vůbec první obsahuje ve svém textu slovo „sexuální“ v kontextu sexuálního zneužívání a vykořisťování) či osob se zdravotním postižením (Úmluva OSN o právech osob se zdravotním postižením z roku 2006). Paralelu s těmito dokumenty lze vidět podle některých autorů a autorek v tom smyslu, že v případě snah zasadit otázky sexuální orientace a genderové identity do kontextu mezinárodního práva lidských práv jde o „další zavrňovanou skupinu v pořadí“, která volá po uznání coby jejich subjektu⁹. Lidskoprávní dokumenty a jejich interpretace ostatně ze své podstaty vycházejí z určité

⁸ OTTO, D. Lost in Translation: rescripting the sexed subjects of international human rights law. In: ORFORD, A. (ed). *International Law and its Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. s. 333.

⁹ MCGILL, J. SOGI...So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations. *Canadian Journal of Human Rights*, 2014, roč. 3. č. 1, s. 9.

stereotypizované představy člověka, která odpovídá dobovým společenským a mocenským poměrům¹⁰, a již doba Velké francouzské revoluce představuje počátek pomyslné trajektorie, na níž se postupem času stávalo myslitelné formálně zahrnout postupně další a další skupiny osob pod akceptovanou podobu subjektů lidských práv¹¹.

Na rozdíl od těchto zvláštních mezinárodních úmluv ovšem žádný formální dokument na půdě OSN zabývající se postavením LGBT+ osob nikdy nevznikl. Do poloviny 90. let 20. století, kdy se otázky genderu a sexuality jako takových staly poprvé předmětem lidskoprávních debat na půdě OSN¹², se jednalo o téma přehlížené¹³. Proces akceptace těchto otázek byl nicméně složitý především vlivem kulturních a náboženských rozdílů mezi státy¹⁴ (ostatně dodnes přes 60 států OSN na všech světadílech kromě Evropy kriminalizuje pohlavní styk dvou osob stejného pohlaví a v právních řádech 12 z nich je za tento akt možno uložit trest smrti¹⁵). Opozici představoval zejm. Vatikán a státy Organizace Islámské Spolupráce¹⁶. V roce 2008 přednesla Argentina na Valném shromáždění OSN formální prohlášení s podporou 66 států, podle kterého mj. „princip nediskriminace vyžaduje, aby lidská práva náležela rovně všem lidským bytostem bez ohledu na jejich sexuální orientaci nebo genderovou identitu“¹⁷. Nicméně toto prohlášení se setkala se s opozicí 57 států v čele s výše zmíněnými, podle kterých bylo mimo jiné pokusem „vytvořit nová práva prostřednictvím misrepresentace mezinárodních smluv“¹⁸. Od té doby žádná rezoluce Valného shromáždění týkající se postavení LGBT+ osob, s výjimkou zmínek v rezolucích týkajících se mimosoudních výkonů trestu smrti¹⁹, přijata nebyla.

Rada OSN pro lidská práva nicméně vydala v roce 2011 rezoluci 17/19 s názvem „Lidská práva, sexuální orientace a genderová identita“²⁰, vůbec první svého druhu na půdě OSN (která se rovněž setkala s hlasitou opozicí)²¹. Byla následována první zprávou Vysokého komisaře OSN pro

¹⁰ BRGLEZ, M., NOVAK, S., TKALEC, S. Stereotyping and human rights law: An (un)conventional approach of the European Court of Human Rights. *Teorija in Praksa*, 2016, roč. 53, č. 5, s. 1127.

¹¹ CELERMAJER, D., LEFEBVRE, A. Introduction: Bringing the Subject of Human Rights into Focus. In CELERMAJER, D., LEFEBVRE, A. (eds). *The Subject of Human Rights*. Stanford: Stanford University Press, 2020, s. 4.

¹² KOLLMAN, K., WAITES, M. The global politics of lesbian, gay, bisexual and transgender human rights: an introduction. *Contemporary Politics*, 2009, roč. 15, č. 1, s. 5.

¹³ MCGILL, J., op. cit. s. 4.

¹⁴ MCGOLDRICK, D. Development and Status of Sexual Orientation Discrimination. *Human Rights Law Review*. 2016, roč. 16, č. 4, s. 611.

¹⁵ Statistika dostupná online z: <https://www.fairplanet.org/story/death-penalty-homosexuality-illegal/>.

¹⁶ MCGILL, J., op. cit. s. 15.

¹⁷ „Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly“, A/63/635, s. 3. Dostupné online z: <https://digitallibrary.un.org/record/644995?v=pdf>.

¹⁸ MCGILL, J., op. cit. s. 17.

¹⁹ Např. rezoluce Valného shromáždění OSN ze dne 15.12.2022, A/RES/77/218.

²⁰ Rezoluce Rady OSN pro lidská práva ze dne 17.6.2011, A/HRC/RES/17/19.

²¹ MCGOLDRICK, D., op. cit. sub 14, s. 620.

lidská práva²² a od této relativně nedávné doby jsou tyto otázky v rámci OSN stabilní součástí zájmu.

Na půdě Rady Evropy byla přijata v roce 1950 Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“), která vstoupila v platnost 3. září roku 1953. V jejím textu lze poukázat na článek 12, který přímo presumuje heterosexuálnost jejích subjektů: „*Muži a ženy, způsobilí věkem k uzavření manželství, mají právo uzavřít manželství a založit rodinu [...]*“. ESLP uznal, že brán izolovaně, jazykový výklad tohoto ustanovení by dovození práva uzavřít manželství dvou mužů či dvou žen neodporoval²³. Na základě specifického výskytu slov „muž“ a „žena“ v kontrastu s univerzálními termíny jako „nikdo“ nebo „každý“ v jiných člancích nicméně v rozsudku *Schalk a Kopf proti Rakousku* dovedl, že v době přijetí bylo smyslem tohoto článku právo na manželství v „tradičním významu“ svazku muže a ženy²⁴. Ve světle čl. 9 Listiny základních práv EU (dále jen „LZPEU“), který hovoří jen o právu „*uzavřít manželství a založit rodinu*“, rovněž konstatoval, že právo v čl. 12. Úmluvy již nemůže být chápáno jako omezené pro páry opačného pohlaví²⁵, dodal nicméně, že za současných podmínek je rozhodnutí, zda umožnit manželství pro stejnopohlavní páry, otázkou náležející parlamentům členských států a tento názor zatím do dnešního dne nepřekonal²⁶. Pro úplnost, v následujících desetiletích bylo k Úmluvě přijato 16 dodatkových protokolů, žádný se ale specifickým postavením LGBT+ osob výslovně nevěnuje.

Listina základních práv a svobod (dále jen „LZPS“) ve svém textu o otázkách sexuální orientace a genderové identity – navzdory nedávnému poslaneckému návrhu na změnu jejího čl. 32 odst. 1 zakotvující manželství jako „sňatek muže a ženy“²⁷ – mlčí taktéž.

LZPEU coby součást primárního práva EU již ve svém v čl. 21 obsahuje výslovnou zmínku sexuální orientace jako zakázaného diskriminačního důvodu. Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) je v rámci ochrany postavení LGBT+ osob v EU rovněž důležitým hráčem. Lze poukázat na historický přelomový rozsudek z roku 1996, podle kterého zákaz diskriminace na bázi pohlaví v přístupu k zaměstnání podle směrnice Rady 75/117/EHS pokrývá i případ změny

²² Zpráva Vysokého komisaře OSN pro lidská práva „Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity“ ze dne 17. 11. 2011, A/HRC/19/41.

²³ Rozsudek ESLP ve věci *Schalk a Kopf proti Rakousku* ze dne 24. 6. 2010, č. 30141/04, § 55.

²⁴ Tamtéž.

²⁵ Tamtéž, § 61.

²⁶ Rozsudek ESLP ve věci *Chapin a Charpentier proti Francii* ze dne 17.5.2013, č. 40183/07, § 48; rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Fedotova a ostatní proti Rusku* ze dne 17.1.2023, č. 40792/10, 30538/14 a 43439/14, § 165.

²⁷ Sněmovní tisk č. 276/0, Poslanecká sněmovna, Parlament České republiky, 2022. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=9&CT=276&CT1=0>.

pohlaví²⁸ a na který odkázal o šest let později i ESLP²⁹, nebo na nedávný rozsudek v případě C-4/23 *Mirin*, podle kterého neuznání úřední změny pohlaví provedené v jiném členském státě představuje překážku volného pohybu a pobytu občanů EU podle čl. 20 a 21 SFEU ve světle čl. 7 a 45 LZPEU³⁰. V něm SDEU také znovu zopakoval, že Úmluva a zde její čl. 8 představuje minimální standard ochrany podle čl. 52 odst. 3 LZPEU³¹. Vzhledem k omezené použitelnosti LZPEU na případy aplikace unijního práva orgány Unie a členských států podle jejího čl. 51 odst. 1 ovšem judikatura SDEU nebude v následujícím textu středem pozornosti.

I bez studia dalších významných pramenů (nebyla zmíněna např. Evropská sociální charta) lze přesto nyní shrnout prvním zásadním poznatkem: lidskoprávní ochrana je LGBT+ osobám poskytována prostřednictvím aplikace obecných závazných lidskoprávních instrumentů a existujících standardů na pouze „nově uznané“ otázky sexuální orientace a genderové identity, na což zejména orgány OSN kladou silný důraz³². Tyto instrumenty nicméně z drtivé většiny v době své adopce na tyto otázky nepamatovaly. Je vhodné na tomto místě krátce zmínit tzv. Yogyakartské principy³³. Jedná se o pravděpodobně nejkompexnější nezávazný mezinárodní dokument adresující specifika postavení LGBT+ osob v mezinárodním právu lidských práv, zaobírající se aplikací stávajících standardů na tato specifika s odkazem na deklarovanou univerzalitu lidských práv a svobodu a rovnost všech jednotlivců. Ač se jedná o nezávazný dokument vypracovaný skupinou expertů, je mezinárodně uznáván³⁴ a je na něj často odkazováno³⁵.

Vůbec prvním rozhodnutím mezinárodního lidskoprávního tribunálu ve prospěch LGBT+ stěžovatele byl rozsudek ESLP ve věci *Dudgeon proti Spojenému království* z roku 1981³⁶. ESLP tehdy – po sérii neúspěšných stížností na porušení čl. 8 ve spojení s čl. 14 Úmluvy, které se všechny týkaly § 175 německého trestního zákoníku³⁷ – konstatoval, že kriminalizace

²⁸ Rozsudek ESD ve věci C-13/94 *P. v. S. and Cornwall County Council* ze dne 30. 4. 1996.

²⁹ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Christine Goodwin proti Spojenému království* ze dne 11.7.2002, č. 28957/95, § 43.

³⁰ Rozsudek SDEU ve věci C-4/23 *Mirin* ze dne 4. 10. 2024, §§ 57, 72.

³¹ Tamtéž, § 63.

³² Např. zpráva Úřadu Vysokého komisaře OSN pro lidská práva „*Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*“, HR/PUB/12/06, 2012, s. 61. Dostupné online z: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>.

³³ Yogyakartské zásady o uplatňování mezinárodního práva v oblasti lidských práv ve vztahu k sexuální orientaci a pohlavní identitě. Dostupné online z: <https://yogyakartaprinciples.org/>.

³⁴ O'FLAHERTY, M. The Yogyakarta Principles at Ten. *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, roč. 33, č. 6, str. 288.

³⁵ Například soudci A. Sajó, H. Keller a P. Lemmens argumentovali Yogyakartským principem č. 3 ve svém odlišném stanovisku k rozsudku velkého senátu ESLP ve věci *Hämäläinen proti Finsku* ze dne 16.7.2016, č. 37359/09.

³⁶ Rozsudek ESLP ve věci *Dudgeon proti Spojenému království* ze dne 22.10.1981, č. 7525/76.

³⁷ GRIGOLO, M. Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject. *European Journal of International Law*, 2003, roč. 14, č. 5, s. 1029.

konsenzuálního pohlavního styku dvou mužů v soukromí odporuje čl. 8 Úmluvy³⁸. Na půdě OSN se přelomovým stalo až rozhodnutí ve věci *Toonen proti Austrálii* z roku 1994³⁹, kde Výbor pro lidská práva konstatoval, že kriminalizace pohlavního styku dvou mužů v Tasmánii odporuje článku 17 MPOPP, který zakotvuje právo na soukromí. Zároveň také vyjádřil názor, že pojem „pohlaví“ v čl. 2 odst. 1 a čl. 26 vyjadřuje zákaz diskriminace i na bázi sexuální orientace⁴⁰.

Klíčovými právy v souvislosti s postavením LGBT+ osob jsou právě právo na soukromí, právo na rovné zacházení a zákaz diskriminace. Zdaleka se ale nejedná o jediné průsečíky postavení LGBT+ osob s oblastí lidských práv: v současnosti vyvolává velmi zajímavé otázky např. střet práva na vzdělání a svobody náboženského vyznání v kontextu výuky o otázkách sexuální orientace a genderové identity na školách⁴¹. S právem na soukromí a zákazem diskriminace se ale pojí samotný počátek úspěšných stížností před mezinárodními tribunály a dodnes se jedná o oblast, ve které se dnes nejdiskutovanější otázky postavení LGBT+ osob (tj. otázky právního uznání odlišné genderové identity, manželství a jiných forem soužití a osvojení) nejvíce střetávají s lidskoprávní oblastí. Proto se ve zbytku této kapitoly budu věnovat obecnému přehledu přístupu ESLP a Ústavního soudu ČR k otázkám postavení LGBT+ osob v jejich kontextu a otázce: „kde“ přesně se tedy tyto otázky v kontextu zmíněných práv nacházejí?

ESLP poskytuje ochranu LGBT+ osobám prostřednictvím zejména článku 8 Úmluvy, někdy rovněž ve spojení s článkem 14⁴². Čl. 8 Úmluvy zakotvuje právo na „respektování soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence“ a navzdory použitému termínu „respect“ může zavdat i pozitivním závazkům za účelem efektivního respektování tohoto práva⁴³. Jedná se o právo kvalifikované: lze je dle odst. 2 možné omezit v souladu se zákonem za účelem ochrany vypočtených zájmů, pokud je to v demokratické společnosti nezbytné. Zde se v případě třetí podmínky protíná analýza proporcionality a tzv. „substantivní“ pojetí doktríny margin of appreciation⁴⁴: mezi přísností přezkumu proporcionality a širšího prostoru pro uvážení lze najít přímou úměru⁴⁵ (viz kapitola 1.4.2.).

Ačkoliv podle ESLP pojem „soukromý život“ nelze podrobit pevné definici, řadí pod tento široký pojem mimo jiné otázky aspektů osobní identity jako jsou jméno, genderová identita nebo

³⁸ *Dudgeon*, § 61.

³⁹ *Toonen v. Australia*, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

⁴⁰ Tamtéž, §§ 8.7 a 11.

⁴¹ JOHNSON, P., FALCETTA, S. The Inclusion of Sexual Orientation and Gender Identity in Relationships Education. *European Convention on Human Rights Law Review*, 2021, roč. 3, č. 1.

⁴² Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *E.B. proti Francii* ze dne 22. 1. 2008, č. 43546/02.

⁴³ *Hämäläinen*, § 62.

⁴⁴ LETSAS, G. Two concepts of the margin of appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, roč. 26, č. 4. s. 706.

⁴⁵ KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář. 1. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2012. str. 90–91.

identifikace, sexuální orientace a sexuální život⁴⁶, a sociální identity, tedy mimo jiné práva navazovat a rozvíjet mezilidské vztahy⁴⁷. V přelomových rozsudcích tak ESLP například dovedl již zmíněný zákaz kriminalizace pohlavního styku dvou mužů v soukromí⁴⁸, právo na úřední změnu pohlaví⁴⁹, zákaz nucené sterilizace jako podmínky pro úřední změnu pohlaví⁵⁰ a pozitivní závazek státu právně uznat svazek dvou osob stejného pohlaví⁵¹. Co se týče pojmu „rodinný život“, ESLP nechrání pouhou „touhu založit rodinu“ – a čl. 8 negarantuje právo rodinu založit nebo adoptovat dítě⁵² – nýbrž zaměřuje se na ochranu již existujícího, faktického stavu⁵³. V rozsudku *X, Y a Z proti Spojenému království* ESLP např. konstatoval, že existuje rodinná vazba mezi stěžovatelem, který se narodil jako žena a podstoupil změnu pohlaví, a dítětem jeho partnerky⁵⁴. V rozsudku *Schalk a Kopf* poté uvedl, že soužití dvou osob stejného pohlaví v de facto partnerském vztahu již vlivem společenských a právních změn v Evropě rovněž spadá pod pojem „rodinný život“⁵⁵.

Ústavní soud ČR se zatím otázkami sexuální orientace a genderové identity zabýval jen v hrstce případů a jeho argumentaci v kontextu práva na soukromí bude věnována pozornost v dalším textu.

Bližší pozornost si zaslouží otázka zařazení sexuální orientace mezi diskriminační důvody (pojem genderové identity totiž, ač by taktéž stál za pozornost, tolik otázek nevyvolává). Čl. 21 LZPEU již sexuální orientaci ve svém výčtu výslovně uvádí, demonstrativní výčty ve starších dokumentech jako MPOPP (čl. 2 a 26), Úmluva (čl. 14) nebo LZPS (čl. 3 odst. 1) tento znak však neobsahují a k jeho zařazení tudíž bylo tudíž nutno dojít výkladem zejména pojmu „jiné postavení“ (podle některých i pojmu „pohlaví“, viz výše). Klíčovou tedy byla otázka takové konceptualizace pojmu sexuální orientace, která by zařazení mezi výčty zakázaných důvodů pomocí interpretace umožňovala. Právě v tom se liší přístup některých skupin států OSN, z nichž značná část dovození takového zařazení odmítá: v obecné rovině je mezi odpůrci kladen důraz na konceptualizaci homosexuality coby volního jednání, které se přičí jejich náboženské a kulturní tradici, a snaha o

⁴⁶ Rozsudek ESLP ve věci *A.P., Garçon a Nicot proti Francii* ze dne 6.4.2017, č. 79885/12, 52471/13 a 52596/13, § 92.

⁴⁷ *Fedotova a ostatní proti Rusku*, § 143.

⁴⁸ *Dudgeon*, § 61.

⁴⁹ *Christine Goodwin*; rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *I. proti Spojenému království* ze dne 11.7.2002, č. 25680/94.

⁵⁰ *A.P., Garçon a Nicot proti Francii*, § 135.

⁵¹ *Fedotova a ostatní proti Rusku*, § 224, navazující mimo jiné na rozsudek ESLP ve věci *Oliari a ostatní proti Itálii* ze dne 21.7.2015, č. 18766/11 a 36030/11 a rozsudek ESLP ve věci *Orlandi a ostatní proti Itálii* ze dne 14.12.2017, č. 26431/12; 26742/12; 44057/12 a 60088/12.

⁵² *E.B. proti Francii*, § 41.

⁵³ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *X. a další proti Rakousku* ze dne 19.2.2013, č. 19010/07, § 145.

⁵⁴ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *X, Y a Z proti Spojenému království* ze dne 22.4.1997, č. 21830/93, § 37.

⁵⁵ *Schalk a Kopf*, § 94.

zařazení sexuální orientace pod diskriminační znaky tak představuje tvorbu zcela nového práva⁵⁶. V současnosti se nicméně všechny monitorovací smluvní orgány OSN otázkám diskriminace na bázi sexuální orientace věnují a rovněž všechny vydaly v této oblasti stanoviska a komentáře⁵⁷.

Judikatura ESLP týkající se výkladu pojmu „jiné postavení“ je značně nejednotná a roztržštěná⁵⁸. Čl. 14 Úmluvy se nicméně dle ESLP na diskriminaci na bázi sexuální orientace „bezpochyby vztahuje“⁵⁹ a tento znak je dle ESLP srovnatelný se znaky jako rasa, národnostní původ nebo barva pleti⁶⁰ (ale srov. rozhodnutí *Peterka proti České republice*, kde senát v odůvodnění odmítnutí stížnosti pro zjevnou neopodstatněnost zařadil sexuální orientaci mezi důvody spočívající v osobní volbě⁶¹).

Čl. 14 Úmluvy – oproti čl. 1 Protokolu č. 12, který Česká republika neratifikovala – váže zákaz diskriminace na užívání práv a svobod přiznaných Úmluvou. Podle ESLP tak pro aplikaci tohoto článku musí předmětná záležitost spadat alespoň do „rámce“ samostatného práva, kdy se nemusí nutně jednat o jeho porušení⁶². V rozsudku *Karner proti Rakousku* tak např. ESLP řešil otázku přechodu nájmu v případě smrti jednoho z partnerů stejného pohlaví a konstatoval, že pro účely posouzení aplikovatelnosti čl. 14 předmětná záležitost spadala do rámce čl. 8 bez nutnosti zabývat se v roce 2004 v předmětné souvislosti pojmy „soukromý a rodinný život“, protože se beztak týkala pojmu „obydlí“⁶³. Významná je zejména judikatura ESLP týkající se zákazu diskriminace na základě sexuální orientace v kontextu osvojení⁶⁴. Pokud již ESLP nicméně konstatuje porušení „substantivního“ práva, porušení článku 14 v souvislosti se sexuální orientací stěžovatele již vysloví málokdy: často totiž ESLP bez větší argumentace vysloví, že tak činit by již bylo nadbytečné, což lze kritizovat⁶⁵.

Ústavní soud ČR pojem „jiné postavení“ v rovněž akcesorickém čl. 3 odst. 1 LZPS vykládá restriktivněji než ESLP. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/15 ohledně pojmu „jiné postavení“ specifikoval, že „*má zahrnovat pouze kritéria obdobná či blízká kritériím výslovně v daných ustanoveních zmíněným, nikoli jakoukoli myslitelnou situaci*“⁶⁶. Buď by se tedy mělo jednat o důvody spočívající na osobní volbě jednotlivce odrážející jeho osobnostní rysy, nebo důvody

⁵⁶ MCGOLDRICK, D., op. cit. sub 14, s. 620–1.

⁵⁷ Tamtéž, s. 631.

⁵⁸ BOBEK, M. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. op. cit. sub 45, s. 1220.

⁵⁹ Rozsudek ESLP ve věci *Salgueiro da Silva Mouta proti Rakousku* ze dne 21.12.1999, č. 33290/96, § 28.

⁶⁰ Rozsudek ESLP ve věci *Smith a Grady proti Spojenému království* ze dne 27.9.1999, č. 33985/96 a 33986/96, § 97.

⁶¹ Rozhodnutí senátu ESLP ve věci *Peterka proti České republice* ze dne 4.5.2010, č. 21990/08.

⁶² *E.B. proti Francii*, § 47.

⁶³ Rozsudek ESLP ve věci *Karner proti Rakousku* ze dne 24.7.2004, č. 40016/98, § 33.

⁶⁴ *E.B. proti Francii, X. a další proti Rakousku*.

⁶⁵ JOHNSON, P. Sexual orientation discrimination and Article 14 of the European Convention on Human Rights: the problematic approach of the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, č. 6/2023.

⁶⁶ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 28.6.2016, sp. zn. Pl. ÚS 18/15, bod 108.

spočívající na osobních vlastnostech či osobní charakteristice, kterou si jednotlivec nemůže zvolit, vše analogicky k znakům již explicitně vypočteným⁶⁷. Lze jen dovozovat, že sexuální orientace patří do druhé zmíněné kategorie: sexuální orientace podle Ústavního soudu „není volba, ale osobnostní charakteristika, kterou nelze změnit“⁶⁸. Soudce David Uhlíř ve svém disentaním stanovisku k usnesení sp. zn. Pl. ÚS 28/19 dokonce činí po vzoru judikatury Nejvyššího soudu USA analogii mezi sexuální orientací a barvou pleti v kontextu právní úpravy manželství⁶⁹.

Ústavní soud se otázkou diskriminace na základě sexuální orientace zabýval velice okrajově v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15. Konstatoval, že ustanovení § 13 odst. 2 zákona č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství, které jednotlivcům žijícím v registrovaném partnerství znemožňovalo osvojit dítě, činí z osob, které se rozhodly uzavřít registrované partnerství, v rozporu s právem na lidskou důstojnost de facto osoby "druhého řádu"⁷⁰. Diskriminaci na základě sexuální orientace nevyslovil, citoval nicméně odborný výzkum, podle kterého by se homosexualita coby nezměnitelný a vůlí neovlivnitelný stav „neměla stávat záminkou jakékoli diskriminace“⁷¹. Rovněž nálezu sp. zn. I. ÚS 3226/16 týkající se uznání zahraničního rozhodnutí o rodičovství stejnopohlavních párů se touto otázkou (mimo krátkého konstatování, že „napadený rozsudek [...] z prvního a druhého stěžovatele činí v Česku osoby druhého řádu na základě jejich sexuální orientace“⁷²) nezabýval, ačkoliv byla stěžovateli diskriminace namítána⁷³.

V této kapitole jsem se snažila v hrubých obrysech nastínit současnou pozici, kterou otázky LGBT+ osob v právu lidských práv zaujímají. To ale pro pochopení jejich současného postavení nestačí: je třeba rovněž mít na paměti, že jakékoli rozhodování v otázkách LGBT+ osob má takřka vždy mimořádně citelný dopad na životy a zdraví těch nositelů lidských práv, kterých se týká, a vzhledem k východiskům práce popsaným v úvodu je tak třeba se zaměřit i na otázku potenciálního budoucího vývoje této pozice. A to proto, že odpovědi na otázku, „kde“ se přesně nachází postavení LGBT+ osob v rámci lidskoprávního diskursu, je totiž v současné době především proces interpretace práva. Konkrétně jsou to myšlenkové pochody soudců, kteří interpretaci v konkrétních případech provádějí a kteří se nemusejí na konkrétních výsledcích shodnout. I bez bližšího rozboru je totiž nasnadě, že interpretace článků zakotvujících např. právo na soukromí v kontextu otázek postavení LGBT+ osob není mnohdy přijímána bez výhrad: text článků Úmluvy a LZPS je obecný a nikde není zmínka např. o trans osobách či nutnosti právního

⁶⁷ Tamtéž.

⁶⁸ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 29.6.2017, sp. zn. I. ÚS 3226/16, bod 46.

⁶⁹ Odlišné stanovisko soudce D. Uhlíře k usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 15. 6. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 28/19.

⁷⁰ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 14. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 7/15, bod 46.

⁷¹ Tamtéž, bod 47.

⁷² I. ÚS 3226/16, bod 46.

⁷³ Tamtéž, bod 52.

uznání odlišné genderové identity, přesto ESLP vyložil v rozsudku *Christine Goodwin* čl. 8 Úmluvy tak, že ukládá státům povinnost zavést v jejich právních řádech možnost úřední změny pohlaví. O čtyři roky dříve vyjádřil názor zcela opačný⁷⁴, ačkoliv se během těchto pár let text Úmluvy nijak nezměnil, ani nebyl přijat žádný dodatek.

Považuji nyní za stěžejní věnovat se právě této problematice a otázce potenciálního vývoje postavení LGBT+ osob v právu lidských práv ve světle poznatků výše. V následující kapitole tedy se budu nejprve zabírat identifikací konkrétních ohnisek neshod a otázkou: kde leží jádro(a) současných názorových střetů ohledně vývoje lidských práv LGBT+ osob, s přihlédnutím k dosavadním poznatkům?

1.2. Dva postoje soudců k postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu

Jednoduchým zdrojem identifikace neshod ohledně otázek práva v rámci jednoho soudního tělesa jsou disentní stanoviska. Vzhledem k položené výzkumné otázce v případě rozhodnutí ESLP mají zároveň coby předmět zkoumání potenciál mít největší vypovídací hodnotu disentní stanoviska k těm rozhodnutím, která jsou všeobecně vnímána jako „průlomová“. Zabývala jsem se proto studiem disentních stanovisek k rozhodnutím ESLP a Ústavního soudu ČR týkajících se otázek sexuální orientace či genderové identity ve snaze nikoliv vytvořit komplexní přehled argumentů a jednotlivých neshod v každém rozhodovaném případě, ale identifikovat dostatečně relevantní ohnisko neshod pro možnost zodpovězení výzkumné otázky.

Tato metoda má ovšem pochopitelně své limity: k mnoha „průlomovým“ rozhodnutím došlo jednomyslně (např. *Christine Goodwin*), drtivá většina argumentů v předmětných stanoviscích se poté týká různých specifik daných případů, která nejsou pro předmětný účel zcela zobecnitelná, jakkoli tyto argumenty vyzdvihují samy o sobě zajímavé právní otázky. Je tomu tak v případě námitek ohledně zachování se ESLP coby čtvrté instance ve vztahu k národním soudům (*Van Kück proti Německu*⁷⁵, *E.B. proti Francii*⁷⁶, *Schlumpf proti Švýcarsku*⁷⁷) a relativně časté jsou rovněž námitky týkající se ne vždy zcela transparentní argumentace většiny evropským konsenzem (blíže viz kapitola 1.4.4.) (zejména v případě rozsudku *A.P., Garçon a Nicot proti*

⁷⁴ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Sheffield a Horsham proti Spojenému království* ze dne 30.7.1998, č. 22985/93 a 23390/94.

⁷⁵ Společné odlišné stanovisko soudců I. Cabral Barreta, J. Hedigana a H. S. Greve k rozsudku ESLP ve věci *Van Kück proti Německu* ze dne 12. 6. 2003, č. 35968/97, body 12-14.

⁷⁶ Společné odlišné stanovisko soudců J. P. Costy, R. Türmen, M. Ugrekhelidze a D. Jočiené k rozsudku ESLP ve věci *E.B. proti Francii*, body 6-7.

⁷⁷ Společné odlišné stanovisko soudců N. Vajić a S. E. Jebense k rozsudku ESLP ve věci *Schlumpf proti Švýcarsku* ze dne 5. 6. 2009, č. 29002/06, bod 3.

*Francii*⁷⁸, ale i *X. a ostatní proti Rakousku*⁷⁹, *Fedotova a ostatní proti Rusku*⁸⁰). Odlišné stanovisko sedmi soudců k rozsudku ESLP ve věci *X. a ostatní Rakousku* zároveň jako výtku většině velkého senátu podotýká, že smyslem doktríny živoucího nástroje (viz kapitola 1.4.2.) je reagovat na změnu současných podmínek, a nikoliv ji předvídat, ba se o tuto změnu přímo zasazovat⁸¹. S přihlédnutím k plošnému zaměření práce na postavení LGBT+ osob jako celku jsem ale identifikovala jednu zcela nejvýraznější skupinu argumentů: v disentních stanoviscích k několika nedávným rozhodnutím lze tak rozpoznat jeden konkrétní a zobecnitelný postoj k potenciálnímu budoucímu vývoji rozhodování o otázkách postavení LGBT+ osob, který zároveň považují za nejrelevantnější pro zodpovězení výzkumné otázky. Předmětné argumenty nyní předložím.

K rozsudku ESLP *Orlandi a ostatní proti Itálii*⁸² z roku 2017 uplatnili společné odlišné stanovisko soudci Aleš Pejchal a Krzysztof Wojtyczek. V tomto rozhodnutí senát ESLP následoval předchozí rozsudek *Oliari a ostatní proti Itálii*⁸³ z roku 2015 a shledal většinou pěti hlasů ku dvěma, že došlo k porušení článku 8 Úmluvy, když italské orgány nezajistily žádnou právní ochranu stejnopohlavním párům, které uzavřely sňatky v zahraničí. Disentující soudci argumentovali na bázi metodologie interpretace Úmluvy: dle jejich názoru povinnost zajištění právního uznání svazků nezahrnujícího manželství z článku 8 Úmluvy dle všech aplikovatelných zásad interpretace nevyplývá a jedná se o záležitost patřící do výlučné kompetence smluvních států⁸⁴. Většina tak dle jejich názoru uložila pozitivní závazek, který z textu Úmluvy vyložit nelze⁸⁵.

V rozsudku *Fedotova a ostatní proti Rusku* z roku 2023 velký senát ESLP řešil poprvé otázku, zda existuje na základě čl. 8 Úmluvy pozitivní závazek států právně uznat nějakým způsobem (nikoliv nutně formou manželství) svazky párů osob stejného pohlaví. Za použití argumentace doktrínou evropského konsenzu velký senát většinou čtrnácti hlasů ku třem shledal, že takový závazek vskutku existuje, a konstatoval porušení článku 8 Úmluvy v situaci, kdy právní řád Ruské federace žádné právní uznání či ochranu těmto svazkům neumožňoval⁸⁶. Ve svém rozsáhlém disentním stanovisku soudce K. Wojtyczek namítl, že dle jeho názoru v daném případě

⁷⁸ Odlišné stanovisko soudce C. Ranzonihho k rozsudku ESLP ve věci *A.P., Garçon a Nicot proti Francii*.

⁷⁹ Společné odlišné stanovisko soudců J. Casadevall, I. Ziemele, A. Kovlera, D. Jočiené, J. Šikuty, V. De Gaetana a L.A. Sicilianose k rozsudku ESLP ve věci *X. a ostatní proti Rakousku*, body 12-22.

⁸⁰ Odlišné stanovisko soudce K. Wojtyczka k rozsudku ESLP ve věci *Fedotova*, bod 2.3.

⁸¹ Op. cit. sub 78, bod 23.

⁸² Rozsudek ESLP ve věci *Orlandi a ostatní proti Itálii* ze dne 14.12.2017, č. 26431/12; 26742/12; 44057/12 a 60088/12.

⁸³ Rozsudek ESLP ve věci *Oliari a ostatní proti Itálii* ze dne 21.7.2015, č. 18766/11 a 36030/11.

⁸⁴ Odlišné stanovisko soudců A. Pejchala a K. Wojtyczka k rozsudku ESLP ve věci *Orlandi a ostatní proti Itálii*, bod 4.

⁸⁵ Tamtéž, bod 14.

⁸⁶ *Fedotova a ostatní proti Rusku*, § 224.

nešlo o „*aplikaci práv zaručených Úmluvou, nýbrž o otázku přidávání nových práv do Úmluvy*“⁸⁷. Většina podle jeho názoru uložila státům mezinárodní závazky, ke kterým nikdy nedaly souhlas, navíc v rozporu s požadavkem ideologické neutrality⁸⁸. Soudce Mikhail Lobov ve svém vlastním disentančním stanovisku uvedl, že v tomto případě se jednalo o exces užití principu evolutivního výkladu Úmluvy⁸⁹.

Soudce Vladimír Sládeček ve svém odlišném stanovisku k výroku nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 7/15 vyslovil názor, že „*především demokraticky zvolenému zákonodárci přísluší, zda a jak problematiku adopce registrovanými partnery, resp. adopci stejnopohlavních osob upraví*“⁹⁰. Většina dle jeho názoru nerespektovala princip sebeomezení a rozhodla přílišně aktivisticky⁹¹.

Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 52/23 zrušil ustanovení § 29 odst. 1 věty první občanského zákoníku a a § 21 odst. 1 věty první zákona o specifických zdravotních službách, které podmiňovaly změnu pohlaví chirurgickým zákrokem při současném znemožnění reprodukční funkce a přeměně pohlavních orgánů. Ústavní soud tyto zákonné požadavky shledal v rozporu s právem na ochranu tělesné integrity a osobní autonomie ve spojení s jejich lidskou důstojností podle čl. 7 odst. 1 LZPS ve spojení s čl. 8 Úmluvy a čl. 1 odst. 1 LZPS⁹². Ve svém odlišném stanovisku se soudce Josef Fiala s výrokem neztotožnil z důvodu, že v něm podle něj Ústavní soud nezachoval přístup odpovídající jeho postavení⁹³ a odkázal na předchozí nálezy sp. zn. Pl. ÚS 2/20⁹⁴, ve kterém relevantní menšina, jíž byl součástí, návrh na zrušení (mimo jiné) předmětných ustanovení zamítla. Ztotožnil se s jejím postojem v tomto nálezu, ze kterého pro tento účel citoval: „*[Ř]ešení základních otázek týkajících se člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů, náleží Parlamentu České republiky. [...] Judicializace těchto otázek může vést k politizaci Ústavního soudu a tím i k oslabení jeho postavení jako nestranného a nezávislého soudního orgánu chránícího ústavní pořádek*“⁹⁵. Názor, že řešení otázek člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů náleží zákonodárci a nikoliv Ústavnímu soudu či ESLP, byl taktéž projeven většinou pléna v nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 6/20, týkajícího se otázky uznání zahraničních rozhodnutí o rodičovství stejnopohlavních párů⁹⁶.

⁸⁷ Odlišné stanovisko soudce K. Wojtyczka k rozsudku ESLP ve věci *Fedotova*, bod 3.3 [vlastní překlad autorky]

⁸⁸ Tamtéž, bod 5.

⁸⁹ Odlišné stanovisko soudce M. Lobova k rozsudku ve věci *Fedotova*, bod 17.

⁹⁰ Odlišné stanovisko soudce Vladimíra Sládečka k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15, bod 1.

⁹¹ Tamtéž, bod 6.

⁹² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 24. 4. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 52/23, bod 103.

⁹³ Odlišné stanovisko soudce Fialy k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 52/23.

⁹⁴ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 9. 11. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 2/20.

⁹⁵ Tamtéž, bod 63.

⁹⁶ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 15. 12. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 6/20, bod 32.

S vědomím rozdílů mezi Ústavním soudem a ESLP vyjadřují výše uvedené argumenty postoj, který lze dle mého názoru vyložit prostřednictvím následujících tezí: Existuje hranice mezi mezi politickým rozhodnutím a soudním rozhodnutím. Rozhodnutí soudů by měla být co možná nejvíce politicky a ideologicky neutrální a vyvarovat se příliš aktivistického přístupu. Dovození např. pozitivního závazku státu právně uznat svazek dvou osob stejného pohlaví z čl. 8 Úmluvy nebo zákaz podmínění úřední změny pohlaví operativním zákrokem z výše zmíněných ustanovení je nepřijatelným překročením této hranice.

Protipól a zároveň hlavní protiargument k tomuto postoji vyjadřuje dle mého názoru soudkyně Kateřina Šimáčková ve svém odlišném stanovisku k nedávnému rozsudku ESLP *Y. proti Francii*, podle nějž neumožnění uvedení možnosti „neutrální“ nebo „intersex“ v rodných listech intersexuálních osob nepředstavuje porušení pozitivních závazků plynoucích z čl. 8 Úmluvy⁹⁷. Šimáčková v reakci na závěr většiny šesti soudců senátu, že otázka regulace právního postavení intersexuálních osob patří do kompetence národních parlamentů uvedla, že rozumí obavám o zachování legitimacy ESLP v případě, že by bylo při absenci evropského konsenzu rozhodnuto ve prospěch stěžovatele, stejně jako důležitosti respektování povahy ESLP coby mezinárodního soudu ve vztahu k právu členských států založenému na dělbě moci⁹⁸. Namítla ale, že se jedná o vzácnou otázku představující značně tíživý problém pro část populace tak početně malou, že nemá politickou relevanci a nemůže tak své zájmy efektivně prosazovat demokratickou cestou⁹⁹. Lze také odkázat na citaci ze společného odlišného stanoviska Šimáčkové, Pavla Šámala a Vojtěcha Šimíčka k výroku i odůvodnění výše zmíněného nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 6/20 ve vztahu k homosexuálům, kteří uzavřeli partnerství v zahraničí: „*V praxi jsou to často osoby stojící z nějakého důvodu na okraji společnosti, které nejvíce z lidských práv profitují. Příslušníci většiny jsou totiž zpravidla schopni si své zájmy prosadit skrze běžné demokratické procesy. [...] Bez zakotvení lidských práv by demokracie mohla zdegenerovat do útlaku svých menšin, když by si to většina přála a v demokratickém hlasování to přijala. To je však současně také důvodem, proč lidská práva nemusí být vždy všeobecně přijímána pozitivně. Působí často na ochranu jednotlivců, kteří nejsou oblíbeni*“¹⁰⁰. Tento postoj, který klade s důrazem na účel lidských práv do popředí zájem politicky znevýhodněných menšin, kterým často nezbyvá nic jiného, než formulovat své základní potřeby jazykem lidských práv, představuje v obecné rovině rovněž jeden z hlavních zdrojů kritiky nástrojů výkladu margin of appreciation a evropského konsenzu, na základě kterých

⁹⁷ Rozsudek ESLP ve věci *Y. proti Francii* ze dne 31.1.2023, č. 76888/17, § 92.

⁹⁸ Odlišné stanovisko soudkyně K. Šimáčkové k rozsudku ESLP ve věci *Y. proti Francii*, bod 2.

⁹⁹ Tamtéž, bod 3.

¹⁰⁰ Společné odlišné stanovisko soudců K. Šimáčkové, P. Šámala a V. Šimíčka k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 6/20, bod 2.

ke svému závěru ESLP v rozsudku *Y. proti Francii* došel¹⁰¹. Tomuto postoji a kritice těchto metod se budu blíže věnovat v kapitole 1.4.

S vědomím rozdílů mezi ESLP a Ústavním soudem ČR se domnívám, že si lze na základě rozboru výše položit dvě komplementární teoretické otázky vztahující se k oběma zmíněným postojům. První klade důraz na princip oddělení složek moci a institucionální roli soudců: lze a priori určit, že určitá oblast relevantní pro postavení LGBT+ osob (jako např. „řešení otázek člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů“) patří výlučně do kompetence legislativy a je vyloučena z přezkumu Ústavním soudem či ESLP? Druhá otázka směřuje do oblasti interpretace a reaguje na postoj představovaný K. Šimáčkovou: lze určit, že některá interpretace lidských práv ve prospěch ochrany LGBT+ osob v případných zbylých otázkách již opravdu možná *není*? Jedná se do značné míry o dvě strany téže mince: přílišný soudcovský aktivismus bývá v pejorativním smyslu spojován s nadměrně extenzivním výkladem a otázka, zda je určité rozhodnutí politickým, bývá charakterizována jako otázka překročení hranice korektní interpretace¹⁰². První otázce se budu v kontextu činnosti Ústavního soudu ČR věnovat nyní, druhé ve zbytku této části.

1.3. Zdrženlivost Ústavního soudu ČR

Princip dělby moci zakotvený v čl. 2 odst. 1. Ústavy České republiky (dále jen „Ústavy“) představuje v obecné rovině zábranu koncentrace státní moci a tedy i záruku zachování lidu coby suveréna¹⁰³; slovy Ústavního soudu je princip dělby moci „[...] *garancí proti libovůli a zneužití státní moci a v podstatě i zárukou svobody a ochrany jednotlivce* [...]“¹⁰⁴. Zde je podstatný zejména vztah moci zákonodárné, která náleží dle čl. 15 odst. 1 Parlamentu, a Ústavního soudu, který je systematickým zařazením v hlavě čtvrté Ústavy součástí moci soudní.

Ústavní soud je dle čl. 83 Ústavy soudním orgánem ochrany ústavnosti a jeho úkolem je mj. kontrola ústavnosti norem: následná, abstraktní i konkrétní¹⁰⁵. Sám je ovšem vázán respektem k dělbě moci a k interpretaci hranic vlastní kompetence (nejen) v rámci kontroly norem využívá princip sebeomezení, spočívající ve snaze minimalizovat zásahy do činnosti jiných orgánů veřejné moci (také někdy odkazuje na anglický pojem „judicial self-restraint“, který je obecným

¹⁰¹ *Y. proti Francii*, § 80.

¹⁰² ONDŘEJKOVÁ, J. Úvod: Politika před soudy, soudy v politice. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. a kol. *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Praha: Leges, 2020, s. 14–15.

¹⁰³ SLÁDEČEK, V., SYLLOVÁ, J. In: SLÁDEČEK, V., MIKULE, V., SUCHÁNEK, R., SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář. 2. vydání.* Praha: C. H. Beck, 2016, s. 28.

¹⁰⁴ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 18. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 7/02, bod 5.

¹⁰⁵ SLÁDEČEK, V., op. cit. sub 103, s. 910.

označením pro soudcovskou zdrženlivost). Jeho inspirací je zejména doktrína „political question“¹⁰⁶, formulovaná Nejvyšším soudem USA v rozsudku *Marbury vs. Madison*¹⁰⁷. Na ni Ústavní soud výslovně odkazuje společně s čl. 5 a 6 Ústavy např. v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 50/06, kde v případě přezkumu ustanovení zákona o rozpočtovém určení daní konstatoval, že mu kromě případů neústavnosti nepřísluší zasahovat do autonomní sféry politického rozhodování¹⁰⁸. Konkrétně čl. 6 Ústavy představuje podle Pavla Uhla v kontextu výše zmíněné problematiky politizace justice „normativní oporu pro vymezení jasné hranice mezi politickou otázkou a právní otázkou“¹⁰⁹: zákonodárce je v mezích ústavních mantinelů oprávněn přijímat politická rozhodnutí, která z věcného hlediska „nepodléhají právnímu soudu“¹¹⁰. Slovy Ústavního soudu v usnesení sp. zn. Pl. ÚS 17/14: „Mezi [...] rozhodnutí vymykající se kontrole ze strany ústavního soudnictví patří např. rozhodnutí, kterými zákonodárce či exekutiva rozhodují o otázkách politických (tzv. *political questions*), o záležitostech organizačně-technických, rozpočtových, ekonomických“¹¹¹. Princip sebeomezení se podle Ústavního soudu odráží i v upřednostňování ústavně konformního výkladu před derogací právního předpisu¹¹². Konečně, právě principem sebeomezení argumentoval např. soudce V. Sládeček ve svém odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15 a rovněž je podstatou formulace v pozdějších nálezech, že „k řešení otázek člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů je zákonodárce předurčen lépe než ESLP i Ústavní soud“¹¹³.

Teorie blíže rozlišuje „institucionální“ a „ideologickou“ soudcovskou zdrženlivost či aktivismus¹¹⁴, přičemž přívlastek „ideologický“ se vztahuje k otázce ideologického (ne)souladu předmětného zákona či ustanovení s postoji soudců, zatímco přívlastek „institucionální“ se vztahuje právě k pozici soudů v rámci dělby moci¹¹⁵. V rámci doktrín institucionální zdrženlivosti patří princip sebeomezení Ústavního soudu mezi tzv. doktríny justiciability, které odrážejí představu, že určité věci inherentně nejsou „způsobitelné k tomu, aby o nich rozhodovaly soudy“¹¹⁶ (ačkoliv jej Ústavní soud využívá i např. pro zdůvodnění preference ústavně konformního výkladu

¹⁰⁶ LANGÁŠEK, T. In: RYCHETSKÝ, P., LANGÁŠEK, T., HERC, T., MLSNA, P. a kol. *Ústava České republiky: Komentář*. [online: systém ASPI]. Wolters Kluwer [cit. 2024-10-25]. Dostupné online z: <https://www.aspi.cz/products/lawText/13/46250/1/2>.

¹⁰⁷ Rozsudek Nejvyššího soudu USA *Marbury vs. Madison*, 5 U. S. 137 (1803).

¹⁰⁸ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 30. 11. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 50/06, bod 30.

¹⁰⁹ UHL, P. In: RYCHETSKÝ, P., LANGÁŠEK, T., HERC, T., MLSNA, P. a kol. op. cit. sub 106.

¹¹⁰ Tamtéž.

¹¹¹ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 13. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 17/14, bod 47.

¹¹² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 22. 1. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 54/05, bod 32.

¹¹³ Pl. ÚS 6/20, bod 32; výslovně Pl. ÚS 2/20, bod 63.

¹¹⁴ POSNER, R. A. The Rise and Fall of Judicial Self-restraint. *California Law Review*, 2012, roč. 100, č. 3. s. 552.

¹¹⁵ MALÍŘ, J. Institucionální zdrženlivost ústavních soudů se zřetelem k Ústavnímu soudu ČR. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. a kol. op. cit. sub 102, s. 62.

¹¹⁶ Tamtéž, s. 69.

před derogací, která je naopak prvkem doktríny v USA známé jako *constitutional avoidance*¹¹⁷). „Otázky člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů“ by tak po vzoru argumentace výše tvořily v očích Ústavního soudu právě nejusticeabilní otázky. Domnívám se, že např. některé otázky biomedicíny a bioetiky by skutečně mezi otázky, o kterých by soudy neměly rozhodovat, patřit měly, zde ale leží první problém. Přes svou obrovskou vágnost byla tato konkrétní formulace zatím vždy používána výlučně pro zdůvodnění preference zdrženlivého přístupu při nutnosti rozhodnout o otázkách postavení LGBT+ osob. Zároveň by při takto širokém vymezení nejusticeabilních otázek bylo nutné v případě řízení o kontrole norem ve prospěch zákonodárce „dát ruce pryč“ od rozhodování v drtivé většině myslitelných otázek, ve kterých by zároveň sexuální orientace či genderová identita představovaly natolik relevantní a zobecnitelné charakteristiky jednotlivců, aby je bylo nutné zvlášť vyzdvihnout. Zejména pak v kontextu práv v čl. 7 odst. 1 a čl. 10 odst. 1 a 2 LZPS, na která se nevztahuje čl. 41 odst. 1 LZPS a která jsou přitom spolu s čl. 8 Úmluvy pro ochranu postavení LGBT+ osob v České republice klíčová: právě především rozdílnost prožívání příslušnosti k „člověku“ jako biologickému druhu, rodinné vztahy a možnosti LGBT+ osob rodinu založit neodpovídají v jejich případě heteronormativním a cisnormativním představám, které jsou implicitně chápány jako neutrální uspořádání společnosti.

Jak podotýká Jan Malíř, jakkoli jasná metodologie v přístupu Ústavního soudu chybí, lze v jeho judikatuře ovšem nalézt i jiné techniky soudcovské zdrženlivosti, známé zejména z USA¹¹⁸. Vedle již zmíněné *constitutional avoidance* lze poukázat zejména na výslovný odkaz na soudcovský minimalismus v nálezu „Lisabon II“¹¹⁹ nebo na možnost strategické práce s časem např. v podobě určení dne, kterým se ruší předmětný zákon či ustanovení¹²⁰. V souvislosti s poslední zmíněnou technikou lze poukázat na nález sp. zn. Pl. ÚS 52/23, kde ve snaze „katalyzovat“ demokratickou diskusi dal Ústavní soud odložením vykonatelnosti ve smyslu § 58 odst. 1 zákona o Ústavním soudu zákonodárci „dostatečný prostor více než jednoho roku, aby podmínky změny pohlaví v České republice upravil důstojným a ústavně souladným způsobem“¹²¹. Tento nález (a konkrétně jeho body 103–109 odůvodnění) je dle mého názoru dobrým příkladem zdrženlivého přístupu k otázce postavení trans osob v České republice, kdy se ale zároveň Ústavní soud „minimálnímu zásahu do existující úpravy nemohl vyhnout“¹²².

¹¹⁷ Tamtéž, s. 114.

¹¹⁸ Tamtéž, s. 100 an.

¹¹⁹ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 11. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/09-3, bod 113.

¹²⁰ MALÍŘ, J., op. cit. sub 115, s. 125.

¹²¹ Pl. ÚS 52/23, bod 108.

¹²² MALÍŘ, J., op. cit. sub 115, s. 105.

Lze tedy některé otázky postavení LGBT+ osob a priori vyloučit z ústavního přezkumu s odkazem na soudcovskou zdrženlivost? Domnívám se, že v abstraktní rovině nikoliv. Bez ohledu na míru de facto politické citlivosti otázek, které se s jejich postavením ve společnosti z podstaty věci vždy bude pojit, se především jedná o lidské bytosti a tedy nositele lidských práv. Role Ústavního soudu jako soudního orgánu ochrany ústavnosti je koneckonců i poskytovat ochranu jednotlivci před zvůli většiny¹²³ a pokud jsou neheterosexuální orientace či transgender identita chápány jako možné atributy tohoto „jednotlivce“, takový postup by představoval rezignaci na tuto roli. To zároveň neznamená rezignaci na princip sebeomezení a minimalizaci zásahů do činnosti Parlamentu, jakkoli může být určení přesné hranice v konkrétních případech složité: Ústavní soud ostatně sám odkazuje na princip sebeomezení i v otázkách, kdy se o případy nejusticeability nejedná. Problematicnost plošného tvrzení, že „řešení otázek člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů náleží Parlamentu“, v případě požadavku chirurgického zákroku jako podmínky úřední změny pohlaví dle mého názoru vystihuje disentanční stanovisko šesti soudců k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/20: „[J]edná o problém pouze malého počtu jedinců ročně (zajisté značně citelný a tíživý), zatímco pro většinovou populaci a politickou reprezentaci je to zcela okrajové téma a nelze očekávat, že se stane předmětem jejich skutečného a relevantního zájmu. Úkolem soudů je přitom efektivně chránit základní práva jakékoliv menšiny (čl. 4 a čl. 83 Ústavy)“¹²⁴.

Může zákonodárce přezkum sám vyloučit? Opět nikoliv: jednou z jeho ústavních mezí je čl. 4 Ústavy, podle kterého jsou základní práva a svobody pod ochranou soudní moci. Tu dle čl. 81 vykonávají jménem republiky nezávislé soudy a z pohledu jednotlivce je poté protějškem tohoto ustanovení čl. 36 LZPS. Prvkem materiálního právního státu, k němuž se Česká republika hlásí, je právě zajištění účinné ochrany těmto právům – zákonodárci tato práva a svobody ze soudní ochrany vyloučit nepřísluší¹²⁵. V situaci, kdy jiné orgány veřejné moci tato práva nerespektují, poté slouží jako ultima ratio prostředek ústavní stížnost¹²⁶, přičemž Ústavní soud často opakuje, že není další instancí obecných soudů a soudní kontrola ústavnosti musí být omezena na otázky ústavněprávní povahy¹²⁷.

Odpověď na otázku, zda lze a priori určit, že regulace určitých otázek postavení LGBT+ osob náleží výlučně zákonodárci, tak konečně zní záporně, a to z důvodu, že Ústavní soud nemůže

¹²³ PAVLÍČEK, V. a kol. *Ústavní právo a státověda, II. díl. Ústavní právo České republiky*. I. vydání. Praha: Leges, 2011, s. 941.

¹²⁴ Odlišné stanovisko soudců V. Šimíčka, L. Davida, J. Jirsy, P. Šámala, D. Uhlíře a J. Zemánka k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/20, bod 11.

¹²⁵ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 2. 7. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 39/17, bod 59.

¹²⁶ SLÁDEČEK, V. In: SLÁDEČEK, V., MIKULE, V., SUCHÁNEK, R., SYLLOVÁ, J. op. cit. sub 103, s. 59.

¹²⁷ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 23. 4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 2/08, bod 79.

rezignovat na svou úlohu podle čl. 83 Ústavy. To neznámá, že v konkrétních případech tak nemůže být shledáno, ale stejně jako nelze v materiálním právním státě každou problematiku postavení LGBT+ osob označit a priori za otázku vyloučenou ze soudního přezkumu, určení, kdy již byla dosažena hranice ústavního rozměru, je rovněž záležitostí posouzení každého jednotlivého případu.

Problematice rozhodování ESLP se budu věnovat v následující kapitole v rámci rozboru nahlížení ESLP na otázky sexuální orientace a genderové identity prostřednictvím představení některých hlavních principů a metod jeho interpretace, které především figurují v rozhodnutích, které se těchto otázek týkají. Zaměřovat se budu zejména na jejich kritiku a širší implikace v kontextu lidskoprávního diskursu. V poslední kapitole této části se poté pokusím ve světle poznatků celé této části formulovat odpověď na otázku: lze tedy alespoň určit, že jistá interpretace ve prospěch ochrany postavení LGBT+ osob již možná opravdu není?

1.4. Výkladové metody ESLP v otázkách postavení LGBT+ osob

1.4.1. Evolutivní výklad a princip efektivity ochrany práv

Pravděpodobně zcela nejzásadnější je v kontextu ochrany postavení LGBT+ osob metoda evolutivního či dynamického výkladu, představovaná v rozhodovací praxi ESLP tzv. doktrínou „živoucího nástroje“ (v kontextu interpretace ústav lze rovněž odkázat na ideu „living constitution“¹²⁸). Jedná se – v návaznosti na text výše – v zásadě o teleologický výklad, podle kterého má být text Úmluvy vykládán „ve světle současných podmínek“¹²⁹. Tento výklad ESLP uplatňuje mimo jiné právě v souvislosti s rozhodováním v případech týkajících se sexuální orientace a genderové identity a umožňuje mu reagovat na vyvíjející se společenské a kulturní podmínky: vnímání těchto otázek se od roku 1950 radikálně proměnilo, zatímco text Úmluvy zůstal stejný. S touto doktrínou úzce souvisí princip efektivity ochrany práv: Úmluva má být podle ESLP interpretována a aplikována způsobem, který zaručuje, aby práva byla „praktická a účinná a nikoliv teoretická a iluzorní“¹³⁰.

Tato doktrína ovšem není přijímána bezvýhradně pozitivně. V kombinaci s dalšími níže popsanými metodami vzbuzuje obavy z nabourávání principu právní jistoty a předvídatelnosti

¹²⁸ LETSAS, G. The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy. In: FØLLESDAL, A., PETERS, B., ULFSTEIN, G. (eds). *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 106.

¹²⁹ Poprvé v rozsudku ESLP ve věci *Tyler proti Spojenému království* ze dne 25.4.1978, č. 5856/72, § 31., kde změna společenských podmínek spočívala ve změně vnímání tělesných trestů. Dále např. rozsudky *E.B. proti Francii*, § 92, *Christine Goodwin*, § 74–75.

¹³⁰ *Christine Goodwin*, § 74.

rozhodování¹³¹. S kritikou užívání evolutivního výkladu ESLP ve spojení s metodami níže se rovněž pojí strategické obavy o zachování samotné legitimacy tohoto orgánu zejm. ve Spojeném království, které je dlouhodobým a pravděpodobně nejhlasitějším kritikem evolutivního výkladu¹³². Již britský soudce Gerald Fitzmaurice ve svém odlišném stanovisku k rozsudku *Golder* poznamenal, že nemůže být po smluvních stranách Úmluvy očekáváno, že budou dodržovat závazek, který nikde není definovaný a ke kterému tedy nedaly souhlas¹³³. Lze odkázat i na odlišné stanovisko soudce K. Wojtyczka k rozsudku *Fedotova*, které je spolu s názorem soudce Fitzmaurice zcela ukázkovým příkladem originalistických přístupů k výkladu Úmluvy¹³⁴.

Podle většiny autorů a autorek ale zájem na zachování efektivity ochrany práv v Úmluvě v měnících se společenských podmínkách činí evolutivní výklad nevyhnutelným¹³⁵: bez takového postupu by ESLP (zejména poté v kontextu otázek postavení LGBT+ osob) postupně rezignoval na svůj účel¹³⁶.

1.4.2. Odklon od originalismu a případ *Golder*

ESLP ve své rozhodovací činnosti používá do značné míry pro něj unikátní interpretační mechanismy. V této části se budu věnovat představení a zejména kritice těch, které hrají nejvýraznější roli v kontextu rozhodování v otázkách postavení LGBT+ osob.

Na výklad Úmluvy coby mezinárodní smlouvy se ale v první řadě vztahuje Vídeňská úmluva o smluvním právu (dále jen „VÚSP“). Byla sice přijata až v roce 1969 a v účinnost vstoupila o jedenáct let později, její články 31–33, které zakotvují obecná pravidla výkladu mezinárodních smluv, jsou všeobecně vnímány jako kodifikace obyčejového práva¹³⁷. ESLP na VÚSP odkazuje velmi málo¹³⁸. Článkem 31 (podle jehož odst. 1 musí být smlouva vykládána „v dobré víře, v souladu s obvyklým významem, který je dáván výrazům ve smlouvě v jejich celkové souvislosti, a rovněž s přihlédnutím k předmětu a účelu smlouvy“) ale argumentoval v rozsudku *Golder proti Spojenému království* z roku 1975¹³⁹.

¹³¹ BRAUCH, J. A. The Human Rights Movement and the Prevention of Evil: The Need to Look Inward as Well as Out. *Catholic University Law Review*, 2019, roč. 68, č. 3, s. 641.

¹³² JOHNSON, P. UK Withdrawal From the European Convention on Human Rights: A Disaster for LGBT People. *European Convention on Human Rights Law Review*, č. 5/2024, s. 84.

¹³³ Odlišné stanovisko soudce G. Fitzmaurice k rozsudku ESLP ve věci *Golder*, bod 30.

¹³⁴ LETSAS, G., op. cit. sub 129, s. 517.

¹³⁵ DZEHTSIAROU, K. European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 2011, roč. 12, č. 10, s. 1731.

¹³⁶ LETSAS, G., op. cit. sub 136, s. 123.

¹³⁷ KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. op. cit. sub 45, s. 74.

¹³⁸ LETSAS, G. Strasbourg's Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *European Journal of International Law*, 2010, roč. 21, č. 3, s. 513.

¹³⁹ Rozsudek ESLP ve věci *Golder proti Spojenému království* ze dne 21.2.1975, č. 4451/70, § 34.

Tento rozsudek, ve kterém ESLP slavně dovedl, že právo na přístup k soudu je inherentní součástí práva na spravedlivý proces v článku 6 Úmluvy¹⁴⁰, patří k nejdůležitějším rozhodnutím v historii tohoto orgánu. Představuje první rozhodnutí, ve kterém ESLP dovedl tzv. implikované právo – právo, které není vypočtené v textu Úmluvy, je nicméně v ní obsaženo coby nevyhnutelná implikace práv vypočtených a neukládá tak státům žádný „nový“ závazek (blíže v kapitole 1.5.). Zároveň jím ESLP odmítl jak textualistický, tak intentionalistický přístup k výkladu Úmluvy, a položil tak základy jeho dnes klíčovými principům interpretace¹⁴¹. Nepovažoval za nutné věnovat se doplňkovým prostředkům výkladu podle čl. 32 VÚSP¹⁴² a nejenže s odkazem na předmět a účel Úmluvy definovaný v její preambuli dovedl právo, o kterém nebylo zřejmé, zda jej tvůrci textu Úmluvy měli v úmyslu zahrnout, v následujících letech v návaznosti na toto rozhodnutí dokonce začal dovozovat práva, která explicitně v úmyslu zahrnout neměli¹⁴³. Rovněž v následujících letech potvrdil svoji dodnes stěžejní preferenci teleologického výkladu před výkladem striktně jazykovým¹⁴⁴.

1.4.3. Margin of appreciation

Doktrína „margin of appreciation“ neboli prostoru pro uvážení, na kterou odkazuje již preambule Úmluvy, představuje v případě činnosti ESLP v předmětném kontextu de facto protějšek principu sebeomezení Ústavního soudu popsaného v kapitole 1.3. Podstatou této doktríny je právě sebeomezení soudu při přezkumu rozhodnutí vnitrostátních orgánů a ponechání těmto orgánům určité míry diskrece¹⁴⁵. Při aplikaci této doktríny se jednotlivé smluvní státy se v souladu s principem subsidiarity považují za lépe povolané posoudit konkrétní skutkové okolnosti, jelikož jejich orgány jsou v přímém kontaktu s místními podmínkami¹⁴⁶. Subsidiarita ochrany ESLP je rovněž vyjádřena v nutnosti vyčerpat všechny dostupné opravné prostředky podle čl. 35 Úmluvy. V rámci onoho „prostoru pro uvážení“ je poté státům umožněno přijímat rozhodnutí sice navzájem rozdílná, ale stále v souladu s Úmluvou¹⁴⁷. ESLP rozlišuje široký a úzký

¹⁴⁰ Tamtéž, § 36.

¹⁴¹ LETSAS, G., op. cit. sub 129, s. 515.

¹⁴² *Golder*, § 36.

¹⁴³ LETSAS, G., op. cit. sub 129, s. 518.

¹⁴⁴ Tamtéž, 520.

¹⁴⁵ ONDŘEJEK, P., ONDŘEJKOVÁ, J. Politické otázky před mezinárodními soudy. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2014, roč. 60, č. 1, s. 104.

¹⁴⁶ Rozsudek ESLP ve věci *Handyside proti Spojenému království* ze dne 7. 12. 1976, č. 5493/72, § 48.

¹⁴⁷ Tamtéž.

prostor pro uvážení: pokud shledá široký prostor, intenzita jeho přezkumu je malá a porušení Úmluvy je shledáno spíše výjimečně¹⁴⁸.

George Letsas odlišuje dva různé způsoby, kterými je touto doktrínou v judikatuře ESLP argumentováno, aniž by byly terminologicky odlišovány. První, „procedurální“, spočívá ve vyjádření nutnosti vybalancovat charakter ESLP coby mezinárodního soudního orgánu povolaného chránit práva vyjádřená v Úmluvě na jedné straně a suverenitu smluvních států na straně druhé: často jsou s ním spojeny právě apelace na princip subsidiarity a charakter Úmluvy coby mezinárodní smlouvy¹⁴⁹. Druhým, „substantivním“ konceptem, je její užití ve smyslu vyjádření vztahu mezi individuálními zájmy a zájmy společnosti, zejm. tedy v kontextu kvalifikovaných práv v člancích 8-11 Úmluvy¹⁵⁰. V druhém případě tak prostor pro uvážení vyjadřuje míru autonomie států při posuzování, zda zásah do předmětného práva sledoval legitimní cíl, a proporcionality tohoto zásahu. Takové vyjádření širě prostoru pro uvážení je podle Letsase ale poněkud prázdné a nadbytečné (mimo prostého konstatování o omezenosti těchto práv), vzhledem k tomu, že tato doktrína sama o sobě žádné normativní vodítko pro určení rovnováhy mezi zájmy jednotlivce a společnosti nedává¹⁵¹.

Faktor, který při aplikaci této doktríny v předmětném kontextu zásadně ovlivňuje širí prostoru pro uvážení, je existence evropského konsenzu¹⁵² (viz níže). V případě, že v určité otázce existuje mezi právními úpravami smluvních států shoda, prostor pro uvážení je shledáván užší. Pokud je nalezen konsenzus ve prospěch stěžovatele, ESLP typicky shledá porušení Úmluvy; naopak v případě chybějící shody ponechá státu široký prostor pro uvážení a zpravidla porušení neshledá¹⁵³. Faktorů, které ovlivňují širí prostoru pro uvážení, je ovšem veliké množství: v kontextu čl. 8 Úmluvy je např. zužujícím faktorem skutečnost, že posuzovaná záležitost zasahuje „obzvláště důležitý aspekt existence nebo identity jednotlivce“¹⁵⁴ a v kontextu čl. 14 shledává ESLP úzký prostor pro uvážení v případě odlišného zacházení na bázi pohlaví nebo sexuální orientace¹⁵⁵.

¹⁴⁸ KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M., op. cit. sub 45, s. 90.

¹⁴⁹ LETSAS, G., op. cit. sub 44, s. 706.

¹⁵⁰ Tamtéž.

¹⁵¹ Tamtéž, s. 711.

¹⁵² Např. *Dudgeon*, § 60; *Hämäläinen*, § 53.

¹⁵³ THEILEN, J. T. *European Consensus between Strategy and Principle*. Baden-Baden: Nomos, 2021, s. 30.

¹⁵⁴ Rozsudek ESLP ve věci *SH a ostatní proti Rakousku* ze dne 3. 11. 2011, č. 57813/00, § 37.

¹⁵⁵ *X. a ostatní proti Rakousku*, § 99.

Argumentace touto doktrínou je pravidelně kritizována pro nekonzistentnost (viz výše) a nepředvídatelnost¹⁵⁶. V politicky citlivých otázkách si podle tak některých názorů ESLP skrze doktrínu margin of appreciation dává možnost nevyjádřit se a odkázat na princip subsidiarity se současným zachováním si své autority¹⁵⁷. Zejména její „substantivní“ koncept je vnímán jako strategie pro zakrytí skutečných důvodů, proč ESLP v konkrétních případech shledal či neshledal důvod pro vyslovení porušení Úmluvy¹⁵⁸. Více se kritice této doktríny budu věnovat v souvislosti s evropským konsenzem, se kterým je úzce spjata.

1.4.4. Evropský konsenzus a (de)politizace postavení LGBT+ osob

Evropský konsenzus není výkladovou metodou. Kanstantsin Dzehtsiarou jej konceptualizuje jako mediátora mezi evolutivním výkladem a doktrínou margin of appreciation a zároveň jako vyvratitelnou domněnku ve prospěch postoje většiny smluvních států k právnímu řešení předmětné otázky¹⁵⁹. Ve spojení s doktrínou margin of appreciation pak v případě nalezení konsenzu jde o vyvratitelnou domněnku ve prospěch úzkého prostoru pro uvážení. Domněnka může být vyvrácena, pokud ze strany státu např. existují zvláště přesvědčivé důvody pro právní úpravu, která je s konsenzem v rozporu¹⁶⁰. Jens T. Theilen poté konsenzus nazývá metodou komparativní právní argumentace, která odkazuje vertikálně na pozice zaujaté smluvními státy vnímané prizmatem společného přístupu¹⁶¹. V teoretické rovině by evropský konsenzus měl představovat nástroj, který zvyšuje předvídatelnost a transparentnost využívání doktríny živoucího nástroje.

Konsenzus lze chápat i v širším smyslu coby zahrnující několik kategorií. Lze identifikovat tři hlavní: právní, expertní a společenský konsenzus¹⁶². Právní konsenzus je identifikován prostřednictvím komparace přístupů k řešení dané právní otázky v právních řádech smluvních států (včetně analýzy jejich závazků v mezinárodních smlouvách, které jsou některými považovány za samostatnou kategorii¹⁶³). Expertní konsenzus zahrnuje názory odborníků a

¹⁵⁶ Např. společné odlišné stanovisko soudců A. Sajó, H. Keller a P. Lemmense k rozsudku velkého senátu ESLP ve věci *Hämäläinen proti Finsku*, bod 5, kde bylo kritizováno, že soud shledal široký prostor pro uvážení, aniž se argumentačně vypořádal se skutečností, že se v projednávané věci jednalo o obzvláště důležitý aspekt identity jednotlivce.

¹⁵⁷ ONDŘEJEK, P., ONDŘEJKOVÁ, J., op. cit. sub 145, s. 106.

¹⁵⁸ LETSAS, G., op. cit. sub 44, s. 712.

¹⁵⁹ DZEHTSIAROU, K., op. cit. sub 143, s. 1733.

¹⁶⁰ Tamtéž.

¹⁶¹ THEILEN, J. T., op. cit. sub 153, s. 23–24.

¹⁶² HELFER, L. R. Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights. *Cornell International Law Journal*, 1993, roč. 26, č. 1, s. 139.

¹⁶³ DZEHTSIAROU, K., op. cit. sub 143, s. 1733.

odbornic na neprávni, většinou technické nebo vědecké oblasti¹⁶⁴: značně relevantní je zde argumentace např. shodou na poli medicíny a biologie ohledně transexuality a transgenderismu¹⁶⁵. Třetí typ konsenzu poté odkazuje na společenské veřejné mínění v Evropě. Všechny tyto typy se v praxi navzájem ovlivňují (konsenzus na poli medicíny tak může např. ovlivnit společenské mínění¹⁶⁶) a ESLP je často zmiňuje vedle sebe. Např. v rozsudku *Schalk a Kopf* ESLP spojuje v jednom bodě odůvodnění rapidně měnící se společenské postoje vůči stejnopohlavním párům se zvětšujícím počtem států, které se rozhodly svazky těchto párů právně uznat¹⁶⁷. Dzehtsiarou podotýká, že ESLP tyto různé kategorie konsenzu nedostatečně rozlišuje ve své argumentaci a přikládá jim implicitně různou váhu, což přispívá ke kritice užívání této metody jako celku¹⁶⁸. Většina odborné literatury se věnuje výlučně konsenzu v užším smyslu, tj. právnímu konsenzu, a v tomto smyslu bude tento pojem i nadále používán.

Souvislost existence či naopak absence konsenzu s následným rozhodnutím ve prospěch či neprospěch stěžovatele již byla popsána výše. V některých případech ovšem ESLP, přestože nenalezne konzenzus ve prospěch určitého řešení dané otázky, i tak vysloví porušení Úmluvy, a to na základě rozvíjejícího se „trendu“ či teprve „vznikajícího konsenzu“ ve prospěch stěžovatele¹⁶⁹. V rozsudku *Christine Goodwin* tak ESLP dokonce poukázal na „rozvíjející se mezinárodní trend“ ve prospěch právního uznání změny pohlaví a přiznal menší důležitost absenci společného přístupu k této otázce v Evropě¹⁷⁰ (přístup zejména kritizovaný ze strany odpůrců evolutivního výkladu¹⁷¹). Další příklady argumentace nalezením „trendu“ místo absence konsenzu mohou být rozsudky *Vallianatos proti Řecku* ve vztahu ke vznikajícímu trendu zavádění forem právního uznání stejnopohlavních svazků¹⁷² nebo *A.P., Garçon a Nicot proti Francii* ve vztahu k trendu upouštění od požadavku sterilizace coby podmínky úřední změny pohlaví¹⁷³. Nicméně lze nalézt i příklady, kdy ESLP naopak srovnatelný vývoj coby „trend“ nekonceptualizoval a porušení Úmluvy neshledal¹⁷⁴.

¹⁶⁴ HELFER, L. R., op. cit. sub 162.

¹⁶⁵ Např. *Christine Goodwin*, § 81.

¹⁶⁶ THEILEN, J.T., op. cit. sub 153, s. 25.

¹⁶⁷ *Schalk a Kopf*, § 93.

¹⁶⁸ DZEHTSIAROU, K. Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Public Law*, č. 3/2011, s. 539–44.

¹⁶⁹ THEILEN, J.T., op. cit. sub 153, s. 198.

¹⁷⁰ *Christine Goodwin*, § 85

¹⁷¹ BRAUCH, J. A., op. cit. sub 129.

¹⁷² Rozsudek ESLP ve věci *Vallianatos proti Řecku* ze dne 7.11.2013, č. 29381/09 a 32684/09, § 91.

¹⁷³ *A.P., Garçon a Nicot*, § 124.

¹⁷⁴ THEILEN, J.T., op. cit. sub 153, s. 203.

Hlavním bodem kritiky evropského konsenzu je tak nepřekvapivě nedostatek jasné metodologie¹⁷⁵: argumentace ESLP je nekonzistentní v otázce počtu států, kterého je pro identifikaci konsenzu potřeba¹⁷⁶, a dat, ze kterých vychází¹⁷⁷. Argumentace „trendem“ namísto nalezení absence konsenzu je obzvláště kritizována pro svou nepředvídatelnost a netransparentnost¹⁷⁸. Rovněž se v argumentaci ESLP různí stupně obecnosti otázky, na kterou je prostřednictvím identifikace konsenzu hledána odpověď. Theilen uvádí příklad rozsudku *A, B a C proti Irsku*: je relevantnější otázka shody ohledně toho, v jakém okamžiku počíná lidský život (které dal ESLP přednost¹⁷⁹), nebo počtu států, které dovolují interrupce i mimo případy, kdy je život matky v ohrožení?¹⁸⁰

Argumentace evropským konsenzem je také kritizována pro svou inherentní preferenci statu quo představovaným právními řády smluvních států: konsenzus ze své podstaty jaksi „hledí nazpět“ a upírá pozornost na současný stav¹⁸¹. I v případech, kdy tedy ESLP konstatuje porušení Úmluvy např. v případech týkajících se sexuální orientace, tak prostřednictvím argumentace evropským konsenzem pouze reprodukuje a vlivem své pozice ještě více upevňuje dominantní morální představy o lidské sexualitě¹⁸².

Nyní naváží na téma, které jsem otevřela v kapitole 1.2., konkrétně na postoj představovaný K. Šimáčkovou kladoucí s důrazem na účel lidských práv do popředí zájmy menšin. Pozornost je nejprve nutno věnovat pojmu „menšina“ v tomto smyslu. Definičním znakem je permanentně nízká politická síla těchto skupin a jejich neschopnost efektivně chránit své zájmy skrze legislativní procesy¹⁸³, a to ať již vlivem nízkého početního zastoupení, specifčnosti nároků či jiného znevýhodnění. Eyal Benvenisti tak např. hovoří o tradičních „politických zajatcích většiny“, jako jsou etnické a rasové menšiny, a „jiných politických vyvrhelích“ se specifickými zájmy, mezi které lze řadit vedle např. osob se zdravotním postižením právě i LGBT+ osoby¹⁸⁴.

V případě těchto skupin vede evropský konsenzus společně s doktrínou margin of appreciation dle některých autorů a autorek k tomu, že jejich práva činí podmíněná kladným

¹⁷⁵ DZEHTSIAROU, K. op. cit. sub 168.

¹⁷⁶ HAMILTON, F. Same-Sex Marriage, Consensus, Certainty and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review* č. 33/2018, s. 39.

¹⁷⁷ JOHNSON, P. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. London: Routledge, 2012, s. 80.

¹⁷⁸ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 7.6.2022, sp. zn. II. ÚS 2460/19, bod 47.

¹⁷⁹ Rozsudek ESLP ve věci *A, B a C proti Irsku* ze dne 16.12.2010, č. 25579/05, § 237.

¹⁸⁰ THEILEN, J.T., op. cit. sub 153, s. 254.

¹⁸¹ Tamtéž, s. 427.

¹⁸² O'HARA, C., op. cit. sub 1, s. 92.

¹⁸³ LETSAS, G., op. cit. sub 136, s. 123.

¹⁸⁴ BENVENISTI, E. Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, roč. 31, s. 848.

postojem většiny smluvních států¹⁸⁵, v jejichž postojích se zájmy těchto menšin ztěží zrcadlí¹⁸⁶. Existuje tak např. nebezpečí, že skrze konsenzus bude ESLP tolerovat špatné zacházení se skupinami osob, se kterými je tradičně historicky špatně zacházeno, a reflexe společenských předsudků v právních rádech zůstane neadresována¹⁸⁷. Podle G. Letsase smluvní státy Úmluvy daly ESLP pravomoc „rozhodovat, jaká lidská práva lidé skutečně mají, ne jaká lidská práva si národní orgány či veřejnost myslí, že lidé mají“¹⁸⁸.

Podle Theilena tento postoj představuje v kontextu kritiky rozhodování ESLP chápání lidských práv ve smyslu, v jakém je chápe např. právní filozof Ronald Dworkin, tedy práv coby „trumfů“¹⁸⁹ s důrazem na ochranu prepolitických práv a zabránění tyranie většiny¹⁹⁰. Letsas z Dworkinova pojetí ostatně explicitně vychází¹⁹¹. V případě, kdy existují ve společnosti předsudky vůči jistým skupinám osob, pak podle Dworkina „běžné politické procesy s velkou pravděpodobností dojdou k řešení, která jsou ospravedlnitelná pouze za předpokladu, že jisté způsoby žití považujeme za inherentně špatné nebo potupné“¹⁹². Ve svém díle odkazuje zejména na rasové menšiny a homosexuály coby příklady těchto skupin a jako empirický podklad odkazuje do historie; menšinou v tomto smyslu Dworkin rozumí skupinu osob, se kterou je hůře zacházeno způsobem, který naznačuje její podřadnost, a ve společnosti jsou vůči této skupině široce rozšířené předsudky¹⁹³. Subjektivní právo v tomto pojetí dle něj musí představovat „právo nějak činit, i když si většina myslí, že tak činit je špatné, a i když by na tom většina byla lépe, kdyby tak činěno nebylo“¹⁹⁴. Zaujetí tohoto postoje v podobě tzv. „morálního čtení Úmluvy“ konečně podle Letsase vede k tomu, že ESLP „pouze nalézá, co lidská práva vždy měla za cíl chránit“¹⁹⁵.

Proti tomuto pojetí podle Theilena stojí způsob chápání lidských práv a v širším smyslu postoj k institucionálnímu postavení soudců, který reflektuje problém v americké nauce známý jako „counter-majoritarian difficulty“: situaci, kdy lidem nevolení soudci kontrolují a často negují vůli, kterou projevila demokraticky zvolená parlamentní většina¹⁹⁶. Jeho představitelem je zejm.

¹⁸⁵ Tamtéž, s. 850. RADAČIČ, I. The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2010, roč. 31, č. 1, s. 611.

¹⁸⁶ BENVENISTI, E., op. cit. sub 184, s. 851.

¹⁸⁷ FENWICK, H. Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe: driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis? *European Human Rights Law Review*, č. 3/2016, s. 249.

¹⁸⁸ LETSAS, G., op. cit. sub 136, s. 123. [vlastní překlad autorky]

¹⁸⁹ THEILEN, J. T., op. cit. sub 153, s. 65.

¹⁹⁰ Tamtéž.

¹⁹¹ LETSAS, G. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 110.

¹⁹² DWORKIN, R. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. (ed). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, s. 163. [vlastní překlad autorky]

¹⁹³ THEILEN, J. T., op. cit. sub 153, s. 68.

¹⁹⁴ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury, 2013, s. 234. [vlastní překlad autorky]

¹⁹⁵ LETSAS, G., op. cit. sub 129, s. 125. [vlastní překlad autorky]

¹⁹⁶ MALÍŘ, J., op. cit. sub 115, s. 86.

právní filozof Jeremy Waldron, který jako námitku na Dworkinovo pojetí klade do popředí existenci různých názorů a skutečnost, že i mezi právníky neexistuje shoda na tom, co je spravedlivé, natož na tom, jak by měla být interpretována a aplikována ustanovení o lidských právech¹⁹⁷. V kontextu Dworkinovy teze, že vždy existuje jedno správné řešení každé právní otázky, je podle něj „povýšenecké“ pasovat se do pozice někoho, kdo dokáže s určitostí tvrdit, že toto řešení dokáže nalézt: tedy že jeho názor je v předmětné souvislosti objektivně správnější než názor někoho jiného¹⁹⁸. A to právě z důvodu existence odlišností v těchto názorech a z toho vyplývající nemožnosti empirické verifikace závěru, že určitý způsob interpretace je objektivně správný. V tomto pojetí – oproti předchozí obavě z tyranie většiny – mají práva inherentně politickou povahu a je naopak kladen důraz na jejich formulaci prostřednictvím národních demokratických procesů (s nutným předpokladem, že se každý volič a člen zákonodárných sborů rozhoduje po patřičné reflexi, bez předsudků a v zájmu menšin)¹⁹⁹. Tento postoj je – i z důvodu jiných epistemických východisek, kterým jsem se explicitně nevěnovala – k evropskému konsenzu méně kritický.

Tendence k oběma těmto pojetím jsou běžně součástí argumentace ESLP (nalezení „trendu“ namísto absence konsenzu, která by jinak vedla k rozhodnutí stěžovateli nevyhovujícímu, je příkladem tendence k prvnímu pojetí²⁰⁰) a Theilen zde činí volnou paralelu s oscilací mezi apologií a utopií v kontextu argumentace na poli mezinárodního práva veřejného v klasickém díle *From Apology to Utopia* Martti Koskenniemiho²⁰¹.

Pro účely této práce je nutné zvláště poukázat na efekt depolitizace, který má v kontextu otázek sexuální orientace a genderové identity první zmíněný postoj zejména v díle G. Letsase²⁰², a jeho souvislost s otázkou vnímání „novosti“ lidských práv. Jedná se ostatně o téma přítomné v této práci od samého začátku – důraz na popření aspektu novosti a skutečnost, že se jedná o pouhou aplikaci stávajících standardů na „nově uznané“ otázky sexuální orientace a genderové identity lze vidět vcelku pochopitelně zejména v přístupu orgánů OSN k těmto otázkám²⁰³. V rámci snah o zlepšení postavení LGBT+ osob má strategie depolitizace dobrý důvod: formulace práv takovým způsobem, který již předem vylučuje jejich zpochybnění a popírá, že jde o politickou otázku, je zvláště efektivní v prostředí, kde vůči LGBT+ osobám existuje silná společenská

¹⁹⁷ Obecně např. WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁹⁸ Tamtéž, s. 303.

¹⁹⁹ THEILEN, J. T., op. cit. sub 153, s. 109.

²⁰⁰ Tamtéž, s. 196.

²⁰¹ Tamtéž, s. 38.

²⁰² THEILEN, J. T. Pre-existing Rights and Future Articulations. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 211.

²⁰³ Tamtéž, s. 212.

opozice²⁰⁴. Nemám ale v úmyslu naznačovat, že příklon k některému postoji automaticky značí určitý subjektivní názor – ke zlepšování postavení LGBT+ osob rovněž často dochází právě skrze legislativní procesy a jak již bylo naznačeno, odrážejí se zde rovněž různé názory na role soudců. Depolitizace otázek postavení LGBT+ osob má rovněž negativní dopad v podobě implikace, že určitý způsob interpretace byl již predeterminován spolu s popřením vlivu individuálních rozhodovacích procesů²⁰⁵, a zároveň ještě většího upevnování heteronormativních představ a institutů, pod které jsou identity, zájmy a životy LGBT+ osob pouze postupně asimilovány, aniž by byla zpochybněna jejich podstata a privilegovanost²⁰⁶.

V následující podkapitole se budu podrobněji věnovat negativním konotacím formulace některých práv coby „nových“ (lze opět odkázat na disentní stanovisko soudce Wojtyczka k rozsudku *Fedotova*). S problematikou „novosti“ v návaznosti na předchozí výklad totiž také úzce souvisí otázka tzv. inflace lidských práv coby jedna z kritik interpretace lidských práv ve prospěch ochrany postavení LGBT+ osob.

1.5. „Nová“ lidská práva a inflace lidských práv

Co znamená, že je lidské právo „nové“? O vzniku nových práv na poli mezinárodního práva veřejného lze hovořit třemi hlavními způsoby. Jedním je uzavírání mezinárodních smluv, druhým vznik mezinárodního obyčeje: potud se jedná o obecné koncepty mezinárodního práva veřejného a jeho pramenů, které s sebou přinášejí své tradiční přednosti i nevýhody²⁰⁷. Konečně třetím způsobem je derivace, které je dosaženo interpretací²⁰⁸. Derivované právo musí být naprosto nevyhnutelnou implikací „starého“: obecnější právo, které zahrnuje i právo derivované, by tedy vůbec bez „nového“ nemělo být schopné operovat²⁰⁹. Toto samozřejmě rovněž předpokládá (pro ESLP typickou) preferenci teleologického výkladu před jazykovým nebo historickým. Ukázkovým příkladem takto derivovaného práva je právo na přístup k soudu dovozené v rozsudku *Golder*, ve kterém ESLP konstatoval, že toto právo je naprosto nevyhnutelnou implikací čl. 6 odst. 1 Úmluvy: „Bylo by nepochopitelné, proč by čl. 6 ods. 1 podrobně upravoval záruky účastníků již

²⁰⁴ Tamtéž.

²⁰⁵ THEILEN, J. T. The Inflation of Human Rights: A Deconstruction. *Leiden Journal of International Law*, 2021, roč. 34, č. 4, s. 840.

²⁰⁶ THEILEN, J. T., op. cit. sub 202, s. 213; O'HARA, op. cit. sub 1, s. 102.

²⁰⁷ DECKEN, von der K., KOCH, N. Recognition of New Human Rights. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed)., op. cit. sub 202, s. 11 an.

²⁰⁸ Tamtéž, s. 13.

²⁰⁹ Tamtéž.

*probíhajícího soudního řízení a nechránil by nejprve to, co jediné umožňuje z těchto záruk mít prospěch, a to je přístup k soudu*²¹⁰.

Podle Marta Susiho lze poté rozeznat dvě kategorie „nových“ lidských práv²¹¹. Na jedné straně může jít o reakce na nedostatky stávajícího diskurzu v rovině ochrany jistých zranitelných skupin, jako jsou např. senioři nebo právě LGBT+ osoby. Specifická práva, která se dotýkají sexuální orientace a genderové identity jsou tak coby derivovaná práva jen pouze „nově uznané aspekty“ práv stávajících²¹². Tento postup činí práva dle Susiho méně univerzálními, jelikož se vztahují jen na vymezené skupiny jednotlivců. Na druhé straně poté může jít o práva, která zesilují či konkretizují jisté aspekty „starých“ práv a činí je naopak méně abstraktní²¹³. Právě prvek snížení univerzality či naopak abstraktnosti je podle Susiho inherentní konceptu „nových“ práv. Rozdíl mezi zcela novým a autonomním právem a „nově uznaným aspektem“ či konkretizací obecnějšího práva je ale zároveň v konkrétních případech často – spíše než objektivně určitelným faktem – otázkou účelu, kterého chce mluvčí takovou či onou formulací komunikačně dosáhnout²¹⁴, pokud již nepřamení rovnou z osobního názoru mluvčího na validitu formulace předmětné společenské otázky jazykem lidských práv²¹⁵.

Formulace některých práv coby „nových“, jak je častým případem právě v kontextu lidských práv LGBT+ osob, s sebou totiž automaticky přináší potenciál jejich snadnější zpochybnitelnosti²¹⁶. Ať již ve formě argumentu, že dochází v konkrétních případech derivace nových práv k překračování pravomoci soudů či v případě ESLP ohrožování jeho legitimacy, rovněž se hovoří v této souvislosti o „nadměrné proliferaci“ a výsledné „inflaci“ lidských práv²¹⁷: obavě, že příliš mnoho těchto práv způsobuje znehodnocení lidských práv jako celku a oslabení jejich funkce²¹⁸. Hovoří se v tomto smyslu též o hypertrofii²¹⁹ lidských práv. Pomocí termínu inflace se evokuje představa přílišného vyčerpávání omezeného zdroje, kterým je schopnost státu a společnosti ochranu lidským právům efektivně garantovat či zasazovat se o ni v rámci zahraniční

²¹⁰ *Golder*, § 35. [vlastní překlad autorky]

²¹¹ SUSI, M. Novelty in New Human Rights. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed.), op. cit. sub 202, s. 26–27.

²¹² LAU, H. Gender Recognition as a Human Right. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed.), op. cit. sub 202, s. 193.

²¹³ SUSI, M. op. cit. sub 211.

²¹⁴ ARNAULD, A., THEILEN, J. T. Rhetoric of Rights: A Topical Perspective on the Functions of Claiming a ‘Human Right to ...’ In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed.), op. cit. sub 202, s. 39.

²¹⁵ THEILEN, J. T., op. cit. sub 205, s. 839.

²¹⁶ THEILEN, J. T. *The Future of Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights: Where Will European Consensus Take Us?* [online]. Völkerrechtsblog. [cit. 23-01-2025]. Dostupné online z: <https://voelkerrechtsblog.org/the-future-of-sexual-orientation-and-gender-identity-in-human-rights/>.

²¹⁷ Tamtéž.

²¹⁸ WELLMAN, C. *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?* New York: Routledge, 1999, s. 177.

²¹⁹ POSNER, E. A. *The Twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 91.

politiky²²⁰. Především je tak implikováno, že „jistá deklarovaná práva nejsou skutečnými právy“²²¹, a to ať již jde v konkrétním případě o výsledek interpretace, uzavírání mezinárodních smluv či snahy aktivistických skupin domoci se řešení různorodých společenských problémů pomocí jazyka lidských práv²²².

Souvisejícími námitkami, které jsou mnohdy s argumenty o inflaci spojovány a se kterými v mnoha případech souhlasím, jsou neadekvátnost lidských práv coby prostředku dosahování určitých (byť žádoucích) společenských cílů a výsledná nadměrná judicializace předmětných otázek²²³. Asociací s termínem „lidská práva“ se těmto cílům dodává konotace legitimacy a potenciální vymahatelnosti konkrétních řešení: mluví se tak podle Jamese Griffina mění parafrází anglického idiomu z pouhého „žebráka“ v někoho, kdo si pomocí termínu „lidské právo“ nárokuje, co mu náleží²²⁴. Daný společenský problém (od specifík postavení různých zranitelných skupin po chudobu či klimatickou změnu), jakkoli mnohdy palčivý a často vyžadující složité a komplexní systémové změny, se zároveň formulací jazykem lidských práv mění z předmětu politické debaty a postupného nalézání nejvhodnějšího řešení ve více méně absolutní požadavek připouštějící minimální dialog²²⁵.

Theilen zdůrazňuje, že nezáleží nutně na způsobu vzniku „nového“ práva, pozornost ale upírá k otázce, která konkrétní práva jsou označována za „nová“ a tedy představující hrozbu inflace²²⁶: první námitky se totiž objevily již proti začlenění sociálních a hospodářských práv do VDLP. Podle Maurice Cranstona šlo v případě těchto práv (např. práva na zdravotní péči, odpočinek či pravidelnou placenou dovolenou) oproti občanským a politickým (a tedy „skutečným“) právům o pouhou součást „světa utopických aspirací“ a existovalo dle něj riziko, že bez omezení se na pouhá „minimální práva“ všechna pozbudou svého významu²²⁷. Michael Ignatieff považuje občanská a politická práva za stěžejní pro kultivaci života jako takového a dopadem inflace lidských práv je podle něj eroze jejich legitimacy²²⁸. Ostatně již jen zařazení lidských práv do generací implikuje jistou „novost“ v případě práv druhé (a další) generace a zároveň tak jistou potenciální hrozbu těm původním, „primárním“²²⁹.

²²⁰ CLÉMENT, D. Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation. *International Journal of Human Rights*, 2018, roč. 22, č. 2, s. 160.

²²¹ GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 93.

²²² CLÉMENT, D., op. cit. sub 219, s. 156.

²²³ THEILEN, J. T., op. cit. sub 205, s. 835.

²²⁴ GRIFFIN, J., op. cit. sub 220, s. 92.

²²⁵ CLÉMENT, D., op. cit. sub 219, s. 159. HANNUM, H. Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century. *Human Rights Law Review*, 2016, roč. 16, č. 3, s. 439.

²²⁶ THEILEN, J. T., op. cit. sub 205, s. 832.

²²⁷ CRANSTON, M. *What Are Human Rights?* New York: Basic Books, 1973, s. 82

²²⁸ IGNATIEFF, M. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001, s. 90.

²²⁹ THEILEN, J. T., op. cit. sub 205, s. 848.

V současnosti se poté „novými“ právy způsobujícími inflaci zpravidla míní množství různorodých pozvolna do popředí vyvstávajících hodnot a cílů, které jsou formulovány jazykem lidských práv: „právo číst“, „právo na pitnou vodu“, „právo na příznivé životní prostředí“ nebo „právo na přístup k internetu“²³⁰. Formulace takových „práv na...“ může mít ale také podobu specifikace či konkretizace těch „starých“ prostřednictvím derivace: kupříkladu práva různých znevýhodněných skupin lze namísto „práv žen“ či „práv trans osob“ formulovat coby specifikace pozitivněprávně zakotvených obecných práv, jako tomu je v případě „práva na uznání genderové identity“²³¹. „Nová“ práva jako celek ostatně málokdy vznikají zčistajasna: např. na „právo na pitnou vodu“ lze tak rovněž nahlížet jako na nevyhnutelnou implikaci zejména práva na život a na zdraví (to samé ostatně platí pro právo na příznivé životní prostředí²³²). Obavy z inflace se tedy v tomto smyslu podle Theilena – spíše než množství konkrétních vypočtených práv – týkají rozsahu lidských aktivit, které se lidská práva snaží obsahově pokrýt²³³.

Znamená to, že je třeba vítat veškerou expanzi nároků formulovaných jazykem lidských práv? Nikoliv. Problémem těchto argumentů je ale zejména otázka přesného stanovení hranice okruhu „skutečných“ práv: taková hranice je totiž při bližším zkoumání obtížně určitelná²³⁴. Philip Alston, slavně navrhuje systém „kontroly kvality“ nových lidských práv prostřednictvím dodržení určitých procesních záruk, tak např. shledává, že podmiňovat vznik nových lidských práv splněním určitých substantivních kritérií je v existujícím institucionálním kontextu nemožné z důvodu absence potřebné objektivit²³⁵. Návrhů na zavedení „testů“ nových práv je mnoho: James Nickel tak např. jako možné podmínky uvádí požadavek, aby se právo zaobíralo zvláště důležitým sociálním statkem a zároveň reagovalo na skutečnou a rozšířenou hrozbu, které tento statek čelí, spolu s uložením takových korespondujících povinností adresátům, které jsou přiměřené a myslitelné ve většině světa²³⁶.

Susi jako dle mého názoru nejpřesvědčivější námitku na obavy z inflace práv uvádí, že při dostatečném snížení univerzality či abstraktnosti vícekrát derivovaného práva již přestane jít o „lidské právo“ automaticky. Obava z potenciálně nekonečného rozšiřování množiny lidských práv (Costas Douzinas hovoří o lidstvu samotném coby „nekonečně se rozvíjející mozaice práv“ v

²³⁰ HANNUM, H., op. cit. sub 224, s. 432 an.

²³¹ LAU, H., op. cit. sub 212, s. 194.

²³² Tamtéž, s. 435.

²³³ THEILEN, J. T., op. cit. sub 205, s. 839.

²³⁴ Tamtéž, s. 841.

²³⁵ ALSTON, P. Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control. *The American Journal of International Law*, 1984, roč. 78, č. 3, s. 617.

²³⁶ NICKEL, J. Human Rights. In: ZALTA, E. N., NODELMAN, U. (eds.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [online]. [cit. 20-01-2025]. Dostupné online z: <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>

procesu „kolonizace lidského života právem“²³⁷) je tudíž podle něj bezpředmětná²³⁸. Je poté ale opět obtížně vyřešitelnou otázkou, kde v konkrétních případech umístit onu hranici, přičemž otázky postavení LGBT+ osob formulované jazykem lidských práv se ze své podstaty budou blízko této hypotetické hranice nacházet takřka vždy. Domnívám se, že tato teze vyžadující určitou míru univerzality i abstraktnosti je adekvátní odpovědí zejména na námitky s obavami z inflace směřované, které zdůrazňují potřebu odlišit charakter lidských práv coby práva od otázek sociální spravedlnosti, politiky, morálky či etiky jakožto mnohem vhodnějších prostředků pro dosažení předmětných cílů²³⁹. Jakkoli totiž s touto námitkou „nesprávného nástroje“ lze v obecné rovině souznít, domnívám se, že se mezi těmito cíli mohou nacházet i takové, pro které mohou lidská práva být naopak nástrojem zcela adekvátním a žádoucím a které tak trpí svou relativní „novostí“ (např. problematika uznání genderové identity). Každý takový soud je ale pochopitelně nutně subjektivní a i s touto skutečností Susi počítá: po samotné artikulaci „nového“ práva vždy následuje dlouhý proces zpochybňování, v rámci kterého je právo podrobováno mezinárodní politické debatě a kritice ze strany doktríny a je ověřována potřeba jeho existence coby samostatného autonomního lidského práva²⁴⁰. Právě tento proces, spíše než samotné prohlášení „práva na...“ za samostatné lidské právo, také často může přinést kýžený efekt v podobě zvýšené ochrany předmětného statku²⁴¹. Mnohá z těchto „nových“ práv – např. právo na demokracii²⁴² nebo na přístup k internetu²⁴³ – se zároveň v tomto stavu jakési sporné existence nacházejí dodnes a dost možná jej nikdy neopustí²⁴⁴.

S trochou nadsázky se tak dají obavy z inflace lidských práv popsat rovněž jako obavy z „braní jazyka lidských práv nadarmo“: termínu „lidské právo“ se totiž zároveň dodává jakási mytická, až nadpřirozená síla, a ne náhodou bývá věnována pozornost právě i silné rétorické dimenzi této problematiky²⁴⁵. Nelze tak dle mého názoru vždy zcela oddělit konkrétní způsoby užití termínu „lidské právo“ od účelu, kterého chce dotyčný mluvčí argumentačně dosáhnout, ať už se např. jedná o snahu aktivistických skupin dodat svým požadavkům váhu a legitimitu nebo naopak o snahu zdůraznit absurditu a přehnanost týchž snah. Jak konečně podotýká Theilen, v návaznosti na nemožnost přesného stanovení hranice množiny „skutečných“ lidských práv,

²³⁷ DOUZINAS, C. The Paradoxes of Human Rights. *Constellations*, 2013, roč. 20, č. 1, s. 64.

²³⁸ SUSI, M., op. cit. sub 200, s. 30.

²³⁹ HANNUM, H., op. cit. sub 212, s. 446, CLÉMENT, D., op. cit. sub 205, s. 156.

²⁴⁰ SUSI, M., op. cit. sub 211, s. 28.

²⁴¹ Tamtéž, s. 33.

²⁴² BESSON, S. The Human Right to Democracy in International Law: Coming to Moral Terms with an Equivocal Legal Practice. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed.), op. cit. sub 202, s. 487.

²⁴³ POLLICINO, O. The Right to Internet Access. Quid Iuris? In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed.), op. cit. sub 202, s. 265.

²⁴⁴ SUSI, M., op. cit. sub 211, s. 31.

²⁴⁵ ARNAULD, A., THEILEN, J. T., op. cit. sub 214.

argumenty o inflaci lidských práv jako celek nejsou politicky a ideologicky neutrální. Vycházejí z předpokladu, že lidská práva jsou jakousi abstraktní pozitivní hodnotou, jejíž hranice je potřeba chránit, přičemž se ale nezaobírají hierarchiemi, které jsou v nich již implicitně zakotvené²⁴⁶ (blíže v části 2). V obecné rovině pomocí zdůrazňování nutnosti komplexních a systémových řešení předmětných problémů formulovaných jazykem lidských práv vyzdvihují podle Theilena legitimitu a hodnotovou neutralitu neoliberálního chápání lidských práv a statu quo představovaného stávajícím společenským uspořádáním, spolu s vykreslením snah o jejich změnu jako podezřelých či nebezpečných²⁴⁷. Toto je zejména problematické v případě LGBT+ osob, na které v době utváření současného systému mezinárodního práva lidských práv pamatováno nebylo. V kontextu lidských práv LGBT+ osob je tento poznatek relevantní právě v souvislosti s problematikou interpretace, ke které se obrátím v následující kapitole.

1.6. Limit korektní interpretace a pojem lidství

Lze tedy určit, že jistá interpretace ve prospěch ochrany postavení LGBT+ osob již přesahuje hranici přípustnosti?

Jak již bylo řečeno, na úrovni závazných lidskoprávních instrumentů téměř neexistují ustanovení výslovně zabývající se otázkami sexuální orientace a genderové identity a v návaznosti na předchozí výklad je vysoce nepravděpodobné, že v nejbližší budoucnosti dojde v této souvislosti k vzniku nové mezinárodní smlouvy či dodatku; v rámci ČR byly ostatně nejnovější politické snahy o změnu LZPS spíše charakteru upevnění statu quo (viz kapitola 1.1.). V situaci, kdy pozitivní právo neposkytuje jednoznačnou odpověď, je podle části teorie řeč o tzv. složitých případech. Právní normy jsou seznatelné pouze prostřednictvím jazyka a užitých slov, jejichž přesný význam pro účel aplikace mnohdy není jednoznačný. Na tuto skutečnost poukazuje ve svém díle např. H. L. A. Hart, který důsledek nazývá „otevřenou texturou práva“²⁴⁸. Podle Harta rozlišit mezi jednoduchými případy, kdy je možná jednoduchá subsumpce skutkového stavu pod právní normu, a naopak případy, kdy je význam užitých termínů pro účel aplikace vlivem inherentní vágnosti jazyka nejasný a soudce má poté jistý prostor pro vlastní diskreci²⁴⁹. Podle C. M. Quirogy, odkazující právě na Harta, je v praxi rozhodování mezinárodních soudních orgánů

²⁴⁶ THEILEN, J. T., op. cit. sub 205, s. 836.

²⁴⁷ Tamtéž, s. 850.

²⁴⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law. Second Edition*. Oxford: Clarendon, 1994, s. 124 an.

²⁴⁹ Tamtéž, s. 128.

určitý prvek takové „kreativní interpretace“ nezbytný takřka vždy a klíčovou otázkou v předmětné souvislosti tedy je přípustná míra oné kreativity²⁵⁰.

Jak tedy lze vysvětlit, že např. někteří soudci (viz kapitola 2.2.) vidí limit korektní interpretace v otázkách postavení LGBT+ osob jinde než jiní?

Závěr, zda jistá „kreativní interpretace“ již není přípustná, je v první řadě potřeba činit ve vztahu ke každému konkrétnímu případu a do značné míry může záležet na perspektivě mluvčího²⁵¹ (nařčení z přílišného aktivismu bývají ostatně rovněž, spíše než objektivním posouzením, vyjádřením nesouhlasu mluvčího s předmětným rozhodnutím²⁵²). V první řadě se zde protínají dva úhly pohledu na předmětnou problematiku: na jedné straně pohled upřednostňující otázku role soudců v systému dělby moci a mezinárodním soudnictví, na druhé straně pohled kladoucí důraz na ochranu jednotlivce a účel lidských práv (viz kapitola 1.2.). V případě samotných soudců oba tyto úhly pohledu v případě vlivu na rozhodování ve složitých případech spojuje podle Kristiny Blažkové, vycházející z díla R. Dworkina, pojem „soudcovská filozofie“. Ta zahrnuje jednak soudcovy představy o právu a hodnotách, které jsou v pojmu práva obsaženy (což může vést k upřednostňování právní jistoty a tedy tíhnutí k originalismu na jedné straně, nebo upřednostňování účelu práva spolu s důsledky rozhodování na zájmy jednotlivců a tedy tíhnutí k pragmatismu na straně druhé), jednak vlastní chápání soudcovské role v institucionálním kontextu a v rámci dělby moci (v závislosti na kterém poté soudce rozhoduje ve složitých případech více či méně zdrženlivě)²⁵³.

Tyto ryze právní faktory ale nemohou samy o sobě zcela vysvětlit např. rozdílné vnímání hranice přípustného evolutivního výkladu (viz kapitola 1.2.), podle kterého má Úmluva být interpretována „ve světle současných podmínek“. Sám přístup ESLP pro určení takové hranice moc spolehlivých vodítek neposkytuje, jelikož jeho argumentace doktrínou margin of appreciation ve spojení s evropským konsenzem bývá přinejlepším nepředvídatelná a netransparentní (viz kapitola 1.4.). A konečně by bylo absurdní se domnívat, že např. osobní postoje vůči LGBT+ osobám individuální vnímání limitu přípustné interpretace nijak neovlivňují. Pro ilustraci mi přijde vhodné uvést nedávné vyjádření soudkyně Dity Řepkové, kterou jmenoval prezident Petr Pavel dne 12. prosince 2024 soudkyní Ústavního soudu. Jako důvod, proč o otázce podmínky chirurgického zákroku jako podmínky úřední změny pohlaví měl podle ní rozhodovat zákonodárce

²⁵⁰ QUIROGA, C. M. The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation? In SHELTON, D. (ed). *The Oxford Handbook of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 650.

²⁵¹ Tamtéž, s. 651.

²⁵² MALÍŘ, J., op. cit. sub 115, s. 59.

²⁵³ BLAŽKOVÁ, K. *Soudcovská filozofie a její vliv na rozhodování soudců ve složitých případech: případová studie rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu*. Praha: Leges, 2022, s. 47.

a ne „přílišně aktivistický“ Ústavní soud, Řepková před ústavně-právním výborem Senátu v listopadu 2024 uvedla: „Mám dva syny a nechci, aby se zmítali v pochybnostech“²⁵⁴. Nakolik se v tomto případě jedná o vyjádření soudcovské filozofie Dity Řepkové z pozice soudkyně a nakolik o vyjádření obav o blaho vlastních dětí (a obav z hrozby, kterou na něj dle jejího názoru může mít zlepšení postavení trans osob v České republice) z pozice matky? A jaký způsob rozhodování od ní lze v případných budoucích otázkách týkajících se postavení trans osob očekávat?

Teorie rozlišuje tři modely soudcovského rozhodování: právní, strukturální a postojový²⁵⁵. Postojový model má kořeny v USA a navazuje na právní realismus, přičemž klade do popředí vliv ideologických postojů jednotlivých soudců při rozhodování ve složitých případech a kombinuje tak výše popsané právní faktory soudcovského rozhodování spolu s faktory mimoprávními²⁵⁶. Relevanci mimoprávních faktorů v předmětném kontextu dle mého názoru do jisté míry přisvědčuje – s přihlédnutím k americkým kořenům tohoto modelu, které umisťují postoje soudců primárně na konzervativně-liberální škále²⁵⁷ – současné převážně konzervativní složení Nejvyššího soudu USA a jeho nedávná rozhodnutí, která vyvolávají obavy o budoucnost právního postavení nejen žen a LGBT+ osob v USA²⁵⁸, ale i budoucnost USA coby demokratického státu²⁵⁹.

Mezi mimoprávní faktory, které v konkrétních případech tvoří nerozkódovatelnou směs vlivů, lze řadit faktory jako složení senátu, veřejné mínění či sympatie k účastníkům řízení, a to spolu s charakteristikami samotných soudců, jako jsou právě jejich politické přesvědčení, pohlaví, národnost, předchozí kariéra či životní zkušenosti²⁶⁰. Quiroga mezi tyto faktory v kontextu rozhodování mezinárodních tribunálů zařazuje také zda konkrétní soudce tenduje být obezřetný a nedůvěřivý vůči autoritám, či naopak ochotný riskovat a vzepřít se tradici²⁶¹. Nezanedbatelný vliv mají konečně i společenské okolnosti a kulturní změny²⁶². Právě ty hrají v kontextu otázek postavení LGBT+ osob roli především (viz kapitola 1.4., doktrína živoucího nástroje a pojetí evropského konsenzu v širším smyslu; v obecné rovině lze rovněž poukázat na význam odborných studií, průzkumů, zpráv a stanovisek různých orgánů a institucí pro argumentaci v odůvodněních

²⁵⁴ PASEKOVÁ, E. *Soudkyně Řepková nadchla senátory. Připustila možnost zrušení Ústavního soudu.* [online]. Česká justice. [cit. 29.11.2024]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/2024/11/soudkyne-repkova-nadchla-senatory-pripustila-moznost-zruseni-ustavniho-soudu/>.

²⁵⁵ CHMEL, J., *Postoje soudců a jejich vliv na senátní rozhodnutí Ústavního soudu ČR.* In: ONDŘEJKOVÁ, J. MALÍŘ, J. a kol. op. cit. sub 102, s. 131.

²⁵⁶ Tamtéž, s. 134.

²⁵⁷ Tamtéž.

²⁵⁸ *Disentní stanovisko soudců Breyera, Sotomayor a Kagana k rozsudku Nejvyššího soudu USA Dobbs vs Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022), s. 28.

²⁵⁹ *Disentní stanovisko soudkyně Sotomayor k rozsudku Nejvyššího soudu USA Trump vs. United States*, 603 U.S. 593 (2024), s. 30.

²⁶⁰ BLAŽKOVÁ, K., op. cit. sub 252, s. 24.

²⁶¹ QUIROGA, C. M., op. cit. sub 249, s. 651.

²⁶² Tamtéž, s. 656.

rozhodnutí). Nadto se domnívám, že v tomto kontextu nelze opominout rovněž politické přesvědčení soudců, jejich náboženské vyznání, teoretickou obeznámenost s problematikou a v neposlední řadě i jejich osobní zkušenosti a vztahy s LGBT+ osobami a míru porozumění jejich prožívání.

Právě poslední zmíněné faktory rozebírá Martha C. Nussbaum ve svém díle *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*, kde se věnuje se vnímání existence homosexuálů ve společnosti očima heterosexuálů a mapuje vývoj judikatury Nejvyššího soudu USA týkající se postavení homosexuálů společně s postoji právní vědy v angloamerickém světě²⁶³. Velkým tématem jsou pro Nussbaum emoce. Emoce znechucení či odporu je dle ní prapůvodní pohnutkou, která vede člověka k bezděčné snaze očistit představu vlastního lidství od asociací, které v něm tyto negativní emoce vyvolávají: asociací s nakažlivými nemocemi, zkaženým jídlem či fekáliemi²⁶⁴. Její tezí je poté ve zkratce skutečnost, že např. představa análního sexu dvou mužů a homosexuálů coby „nakažlivých deviantů“ takový odpor a asociace ve většině heterosexuální části populace USA podněcuje (podobně Židé byli v antisemitské propagandě zobrazováni jako cosi kontaminujícího, vzbuzujícího odpor)²⁶⁵. Tato část populace poté, právě vlivem potřeby „očistit“ představu vlastního lidství, vnímá homosexuály coby ne zcela patřící pod pojem „člověka“²⁶⁶. Zejména u soudců Nejvyššího soudu USA pak Nussbaum klade důraz na potřebu snahy představit si život z perspektivy gayů a leseb při interpretaci Ústavy právě prizmatem otázky, co jsou inherentně „lidské“ zájmy a potřeby²⁶⁷: pouhá představitivost podle ní stačí k závěru, že zájmy a potřeby homosexuálů se od zájmů a potřeb heterosexuální části populace v zásadě neliší²⁶⁸.

Tato teze je stále aktuální: lze odkázat na výrok bývalého prezidenta Miloše Zemana, který v rozhovoru z roku 2021 prohlásil, že jsou mu transgender lidé „opravdu bytostně odporní“²⁶⁹ (přičemž se domnívám, že i sám Miloš Zeman považuje za důležité cítit se dobře ve vlastním těle a společenské roli, kterou zastává). Jakkoliv vliv podobných „iracionálních“ motivací na rozhodovací činnost soudců zcela přehlížet nelze²⁷⁰, jejich označení za hlavní příčiny negativního

²⁶³ NUSSBAUM, M. C. *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

²⁶⁴ Tamtéž, s. 39.

²⁶⁵ Tamtéž, s. 43.

²⁶⁶ Tamtéž, s. 19.

²⁶⁷ Tamtéž, s. 107.

²⁶⁸ Tamtéž.

²⁶⁹ KAČMÁŘ, T. *Zeman: Transgender lidé jsou mi bytostně odporní. Být mladší, udělám protest heterosexuálů*. [online] CNN Prima News. [cit. 14-11-2024] Dostupné z: <https://cnn.iprima.cz/zeman-transgender-jsou-mi-odporni-kdybych-byl-mladsi-udelam-protest-heterosexuvalu-28316>

²⁷⁰ Obecně: KAHAN, D. M. Foreword, Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 2011, roč. 125, č. 1.

postoje vůči LGBT+ osobám a toho kterého rozhodnutí by bylo nicméně dle mého názoru přehnané. Za zcela zásadní ale považuji v díle M. Nussbaum poznatek o vnímání vlastního lidství – a pojmu lidství jako takového – v souvislosti s rozhodováním o otázkách sexuální orientace a genderové identity, zvláště pokud dotyčný soudce zastává vůči LGBT+ osobám negativní postoj.

Na pojem „člověka“ totiž poukazuje i soudce K. Wojtyzcek ve svém odlišném stanovisku k rozsudku ESLP *Fedotova*, kde v kontextu zpochybnění existence trendu co se týče zvětšující se akceptace LGBT+ osob v Evropě uvádí: „*Názory Evropanů jsou také velmi rozdělené co se týče fundamentálních antropologických a morálních východisek tvořících základy lidských práv [...]. Zejména neexistuje shoda na tom, kdo je člověk a jaká jeho identita, jeho přirozená podstata a konečný smysl jeho existence*“²⁷¹. Toto tvrzení je logicky nutné vztáhnout i na skupinu sedmnácti soudců, která tvořila v předmětném rozhodnutí velký senát. Navazuje poněkud rétorická otázka, proč je neshoda na konceptech ležících v samotném jádru lidských práv, jako jsou přirozená podstata člověka, jeho identita a smysl existence, vyzdvihována v souvislosti se zpochybněním zvětšující se společenské akceptace LGBT+ osob a v nesouhlasném odlišném stanovisku k rozsudku, který dovozuje pozitivní závazek právní ochrany stejnopohlavních párů v případě stěžovatelů z Ruské federace.

Oproti např. rozsudku ve věci *Dudgeon* v roce 1981, kde ESLP zvláště poznamenal, že dekriminálizace pohlavního styku dvou mužů v soukromí neimplikuje schvalování takového aktu²⁷², dnes již otevřené projevení negativního názoru ohledně akceptace či inkluze LGBT+ osob ve společenském životě obecně tolik přípustné není. V žádném případě zde nemám v úmyslu tvrdit, že např. vyjádření právního názoru, že k regulaci určité záležitosti dotýkající se LGBT+ osob je lépe povolán zákonodárce, automaticky implikuje zastřený negativní postoj mluvčího vůči těmto osobám. Zároveň se ale domnívám, že při absenci možnosti soudce o věci nerozhodnout je vyjádření tohoto právního názoru k zastření negativního postoje vůči LGBT+ osobám velice příhodné.

Otevření otázky subjektivních postojů vůči LGBT+ osobám zároveň vede k podstatnému názorovému střetu zcela specifickému pro tuto problematiku, který zcela předchází diskusi o limitech interpretace. Odpověď na otázku, zda lze alespoň určit, zda určitá interpretace ve prospěch LGBT+ osob již není přípustná, tak konečně dle mého názoru závisí i na způsobu zodpovězení otázky, jak vypadá v očích toho kterého mluvčího onen „jednotlivec“, k jehož ochraně lidská práva mají sloužit. Právě v tomto zdánlivě zcela samozřejmém pojmu se totiž viditelně promítají osobní postoje vůči LGBT+ osobám v podobě ochoty jednotlivých soudců sdílet představu vlastního

²⁷¹ Odlišné stanovisko soudce K. Wojtyczka k rozsudku *Fedotova*, bod 2.3. [vlastní překlad autorky]

²⁷² *Dudgeon*, § 61.

lidství – a zároveň lidství svých dětí ve společnosti, kterou svými rozhodnutími pomáhají utvářet – s lidmi odlišné sexuální orientace či genderové identity.

Nejedná se o téma zcela nové: v zahraniční odborné literatuře se otázka povahy „člověka“ ležícího v jádru celého moderního systému lidských práv začala zkoumat již v 80. letech 20. století²⁷³. Domnívám se zároveň, že veškeré dosavadní poznatky této práce lze reformulovat právě perspektivou této otázky a že specifická povaha problematiky postavení LGBT+ osob dokonce v současnosti vyžaduje si ji klást. Sexuální orientace a genderová identita jsou na půdě OSN zdůrazňovány coby přirozené aspekty lidské identity v opozici k jejich konceptualizaci oponujícími státy coby „západních imperialistických tendencí“ k reformulaci lidských práv: argumentu vycházejícího z teze, že v jiných společnostech vlivem kulturních a náboženských rozdílů „LGBT+ osoby“ neexistují a předmětné charakteristiky jsou naopak abnormálním sexuálním chováním²⁷⁴ (viz kapitola 1.1.). Tvrzení, že s odkazem na čl. 83 Ústavy „řešení základních otázek týkajících se člověka jako biologického druhu, jeho života a jeho vztahů náleží Parlamentu České republiky“ a Ústavní soud by do něj coby negativní zákonodárce v rámci ochrany ústavnosti neměl vstupovat (viz kapitola 1.3.) lze akceptovat pouze za předpokladu, že předmětné pojmy mají zcela statický společenský význam a nemohou být demokratickou většinou (zne)užity k persekuci určitých skupin, které jí preferované podobě „lidství“ neodpovídají. Naopak v případě postoje k účelu lidských práv, doktríně margin of appreciation a evropskému konsenzu kladoucího důraz na ochranu prepolitických práv, včetně tendence k depolitizaci postavení LGBT+ osob (viz zejm. podkapitola 1.4.3.) jde v případě argumentů zde vyložených ve své podstatě o sdělení, že pojem „člověk“ ve smyslu subjektu lidských práv zahrnuje i LGBT+ osoby, jejichž životy, autonomie a vztahy by měly ležet mimo rámec politické debaty. Argument, že formulace nároků LGBT+ osob jazykem lidských práv je nežádoucí z důvodu, že potenciálně způsobuje inflaci lidských práv a tedy snižování hodnoty lidských práv jako celku, je konečně validní jen v případě, že jsou LGBT+ osoby konceptualizovány jako stojící mimo akceptovanou představu člověka ležícího v jádru „skutečných“ práv: konceptualizace mající jednoznačně ideologický rozměr (viz kapitola 1.5.).

Koneckonců, i pojmy jako „genderová ideologie“, typické pro názorové proudy, které se staví k zájmům LGBT+ osob negativně a naopak kladou důraz např. na „práva rodičů“ či „ochranu

²⁷³ CELERMAJER, D., LEFEBVRE, A., op. cit. sub 11, s. 1.

²⁷⁴ MCGILL, J., op. cit. sub 9, s. 26.

tradiční rodiny“, představují konceptualizaci vývoje lidských práv LGBT+ osob coby snahy o impozici cizí představy přirozené povahy člověka²⁷⁵.

Pozice, kterou otázky postavení LGBT+ osob v právu lidských práv v současné době zastávají, tak dle mého názoru rovněž představuje málokdy explicitně vyjádřený, nicméně všudypřítomný boj o podobu lidství coby způsobu, jak lze plnohodnotně žít coby lidská bytost ve společnosti. Jak podotýká Judith Butler, snahy o společenskou a politickou akceptaci gayů a leseb (což lze pochopitelně vztáhnout i na všechny LGBT+ osoby) mají totiž ve svém důsledku mnohem dalekosáhlejší efekt než přesvědčování společnosti jako celku, že životy těchto lidí mají hodnotu a stojí za to je chránit. V rámci tohoto procesu totiž zpochybňují a mění samotnou dosavadní představu o tom, co je „žitelný“ lidský život (oproti pouhému minimu podmínek potřebných pro biologické přežití) a co vlastně pojem lidství jako takové znamená²⁷⁶. Zpochybňují totiž stávající narativy o tom, co je přirozené a samozřejmé, ať již v oblasti mezilidských vztahů a rodinných uspořádání či „danosti“ a přirozenosti heterosexuální orientace, binarity a neměnnosti pohlaví a korespondujících společenských rolí²⁷⁷.

Nikde tato skutečnost v současné době není patrnější než v případě trans, intersexuálních a nebinárních osob. Jak poukazuje K. Šimáčková ve svém disentním stanovisku k rozsudku ESLP *Y. proti Francii* (poněkud překvapivě bez výslovného odkazu na Kafkův Proces), intersexuální stěžovatel se bez svého přičinění svou prostou fyzickou existencí ocitl mimo „škatulky“ forem lidství, které připouštělo francouzské právo a které odporovaly jeho tělu i duši²⁷⁸, čímž ale jejich přirozenost a „danost“ zároveň zpochybnil. Mezi podobné radikální „outsidery“ lze řadit i asexuální a aromantické osoby, jejichž samotná existence zpochybňuje jak dominantní chápání hierarchie lidských vztahů, tak pojetí instituce manželství a nukleární rodiny coby univerzálně žádoucího ideálu a blízkého soužití dvou osob coby nezbytného prvku lidského života²⁷⁹ (pojetí, jež nalezlo např. vyjádření v rozsudku Nejvyššího soudu USA *Obergefell vs. Hodges*, podle nějž nezpřístupnění institutu manželství párům stejného pohlaví tuto část populace „odsuzuje k životu v osamění“²⁸⁰). V žádném případě tímto neimplikují, že právní rozlišování muže a ženy či institut manželství jsou špatné či nežádoucí, pouze se snažím poukázat na způsoby, jakými samotná existence LGBT+ osob zpochybňuje přirozenost a „danost“ některých „škatulek“ lidství, které nacházejí vyjádření i v právu lidských práv. Formulace nároků LGBT+ osob jazykem lidských

²⁷⁵ HANSEN, M. B. *Between Two Ills: Homonationalism, Gender Ideology and the Case of Denmark. Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 2021, roč. 24, č.1, s. 68.

²⁷⁶ BUTLER, J. *Undoing Gender*. New York: Routledge, 2004, s. 30.

²⁷⁷ OTTO, D. op. cit. sub 8, s. 356.

²⁷⁸ Odlišné stanovisko Kateřiny Šimáčkové k rozsudku ESLP ve věci *Y. proti Francii*, bod 1.

²⁷⁹ BRAKE, E. *Minimizing Marriage: Marriage, Morality and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 90.

²⁸⁰ Většinové stanovisko rozsudku Nejvyššího soudu USA *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), s. 28.

práv je konečně podle Butler jedním ze způsobů, jak do procesu artikulace samotného konceptu lidství zasáhnout. Lidskoprávní diskurs je tudíž „*neustále v procesu redefinice a renegociace toho, kdo je člověk*“²⁸¹.

Ve druhé části této práce se tedy v návaznosti na tyto závěry budu věnovat otázce: jaká je povaha „člověka“ coby abstraktního neutrálního subjektu lidských práv? Nejprve se v kapitole 2.1. budu věnovat umístění samotného pojmu člověka na mapu materie lidských práv a poté stručnému ilustračnímu nástinu vlastností „neutrálního“ subjektu mezinárodního práva lidských práv tak, jak na ně poukazuje zahraniční odborná literatura. V kapitole 2.2. navážu na tuto kapitolu a pokusím se o vlastní formulaci toho, jaké místo výše popsaná teze M. Nussbaum zaujímá v procesu rozhodování soudců v otázkách postavení LGBT+ osob, k čemuž považuji za užitečné dílo rovněž výše zmíněného H. L. A. Harta. V kapitole 2.3. se poté budu věnovat stručné analýze judikatury ESLP a Ústavního soudu ČR se zaměřením na identifikaci konkrétních konstrukcí LGBT+ identit coby svébytných „subjektů“ lidských práv tak, jak v současnosti existují.

²⁸¹ BUTLER, J., op. cit. sub 275, s. 33.

2. Kdo je subjektem lidských práv?

2.1. Pojem člověka v právu

2.1.1. Člověk, fyzická osoba, subjekt lidských práv

V této kapitole se budu věnovat stručnému vyjasnění povahy pojmu „člověk“ v právu lidských práv. Nesdílím přístup, který k tomuto pojmu zaujímají editoři dosud jediného existujícího sborníku věnujícího se povaze subjektu lidských práv: pojem „člověk“ považují za ohraničenou kategorii, vedle které pojem „subjekt“ otevírá možnost zkoumat konkrétní povahu entity, které dotýčná práva náleží (např. v kontextu otázky přiznání lidskoprávní ochrany zvířatům)²⁸². V kontextu otázek postavení LGBT+ osob, kterým se tento sborník nevěnuje, tento přístup ale s přihlédnutím k závěrům předchozí části nepovažuji za užitečný. Jak podotýká C. Douzinas, i „lidství“ je neohraničený pojem, jehož význam se mění v závislosti na dominantních politických a ideologických představách a který byl historicky využíván k vyloučení určitých skupin²⁸³.

V reakci na nacistický režim došlo k zakotvování způsobilosti každého člověka mít práva v poválečných lidskoprávních dokumentech – např. v čl. 6 VDLP nebo čl. 16 MPOPP²⁸⁴. Taktéž čl. 5 LZPS, podle kterého „každý je způsobilý mít práva“, zakotvuje základní právo na právní osobnost, jehož nositelem je pouze fyzická osoba (právní osoba totiž na rozdíl od osoby fyzické svou právní existenci odvozuje od právního řádu státu)²⁸⁵. Způsobilost mít práva je neomezitelná a z podstaty nezczizitelnosti základních práv se právní osobnosti rovněž nelze vzdát ani zčásti. Ústavní soud ČR z čl. 5 pro úplnost dovozuje ve vazbě na lidskou důstojnost i požadavek na jistou garanci svéprávnosti²⁸⁶.

Právo na právní osobnost lze chápat jako „ujištění každého člověka, že bude subjektem práv, nikoliv jejich objektem“²⁸⁷. Je nezbytným předpokladem všech ostatních práv – zaručuje, aby každý člověk byl člověkem nejen z podstaty své biologické příslušnosti k druhu homo sapiens, ale i z pohledu práva a před zákonem, bez ohledu na náležitost k určité sociální skupině či charakteristiky jako pohlaví nebo národnost²⁸⁸. Příkladem člověka coby objektu práva je otroctví, zakázané mimo jiné čl. 4 odst. 1 Úmluvy nebo čl. 8 MPOPP, a historicky lze v souvislosti s právní

²⁸² CELERMAJER, D., LEFEBVRE, A. op. cit. sub 11, s. 1–2.

²⁸³ DOUZINAS, K. op. cit. sub 236, s. 52.

²⁸⁴ BAROŠ J. In: POSPÍŠIL I., LANGÁŠEK T., ŠIMÍČEK V., WAGNEROVÁ E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 141.

²⁸⁵ Tamtéž, s. 143.

²⁸⁶ Nález Ústavního soudu ze dne 18. 8. 2009, sp. zn. I. ÚS 557/09, bod 20.

²⁸⁷ BARTOŇ, M. In: BARTOŇ, M. a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 241.

²⁸⁸ BAROŠ J., op. cit. sub 283.

„dehumanizací“ např. poukázat na situaci černochů za apartheidu v Jihoafrické republice²⁸⁹. Slovy Ústavního soudu ČR je způsobilost mít práva „*součástí kvality člověka, součástí jeho lidství*“²⁹⁰.

V kontextu otázek postavení LGBT+ osob je ale dle mého názoru potřeba odlišit pojmy „člověk“ a „fyzická osoba“, potažmo „subjekt lidských práv“. Pro tento účel považuji za užitečný přístup ryzí nauky právní, která tyto pojmy striktně odděluje a „osobu“ chápe jen jako abstraktní bod přičitatelnosti v právním řádu²⁹¹. Podle Hanse Kelsena je člověk ve vztahu k právnímu řádu pouze tehdy, kdy je jeho chování předmětem práv a povinností; „osoba“ je podle něj tedy pouhým souhrnem těchto práv a povinností²⁹². „*Definovat fyzickou (přirozenou) osobu jako lidskou bytost je,“* podle Kelsena, „*nesprávné, protože člověk a osoba nejsou jen dvěma rozdílnými pojmy, nýbrž i výsledky dvou na sobě zcela nezávislých způsobů chápání. Pojem člověka vychází z jeho biologického a fyziologického bytí, a proto je i pojmem přírodních věd. Osoba je pojmem jurisprudence, právní vědy, spočívající v analýze právních norem.*“²⁹³ Přestože tyto dva pojmy jsou z pohledu drtivé většiny právní praxe zaměnitelné, v teoretické rovině „fyzická osoba“ představuje spíše zobecněnou právní konstrukci člověka zdůrazňující jeho postavení coby subjektu práv a povinností: to je patrné např. ve spojení s aktivní legitimací fyzických a právnických osob podat ústavní stížnost podle ustanovení § 72 odst. 1 písm. a) zákona o Ústavním soudu, potažmo fyzických osob, nevládních organizací a skupin jednotlivců podat stížnost podle čl. 34 Úmluvy k ESLP. Termín „člověk“ poté odkazuje na lidskou bytost z masa a kostí, jejíž podstata leží ve společenské realitě a která v právu definovaná není. Zdroj a význam tohoto teoretického rozlišování spočívá – po vzoru Kelsenovy argumentace – ve skutečnosti, že jde v jádru o jiné předměty poznání.

Významnou a kontroverzní právní otázkou, kde toto odlišné chápání figuruje jako stěžejní, je otázka interrupcí a práva na život podle čl. 2 Úmluvy, resp. práva na život nenarozeného dítěte. Již podle rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva (dále jen „EKLP“) z roku 1980 *X. proti Spojenému království*²⁹⁴ nebylo možné považovat nenarozené dítě za fyzickou osobu a podat stížnost jeho jménem. ESLP ve svém rozsudku *Vo proti Francii* z roku 2004 konstatoval, že s přihlédnutím k chybějícímu konsenzu států ohledně podstaty a právního postavení embrya „*je nejen nevhodné, ale i nemožné zodpovědět na základě faktů v tomto případě otázku, zda*

²⁸⁹ Tamtéž.

²⁹⁰ Nález Ústavního soudu ČR ze dne 13.12.2007, sp. zn. II. ÚS 2630/07.

²⁹¹ BERAN, K. Osoba v právu z hlediska Vídeňské a Brněnské právní školy. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2017, roč. XXV, č. 4, s. 641.

²⁹² Tamtéž, s. 638.

²⁹³ Tamtéž, s. 628, citováno z KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007, s. 94.

²⁹⁴ Rozhodnutí EKLP ve věci *X. proti Spojenému království* ze dne 13. 5. 1980, č. 8416/79.

*nenarozené dítě je osobou ve smyslu čl. 2*²⁹⁵. Otázka, zda je plod druhu homo sapiens subjektem práva na život podle ESLP spadá do prostoru pro uvážení států²⁹⁶.

Pokud se ovšem již člověk narodí, je jeho postavení „fyzické osoby“ nesporné; lze se nicméně tázat, jaké ta může mít dle právního řádu podoby a vlastnosti. Zde leží důvod, proč tento konkrétní způsob terminologického odlišení považuji za nezbytný. V rozsudku *Christine Goodwin* tak například ESLP označil za „rozpor mezi společenskou realitou a právem“ situaci, kdy již z hlediska vědeckého a společenského vývoje bylo možné a stále více akceptované narodit se na základě vzhledu vnějších genitálií jako muž, podstoupit operativní změnu pohlaví a plnohodnotně žít ve společnosti jako žena, zatímco právní řád Spojeného království neumožňoval úřední změnu pohlaví²⁹⁷. „Subjekt“ práva zakotveného v čl. 8 Úmluvy tak nově získal možnost přejít z jedné strany binárního rozdělení muž/žena na druhou, přičemž ale přesné podmínky tohoto přechodu ESLP ponechal v dikci států²⁹⁸ a z podoby tohoto „subjektu“ zároveň argumentačně vyloučil „lidi“, kteří např. nevnímali svou odlišnou genderovou identitu jako mentální poruchu, pro niž adekvátní léčbou byla operativní změna pohlaví²⁹⁹.

Z této teoretické distinkce mezi „člověkem“ coby součástí společenské reality a předmětem poznání přírodních a společenských věd na jedné straně a „subjektem“ lidského práva coby výsledku zkoumání práva na straně druhé budu v dalším textu rovněž vycházet (přičemž pojem „LGBT+ osoba“ bude ale nadále označovat výlučně lidské bytosti z masa a kostí). Zároveň ale s těmito koncepty budu pracovat jako se vzájemně propojenými a navzájem se ovlivňujícími: právo je zejména v kontextu otázek postavení LGBT+ osob dle mého názoru třeba chápat jako fenomén, který významným způsobem vnější svět ovlivňuje a konstruuje a je nejen odrazem, ale do značné míry i předobrazem společenské reality, jíž je člověk součástí³⁰⁰. Pokud je tedy například Úmluva dynamicky interpretována coby „živoucí nástroj“ ve světle „současných podmínek“, nelze pominout, že pro vytváření a formulaci těchto současných podmínek má rozhodování ESLP rovněž nezanedbatelný vliv³⁰¹.

²⁹⁵ Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Vo proti Francii* ze dne 8. 7. 2004, č. 53924/00, § 84.

²⁹⁶ *A, B a C proti Irsku*, § 222.

²⁹⁷ *Christine Goodwin*, § 77.

²⁹⁸ Tamtéž, § 93.

²⁹⁹ SANDLAND, R. Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights. *Christine Goodwin v. United Kingdom. Feminist Legal Studies*, 2003, roč. 11, s. 203.

³⁰⁰ ŠPONDROVÁ P. Čí je právo? Tři vlny feminismu a tři dimenze feministické kritiky práva. In: ŠIMÁČKOVÁ K. a kol. *Mužské právo. Jsou právní pravidla neutrální?* Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 28.

³⁰¹ JOHNSON, P. 'An Essentially Private Manifestation of Human Personality': Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2010, roč. 10, č. 1, s. 68.

Zatímco je bohužel mimo kapacitu této práce věnovat se rozboru pojmu univerzality lidských práv, stojí za to si v následující kapitole klást otázku, jaké vlastnosti tedy mají jejich subjekty? A do jaké míry tyto vlastnosti odpovídají vlastnostem „lidí“?

2.1.2. „Univerzální“ subjekt lidských práv

Již Hannah Arendt ve svém díle *The Origins of Totalitarianism* poukazuje na paradox, kdy „nezcizitelná“ lidská práva jsou ve skutečnosti podmíněná vztahem člověka k určité politické komunitě³⁰². Postavení LGBT+ osob v právu lidských práv ale představuje příklad podmíněnosti, hierarchie a vyloučení v rámci samotné kategorie „lidství“ bez ohledu na tento status³⁰³: jak vyzdvihuje J. Butler, samotná lingvistická konstrukce pojmů jako „lidská práva žen“ či „lidská práva homosexuálů“ implikuje, že kategorie lidství v jádru lidských práv vždy zahrnovala jen určitou výseč toho, jak lze existovat coby lidská bytost ve společnosti. Tak např. „lidství“, které již bere v potaz ženy, je zjevně odlišné od „lidství“, které implicitně předpokládá mužskou podobu člověka³⁰⁴.

Lidskoprávní katalogy samy o sobě vycházejí z určité stereotypizované představy člověka, která odpovídá společenskému kontextu jejich adopce³⁰⁵. C. Douzinas konceptualizuje historii lidských práv v jistém smyslu coby nikdy nedovršenou snahu smazat rozdíl mezi jejich abstraktním subjektem, jemuž v deklaracích 18. století odpovídal člověk v podobě majetného bílého muže-křesťana, a empirickými lidskými bytostmi z masa a kostí, s různým pohlavím, barvou pleti, náboženským vyznáním a sexualitou³⁰⁶. Poukazuje zároveň na další paradox, inherentní požadavkům na začlenění různých skupin se společnými charakteristikami mezi uznané subjekty lidských práv, který do jisté míry vyjadřuje napětí mezi koncepty formální a substantivní rovnosti. Na jedné straně je apelace na vzájemnou rovnost (příslušníci dané skupiny nejsou o nic méně „lidmi“ a tudíž je tato skupina s privilegovanou skupinou rovna v důstojnosti i právech), na druhé straně apelace na vzájemnou rozdílnost (stávající úroveň ochrany nedostatečně zohledňuje konkrétní žitou realitu této skupiny)³⁰⁷. Charakteristika, která předmětnou skupinu diferencuje,

³⁰² ARENDT, H. *The Origins of Totalitarianism. Second Edition*. Cleveland: The World Publishing Company, 1958, s. 290 an.

³⁰³ AMMATURO, F. R. *European Sexual Citizenship: Human Rights, Bodies and Identities*. Cham: Springer International Publishing, 2017, s. 33.

³⁰⁴ BUTLER, J., op. cit. sub 275, s. 38.

³⁰⁵ BRGLEZ, M., NOVAK, S., TKALEC, S., op. cit. sub 10.

³⁰⁶ DOUZINAS, C., op. cit. sub 236, s. 57.

³⁰⁷ DOUZINAS, C. Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us about Human Rights? *Journal of Law and Society*, 2002, roč. 29, č. 3, s. 400.

funguje jako jakýsi mediátor mezi abstraktním subjektem lidských práv a konkrétní žitou realitou lidských bytostí: právo se ze své podstaty zabývá pouze zobecněními a zohlednit specifika každého jednotlivého člověka v jeho jedinečnosti nemůže³⁰⁸.

Feministická kritika lidských práv poukazuje již od 80. let 20. století na skutečnost, že nulové či velmi nízké zastoupení žen v mezinárodních institucích a orgánech způsobuje, že na tradičně mužské zájmy je ve výsledku nahlíženo jako na „obecně lidské“, zatímco „ženským otázkám“ (typicky reprodukčním právům, domácímu a sexuálnímu násilí) jsou vyhrazeny zvláštní kategorie³⁰⁹. Rozdělení lidských životů do veřejné sféry (politické, autonomní, tradičně vyhrazené mužům) a soukromé sféry (definované rodinou a domácností, tradičně vyhrazené ženám) přitom současně stavilo tu soukromou a s ní i např. případy špatného zacházení vůči ženám ze strany jejich partnerů mimo dosah lidskoprávních mechanismů³¹⁰. VDLP i oba mezinárodní pakty – navzdory požadavku na substantivní rovnost v jejich společném čl. 3 – totiž ženy konstruují primárně jako zranitelné objekty, které coby matky a manželky v domácnosti vyžadují ochranu ze strany mužů³¹¹. Jak podotýká V. Spike Peterson, systém mezinárodního práva lidských práv ve svém jádru předpokládá určitý model přirozené povahy člověka, což stojí v protikladu k tomu, jak se abstraktní subjekt lidských práv v lidskoprávních dokumentech definuje coby „neutrální“ a zcela univerzální³¹². Tento model má podle Peterson podobu muže a tři propojené aspekty: je západní, liberální a individualistický³¹³.

První aspekt se projevuje ve skutečnosti, že je na abstraktní univerzální subjekt mezinárodního práva lidských práv nahlíženo jako na zcela autonomní a nezávislý na okolí. To je v opozici ke způsobu, jak je na lidskou podstatu nahlíženo v jiných společnostech, kde je člověk vnímán coby integrální součást většího celku a je kladen důraz na jeho vzájemnou propojenost s širší komunitou³¹⁴. Druhý aspekt poté zahrnuje předpoklad, že každý člověk je racionální a souvisí také s privilegovanou pozicí občanských a politických práv: předpokládá se, že abstraktní univerzální subjekt má své základní životní potřeby včetně chodu domácnosti a výchovy dětí zajištěny a má tedy dostatečný čas a prostor na to, chovat se zcela racionálně³¹⁵. Třetím aspektem je prvek individualismu: subjekt lidských práv je chápán jako vždy již plně zformovaná,

³⁰⁸ Tamtéž, s. 402.

³⁰⁹ CHARLESWORTH, H., CHINKIN, CH., WRIGHT, S. Feminist Approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, 1991, roč. 85, č. 4, s. 625.

³¹⁰ Tamtéž, s. 629.

³¹¹ OTTO, D., op. cit. sub 8, s. 337.

³¹² PETERSON, V. S. Whose Rights? A Critique of the "Givens" in Human Rights Discourse. *Alternatives: Global, Local, Political*, 1990, roč. 15, č. 3, s. 304.

³¹³ Tamtéž, s. 307.

³¹⁴ Tamtéž, s. 309.

³¹⁵ Tamtéž, s. 310.

autonomní a atomizovaná jednotka³¹⁶. Důsledkem takové konceptualizace je podle Peterson model člověka coby jakési „odhmotněné bytosti bez vnějších vazeb s okolím“³¹⁷, přičemž např. existence člověka coby součásti komunity a vliv společnosti a vztahů s ostatními na formování jeho identity (domény historicky vyhrazené ženám) jsou přehlíženy³¹⁸.

Tuto konstrukci ve svém díle kritizuje rovněž např. Martha Fineman, podle které je ve střetu se skutečností, jaká je realita lidské existence, a odpovídá potřebám dospělého občana mužského pohlaví státu typu Velké Británie v 18. století, který má k dispozici služebnictvo a patriarchální rodinný systém³¹⁹. Ve skutečnosti je ale současný člověk po velkou většinu svého života odkázán na pomoc ostatních a ve své smrtelné podstatě je náchylný k úrazům a nemocím. Důsledkem zmíněné konstrukce je značná míra vyloučení té části populace, která daná kritéria racionality a autonomie nespĺňuje a je vlivem inherentní lidské zranitelnosti delegována do pozice pseudo-subjektů³²⁰. Úmluva OSN o právech osob se zdravotním postižením poté podle Frédérica Megreta klade velmi silný důraz na implicitní „právo na autonomii“, ač v ní není jako takové explicitně zmíněno³²¹. Jelikož autonomie se coby charakteristika subjektu v lidskoprávních katalogích presumuje a je právě tím, co osobám se zdravotním postižením často chybí, Úmluva se tak podle Megreta snaží tuto kategorii osob dodatečně konstituovat coby plnohodnotné nositele práv a zajistit jim skutečnou možnost ucházet se o jejich ochranu³²².

V současnosti rovněž mnozí autoři a autorky po vzoru díla Michela Foucaulta³²³ poukazují na skutečnost, že jednou z funkcí lidských práv je zároveň i určitá konstrukce svého subjektu³²⁴. Tato konstrukce počíná již v samotné stavbě jednotlivých katalogů: k právě vypočteným charakteristikám „neturálního“ univerzálního subjektu lidských práv v lidskoprávních katalogích – mužskému pohlaví, autonomii a racionalitě – lze přidat i heterosexuálnost a cisgender identitu (viz kapitola 1.1.). V případě LGBT+ osob tato konstrukce nedostatečně zohledňovala jejich žitou realitu a koncepty jako „sexuální orientace“ a „genderová identita“ (samy prezentovány coby „neutrální pojmy“, mající nicméně ryze „západní“ charakter a vylučující jisté skupiny³²⁵) se

³¹⁶ Tamtéž, s. 311.

³¹⁷ Tamtéž, s. 324.

³¹⁸ Tamtéž, s. 332.

³¹⁹ FINEMAN, M. A. Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, roč. 4, č. 3, 2017, s. 148.

³²⁰ Tamtéž, s. 144.

³²¹ MEGRET, F. The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? *Human Rights Quarterly*, 2008, roč. 30, č. 2, s. 511.

³²² Tamtéž, s. 513.

³²³ Obecně: FOUCAULT, M. *The History of Sexuality. Volume I. An Introduction*. Překlad: R. Hurley. New York: Pantheon, 1976.

³²⁴ HODSON, L. Sexual orientation and the European Convention on Human Rights: What of the“L”in LGBT? *Journal of Lesbian Studies*, 2019, roč. 23, č. 3, s. 384.

³²⁵ MCGILL, J., op. cit. sub 9, s. 25.

v posledních desetiletích staly prostředkem formulace jejich specifických nároků. Tyto charakteristiky dnes umožňují coby „mediátoři“ konceptualizovat odlišné prožívání lidství jednotlivých individuálních LGBT+ osob na pozadí jak heteronormativní a cisonormativní „výchozí pozice“ člověka zakotvené v lidskoprávních dokumentech, tak i vlastního chápání každého člověka, do jaké míry lze zájmy LGBT+ osob v konkrétních případech považovat za „obecně lidské“ zájmy. V dnešní době lze poté ve výsledku prostřednictvím analýzy rozhodovací činnosti jednotlivých soudních těles identifikovat stále se vyvíjející konstrukce „LGBT+ subjektů lidských práv“³²⁶, které mohou více či méně odpovídat žité realitě skutečných LGBT+ osob.

V kapitole 2.2 naváží na závěry kapitoly 1.6. Pokusím se nyní formulovat náhled na proces rozhodování soudců ve složitých případech, který bere v úvahu právě zmíněné poznatky, a pro tento účel budu vycházet primárně z díla H. L. A. Harta. Poté se budu v kapitole 2.3. prostřednictvím analýzy judikatury ESLP a především Ústavního soudu ČR věnovat identifikaci konkrétních, dnes existujících konstrukcí „LGBT+ subjektů“ lidských práv.

2.2. Vnitřní hledisko právních norem a „člověk“ jako součást společenské reality

Jakou roli tedy hraje při rozhodování o lidskoprávních otázkách postavení LGBT+ osob vlastní představa soudce o povaze „člověka“? Pro zodpovězení této otázky naváží na dílo anglického právního filozofa H. L. A. Harta zmíněné již v kapitole 1.6. v souvislosti s konceptem „otevřené textury práva“. Otázky postavení LGBT+ osob v právu lidských práv jsem v této souvislosti označila za „složitě případy“ z toho důvodu, že v pozitivním právu existuje minimum vodítek, jak by měla být ustanovení o lidských právech na otázky sexuální orientace a genderové identity aplikována. V čem konkrétně ale tato nejasnost spočívá?

Hartův následovník Neil MacCormick rozeznává tři důvody, proč o některých případech lze hovořit jako o „složitých“: může jít buď o otázku relevance (není jasné, která právní norma se na případ vztahuje), interpretace (právní norma připouští existenci více interpretací) či klasifikace (není jasné, zda skutkový stav lze pod právní normu subsumovat)³²⁷. V části 1. jsem na podstatu „složitosti“ v rozhodování o otázkách postavení LGBT+ osob nahlížela prizmatem otázky interpretace. Jak jsem již ale uzavřela v kapitole 1.6., jakékoli diskusi ohledně interpretace lidských práv v kontextu problematiky postavení LGBT+ osob musí zákonitě předcházet alespoň implicitní zodpovězení otázky, jak tedy dle mluvčího vypadá onen „jednotlivec“, jehož ochraně

³²⁶ HODSON, L., op. cit. sub 323.

³²⁷ MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978, s. xii.

mají lidská práva sloužit. Domnívám se tedy, že „složitost“ těchto případů ve skutečnosti může často spočívat již v otázce klasifikace: tedy otázky, do jaké míry lze specifické zájmy LGBT+ osob v konkrétních případech subsumovat pod zájmy abstraktního „subjektu“ lidských práv.

H. L. A. Hart byl ve svém díle silně inspirován filozofií jazyka Ludwiga Wittgensteina³²⁸ a mezi jeho nejvýznamnější přínosy na poli právní teorie a filozofie patří vedle konceptu „otevřené textury práva“ i koncept „vnitřního hlediska práva“. Oba popsal ve svém nejznámějším díle *Pojem práva* z roku 1961³²⁹, ve kterém navazuje na právní filozofii Jeremyho Benthama a Johna Austina, ale nesouhlasí s Austinovým pojetím práva coby příkazu suveréna podloženého hrozbou sankce³³⁰. Rovněž se zde Hart vymezuje vůči pojetí práva amerických právních realistů coby pouhého předvídání rozhodnutí soudců³³¹.

V Hartově pojetí tvoří právo systém tvořený jednotou primárních a sekundárních pravidel podmíněných pravidlem uznání (podobném tzv. Grundnorm Hanse Kelsena, ovšem Hartem vnímaném spíše jako určitý společenský fakt spočívající v určitém jednání představitelů státní moci)³³². Jako vymezení se vůči Austinově pojetí práva Hart rozlišuje „zvyk“ (např. setkávání se obyvatel vesnice v místní krčmě každou sobotu) a „pravidlo“ (např. povolené tahy figurky koně po šachovnici). „Pravidlo“ na rozdíl „zvyku“ představuje jakýsi společný standard chování pro všechny aktéry v rámci určité činnosti. Tento standard poté slouží jako základ pro případnou kritiku deviace od vyžadovaného chování a tato kritika na něm založená je zároveň všemi aktéry obecně považována za legitimní³³³.

Dále je pro skutečné porozumění normativity „pravidel“ podle Harta potřeba účastnický pohled na danou praxi: tzv. vnitřní hledisko. To dle Harta zahrnuje právě akceptaci pravidla (právní normy) účastníky určité praxe (právní praxe) coby společného důvodu jednání³³⁴. V opačném případě a při zaujetí vnějšího hlediska je člověk v pozici pozorovatele obdobné roli antropologa nebo sociologa³³⁵. Hart tento koncept ilustruje na příkladu pozorovatele křižovatky, který mapuje chování řidičů v závislosti na barvách světelných signálů na semaforu. Po jisté době je tento pozorovatel schopen správně vnímat červenou barvu jako známku toho, že se automobilová doprava v tomto směru zastaví, ovšem pouze hledisko účastníka mu může umožnit chápání této barvy jako signálu k zastavení v tom samém smyslu, v jakém ji chápou sami řidiči –

³²⁸ VEITCH, S., CHRISTODOULITIS, E., GOLDONI, M. *Jurisprudence. Themes and Concepts. Third Edition.* New York: Routledge, 2018, s. 182.

³²⁹ HART, H.L.A. op. cit. sub 247.

³³⁰ Tamtéž, s. 19.

³³¹ Tamtéž, s. 65.

³³² VEITCH, S., CHRISTODOULITIS, E., GOLDONI, M. op. cit. sub 327, s. 138.

³³³ HART, H.L.A. op. cit. sub 247, s. 5.

³³⁴ Tamtéž.

³³⁵ Tamtéž, s. 89.

tedy jako „pravidlo“ a společný standard pro možnost průjezdu křižovatkou³³⁶. Pro zaujetí hlediska účastníka není podle Harta potřeba nic jiného, než volní uznání daného pravidla jako společného standardu: pro existenci pravidel výslovně odmítá nutnost zaujetí kladného subjektivního postoje či „pocitu vázanosti“ účastníků daným pravidlem³³⁷.

Neil MacCormick pojem vnitřního hlediska následně rozvedl a upřesnil, s důrazem na „vnitřní hledisko právních norem“³³⁸. Aby vlastní Hartovo vysvětlení hlediska účastníka dávalo logický a praktický smysl, nestačí podle MacCormicka pouhé volní uznání norem a jejich akceptace jako společného standardu jednání, ale je dle něj potřeba i kognitivní složka: dostatečné porozumění jednotlivým prvkům a konvencím implikovaným dotyčnou společenskou či právní normou³³⁹. Teprve od této kognitivní složky je poté ta volní odvozena.

MacCormick uvádí jako příklad úryvek z knihy *Gulliverovy cesty* Jonathana Swifta, kdy se liliputánští úředníci podivují nad nálezem kapesních hodinek, jejichž podoba, význam a funkce jsou jim cizí a které ve své zprávě pokládají za „*neznámé zvíře, anebo boha, kterého [Gulliver] uctívá*“³⁴⁰. Popis hodinek jako souhrnu jejich jednotlivých fyzických součástí bez představy o významu, který mají pro život lidského cestovatele v 18. století, je příkladem hlediska pozorovatele co se týče prostředku měření času jako společenské normy, určité praxe. Ta může být následně klíčovou pro porozumění norem právních: tak např. zaměstnanec, který pracuje v továrně ve směnném provozu, je zavázán být schopen nějakým způsobem sledovat plynutí času dostatečně přesně tak, aby mohl směny dodržovat³⁴¹.

Aby tedy nejen soudce, ale i běžný adresát právních norem v 21. století mohl pochopit smysl ustanovení, že „*délka stanovené týdenní pracovní doby činí 40 hodin týdně*“, potřebuje být mimo jiné zasvěcen do systému společného počítání času. Potřebuje vědět, že pohyb slunce po obloze a střídání dne a noci znamená po jisté době začátek nového dne, že den se vnitřně dělí na 24 hodin, 7 po sobě jdoucích dní tvoří jeden týden a v neposlední řadě také skutečnost, že se plynutí zmíněných časových úseků měří sjednoceným způsobem. Pokud by mu bylo sděleno, že je v daný okamžik přesně 8:00, ale slunce by bylo vysoko na obloze a na ciferníku nástěnných hodin by obě ručičky ukazovaly k číslu 12, dokázal by rozeznat chybu v onom tvrzení a podrobit ji kritice. Tyto skutečnosti jsou dnes samozřejmé a pro pochopení smyslu ustanovení § 79 odst. 1 zákona č. 262/2006 Sb., zákoníku práce, nepotřebují být zakotveny v pozitivním právu – *vnitřní*

³³⁶ Tamtéž, s. 99.

³³⁷ Tamtéž, s. 57.

³³⁸ MACCORMICK, N., op. cit. sub 326, s. 275.

³³⁹ Tamtéž, s. 291.

³⁴⁰ SWIFT, J. *Gulliverovy cesty*. Překlad: A. Skoumal. Praha: Albatros, 2004, s. 28.

³⁴¹ MACCORMICK, N., op. cit. sub 326, s. 280.

hledisko praxe měření času se předpokládá a nebylo by bez něj možno se smysluplně zapojit do společnosti.

Podle MacCormicka je tedy pro *hledisko účastníka* potřeba dostatečně porozumět i každému jednotlivému prvku či společenské praxi, které právní norma implikuje. Bez nutnosti takového porozumění by nebylo možné představit si další dvě Hartova kritéria odlišení „pravidla“ od „zvyku“: možnosti kritiky něčí deviace od společného standardu zároveň s přijetím této kritiky jiným účastníkem jako opodstatněné³⁴². V případě společenských norem, které jsou tak univerzální a samozřejmě jako měření času, toto nečiní problém. Zajímavé otázky pro právní praxi ovšem nastávají, pokud se vlivem např. technologického pokroku určitá praxe vyvine způsobem, který tvůrci textu původní právní normy nemohli předvídat.

V rozsudku Nejvyššího soudu USA *Olmstead v. United States* z roku 1928 bylo tak například konstatováno, že nedošlo k porušení čtvrtého a pátého dodatku Ústavy Spojených států při tajném odposlechu soukromých telefonních hovorů federálními agenty bez příkazu k prohlídce a následnému použití přepisu obsahu těchto hovorů jako důkazu v trestním řízení vedeném proti odposlouchávaným osobám. Většina soudců shledala, že při tajném odposlouchávání nedošlo ani k fyzickému vniknutí do obydlí či na pozemek, ani k porušení listovního tajemství, a že text čtvrtého dodatku nelze interpretovat způsobem, který by zahrnoval i soukromí telefonické komunikace vedené na dálku prostřednictvím drátů³⁴³. Ve svém disentaním stanovisku soudce L. Brandeis ovšem s názorem většiny nesouhlasil. Vyložil praxi provozování telefonních hovorů jako tvořící metaforický „virtuální uzavřený prostor, ve kterém mohou být sdělována tajemství“³⁴⁴ a navázal na tehdy ustálenou judikaturu Nejvyššího soudu USA ohledně ochrany listovního tajemství a domovní svobody. Brandeis oproti většině zaujal v roce 1928 *hledisko účastníka* k praxi dorozumívání se pomocí telefonní technologie³⁴⁵, které mu umožnilo teleologicky konstatovat, že předmětné dodatky Ústavy porušeny byly.

Ne vždy je nové chápání společenské praxe podmíněno technologickým pokrokem. Samotnou existenci člověka ve společnosti, která příkládá určité významy jeho vnějšimu vzhledu a projevům a v níž se čase mění akceptovatelnost odlišné sexuální orientace, lze dle mého názoru chápat jako příklad určitého prvku společenské reality, který se v čase vyvíjí. Stejně jako systém měření a počítání času je ale i pojem člověka tak běžnou skutečností, že je jeho znalost implicitně

³⁴² Tamtéž, s. 280.

³⁴³ Většinové stanovisko rozsudku Nejvyššího soudu USA *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), s. 28.

³⁴⁴ POLLICINO, O. Metaphors and judicial frame: why legal imagination (also) matters in the protection of fundamental rights in the digital age. In: OJANEN, T., PETKOVA, B. (ed). *Fundamental Rights Protection Online*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, s. 11.

³⁴⁵ Tamtéž.

předpokládána. Jak „člověk“ vypadá? Jaké má vlastnosti: tvar, barvu, možné podoby a variace? Jak se tyto vlastnosti a podoby mění a vyvíjejí v závislosti na integraci „člověka“ ve společenství „lidí“? A které tyto vlastnosti a podoby lze pokládat za inherentní a zobecnitelnou součást „lidství“ a které nikoliv? Tyto a další otázky pro velkou většinu právní praxe nemají relevanci; v kontextu lidských práv LGBT+ osob ale odpovědi na ně definují samotný subjekt a nositele těchto práv a v důsledku i otázku, kdo – jaký „člověk“ – se může s úspěchem snažit domáhat jejich ochrany.

Domnívám se, že zcela exemplární ilustrací je nález Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/20, ve kterém se zabýval návrhem nebinární*ho navrhovatele*ky na zrušení zákonných ustanovení týkajících se podoby rodných čísel a nutnosti sterilizace jako podmínky úřední změny pohlaví z důvodu tvrzeného porušení práv dle čl. 7 odst. 1 a 2 LZPS a čl. 3 a 8 Úmluvy v důsledku aplikace dotyčných ustanovení. Neshledal ovšem důvod pro přezkum ustanovení § 29 odst. 1 věty první občanského zákoníku, a to právě z důvodu, že se navrhovatel*ka „cítil*a být neutrální osobou bez přiřazeného pohlaví“³⁴⁶. Dle Ústavního soudu dotyčné ustanovení občanského zákoníku pouze uvádí, kdy dochází k „právní změně jednoho pohlaví na druhé“³⁴⁷ a není tak pro situaci navrhovatel*ky relevantní, protože „jeho zrušení by nevedlo ke vzniku (sic) zcela nového, třetího pohlaví, resp. ke vzniku ,neutrální kategorie““³⁴⁸. Jelikož se tedy navrhovatel*ka narodil*a jako muž, ale „za ženu se nepovažuje“, neshledala relevantní menšina smysl se konkrétními podmínkami pro změnu pohlaví v § 29 odst. 1 zabývat³⁴⁹: „změnou pohlaví“ je podle ní možné chápat pouze změnu z pohlaví mužského na pohlaví ženské nebo naopak³⁵⁰. Následně v kontextu evidence informace o pohlaví v rodných číslech konstatovala následující: „*Na území České republiky se lidé dělí na ženy a muže. Toto chápání binární existence lidského druhu nemá původ ve vůli státu ve smyslu vůle veřejné moci, neboť veřejná moc je pouze akceptovala jako společenskou realitu.*” V témže bodě je rovněž podotýkáno, že „slova mají význam“ a stejně jako není potřeba v právním řádu stanovit, jaké charakteristiky definují muže a ženu, nebylo nikdy taktéž potřeba definovat právě ani člověka³⁵¹.

Někdo ovšem „člověka“ pokud ne definovat, pak alespoň identifikovat coby součást společenské reality pro účely interpretace a aplikace relevantních lidskoprávních ustanovení musí; zde to činí právě soudce Ústavního soudu. Otázkou tedy je, jakou ten má o „člověku“ představu. Není přitom pochyb, že by nebinární lidé nebyli „lidmi“: relevantní otázkou je, jakým způsobem

³⁴⁶ Pl. ÚS 2/20, bod 31.

³⁴⁷ Tamtéž, bod 27.

³⁴⁸ Tamtéž.

³⁴⁹ Tamtéž, bod 31.

³⁵⁰ Tamtéž, bod 28.

³⁵¹ Tamtéž, bod 39.

je konceptualizována genderová identita coby charakteristika „člověka“ a její role v lidském životě.

Místo liliputánských úředníků setkávajících se poprvé s kapesními hodinkami si lze představit mimozemšťana s kognitivními a rozumovými vlastnostmi podobnými průměrnému člověku, který vítá delegaci dvou lidských astronautek: A a B. Jsou to dvě osmadvacetileté vzájemně si podobné ženy narozené v Číně, astronautka B ovšem trpí alergií na pyly, které se shodou okolností vyskytují i v prostředí, kde setkání probíhá. Jedná se o první setkání takového druhu, dotyčná mimozemská civilizace nikdy předtím neměla žádný kontakt se Zemí nebo lidmi. Jaká bude představa mimozemšťana o lidské rase na základě prvních momentů vzájemného setkání s astronautkami? Konkrétněji, jakým způsobem může mimozemšťan zjistit, že definujícím prvkem člověka není v daném prostředí konstantní nadměrné vylučování tekutiny z nosu a očí a že astronautka A je naopak tou, která se v tomto ohledu nevyvíká normě?

Pointou tohoto absurdního příkladu je snaha o ilustraci smyslu otázky, kdo je „člověk“, pohledem MacCormickovy revize Hartova pojetí *vnitřního* a *vnějšího hlediska* společenské praxe a právních norem. I kdyby lidská návštěva souhlasila s tím, že se nechá mimozemskou civilizací zkoumat, v případě absence jakéhokoliv způsobu dorozumívání nebo možnosti zapojit se do života na Zemi bude mimozemšťan odkázán na pouhé pozorování astronautek A a B. Po jisté době bude zajisté moci s velikou přesností odhadnout, co je pro astronautky – a tedy do jisté míry i lidskou rasu – běžné: zjistí například, že neustálá rýma a zarudnutí očí astronautky B v jistých situacích ustanou, že obě věnují třetinu doby rotace planety Země kolem své osy spánku a že se snaží minimalizovat výskyt situací, kdy jedna z nich spatří celé ničím nezakryté tělo té druhé. Stejně jako v Hartově příkladu sledování světelných signálů semaforu na křižovatce, dokud mimozemšťan nenalezne způsob, jak s astronautkami efektivně komunikovat a dostatečně poznat jejich život z *hlediska účastníka* a nikoliv *pozorovatele*, nikdy nebude moci zcela pochopit podstatu jejich lidství v jeho biologických a společenských dimenzích a bude omezen na pouhé předvídání jejich reakcí a denních aktivit.

Na planetě Zemi vykonávají právnické profese (i přes nevyhnutelný rozvoj zapojení generativní umělé inteligence) lidé. Není tedy dobře možné si představit soudce, který nemá nějakou předchozí již ustálenou představu o tom, jaké je být člověkem. Tato skutečnost ovšem neznamená, že nelze najít příklady *vnějšího hlediska* i v rámci lidské společnosti. Právě odlišná životní zkušenost LGBT+ osob, jejichž odlišnost spočívá v odlišném subjektivním prožívání, kterému lze v kognitivní rovině v případě absence vlastní srovnatelné zkušenosti rozumět více či méně, je toho dobrým příkladem. Zobecnitelnost tohoto odlišného subjektivního prožívání vyjádřená s odkazem na pojmy „genderová identita“ či „sexuální orientace“ je zároveň tím, co

odlišuje moji aplikaci konceptů *vnitřního* a *vnějšího hlediska* na odlišnou životní zkušenost LGBT+ osob od požadavku vcítit se do životní situace každého jednotlivého člověka.

Lze tedy souhlasit s relevantní menšinou ve výše citovaném nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/20 v tom ohledu, že pojem člověka coby lidské bytosti, stejně jako charakteristiky definující muže a ženu, je součástí určité mimoprávní, společenské reality, kterou právo nepotřebuje definovat³⁵². Tuto realitu lze ovšem v pozici někoho, kdo s právem přichází do styku, vnímat z hlediska *účastníka* či *pozorovatele* v závislosti na míře porozumění jednotlivým prvkům: v případě člověka a uvedeno na konceptu nebinární identity tedy porozumění, jakými způsoby lze prožívat vlastní existenci ve společnosti, která předpokládá a vynucuje binaritu pohlaví a genderu³⁵³. I když tedy podle Ústavního soudu „slova mají význam“³⁵⁴, nelze hovořit o významu předdefinovaném a všem samozřejmém. Po vzoru argumentace M. Nussbaum (viz kapitola 1.6.), klíčem pro zaujetí *hlediska účastníka* může být poté v kombinaci s prostou informovaností o problematice LGBT+ osob pochopení v kognitivní rovině, že přes odlišné subjektivní prožívání zapříčiněné jejich odlišnou sexuální orientací či genderovou identitou mají v zásadě stejně „lidské“ zájmy a potřeby (požadavek možná do značné míry hodný Dworkinova soudce Herkula).

Aplikováno na koncept *vnitřního* a *vnějšího hlediska*, odlišná sexuální orientace či genderová identita může být v konkrétním případě chápána buď coby přirozená složka lidské identity ve významu, který má pro život LGBT+ osob v kontextu daného společenského uspořádání, nebo jako jistý atribut, který ovšem mezi inherentní součástí identity a podstaty „člověka“ coby lidské bytosti nepatří. To má pochopitelně zcela zásadní důsledky na způsob posouzení, do jaké míry lze specifické zájmy LGBT+ osob v konkrétních případech podřadit pod zájmy „subjektu“ lidských práv.

2.3. LGBT+ subjekty v judikatuře ESLP a Ústavního soudu ČR

V této poslední kapitole se budu věnovat konstrukcím „LGBT+ subjektů“ tak, jak je lze identifikovat prostřednictvím analýzy judikatury. Sama o sobě by taková analýza mohla být předmětem zkoumání samostatné diplomové práce: v kontextu judikatury ESLP se tomuto tématu prostřednictvím metod zejm. kritických proudů a queer teorie totiž věnuje řada zahraničních autorů a autorek, kteří zároveň s odkazem na dílo M. Foucaulta poukazují na význam a širokosáhlý dopad

³⁵² Pl. ÚS 2/20, bod 39.

³⁵³ DUŠKOVÁ, Š. Pohlaví jako věc veřejná. Právo na uznání pohlavní identity trans lidí. In ŠIMÁČKOVÁ K. a kol. op. cit. sub 299, s. 964.

³⁵⁴ Pl. ÚS 2/20, bod 39.

jazykových prostředků užitých k diskurzivní konstrukci LGBT+ identit v rámci jak argumentace v odůvodněných rozhodnutích, tak samotné formulace stížnosti³⁵⁵.

Bohatá je zejména literatura analyzující konstrukce „homosexuálního subjektu“. Jak podotýká Michele Grigolo, historické společenské vnímání heterosexuality coby přirozené „výchozí pozice“ člověka a homosexuality coby deviace produkuje tlak na konceptualizaci homosexuality coby vůlí neovlivnitelné a nezměnitelné osobnostní charakteristiky³⁵⁶. Důsledkem je vzájemně se upevňující dichotomie „hetero-“ a „homosexuálního“ subjektu v judikatuře ESLP³⁵⁷, která esencionalizuje předmětné charakteristiky a popírá element volby člověka v rámci vnímání vlastní identity a rozhodování o svém sexuálním a rodinném životě³⁵⁸. Jak podle Grigola³⁵⁹, tak Damiana Gonzales-Salzberga³⁶⁰ je čl. 12 Úmluvy (viz kapitola 1.1.) hlavní příčinou, že heterosexuální subjekt je vnímán jako norma, která je o to více upevňována prostřednictvím konstrukce podřadného subjektu homosexuálního³⁶¹. Rozdíl je nadto činěn mezi „mužským“ a „ženským“ homosexuálním subjektem, přičemž zájmy leseb jsou vlivem intersekce otázek genderu a sexuální orientace upozaďovány³⁶² (a existence bisexuálních či asexuálních osob je ESLP opomíjena zcela³⁶³).

Homosexuální subjekt se nadto v judikatuře ESLP vyvíjel na trajektorii od jeho prosté tolerance v soukromí v rozsudku *Dudgeon* po jeho první limitované připuštění do veřejné sféry rozsudky týkajícími se shromažďovacího práva v čl. 11 Úmluvy (kdy ESLP konstatoval, že Úmluva rovněž chrání veřejnou identifikaci se svou sexuální orientací)³⁶⁴, a svobody projevu v čl. 10 (který podle ESLP nechrání nenávistné projevy vůči homosexuálům)³⁶⁵. Paul Johnson v tomto kontextu poukazuje na důsledky, které má na interpretaci Úmluvy diskursivní konstrukce homosexuality představovaná v anglickém znění pojmem „*essentially private manifestation of human personality*“³⁶⁶ coby důsledek prvních úspěšných stížností formulovaných v kontextu čl. 8

³⁵⁵ AMMATURO, F. R. The Council of Europe and the creation of LGBT identities through language and discourse: a critical analysis of case law and institutional practices. *The International Journal of Human Rights*, 2019, roč. 23, č. 4, s. 577.

³⁵⁶ GRIGOLO, M., op. cit. sub 37, s. 1024.

³⁵⁷ Tamtéž.

³⁵⁸ Tamtéž, s. 1026.

³⁵⁹ Tamtéž, s. 1035.

³⁶⁰ GONZALES-SALZBERG, D. A. The making of the Court's homosexual: a queer reading of the European Court of Human Rights' case law on same-sex sexuality. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2015, roč. 65, č. 4, s. 377.

³⁶¹ Tamtéž, s. 385.

³⁶² HODSON, L., op. cit. sub 323 s. 393.

³⁶³ GONZALES-SALZBERG, D. A., op. cit. sub 359, s. 373.

³⁶⁴ Rozsudek ESLP ve věci *Baczkowski a ostatní proti Polsku* ze dne 3.5.2007, č. 1543/06, výslovně v rozsudku ESLP ve věci *Alekseyev proti Rusku* ze dne 21.10.2010, č. 4916/07, 25924/08 a 14599/09, § 84.

³⁶⁵ Rozsudek ESLP ve věci *Vejdeland a ostatní proti Švédsku* ze dne 9.2.2012, č. 1813/07, § 59.

³⁶⁶ *Dudgeon*, § 60.

Úmluvy, kdy ESLP stále uznával právní regulaci „veřejné manifestace“ homosexuality za účelem ochrany morálky podle odst. 2 za nezbytnou³⁶⁷.

Jaké konstrukce LGBT+ identit lze po vzoru právě provedeného nástinu vyvodit z argumentace Ústavního soudu, který se otázkami sexuální orientace a genderové identity zabýval zatím jen v hrstce případů?

V rozhodnutích Ústavního soudu o otázkách týkajících se sexuální orientace, která se zatím vždy vztahovala k problematice osvojení, je nejvíce patrný důraz na ochranu tzv. „tradiční rodiny“ coby legitimního zájmu státu. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15 Ústavní soud chápe rodinu „*primárně nikoliv jako jakýsi umělý sociální konstrukt, nýbrž především jako konstrukt biologický, založený na pokrevním příbuzenství osob*“³⁶⁸. Rovněž zdůrazňuje, že nechce jakkoliv aktivně přispívat „k erozi tradičního pojetí rodiny a její funkce“³⁶⁹. Na toto pojetí rodiny poukazuje ve svém konkurenčním votu i soudce Ludvík David, podle kterého „*mělo být věnováno více (a pozitivně laděné) pozornosti tomu nositeli základních práv, v jehož prospěch bylo rozhodnuto*“³⁷⁰. Dle mého názoru nelze než souhlasit. Ačkoliv bylo rozhodnuto ve prospěch stejnopohlavních párů zejména prizmatem práva na lidskou důstojnost, přičemž napadené ustanovení dle většiny vedle své nelogičnosti a nesystematičnosti činí z osob žijících v registrovaném partnerství „*jakési osoby druhého řádu*“ a dává jim *bezodůvodně určité stigma*³⁷¹, „homosexuální subjekty“ jsou ve výsledku vlivem až excesivního zdůrazňování preference „tradičního“ pojetí rodiny jako osoby druhého řádu přesto konstruovány. A to především vlivem toho, o čem Ústavní soud mlčí: ačkoliv většina odkazuje např. na rozsudek *Schalk and Kopf*, kde ESLP konstatoval, že mezi páry stejného pohlaví může existovat rodinný život, soužití registrovaných partnerů pod tento pojem zařadit odmítla³⁷².

Opačný a s judikaturou ESLP souladný přístup k pojmu „rodinný život“ zaujal senát Ústavního soudu v nálezu sp. zn. I. ÚS 3226/16 v případě „právní a faktické reality“ stěžovatelů sezdaných podle práva státu Kalifornie a jejich existujícího rodičovského vztahu k dítěti narozenému za použití institutu náhradního mateřství³⁷³. Navázal na nález výše ve formulaci, že „*sexuální orientace není volba, ale osobnostní charakteristika, kterou nelze změnit*“³⁷⁴, zároveň ale opakovaně zdůraznil pojetí ochrany tradiční rodiny coby legitimního zájmu státu, který

³⁶⁷ JOHNSON, P., op. cit. sub 300, s. 76.

³⁶⁸ Pl. ÚS 7/15, bod 36.

³⁶⁹ Tamtéž, bod 37.

³⁷⁰ Odlišné stanovisko soudce L. Davida k odůvodnění nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15, bod 1.

³⁷¹ Pl. ÚS 7/15, bod 46.

³⁷² Tamtéž, bod 48.

³⁷³ I. ÚS 3226/16, bod 16–18.

³⁷⁴ Tamtéž, bod 46.

v daném případě nebyl ohrožen z důvodu, že se jednalo o pouhé uznání již existující rodinné vazby³⁷⁵. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 6/20 je poté především zdůrazňována suverenita České republiky, neexistence základního práva na osvojení dítěte a ústavní konformita preference manželství pro osvojení, přičemž většina pléna podle disentančního stanoviska zcela opominula lidskoprávní dimenzi celého případu³⁷⁶.

Český „homosexuální subjekt“ lidských práv je tak po vzoru M. Grigola v první řadě konstruován prostřednictvím opakovaného vyzdvihování a upevňování lepší pozice subjektu „heterosexuálního“, kterému lidskoprávní ochrana primárně náleží. „Heterosexuální subjekt“ totiž může uzavřít manželství a založit tradiční rodinu, zatímco „homosexuální subjekt“ nemůže svou osobnostní charakteristiku, která mu v tom brání, vůlí změnit, a je tak z těchto institutů bez svého přičinění vyloučen. Osoby žijící ve stejnopohlavních svazcích se tak ocitají v množině „homosexuálních subjektů“ vlivem nemožnosti být zařazeny do výchozí, právním řádem preferované množiny subjektů „heterosexuálních“, a důvodem, proč jejich (již existujícím) rodinným vazbám vůbec nějaká lidskoprávní ochrana náleží, je dle argumentace Ústavního soudu právě absence volby manželství (ne)uzavřít a tradiční rodinu (ne)založit. Implikací takové konstrukce zároveň je, že pokud by element volby přítomen byl, každý člověk by se automaticky začlenil do výchozí množiny subjektů a žádné alternativní podoby právního uznání rodinného soužití by tak nebylo potřeba zvažovat. Důraz na absenci volby byl historicky pro ochranu postavení gayů a leseb velmi důležitý (např. v podobě trvání na analogii barvy pleti a sexuální orientace v USA³⁷⁷) a v žádném případě nelze význam této konstrukce znevažovat. Skutečně existující variace lidských vztahů a sexuality ale tuto právní dichotomii, která je důsledkem vnímání heteronormativních institutů a struktur jako přirozeného a neutrálního společenského uspořádání, nerespektují. Naopak odkrývají její vykonstruovanost: např. bisexuální člověk si teoreticky zvolit může, zda založí rodinu s osobou stejného či jiného pohlaví. Jednalo by se ale v očích Ústavního soudu o volbu mezi rodinou prvního a druhého řádu.

Co se týče konstrukce českých „trans subjektů“ Ústavním soudem, argumentace relevantní menšiny v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/20 byla již vcelku podrobně analyzována v kapitole 2.2. Na něj navazující nálezh sp. zn. II. ÚS 2460/19 zamítající ústavní stížnost argumentačně taktéž navazuje na vykreslení genderové identity coby „fikce“³⁷⁸, které nejlépe vystihuje přirovnání

³⁷⁵ Tamtéž, bod 50.

³⁷⁶ Odlišné stanovisko soudců K. Šimáčkové, P. Šámala a V. Šimíčka k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 6/20.

³⁷⁷ KONNOTH, C. J. Created in Its Image: The Race Analogy, Gay Identity, and Gay Litigation in the 1950s-1970s. *The Yale Law Journal*, 2009, roč. 119, č. 2.

³⁷⁸ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 7.6.2022, sp. zn. II. ÚS 2460/19, bod 23.

k subjektivnímu vnímání vlastního stáří³⁷⁹. Významu odlišné genderové identity pro existenci člověka ve společnosti je tak přikládána podobná relevance jako např. skutečnosti, že se sedmdesátiletý člověk „cítí na 20“.

Zatímco jak obě disentanční stanoviska k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/20, tak i nedávný nálezu sp. zn. Pl. ÚS 52/23 lze vnímat jako příklady mnohem více chápajícího přístupu k významu, který má odlišná genderová identita v životě trans osob v kontextu požadavku chirurgického zákroku a sterilizace coby podmínky úřední změny pohlaví, ve všech těchto případech je zároveň kladen důraz na autoritu medicíny a legitimitu odborníků coby jakýchsi „strážců hranic“ mezi pohlavími, kteří jejich přechod umožňují pouze „skutečným“ trans osobám v zájmu jejich vlastním i v zájmu státu³⁸⁰. Rozhodující slovo ohledně „skutečnosti“ odlišné genderové identity – a tím i možnosti podřazení lidí pod „trans subjekt“, kterému je umožněna úřední změna pohlaví – tak nemají lidé, kterých se změna pohlaví přímo týká, ale právě tito odborníci.

Ačkoliv na otázce medikalizace transexuality a transgenderismu všeobecně nepanuje shoda, zahraniční autoři a autorky již dávno poukazují na stigmatizující efekt, který má na trans osoby výsledná patologizace jejich identity³⁸¹. Jak podotýká Gonzales-Salzberg v kontextu judikatury ESLP, „trans subjekt“ je tak stále primárně vnímán coby „pacient“ trpící (dnes již) pohlavní inkongruencí a trans lidé se musejí této patologizující konstrukci – včetně autority odborníků a medicínského diskurzu nad vlastním prožíváním – podřídít, pokud se chtějí domáhat práva na uznání své genderové identity³⁸². Zcela kontraproduktivním efektem tvořícím potenciální začarovaný kruh je poté skutečnost, že trans osoby mají ve výsledku silnou motivaci své výpovědi modifikovat tak, aby medicínskému diskurzu a představě konkrétních odborníků odpovídaly³⁸³. Zatímco lze nalézt i relevantní argumenty pro zachování této konstrukce, podmínka patologizace včetně vyžadování diagnostických posudků stojí v praxi především v přímé opozici k samotným konceptům sebeurčení a osobní autonomie, které tvoří základ tohoto práva³⁸⁴. Tato vnitřní rozporuplnost je dle mého názoru, byť za zcela jiným účelem, trefně podotýkána i v nálezu sp. zn.

³⁷⁹ Pl. ÚS 2/20, bod 55.

³⁸⁰ Odlišné stanovisko soudců V. Šimíčka, L. Davida, J. Jirsy, P. Šámala, D. Uhlíře a J. Zemánka k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/20, bod 8; odlišné stanovisko soudkyně K. Šimáčkové k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/20, bod 34; Pl. ÚS 52/23, bod 87.

³⁸¹ THEILEN, J. T. Depathologisation of Transgenderism and International Human Rights Law. *Human Rights Law Review*, 2014, roč. 14, č. 2, s. 331.

³⁸² GONZALES-SALZBERG, D. A. An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent: A Queer Reading of A.P., Garçon and Nicot v. France. *The Modern Law Review*, 2018, roč. 81, č. 3, s. 538.

³⁸³ THORN, A. *Have we got it wrong on dysphoria?* [online] Trans Writes. [cit. 1-12-2024]. Dostupné online z: <https://transwrites.world/have-we-got-it-wrong-on-dysphoria-abigail-thorn-discusses-trans-healthcare/>.

³⁸⁴ THEILEN, J. T. The Long Road to Recognition: Transgender Rights and Transgender Reality in Europe. In SCHREIBER, G. (ed). *Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaften. Ergebnisse, Kontroversen, Perspektiven*. Berlin: De Gruyter, 2016, s. 373 an.

Pl. ÚS 2/20: „Respekt k soukromí podmíněný (několikaletým) znaleckým zkoumáním navíc není respektem, sebeurčení závislé na psychiatrické diagnóze není sebeurčením a osobní autonomie, jejímuž projevu musí dát průchod souhlas lékaře, není autonomií“³⁸⁵. Domnívám se zároveň, že aspekt patologizace odlišné genderové identity se může teoreticky (v případě příznivého vývoje společenského postavení trans osob v Evropě) stát součástí budoucích otázek řešených před ESLP i Ústavním soudem, jak ostatně v případě potenciálního budoucího vývoje judikatury ESLP předvídáno je³⁸⁶.

³⁸⁵ Pl. ÚS 2/20, bod 60.

³⁸⁶ GONZALES-SALZBERG, D. A., op. cit. sub 381.

Závěr

Jako cíl této diplomové práce jsem poněkud akademicky definovala dosažení hlubšího porozumění pozice, kterou otázky postavení LGBT+ osob v kontextu lidskoprávního diskurzu v současné době zastávají, spolu s vyhnutím se pouhé další reprodukci nejčastěji vyskytujících se argumentů a naopak nalezení podstaty současných neshod ohledně tohoto postavení. První výzkumná otázka zní: v čem narážejí současné snahy o ochranu postavení LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu na odpor?

V části 1. jsem se věnovala identifikaci současné pozice, kterou otázky postavení a ochrany LGBT+ osob v lidskoprávním diskurzu zastávají, a z ní vyplývajících neshod vztahujících se k potenciálnímu vývoji tohoto postavení. Základním poznatkem kapitoly 1.1. je převážná absence výslovných zmínek o sexuální orientaci či genderové identitě ve stěžejních závazných lidskoprávních katalozích. Ta je zapříčiněna jednak skutečností, že vlivem společenského vývoje a měnících se dominantních morálních představ jde o relativně nově uznané prvky lidského života, jednak faktickou nemožností dosáhnout shody ohledně přístupu k otázkám postavení LGBT+ osob mezi některými skupinami států OSN na samotné konceptuální rovině. Výsledkem je apelace – zejména právě ze strany orgánů OSN – na to, že pouhá interpretace stávajících obecných lidskoprávních instrumentů je pro účinnou ochranu postavení LGBT+ osob dostačující. Tento přístup zároveň do budoucna ještě více snižuje pravděpodobnost, že na úrovni mezinárodního práva (jak na globální, tak i na regionální evropské úrovni zejména vlivem silné pozice ESLP) někdy dojde ke vzniku nějakého nového specializovaného lidskoprávního instrumentu či dodatkového protokolu zabývajícího se postavením LGBT+ osob. V návaznosti na tyto skutečnosti jsem po obecném přehledu přístupu zejména ESLP k interpretaci Úmluvy v otázkách postavení LGBT+ osob označila proces interpretace práva a rozhodování soudců za stěžejní oblasti zájmu první části, přičemž lze dle mého názoru tyto otázky v obecné rovině z důvodů popsaných výše označit za „složité případy“.

V kapitole 1.2. jsem na základě studia disentních stanovisek k „průlomovým“ rozhodnutím identifikovala dva různé postoje soudců ESLP a Ústavního soudu ČR k rozhodování v těchto otázkách coby nejvíce relevantní pro zodpovězení výzkumné otázky. Prvním z nich je postoj kladoucí do popředí význam principu oddělení složek moci (a v případě ESLP rovněž jeho povahu coby mezinárodního soudu povolného na základě konsenzu smluvních států interpretovat Úmluvu), přičemž zastánci tohoto postoje v obecné rovině apelují na nutnost zdrženlivého přístupu k rozhodování v politicky citlivých otázkách, mezi které řadí i otázky postavení LGBT+

osob. Jako pomyslný protipól jsem identifikovala postoj, který s důrazem na účel lidských práv vyzdvihuje skutečnost, že s ohledem na faktické postavení LGBT+ osob ve společnosti a specifickou povahu jejich zájmů nelze realisticky očekávat, že by k ochraně jejich zájmů mohlo spolehlivě docházet skrze demokratické procesy, a formulace jejich nároků jazykem lidských práv je pro LGBT+ osoby tak často jedinou možností, jak zlepšení svého právního postavení dosáhnout. Druhý zmíněný postoj figuruje rovněž v kapitole 1.4.4. coby zdroj kritiky užívání doktríny margin of appreciation ve spojení s evropským konsenzem v rozhodovací činnosti ESLP, přičemž opodstatnění pro tuto kritiku je shledáváno v obavě z tyranie většiny. První ohnisko současných neshod tak spočívá v – poněkud banální – otázce, zda by o těchto otázkách měl rozhodovat zákonodárce, nebo soudní orgány.

V návaznosti na tyto poznatky jsem se v kapitole 1.3. nejprve věnovala na základě rozboru přístupu Ústavního soudu ČR teoretické otázce, zda lze některé otázky postavení LGBT+ osob označit a priori za vyloučená z ústavního přezkumu. Dospěla jsem k závěru, že v abstraktní rovině nikoliv. Z podstaty věci se totiž „otázky postavení LGBT+ osob“ budou vždy týkat oblastí, ve kterých identita a specifické zájmy těchto osob, přímo zapříčiněné jejich sexuální orientací či genderovou identitou, jsou v přímém střetu s heteronormativními a cisnormativními způsoby chápání a uspořádání společnosti. Pokud by tento prvek střetu nebyl přítomen, nebylo by dle mého názoru v případě řízení o kontrole norem nutné zvlášť vyzdvihovat tyto charakteristiky jednotlivců kvůli požadavku zobecnitelnosti. Vzhledem ke skutečnosti, že drtivá většina těchto otázek byla navíc historicky směřována (a lze očekávat, že do budoucna nadále směřována bude) do rámce práva na soukromí, by se v případě striktního zaujetí přístupu k nejusticeabilitě „otázek člověka jako biologického druhu, jeho života a vztahů“, jednalo o rezignaci Ústavního soudu na svou roli podle čl. 83 Ústavy. Ten je přitom povolán poskytovat ochranu kterémukoliv jednotlivci.

V kapitolách 1.4. až 1.6. jsem se následně věnovala otázce možnosti nalezení limitu korektní interpretace lidských práv ve prospěch LGBT+ osob. Při rozboru nejčastějších výkladových metod ESLP jsem dospěla k závěru, že vzhledem k nejednotnosti, nepředvídatelnosti a netransparentnosti dosavadní argumentace ESLP doktrínou margin of appreciation ve spojení s evropským konsenzem nelze v těchto těchto nástrojích spatřovat jednoznačné vodítko pro určení přípustného evolutivního výkladu Úmluvy. Sám ESLP navíc kombinuje ve své argumentaci evropským konsenzem dva různé protichůdné přístupy vycházející z různých pojetí lidských práv: přístup vyzdvihující účel lidských práv a obavu z tyranie většiny v případě striktního následování evropského konsenzu na jedné straně (který se projevuje např. v nalezení „trendu“ ve prospěch stěžovatele namísto absence konsenzu), a přístup reagujícího na problém tzv. „counter-

majoritarian difficulty“ na strane druhé (který je k využívání argumentace evropským konsenzem coby empirickým podkladem pro evolutivní výklad obecně přívětivější).

Inherentním prvkem otázek postavení LGBT+ osob figurujícím v souvislosti s problematikou interpretace lidských práv je jejich „novost“. Ta je popírána v případě snahy o depolitizaci těchto otázek, kterou lze spatřovat již v apelaci orgánů OSN na skutečnost, že interpretace stávajících obecných lidskoprávních instrumentů je pro ochranu LGBT+ osob dostačující. Rovněž je popření novosti prvkem postoje, který s důrazem na účel lidských práv vyzdvihuje faktickou nemožnost LGBT+ osob dosáhnout ochrany svých zájmů demokratickou cestou v prostředí, kde vůči nim existují předsudky a společenská opozice. „Novost“ těchto otázek je naopak vyzdvihována v rámci kritiky interpretace lidských práv ve prospěch těchto osob způsobem, který dotyční mluvčí považují za překračující limit přípustnosti a naopak zasahující do oblasti tvorby nových práv a závazků státu. Rovněž je tento charakter vyzdvihován v rámci argumentace „inflací lidských práv“. Ta přitom, aniž by jednoznačně stanovovala hranici, za kterou již předmětná „nová“ práva – pokrývající dříve explicitně nepokrytý rozsah lidských aktivit – představují hrozbu, v obecné rovině vyzdvihuje legitimitu a hodnotovou neutralitu status quo představovaného stávajícím společenským uspořádáním. Nároky LGBT+ osob formulované jazykem lidských práv ale ze své samotné podstaty tento status quo budou zpochybňovat vždy.

V kapitole 1.6. jsem tak ve světle dílčích závěrů výše dospěla k závěru, že v rámci hledání limitu korektní interpretace nelze v těchto otázkách vedle individuální soudcovské filozofie ignorovat vliv mimoprávních vlivů na rozhodování soudců ve složitých případech. Ty nutnost rozhodovat o otázkách postavení LGBT+ osob v případě absence jasných vodítek v pozitivním právu i interpretačních metodách představuje. Mezi stěžejní mimoprávní faktory jsem přitom zařadila společenský vývoj a kulturní změny. Zároveň ale dle mého názoru (systematicky zařazeného v práci až v kapitole 2.2.) „složitost“ těchto případů nespočívá pouze v nejasnosti, jakým způsobem interpretovat lidská práva (tzv. otázka interpretace), ale již v otázce, do jaké míry lze specifické zájmy LGBT+ osob v konkrétním případě subsumovat pod zájmy abstraktního „subjektu“ lidských práv (tzv. otázka klasifikace). Stěžejním mimoprávním faktorem, který zásadně ovlivňuje rozhodování soudců v otázkách postavení LGBT+ osob, je tak málokdy explicitně definovaná a naopak za samozřejmost považovaná odpověď na otázku, jak v očích mluvčího vypadá a má vypadat onen „jednotlivec“, k jehož ochraně mají lidská práva sloužit.

Prvek inherentní všem neshodám ohledně postavení LGBT+ osob v právu lidských práv a odpovědí na první výzkumnou otázku je tak skutečnost, že jak samotná existence LGBT+ osob ve společnosti, tak nutnost interpretovat a aplikovat obecné lidskoprávní instrumenty v rámci rozhodování o otázkách jejich postavení, vyžadují jistou reformulaci pojmu „lidství“ v jádru

lidských práv. To zahrnuje reformulaci představy, jak lidský život může vypadat, pokud existence LGBT+ osob ve společnosti má být akceptována a – pro možnost subsumpce jejich specifických zájmů v konkrétních případech pod zájmy abstraktního „subjektu“ lidských práv – i plně pochopena. Podstatou pojmu „lidství“ je zde způsob, jak může v návaznosti na přítomnost odlišné sexuální orientace nebo genderové identity vypadat plnohodnotně „žitelný“ lidský život oproti pouhému minimu podmínek potřebných pro biologické přežití. Někeré takové podoby přítom mohou být ve střetu s politickým, etickým či náboženským přesvědčením soudců. To lze v dnešní době spatřovat zejména v případě trans, intersexuálních a nebinárních osob, které svými nároky zpochybňují přirozenost a „danost“ jak binarity a neměnnosti pohlaví a genderu, tak korespondujících společenských rolí muže a ženy. Zaujetí zdrženlivého postoje vůči rozhodování v takových otázkách tak dle mého názoru může být mnohdy strategií konkrétního soudce, jak zakrýt svůj negativní postoj vůči LGBT+ osobám při nemožnosti o konkrétní lidskoprávní otázce týkající se jejich postavení nerozhodnout a souběžné nemožnosti tento negativní postoj zcela otevřeně projevit. Konečně, k reformulaci pojmu „lidství“ dochází právě i v důsledku formulace nároků LGBT+ osob jazykem lidských práv a jedná se tak o inherentně provázaný proces svědčící jednak o limitech, ale jednak i o faktické důležitosti lidskoprávního diskursu jako prostředku emancipačních snah.

Jako doplňkovou výzkumnou otázku jsem v návaznosti na závěr první části stanovila otázku: jaká je tedy povaha „člověka“ coby subjektu lidských práv?

V kapitole 2.1.1. jsem nejprve terminologicky odlišila pojmy „člověk“ a „subjekt lidských práv“. „Subjekt lidských práv“ v mém pojetí představuje určitou zobecněnou konstrukci člověka identifikovatelnou prostřednictvím zkoumání práva, vedle které pojem „člověk“ odkazuje na lidskou bytost z masa a kostí, jejíž podstata leží ve společenské realitě a která v právu definovaná není. „Subjekt“ je tak předmětem poznání právní vědy, „člověk“ naopak předmětem poznání přírodních a společenských věd. Oba pojmy jsou přitom navzájem inherentně provázané a vzájemně se ovlivňují. Již analýza samotné stavby lidskoprávních katalogů, odrážející kontext a podmínky jejich vzniku, dodává určité konkrétní předpokládané vlastnosti jejich „univerzálnímu“ subjektu: v návaznosti na poznatky kapitoly 2.1.2. jsou těmito charakteristikami mužské pohlaví a gender, racionalita, autonomie a individualismus, přičemž k těmto charakteristikám lze v návaznosti na poznatky kapitoly 1.1. připojit i heterosexuální orientaci a cisgender identitu.

V kapitole 2.2. jsem se pomocí aplikace konceptu „vnitřního hlediska práva“ H. L. A. Harta tak, jak jej coby „vnitřní hledisko právních norem“ rozvedl a upřesnil Neil MacCormick, pokusila vysvětlit podstatu problému, který představuje subsumpce specifických zájmů LGBT+ osob

v konkrétních případech pod zájmy abstraktního „subjektu“ lidských práv. Podstatou „složitosti“ těchto případů je totiž mimo jiné rovněž otázka, do jaké míry lze zájmy LGBT+ osob v konkrétních případech považovat za „obecně lidské“ zájmy. Odpověď na tuto otázku přitom nelze nalézt v pozitivním právu, jelikož se odvíjí od způsobu, jak konkrétní mluvčí (který je sám člověkem) chápe způsoby, jakými lze coby člověk ve společnosti existovat. Nejedná se v tomto případě o jakýsi sentimentální požadavek „vcítit se“ do životní situace každého jednotlivého člověka: rozdílem v případě LGBT+ osob je určitá míra právně relevantní zobecnitelnosti jejich odlišného prožívání. Pojmy „sexuální orientace“ a „genderová identita“ v dnešní době zároveň představují jakési mediátory pro možnost konceptualizace tohoto odlišného prožívání v případě absence vlastní srovnatelné životní zkušenosti každého člověka. Stěžejní otázkou tedy je, do jaké míry konkrétní mluvčí (zde tedy soudce) rozumí v kognitivní rovině roli a významu, kterou tyto charakteristiky v životě člověka pro konkrétní řešenou lidskoprávní otázku zaujímají.

Konečně v kapitole 2.3. jsem věnovala především judikatuře Ústavního soudu a v ní identifikaci konkrétních „LGBT+ subjektů“ lidských práv po vzoru zahraniční odborné literatury, která metodami zejm. kritických proudů a queer teorie již několik desetiletí zkoumá judikaturu ESLP. Shledala jsem, že vlivem vyzdvihování „ochrany tradiční rodiny“ Ústavním soudem coby legitimního zájmu státu existuje v jeho judikatuře dichotomie „heterosexuálního“ a „homosexuálního“ subjektu lidských práv. Český „homosexuální subjekt“ je přitom definován svou neschopností založit „tradiční rodinu“ coby právním řádem předpokládaný a preferovaný model rodinných vztahů. Tím zároveň vyzdvihuje a upevňuje privilegovanou pozici subjektu „heterosexuálního“ spolu s absencí volby coby klíčovým znakem odlišujícím tyto dvě skupiny.

V případě českých „trans“ subjektů je poté stále přítomný prvek patologizace genderové identity trans osob vedle presumované přirozenosti genderové identity cisgender osob. Současná konstrukce „trans subjektů“ Ústavním soudem je zároveň dle mého názoru do jisté míry vnitřně rozporuplná: Ústavní soud na jednu stranu vyzdvihuje legitimitu medicínského diskurzu a odborníků pro konečné určení, zda je člověk „skutečným“ trans člověkem, kterému by měla být umožněna úřední změna pohlaví, souběžně ale přitom staví svou argumentaci na právu každého člověka na sebeurčení a osobní autonomii coby součástí ústavních garancí práva na soukromí.

Odpověď na otázku, kdo je „subjektem“ lidských práv, tak konečně lze dle mého názoru v každém okamžiku relativně přesně stanovit pomocí analýzy stavby lidskoprávních katalogů a judikatury jednotlivých soudních těles. Oproti tomu pojem „člověk“ je dle mého názoru v právu nedefinovatelný: jednak by přijetí jeho přesné definice odporovalo samotné podstatě a účelu lidských práv, jehož současný mezinárodní systém je mimo jiné reakcí na hrůzy nacistického Německa, jednak by se dle mého názoru – zejména v kontextu postavení LGBT+ osob

v lidskoprávním diskurzu – mělo jednat o pojem, který je slovy Judith Butler „vždy otevřen redefinici“³⁸⁷.

³⁸⁷ BUTLER, J., op. cit. sub 275, s. 37.

Seznam použitých zdrojů

Seznam monografií, učebnic a komentářů

- AMMATURO, F. R. *European Sexual Citizenship: Human Rights, Bodies and Identities*. Cham: Springer International Publishing, 2017.
- ARENDDT, H. *The Origins of Totalitarianism. Second Edition*. Cleveland: The World Publishing Company, 1958.
- BARTOŇ, M. a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016.
- BLAŽKOVÁ, K. *Soudcovská filozofie a její vliv na rozhodování soudců ve složitých případech: případová studie rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu*. Praha: Leges, 2022.
- BUTLER, J. *Undoing Gender*. New York: Routledge, 2004.
- BRAKE, E. *Minimizing Marriage: Marriage, Morality and the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- CRANSTON, M. *What Are Human Rights?* New York: Basic Books, 1973.
- DONNELLY, J. *Universal Human Rights in Theory and Practice. Third Edition*. New York: Cornell University Press, 2013.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. London: Bloomsbury, 2013.
- FOUCAULT, M. *The History of Sexuality. Volume I. An Introduction*. Překlad: R. Hurley. New York: Pantheon. 1976.
- GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Second Edition. Oxford: Clarendon, 1994.
- IGNATIEFF, M. *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton: Princeton University Press, 2001.
- JOHNSON, P. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. London: Routledge, 2012.
- KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2007.
- KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J., BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012.
- LETSAS, G. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MACCORMICK, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- NUSSBAUM, M. C. *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation and Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- PAVLÍČEK, V. a kol. *Ústavní právo a státověda, II. díl. Ústavní právo České republiky*. I. vydání. Praha: Leges, 2011.
- POSNER, E. A. *The Twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- POSPÍŠIL I., LANGÁŠEK T., ŠIMÍČEK V., WAGNEROVÁ E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012.
- RYCHETSKÝ, P., LANGÁŠEK, T., HERC, T., MLSNA, P. a kol. *Ústava České republiky: Komentář*. [online: Systém ASPI]. Wolters Kluwer. Dostupné online z: <https://www.aspi.cz/products/lawText/13/46250/1/2>
- SLÁDEČEK, V., MIKULE, V., SUCHÁNEK, R., SYLLOVÁ, J. *Ústava České republiky. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016.
- SWIFT, J. *Gulliverovy cesty*. Překlad: A. Skoumal. Praha: Albatros, 2004.
- THEILEN, J. T. *European Consensus between Strategy and Principle*. Baden-Baden: Nomos, 2021.

VEITCH, S., CHRISTODOULITIS, E., GOLDONI, M. *Jurisprudence. Themes and Concepts. Third Edition.* New York: Routledge, 2018.

WALDRON, J. *Law and Disagreement.* Oxford: Oxford University Press, 1999.

WELLMAN, C. *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?* New York: Routledge, 1999.

Seznam článků v odborných periodikách

AMMATURO, F. R. The Council of Europe and the creation of LGBT identities through language and discourse: a critical analysis of case law and institutional practices. *The International Journal of Human Rights*, 2019, roč. 23, č. 4, s. 575–595.

ALSTON, P. Conjuring Up New Human Rights: A Proposal for Quality Control. *The American Journal of International Law*, 1984, roč. 78, č. 3, s. 607–621.

BENVENISTI, E. Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards. *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, roč. 31, s. 843–854.

BERAN, K. Osoba v právu z hlediska Vídeňské a Brněnské právní školy. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2017, roč. XXV, č. 4, s. 625–641.

BRAUCH, J. A. The Human Rights Movement and the Prevention of Evil: The Need to Look Inward as Well as Out. *Catholic University Law Review*, 2019, roč. 68, č. 3, s. 429–471.

BRGLEZ, M., NOVAK, S., TKALEC, S. Stereotyping and human rights law: An (un)conventional approach of the European Court of Human Rights. *Teorija in Praksa*, 2016, roč. 53, č. 5, s. 599–616.

CHARLESWORTH, H., CHINKIN, CH., WRIGHT, S. Feminist Approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, 1991, roč. 85, č. 4, s. 613–645.

CLÉMENT, D. Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation. *International Journal of Human Rights*, 2018, roč. 22, č. 2, s. 155–169.

DOUZINAS, C. Identity, Recognition, Rights or What Can Hegel Teach Us about Human Rights? *Journal of Law and Society*, 2002, roč. 29, s. 379–405.

DOUZINAS, C. The Paradoxes of Human Rights. *Constellations*, 2013, roč. 20, č. 1, s. 51–67.

DZEHTSIAROU, K. European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 2011, roč. 12, č. 10, s. 1730–1745.

FENWICK, H. Same sex unions at the Strasbourg Court in a divided Europe: driving forward reform or protecting the Court's authority via consensus analysis? *European Human Rights Law Review*, č. 3/2016, s. 249–272.

FENWICK, H., FENWICK, D. Finding “East”/“West” Divisions in Council of Europe States on Treatment of Sexual Minorities: The Response of the Strasbourg Court and the Role of Consensus Analysis. *European Human Rights Law Review*, č. 3/2019, s. 247–273.

FINEMAN, M. A. Vulnerability and inevitable inequality. *Oslo Law Review*, roč. 4, č. 3, 2017, s. 133–149.

GONZALES-SALZBERG, D. A. The making of the Court's homosexual: a queer reading of the European Court of Human Rights' case law on same-sex sexuality. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2015, roč. 65, č. 4, s. 371–386.

GONZALES-SALZBERG, D. A. An Improved Protection for the (Mentally Ill) Trans Parent: A Queer Reading of A.P., Garçon and Nicot v. France. *The Modern Law Review*, 2018, roč. 81, č. 3, s. 526–538.

GRIGOLO, M. Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject. *European Journal of International Law*, 2003, roč. 14, č. 5, s. 1023–1044.

HAMILTON, F. Same-Sex Marriage, Consensus, Certainty and the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review* č. 33/2018, s. 33–45.

HANNUM, H. Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century. *Human Rights Law Review*, 2016, roč. 16, č. 3, s. 409–451.

HANSEN, M. B. Between Two Ills: Homonationalism, Gender Ideology and the Case of Denmark. *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 2021, roč. 24, č. 1, s. 60–75.

HELPER, L. R. Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights. *Cornell International Law Journal*, 1993, roč. 26, č. 1, s. 133–165.

HODSON, L. Sexual orientation and the European Convention on Human Rights: What of the “L” in LGBT? *Journal of Lesbian Studies*, 2019, roč. 23, č. 3, s. 383–396.

JACKSON, S. Interchanges: Gender, sexuality and heterosexuality: The complexity (and limits) of heteronormativity. *Feminist Theory*, 2006, roč. 7, č. 1, s. 105–121.

JOHNSON, P. ‘An Essentially Private Manifestation of Human Personality’: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2010, roč. 10, č. 1, s. 67–97.

JOHNSON, P. Sexual orientation discrimination and Article 14 of the European Convention on Human Rights: the problematic approach of the European Court of Human Rights. *European Human Rights Law Review*, č. 6/2023, s. 548–563.

JOHNSON, P. UK Withdrawal from the European Convention on Human Rights: A Disaster for LGBT People. *European Convention on Human Rights Law Review*, č. 5/2024, 83–96.

JOHNSON, P., FALCETTA, S. The Inclusion of Sexual Orientation and Gender Identity in Relationships Education. *European Convention on Human Rights Law Review*, 2021, roč. 3, č. 1, s. 90–133.

KAHAN, D. M. Foreword, Neutral Principles, Motivated Cognition, and Some Problems for Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 2011, roč. 125, č. 1, s. 1–77.

KOLLMAN, K., WAITES, M. The global politics of lesbian, gay, bisexual and transgender human rights: an introduction. *Contemporary Politics*, 2009, roč. 15, č. 1, s. 1–17.

KONNOTH, C. J. Created in Its Image: The Race Analogy, Gay Identity, and Gay Litigation in the 1950s-1970s. *The Yale Law Journal*, 2009, roč. 119, č. 2, s. 316–372.

LETSAS, G. Strasbourg’s Interpretive Ethic: Lessons for the International Lawyer. *European Journal of International Law*, 2010, roč. 21, č. 3, s. 509–541.

LETSAS, G. Two concepts of the margin of appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, roč. 26, č. 4, s. 705–732.

MCGILL, J. SOGI...So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations. *Canadian Journal of Human Rights*, 2014, roč. 3, č. 1, s. 1–38.

MCGOLDRICK, D. Development and Status of Sexual Orientation Discrimination. *Human Rights Law Review*. 2016, roč. 16, č. 4, s. 613–668.

MEGRET, F. The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights? *Human Rights Quarterly*, 2008, roč. 30, č. 2, s. 494–516.

O’FLAHERTY, M. The Yogyakarta Principles at Ten. *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, roč. 33, č. 4, s. 280–298.

O’HARA, C. Consensus, Diference and Sexuality: Que(e)rying the European Court of Human Rights’ Concept of European Consensus. *Law and Critique*, 2021, roč. 32, č. 1, s. 91–114.

ONDŘEJEK, P., ONDŘEJKOVÁ, J. Politické otázky před mezinárodními soudy. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2014, roč. 60, č. 1, s. 99–110.

PETERSON, V. S. Whose Rights? A Critique of the “Givens” in Human Rights Discourse. *Alternatives: Global, Local, Political*, 1990, roč. 15, č. 3, s. 303–344.

POSNER, R. A. The Rise and Fall of Judicial Self-restraint. *California Law Review*, 2012, roč. 100, č. 3, s. 519–556.

RADAČIĆ, I. The margin of appreciation, consensus, morality and the rights of the vulnerable groups. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 2010, roč. 31, č. 1, s. 599–617.

SANDLAND, R. Crossing and Not Crossing: Gender, Sexuality and Melancholy in the European Court of Human Rights' Christine Goodwin v. United Kingdom. *Feminist Legal Studies*, 2003, roč. 11, s. 191–209.

THEILEN, J. T. Depathologisation of Transgenderism and International Human Rights Law. *Human Rights Law Review*, 2014, roč. 14, č. 2, s. 327–342.

THEILEN, J. T. The Inflation of Human Rights: A Deconstruction. *Leiden Journal of International Law*, 2021, roč. 34, č. 4, s. 831–854.

Seznam kapitol v kolektivních monografiích a sbornících

ARNAULD, A., THEILEN, J. T. Rhetoric of Rights: A Topical Perspective on the Functions of Claiming a 'Human Right to ...' In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 34–50.

BESSON, S. The Human Right to Democracy in International Law: Coming to Moral Terms with an Equivocal Legal Practice. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 481–490.

CELERMAJER, D., LEFEBVRE, A. Introduction: Bringing the Subject of Human Rights into Focus. In CELERMAJER, D., LEFEBVRE, A. (ed). *The Subject of Human Rights*. Stanford: Stanford University Press, 2020, s. 1–28.

DECKEN, von der K., KOCH, N. Recognition of New Human Rights. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 7–20.

DWORKIN, R. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. (ed). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, s. 153–167.

CHMEL, J. Postoje soudců a jejich vliv na senátní rozhodnutí Ústavního soudu ČR. In: ONDŘEJKOVÁ, J. MALÍŘ, J. a kol. *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Praha: Leges, 2020, s. 128–159.

JOHNSON, P., FALCETTA. Same sex marriage and Article 12 of the European Convention on Human Rights. In: ASHFORD, CH, MAINE, A. (eds). *Research Handbook on Gender, Sexuality and the Law*. London: Edward Elgar Publishing, 2020.

LAU, H. Gender Recognition as a Human Right. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 193–206.

LETSAS, G. The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy. In: FØLLESDAL, A., PETERS, B., ULFSTEIN, G. (ed). *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 106–141.

MALÍŘ, J. Institucionální zdrženlivost ústavních soudů se zřetelem k Ústavnímu soudu ČR. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. a kol. *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Praha: Leges, 2020, s. 44–127.

NICKEL, J. Human Rights. In: ZALTA, E. N., NODELMAN, U. (eds). *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. [online]. [cit. 20-01-2025]. Dostupné online z: <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/>

ONDŘEJKOVÁ, J. Úvod: Politika před soudy, soudy v politice. In: ONDŘEJKOVÁ, J., MALÍŘ, J. a kol. *Ústavní soud ČR: strážce ústavy nad politikou nebo v politice?* Praha: Leges, 2020, s. 7–18.

OTTO, D. Lost in Translation: rescripting the sexed subjects of international human rights law. In ORFORD, A. (ed). *International Law and its Others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 318–356.

POLLICINO, O. Metaphors and judicial frame: why legal imagination (also) matters in the protection of fundamental rights in the digital age. In OJANEN, T., PETKOVA, B. (ed). *Fundamental Rights Protection Online*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, s. 2–15.

POLLICINO, O. The Right to Internet Access. Quid Iuris? In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 263–275.

QUIROGA, C. M. The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation? In SHELTON, D. (ed). *The Oxford Handbook of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 649–669.

SUSI, M. Novelty in New Human Rights. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 21–33.

ŠPONDROVÁ P. Čí je právo? Tři vlny feminismu a tři dimenze feministické kritiky práva. In ŠIMÁČKOVÁ K., HAVELKOVÁ B., ŠPONDROVÁ P. a kol. *Mužské právo. Jsou právní pravidla neutrální?* Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 15–39.

THEILEN, J. T. Pre-existing Rights and Future Articulations. In: SUSI, M., DECKEN, von der K., KOCH, N. (ed). *The Cambridge Handbook of New Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 207–214.

THEILEN, J. T. The Long Road to Recognition: Transgender Rights and Transgender Reality in Europe. In SCHREIBER, G. (ed). *Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaften. Ergebnisse, Kontroversen, Perspektiven*. Berlin: De Gruyter, 2016, s. 373–390.

Seznam internetových zdrojů

KAČMÁŘ, T. *Zeman: Transgender lidé jsou mi bytostně odporní. Být mladší, udělám protest heterosexuálů.* [online]. CNN Prima News. [cit. 14.11.2024] Dostupné z: <https://cnn.iprima.cz/zeman-transgender-jsou-mi-odporni-kdybych-byl-mladsi-udelam-protest-heterosexuálu-28316>

PASEKOVÁ, E. *Soudkyně Řepková nadchla senátory. Připustila možnost zrušení Ústavního soudu.* [online]. Česká justice. [cit. 29.11.2024]. Dostupné z: <https://www.ceska-justice.cz/2024/11/soudkyne-repkova-nadchla-senatory-pripustila-moznost-zruseni-ustavniho-soudu/>.

THEILEN, J. T. *The Future of Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights: Where Will European Consensus Take Us?* [online]. Völkerrechtsblog. [cit. 23-01-2025]. Dostupné online z: <https://voelkerrechtsblog.org/the-future-of-sexual-orientation-and-gender-identity-in-human-rights/>.

THORN, A. *Have we got it wrong on dysphoria?* [online] Trans Writes. [cit. 1-12-2024]. Dostupné online z: <https://transwrites.world/have-we-got-it-wrong-on-dysphoria-abigail-thorn-discusses-trans-healthcare/>.

Seznam judikatury (podle soudů a následně chronologicky)

ÚSTAVNÍ SOUD ČR

Nález Ústavního soudu ČR ze dne 18. 6. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 7/02. [78/2002 USn.]

Nález Ústavního soudu ČR ze dne 30. 11. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 50/06. [196/2007 USn.]

Nález Ústavního soudu ČR ze dne 13.12.2007, sp. zn. II. ÚS 2630/07. [224/2007 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 22. 1. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 54/05. [16/2008 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 23. 4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 2/08. [73/2008 USn.]
Nález Ústavního soudu ze dne 18. 8. 2009, sp. zn. I. ÚS 557/09. [188/2009 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 3. 11. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/09-3. [233/2009 USn.]
Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 13. 1. 2015, sp. zn. Pl. ÚS 17/14. [2/2015 USu.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 14. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 7/15. [110/2016 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 28. 6. 2016, sp. zn. Pl. ÚS 18/15, 271/2016 Sb.
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 29. 6. 2017, sp. zn. I. ÚS 3226/16-2. [116/2017 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 2. 7. 2019, sp. zn. Pl. ÚS 39/17. [124/2019 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 15. 12. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 6/20. [231/2020 USn.]
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 9. 11. 2021, sp. zn. Pl. ÚS 2/20, 112/2022 Sb.
Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 7.6.2022, sp. zn. II. ÚS 2460/19-3.
Nález Ústavního soudu ČR ze dne 24. 4. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 52/23. [SR 6/2024 s. 189]
Odlišné stanovisko soudce V. Sládečka k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15.
Odlišné stanovisko soudce L. Davida k odůvodnění nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/15.
Odlišné stanovisko soudců K. Šimáčkové, P. Šámala a V. Šimíčka k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 6/20.
Odlišné stanovisko soudkyně K. Šimáčkové k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/20.
Odlišné stanovisko soudců V. Šimíčka, L. Davida, J. Jirsy, P. Šámala, D. Uhlíře a J. Zemánka k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/20.
Odlišné stanovisko soudce D. Uhlíře k usnesení sp. zn. Pl. ÚS 28/19.
Odlišné stanovisko soudce J. Fialy k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 52/23.

SDEU

Rozsudek ESD ve věci *C-13/94 P. v. S. and Cornwall County Council* ze dne 30. 4. 1996.
Rozsudek SDEU ve věci *C-4/23 Mirin* ze dne 4. 10. 2024.

ESLP

Rozsudek ESLP ve věci *Golder proti Spojenému království* ze dne 21. 2. 1975, č. 4451/70.
Rozsudek ESLP ve věci *Handyside proti Spojenému království* ze dne 7. 12. 1976, č. 5493/72.
Rozsudek ESLP ve věci *Tyrer proti Spojenému království* ze dne 25. 4. 1978, č. 5856/72.
Rozhodnutí EKLP ve věci *X. proti Spojenému království* ze dne 13. 5. 1980, č. 8416/79.
Rozsudek ESLP ve věci *Dudgeon proti Spojenému království* ze dne 22. 10. 1981, č. 7525/76.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *X, Y a Z proti Spojenému království* ze dne 22. 4. 1997, č. 21830/93.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Sheffield a Horsham proti Spojenému království* ze dne 30. 7. 1998, č. 22985/93 a 23390/94.
Rozsudek ESLP ve věci *Smith a Grady proti Spojenému království* ze dne 27. 9. 1999, č. 33985/96 a 33986/96.
Rozsudek ESLP ve věci *Salgueiro da Silva Mouta proti Rakousku* ze dne 21. 12. 1999, č. 33290/96.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Christine Goodwin proti Spojenému království* ze dne 11. 7. 2002, č. 28957/95.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *I. proti Spojenému království* ze dne 11.7.2002, č. 25680/94
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Vo proti Francii* ze dne 8. 7. 2004, č. 53924/00.
Rozsudek ESLP ve věci *Karner proti Rakousku* ze dne 24. 7. 2004, č. 40016/98.
Rozsudek ESLP ve věci *Baczkowski a ostní proti Polsku* ze dne 3. 5. 2007, č. 1543/06.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *E.B. proti Francii* ze dne 22. 1. 2008, č. 43546/02.
Rozhodnutí senátu ESLP ve věci *Peterka proti České republice* ze dne 4. 5. 2010, č. 21990/08.

Rozsudek ESLP ve věci *Schalk a Kopf proti Rakousku* ze dne 24. 6. 2010, č. 30141/04.
rozsudku ESLP ve věci *Alekseyev proti Rusku* ze dne 21. 10. 2010, č. 4916/07, 25924/08 a 14599/09.
Rozsudek ESLP ve věci *A, B a C proti Irsku* ze dne 16. 12. 2010, č. 25579/05.
Rozsudek ESLP ve věci *SH a ostatní proti Rakousku* ze dne 3. 11. 2011, č. 57813/00.
Rozsudek ESLP ve věci *Vejdeland a ostatní proti Švédsku* ze dne 9. 2. 2012, č. 1813/07.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *X. a další proti Rakousku* ze dne 19. 2. 2013, č. 19010/07.
Rozsudek ESLP ve věci *Chapin a Charpentier proti Francii* ze dne 17.5.2013, č. 40183/07.
Rozsudek ESLP ve věci *Vallianatos proti Řecku* ze dne 7. 11. 2013, č. 29381/09 a 32684/09.
Rozsudek ESLP ve věci *Oliari a ostatní proti Itálii* ze dne 21.7.2015, č. 18766/11 a 36030/11.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Hämäläinen proti Finsku* ze dne 16. 7. 2016, č. 37359/09.
Rozsudek ESLP ve věci *A.P., Garçon a Nicot proti Francii* ze dne 6. 4. 2017, č. 79885/12, 52471/13 a 52596/13.
Rozsudek ESLP ve věci *Orlandi a ostatní proti Itálii* ze dne 14.12.2017, č. 26431/12; 26742/12; 44057/12 a 60088/12.
Rozsudek velkého senátu ESLP ve věci *Fedotova a ostatní proti Rusku* ze dne 17. 1. 2023, č. 40792/10, 30538/14 a 43439/14.
Rozsudek ESLP ve věci *Y. proti Francii* ze dne 31. 1. 2023, č. 76888/17.
Odlišné stanovisko soudce G. Fitzmaurice k rozsudku ESLP ve věci *Golder*.
Společné odlišné stanovisko soudců I. Cabral Barreta, J. Hedigana a H. S. Greve k rozsudku ESLP ve věci *Van Kück proti Německu*.
Společné odlišné stanovisko soudců J. P. Costy, R. Türmen, M. Ugrekhelidze a D. Jočiené k rozsudku ESLP ve věci *E.B. proti Francii*.
Společné odlišné stanovisko soudců N. Vajić a S. E. Jebense k rozsudku ESLP ve věci *Schlumpf proti Švýcarsku*.
Společné odlišné stanovisko soudců J. Casadevall, I. Ziemele, A. Kovlera, D. Jočiené, J. Šikuty, V. De Gaetana a L-A. Sicilliano k rozsudku ESLP ve věci *X. a ostatní proti Rakousku*.
Odlišné stanovisko soudců A. Pejchala a K. Wojtyczka k rozsudku ESLP ve věci *Orlandi a ostatní proti Itálii*.
Odlišné stanovisko soudce C. Ranzonih k rozsudku ESLP ve věci *A.P., Garçon a Nicot proti Francii*.
Odlišné stanovisko soudce K. Wojtyczka k rozsudku ESLP ve věci *Fedotova*.
Odlišné stanovisko soudce M. Lobo k rozsudku ESLP ve věci *Fedotova*.
Odlišné stanovisko K. Šimáčkové k rozsudku ESLP ve věci *Y. proti Francii*.

NEJVYŠŠÍ SOUD USA

Rozsudek Nejvyššího soudu USA *Marbury vs. Madison*, 5 U. S. 137 (1803).
Rozsudek Nejvyššího soudu USA *Olmstead vs. United States*, 277 U.S. 438 (1928).
Rozsudek Nejvyššího soudu USA *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
Disentní stanovisko soudce Stewarta k rozsudku Nejvyššího soudu USA *Jacobellis vs. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964).
Disentní stanovisko soudců Breyera, Sotomayor a Kagana k rozsudku Nejvyššího soudu USA *Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).
Disentní stanovisko soudkyně Sotomayor k rozsudku Nejvyššího soudu USA *Trump vs. United States*, 603 U.S. 593 (2024).

Seznam ostatních zdrojů

Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

‘Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly’, A/63/635, s. 3. Dostupné online z: <https://digitallibrary.un.org/record/644995?v=pdf>

Rezoluce Rady OSN pro lidská práva ze dne 17.6.2011, A/HRC/RES/17/19.

Zpráva Vysokého komisaře OSN pro lidská práva „Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity“ ze dne 17. 11. 2011, A/HRC/19/41.

Příručka Úřadu Vysokého komisaře OSN pro lidská práva „*Born Free and Equal. Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*“, HR/PUB/12/06, 2012, s. 61. Dostupné online z:

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>

Rezoluce Valného shromáždění OSN ze dne 15.12.2022, A/RES/77/218.

Sněmovní tisk č. 276/0, Poslanecká sněmovna, Parlament České republiky, 2022. Dostupné z: <https://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=9&CT=276&CT1=0>

Ochrana postavení LGBT+ osob v kontextu lidskoprávního diskurzu

Abstrakt

Diplomová práce se věnuje otázce ochrany právního postavení LGBT+ osob v kontextu lidskoprávního diskurzu nikoliv z pohledu jednotlivých dílčích problematik, ale bere na vědomí trajektorii vývoje postavení LGBT+ osob coby svébytné skupiny vymezené negativně vůči heteronormativním a cisnormativním předpokladům a strukturám chápání. Mapuje současnou pozici, kterou otázky LGBT+ osob lidskoprávním diskurzu zastávají, přičemž bližší pozornost upírá na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva a Ústavního soudu ČR a snaží se nalézt odpověď na otázku, v čem narážejí v současnosti snahy o zlepšení postavení LGBT+ na odpor. V části 1. se věnuje problematice interpretace obecných závazných lidskoprávních instrumentů v kontextu otázek sexuální orientace a genderové identity coby nedávno uznaných aspektů lidského života, automaticky s sebou nesoucí konotace jisté „novosti“. Práce rozebírá v úzké vazbě na předmětný kontext problematiku soudcovské zdrženlivosti, výkladové metody ESLP, problematiku „inflace lidských práv“ a důležitost role, kterou při rozhodování soudců hrají mimoprávní faktory jako společenský vývoj a osobní postoje vůči LGBT+ osobám. Jako klíčový prvek předmětné problematiky poté definuje skutečnost, že při absenci konkrétních zmínek o sexuální orientaci či genderové identitě člověka v pozitivním právu jakékoliv interpretaci lidskoprávních instrumentů předchází implicitní definice podoby onoho „jednotlivce“, jehož ochraně mají lidská práva sloužit: tedy určení, do jaké míry lze zájmy LGBT+ osob v konkrétním rozhodovaném případě považovat za zájmy abstraktního „subjektu lidských práv“. Pojmu subjektu lidských práv a jeho povaze se práce věnuje v části 2., kde terminologicky odlišuje pojem „člověk“ (coby předmět zkoumání přírodních a společenských věd) a „subjekt lidských práv“ (coby předmět zkoumání právní vědy) a nastiňuje možnost relativně přesné identifikace podoby „subjektu“ lidských práv pomocí analýzy stavby lidskoprávních katalogů a judikatury soudů. Následně pomocí pojmu „vnitřního hlediska právních norem“ formuluje v návaznosti na dosavadní poznatky náhled na proces rozhodování soudců v otázkách postavení LGBT+ osob a v závěru se věnuje i identifikaci konstrukcí konkrétních „LGBT+ subjektů lidských práv“ v judikatuře ESLP a Ústavního soudu ČR.

Klíčová slova: lidská práva, LGBT+, subjekt lidských práv

Protection of LGBT+ Persons in the Context of Human Rights Discourse

Abstract

The thesis analyzes the current position that issues concerning LGBT+ persons (defined as a group in opposition to heteronormative and cisnormative structures of understanding) hold within human rights discourse not through discussing specific areas in depth but as a whole, taking into account the historical developments of this position. It focuses on the case law of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of the Czech Republic and in part 1. it tries to answer the question: what obstacles do efforts to protect LGBT+ persons currently face in the context of human rights discourse? The thesis touches upon the use of judicial self-restraint doctrine, the ECtHR's interpretative doctrines and mechanisms, the fact that as newly recognized aspects of human existence these issues are inherently seen as „novel“ in the context of human rights discourse, the question of „human rights inflation“, and finally the importance of extra-legal factors on judicial decision-making in cases concerning sexual orientation and gender identity such as societal changes and individual judges' subjective views about LGBT+ persons. A key underdiscussed aspect of the topic according to the thesis is that due to the absence of specific provisions concerning sexual orientation and gender identity in relevant positive law, any interpretation of major binding human rights instruments must be preceded by implicitly defining what the „human“ protected by human rights should look like: that is, determining to what degree the interests of LGBT+ persons in a given specific case can be subsumed under the interests of the abstract „subject of human rights“. Part 2. of the thesis deals with the concept of „the subject of human rights“. It first focuses on distinguishing the „human“ (the subject of study in the fields of biology and social sciences) and the „subject of human rights“ (the subject of study of jurisprudence), and suggests the possibility of identifying the „subject of human rights“ through the analysis of the structure of human rights instruments and the case law of judicial bodies. It formulates through the lens of the concept of „internal aspect of norms“ the process of judicial decision-making in „hard cases“ involving sexual orientation and gender identity and finally also deals with identifying specific constructions of „LGBT+ subjects of human rights“ through the analysis of the case law of the ECHR and the Constitutional Court of the Czech Republic.

Klíčová slova: human rights, LGBT+, the subject of human rights