



Sp. zn. 7238/2014/VOP/ZO
Datum 29. září 2016

Vážený pane X.,

obrátil jste se na mě v listopadu 2014 s podáním, v němž jste namítal diskriminaci z důvodu zdravotního postižení zejména na trhu práce a žádal jste mě, abych Vám pomohla získat oficiální doklad, jímž by bylo uznáno a potvrzeno, že jste osobou se zdravotním postižením. Problém, který jste podrobně popsal jednak písemně ve svém prvním podání, a poté opakovaně i ústně pověřené zaměstnankyni Kanceláře veřejného ochránce práv Mgr. Zuzaně Ondrůjové, a stejně tak i vedoucímu oddělení rovného zacházení Mgr. Petru Polákovi, se ukázal nejen jako velmi citlivá věc pro Vás osobně, ale také jako velmi ojedinělý a komplikovaný případ k řešení. Omluvte proto, prosím, prodlení, s nímž ode mě dostáváte písemnou odpověď.

Ještě než přistoupím k rozboru nastíněné problematiky, ráda bych Vás krátce seznámila s působností veřejného ochránce práv. Dle ustanovení § 1 odst. 1 zákona o veřejném ochránci práv¹ působí ochránce k ochraně osob před jednáním úřadů a dalších institucí státní správy, pokud je v rozporu s právem, neodpovídá principům demokratického právního státu a dobré správy nebo jsou-li tyto instituce nečinné. Dle ustanovení § 1 odst. 5 téhož zákona ochránce také působnost ve věcech práva na rovné zacházení a ochrany před diskriminací. Jako ochránkyně mohu ve věcech spadajících do mé působnosti zahajovat a vést nezávislá šetření, mé závěry však mají ve vztahu k šetřeným subjektům pouze doporučující charakter. Zákon mi neumožňuje ani vydávat právně závazná rozhodnutí, ani vydávat jakékoli veřejné listiny a průkazy.

Obsah podnětu a závěry

Úvodem této části svého dopisu si dovoluji nejprve shrnout obsah Vašeho podnětu. Jeho podstatou je skutečnost, že ačkoli jste muž, Vaše okolí, tj. lidé, s nimiž se setkáváte, Vás mohou podle Vašeho fyzického vzhledu vnímat jako ženu. Ve svém podání jste tuto svou situaci porovnal se zdravotním postižením, které kromě osobního života komplikuje významným způsobem i výkon Vaší profese. Z informací, které mám od Vás k dispozici, vyplývá, že profesně působíte jako osoba samostatně výdělečně činná v oblasti služeb. Díky Vašemu mimořádnému vzdělání v oblasti cizích jazyků máte takové pracovní zakázky, které z povahy věci vyžadují časté cestování po světě a nutnou komunikaci s lidmi. Přístup některých klientů k Vám je však podle Vašich slov mnohdy problematický právě proto, že Váš zevnějšek není typicky mužský, a stává se, že Vás i někteří Vaši klienti považují za ženu. Tato nejistota ohledně Vašeho pohlaví může způsobit, že Vás mohou vnímat jako nedůvěryhodnou osobu i úřední osoby. Popsal jste i případ, kdy jste byl po předložení cestovních dokladů zatčen na hranicích cizího státu a příslušný orgán veřejné moci tohoto státu pak ověřoval Vaši identitu. Takové situace logicky mohou vést k poškozování Vaší profesní pověsti. Cítíte se být proto oproti jiným osobám ve Vaší profesi znevýhodněn

1 zákon č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů

a diskriminován. Uvedl jste, že jste muž, jak to je uvedeno i ve Vašich osobních dokladech, jako muž se i cítíte. O změně pohlaví jste neuvažoval ani v minulosti, ani o něm neuvažujete v současné době. Domníváte se, že Vaše problémy jsou způsobeny zdravotním postižením v důsledku toho, že Vaše matka byla v těhotenství vystavena vlivu nespécifikovaných chemických látek. V dětství Vám pak měla být ve věku okolo 5-6 let podána dávka hormonů v rámci hormonální léčby. V současné době již veškeré zdravotní obtíže řešíte výhradně pomocí alternativní medicíny (čínská medicína, akupunktura atd.). Rád byste proto dosáhl vydání oficiálního dokumentu, který by Vaše zdravotní postižení osvědčoval, jako je např. průkaz ZTP (ZTP/P), jímž byste se v případě potřeby mohl prokázat.

V souvislosti s Vaším podáním jsem se zabývala dvěma otázkami; jednak **otázkou, zda lze ve Vašem případě hovořit o zdravotním postižení z hlediska právních předpisů v oblasti sociálního zabezpečení** a zda byste proto měl mít právo na některou z dávek sociálního zabezpečení či na průkaz ZTP (ZTP/P), a pak **otázkou, zda jste byl či můžete být potenciálně obětí diskriminace v oblasti práva na zaměstnání (a přístupu k němu), či v oblasti přístupu k povolání, podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti.**

Jsem nucena konstatovat, že Vám nemohu pomoci získat Vámi požadovaný doklad typu průkazu ZTP (ZTP/P) nejen s ohledem na svou působnost, ale zejména proto, že v právních předpisech v oblasti sociálního zabezpečení zdravotní postižení tohoto typu není zahrnuto. Co se týče možné diskriminace ve výše uvedených oblastech života (zaměstnání, povolání, podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti), po důkladném uvážení všech aspektů Vaší záležitosti a po právní analýze problému jsem dospěla k závěru, že diskriminaci za určitých okolností nelze vyloučit. Ohledně zakázaného důvodu rozlišování se přikláním spíše k důvodu pohlaví než ke zdravotnímu postižení. Své úvahy jsem podrobněji rozvedla níže v textu.

Zdravotní postižení z pohledu práva sociálního zabezpečení

Český systém sociálního zabezpečení je postaven v principu na tom, že stupeň invalidity se podle právních předpisů v oblasti důchodového pojištění obecně hodnotí podle procentuální míry snížení pracovních schopností jednotlivce ve vztahu k jím vykonávané profesi.² Z pohledu těchto předpisů Vaše pracovní schopnost snížena není, neboť posuzují pokles pracovní schopnosti v důsledku uzavřeného výčtu nemocí a úrazů.³ Český právní řád však nezná žádný typ zdravotního postižení, který by odpovídal takové charakteristice, kterou máte Vy. O existenci odlišností, které považujete za zdravotní postižení, nepochybují a nechci žádným způsobem zlehčovat ani jejich dopady do Vašeho života osobního i profesního. Zákodárce však tuto možnost zcela opomněl.

Průkaz ZTP či ZTP/P se zase vydává osobám, které splňují podmínky zákona č. 329/2011 Sb., o poskytování dávek osobám se zdravotním postižením a o změně souvisejících

² Zákon č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů, a prováděcí vyhláška č. 359/2009 Sb., kterou se stanoví procentní míry poklesu pracovní schopnosti a náležitosti posudku o invaliditě a upravuje posuzování pracovní schopnosti pro účely invalidity (vyhláška o posuzování invalidity).

³ Viz Příloha vyhlášky č. 359/2009 Sb., kterou se stanoví procentní míry poklesu pracovní schopnosti a náležitosti posudku o invaliditě a upravuje posuzování pracovní schopnosti pro účely invalidity (vyhláška o posuzování invalidity).

zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Seznam zdravotních stavů, které lze považovat za podstatné omezení schopnosti pohyblivosti a orientace pro účely přiznání průkazu osoby se zdravotním postižením pro účely tohoto zákona, obsahuje prováděcí vyhláška č. 388/2011 Sb. k tomuto zákonu ve své Příloze č. 4. Ani na tomto místě však předpisy sociálního zabezpečení nepamatují na znevýhodnění související se vzhledem či charakteristikami mužského a ženského pohlaví. **Osobou se zdravotním postižením tedy z pohledu českých právních předpisů v oblasti sociálního zabezpečení nejste a o vydání průkazu ZTP či ZTP/P úspěšně žádat nemůžete.**

Zákaz diskriminace na základě zdravotního postižení a pohlaví

Právo na rovné zacházení a zákaz diskriminace blíže vymezuje, v návaznosti na Listinu základních práv a svobod a právo Evropské unie, zákon č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), ve znění pozdějších předpisů. Dle ustanovení § 1 odst. 1 písm. a) až c) antidiskriminačního zákona⁴ má fyzická osoba ve věcech zaměstnání a povolání (obecně v pracovních věcech) právo na rovné zacházení a na to, aby nebyla diskriminována. Podle ustanovení § 2 odst. 3 antidiskriminačního zákona se pak diskriminací rozumí jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě z některého ze zákonem stanovených zakázaných důvodů. Těmito důvody jsou mimo jiné pohlaví, pohlavní identifikace nebo zdravotní postižení. Antidiskriminační zákon tak chrání právo na rovné zacházení pouze v některých oblastech života a pouze z vybraných důvodů. Jelikož jste ve svém podnětu popsal vícero situací, budu se jim věnovat jednotlivě.

Jednání s obchodními partnery

Ve svém podnětu jste popsal dva typy situací, v nichž se setkáváte s negativní či nejistou reakcí svého okolí. Jednak jde o situaci či situace, kdy jednáte se svými obchodními partnery (osoby jednající jménem spolupracujících společností) o zakázkách a uzavíráte s nimi smlouvy o spolupráci.⁵ V takovém případě by za určitých podmínek nepříznivé zacházení Vašich obchodních partnerů mohlo naplnit podstatu diskriminace z důvodu pohlaví v přístupu k povolání. Například pokud by s Vámi odmítli uzavřít smlouvu o spolupráci z důvodu, že nesplňujete představu většinové společnosti o vzhledu muže. Takový předsudek se podle mého názoru váže k zakázanému diskriminačnímu důvodu pohlaví, a neměla by Vám tedy být upírána právní ochrana podle antidiskriminačního zákona. Tento závěr podporuje i dostupná literatura,⁶ když na s. 82 cituje závěry autorů

4 Ustanovení § 1 odst. 1 antidiskriminačního zákona: „Tento zákon zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství a v návaznosti na Listinu základních práv a svobod a mezinárodní smlouvy, které jsou součástí právního řádu, blíže vymezuje právo na rovné zacházení a zákaz diskriminace ve věcech a) práva na zaměstnání a přístupu k zaměstnání, b) přístupu k povolání, podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti, c) pracovních, služebních poměrů a jiné závislé činnosti, včetně odměňování...“

5 Zmínil jste, že s obchodními partnery jednáte často pouze neformálně, proto na okraj uvádím, že smlouva o spolupráci nemusí mít nutně písemnou formu, přesto se i u ústní dohody o spolupráci o smluvní vztah podle předpisů občanského práva jedná.

6 *Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression. European Commission.* Luxembourg: Directorate-General for Justice, 2011. ISBN 978-92-79-22964-0, s. 82-83.

jiných odborných publikací⁷ v tom smyslu, že: „*a close relation between intersexualism and gender or sex, for which reason it would not be illogical to classify distinctions based on intersexualism or hermaphroditism as being gender based*“. Tito autoři (viz poznámku pod čarou) se při palčivém nedostatku judikatury odvolávají i na úvahu Soudního dvora Evropské unie, kterou učinil tento soud v souvislosti s výkladem směrnice Rady (76/207/EHS) ze dne 9. února 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy pokud jde o přístup k zaměstnání, odborné přípravě a postupu v zaměstnání a pracovní podmínky, v bodě 20 odůvodnění rozsudku ze dne 30. dubna 1996 ve věci *P proti S a Cornwall County Council*, C-13/94, Recueil, s. 1996 I-02143.⁸ Přesto i tyto zdroje připouštějí, že otázky právní ochrany této skupiny osob antidiskriminačním právem zůstávají i nadále nejasné. Explicitní právní úprava v tomto směru existuje v současné době pouze ve Skotsku. V Německé spolkové republice a ve Finsku uplatňují tělesa pro rovné zacházení těchto zemí rozšiřující výklad za tím účelem, aby osoby patřící do této minoritní skupiny byly chráněny. Jako ochránkyně se domnívám, že zpřesnění právní úpravy i na úrovni unijního práva by bylo velmi potřebné.

Jednání klientů a dalších osob

Antidiskriminační zákon poskytuje ochranu nejen nositelům chráněných znaků, ale i osobám, které jsou pouze domnělými nositeli, tj. ostatní lidé jim chráněnou vlastnost nesprávně přisuzují.⁹ Ve svém podání jste popsal nepříjemné situace (např. urážlivé výroky ze strany nejmenovaného řidiče zaměstnaného ve spolupracující společnosti), kdy se lidé domnívali, že jste podstoupil operativní změnu pohlaví. V takovém případě by se mohlo jednat o diskriminaci ve formě obtěžování z důvodu pohlavní identifikace.¹⁰ To však uvádím pouze na okraj a z toho důvodu, že jste ve svém podání podobnou nepříjemnou situaci popsal (urážlivé výroky ze strany nejmenovaného řidiče zaměstnaného ve spolupracující společnosti). Víím, že o problém pohlavní identifikace se ve Vašem případě nejedná. Není sporné, že podle osobních dokladů i podle doložených lékařských zpráv jste muž a jako muž se i cítíte. O změně pohlaví jste navíc podle svého vyjádření nikdy neuvažoval a neuvažujete.

Zdravotní postižení podle antidiskriminačního zákona

Je však nutno v této souvislosti konstatovat, že **ani z hlediska antidiskriminačního zákona nejste osobou se zdravotním postižením**. Pro účely antidiskriminačního zákona se zdravotním postižením rozumí tělesné, smyslové, mentální, duševní nebo jiné postižení, které brání nebo může bránit osobám v jejich právu na rovné zacházení v oblastech vymezených tímto zákonem; přitom musí jít o dlouhodobé zdravotní postižení, které trvá

7 SCHIEK, Dagmar. WADDINGTON, Lisa. BELL, Mark. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: lus Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Oxford: Hart Publishing, s. 79.

8 „*Accordingly, the scope of the directive cannot be confined simply to discrimination based on the fact that a person is of one or other sex. In view of its purpose and the nature of the rights which it seeks to safeguard, the scope of the directive is also such as to apply to discrimination arising, as in this case, from the gender reassignment of the person concerned.*“

9 ustanovení § 2 odst. 5 antidiskriminačního zákona

10 ustanovení § 4 odst. 1 antidiskriminačního zákona

nebo má podle poznatků lékařské vědy trvat alespoň jeden rok.¹¹ Přestože mezinárodní klasifikace nemocí (MKN)¹² řadí mezi nemoci také různé fyzické odlišnosti od většinové představy o mužském a ženském těle,¹³ domnívám se, že z pohledu antidiskriminačního práva se o zdravotní postižení spíše nejedná. Lidskoprávní doktrína se však od striktně medicínského přístupu postupně odklání, neboť charakterizování těchto lidí jako osob se zdravotním postižením by mohlo vést v konečném důsledku k jejich stigmatizaci. Je však zároveň třeba připustit, že v této oblasti existuje do velké míry právní nejistota, neboť v právních předpisech můžeme v tomto směru spatřovat určité vakuum a ani relevantní judikatura soudů není v tomto ohledu dostupná.

Možnosti právní ochrany a kontakty

Je na Vašem uvážení, zda byste se v případě neuzavření smlouvy o spolupráci za výše popsaných okolností rozhodl podat proti některému ze svých obchodních partnerů antidiskriminační žalobu k soudu. Stejně tak byste se podle mého názoru mohl dovolávat ochrany podle již citovaného zákona, pokud byste byl například odmítnut ve výběrovém řízení potenciálním zaměstnavatelem (pak by chráněnou oblastí života, na niž dopadá zákaz diskriminace, byl přístup k zaměstnání). Aby bylo možno zabývat se konkrétním odmítnutím ze strany obchodního partnera či zaměstnavatele, bylo by nutno jej nejprve identifikovat a popsat konkrétní skutkové okolnosti. **Kdybyste však musel čelit urážlivým poznámkám ze strany svých klientů, resp. klientů spolupracujících společností, nastala by z právního hlediska situace poněkud odlišná.** V takových případech se antidiskriminační žaloba neuplatní, neboť při jednání s klienty jde čistě o úroveň a způsob mezilidské komunikace, kam stejně jako do oblasti rodinných a osobních vztahů antidiskriminační právo nezasahuje. **Ale ani zde byste neměl být zcela bez ochrany, v případě nevybíravých slovních útoků můžete případně využít žaloby na ochranu osobnosti proti konkrétní osobě, která by se takového útoku dopustila.**

Závěrem bych ráda vyjádřila politování nad tím, že Vám nemohu nabídnout pomocnou ruku jinak, než zprostředkováním kontaktu na organizaci, která má zkušenosti s problémy osob, jejichž fyzický vzhled se odlišuje od tradičního pojetí mužského a ženského těla. Pokud byste se rozhodl na tuto organizaci obrátit, mohl byste komunikovat přímo s lidmi, kteří se touto problematikou v širším kontextu zabývají již řadu desetiletí.¹⁴ Proto by Vám jejich případné rady mohly být užitečné, přestože se do této skupiny osob sám neřadíte. Na tomto místě považuji za důležité podotknout, že i zde jde v každém případě o umělou klasifikaci jednotlivých skupin osob, neboť reálný život zahrnuje široké spektrum odlišností, které jsou podle mého přesvědčení přirozené. Domnívám se, že jakákoli dogmatická kategorizace osob v tomto smyslu je nepřijatelná a mohla by zasahovat do důstojnosti jednotlivců. A právě důstojnost každého jednotlivce je hodnotou, kterou je třeba chránit.

11 ustanovení § 5 odst. 6 antidiskriminačního zákona

12 *Intentional Classification of Diseases (ICD)*.

13 Mimo jiné i tzv. mužský pseudohermafroditismus (kód Q56.1), tj. diagnózu, která vyplývá z Vámi přiložených lékařských zpráv, konkrétně ze zprávy o genetické konzultaci ze dne 3. března 2015, podepsané MUDr. A. B., Ph.D., na něhož jste obrátil.

14 Doporučit Vám mohu například organizaci OII, informace a kontakty dostupné z: <http://oiieurope.org/>.

Věřím, že mé závěry přijmete s pochopením, přestože Vaše původní očekávání naplnit nemohu. Uvědomuji si, že Vaše postavení ve společnosti je mimořádně těžké. Navzdory tomu jste již díky svému vzdělání a erudici ve Vašem oboru v minulosti prokázal své schopnosti obstát v tvrdé konkurenci na trhu práce a já Vám chci vyjádřit svou osobní podporu.

S pozdravem

Mgr. Anna Šabatová, Ph.D.
veřejná ochránkyně práv