

- I. Onemocnění virem HIV (a to i v asymptomatické fázi) je možné považovat za zdravotní postižení, tj., za zakázaný diskriminační důvod dle antidiskriminačního zákona.
- II. Pokud Evropské právo umožní členskému státu, aby do svého právního řádu zakotvil výjimku z práva na rovné zacházení, je nutné vymezit rozsah výjimky. Za výjimku se nedá považovat vyloučení pravidla jako takového.
- III. Striktní omezení přístupu nebo výkonu určité profese z důvodu zdravotního postižení bez objektivního a rozumného ospravedlnění představuje porušení zákazu diskriminace a zásah do základních práv.

V Brně dne 22. března 2013
Sp. zn.: 157/2012/DIS/JŠK

Zpráva o šetření

Propuštění ze služebního poměru z důvodu diagnostikování onemocnění virem HIV

A. Obsah podnětu

Dopisem ze dne 19. června 2012 se na mě prostřednictvím Mgr. Petra Kally, advokáta, obrátil pan M.B. se stížností na postup zaměstnavatele, Českou republiku – Policii ČR (dále jen „zaměstnavatel“). Pan B. pracoval jako vrchní asistent u Útvaru pro ochranu ústavních činitelů. Z podání vyplývá, že na podzim roku 2010 bylo panu B. diagnostikováno onemocnění virem HIV. Stěžovatel se domnívá, že se nestandardní cestou dostala informace o jeho onemocnění k zaměstnavateli. Podstatné je však to, že bylo provedeno lékařské posouzení způsobilosti příslušníka bezpečnostního sboru k výkonu služebního místa. Posouzení bylo provedeno tak, že došlo k ověření diagnózy u ošetřujícího lékaře ve Fakultní nemocnici na Bulovce. Závodní lékař, dle tvrzení stěžovatele, jinak v podstatě žádnou prohlídku neprováděl. Závěr lékařského posouzení zněl, že pan B. pozbyl dlouhodobě zdravotní způsobilost pro výkon služby. Lékaři mu zároveň měli sdělit, že nemá smysl se proti lékařskému posudku odvolávat. Kopii lékařského posudku ze dne 16. prosince 2010 zaslal stěžovatel jako přílohu svého podání. Lékařský posudek nabyl právní moci dne 3. ledna 2011. Stěžovatel přiložil také rozhodnutí ředitele Útvaru pro ochranu ústavních činitelů Policie ČR, vrchního rady plk. Ing. Františka Snopka, ze dne 4. ledna 2011, kterým byl propuštěn ze služebního poměru. Z podání také vyplývá, že se stěžovatel obracel i na ombudsmanku Policie ČR a Hasičského záchranného sboru ČR Mgr. Blanku Besserovou.

B. Průběh šetření a skutková zjištění

V šetřeném případě je patrné, že stěžovatel brojí proti propuštění ze služebního poměru, které bylo zapříčiněno toliko jeho zdravotním stavem. Skutková

zjištění jsou standardně východiskem pro právní posouzení případu; v šetřeních týkajících se diskriminace pak na základě právního hodnocení skutkových zjištění lze konstatovat, zda (z mého pohledu) došlo nad rozumnou pochybnost k diskriminaci, či nikoliv. Uvedený případ je však v mnohém specifický, protože základní skutkový stav je nepopiratelný. Stěžovatel byl propuštěn ze služebního poměru z důvodu svého zdravotního stavu (či postižení – viz níže). Uvedený skutkový stav však na rozdíl od klasických pracovněprávních „sporů“ vychází přímo z právního stavu. Tato skutečnost do jisté míry představuje limity mého šetření, a zároveň vymezuje můj postup.

V šetřeném případě jsem považoval za bezpředmětné zabývat se blíže lékařským posudkem, mimo jiné i proto, že proti němu nebyl podán opravný prostředek, což je obecně jeden z předpokladů (a podkladů) pro zahájení šetření,¹ a také proto, že posudek nabyl právní moci 3. ledna 2011. Specifické otázky čistě odborného charakteru přitom nemohu z podstaty věci šetřit.

Pokud jde o otázku diskriminace, jak vyplývá z právní úpravy, kterou se zabývám posléze, v šetřeném případě je obtížné kvalifikovat, kdo se mohl dopustit pochybení, a kdo by tudíž mohl poskytnout informace o motivech, které k propuštění skutečně vedly. Na rozdíl od jiných obdobných šetření proto podstatu tohoto šetření nepředstavují skutková zjištění jako taková, nýbrž právní posouzení věci.

Předmětem mého šetření tak bylo namítané jednání zaměstnavatele z hlediska jeho souladu se zákonem č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), a s dalšími předpisy obsahující normy antidiskriminačního práva.

Z uvedeného důvodu se budu samotnými skutkovými zjištěními zabývat jen stručně. Níže popsaný skutkový stav je snadno rozpoznatelný z doložených dokumentů.

Dne 16. prosince 2010 byl vypracován posudek lékařské komise č. 2, který konstatoval, že stěžovatel je od 6. prosince 2010 v dočasné pracovní neschopnosti. Posudek uvedl, že podle zdravotnické dokumentace nevzniklo onemocnění v souvislosti s výkonem služby, či v souvislosti s požitím alkoholu nebo jiné návykové látky. Posudek řadí stěžovatele do zdravotní klasifikace „D“, tj. „pozbyl dlouhodobě zdravotní způsobilost pro výkon služby“.

Z přílohy č. 1 vyhlášky č. 393/2006 Sb., o zdravotní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška o zdravotní způsobilosti“), vyplývá, že vrchní asistent (tj. služební zařazení stěžovatele) se pro účely zdravotní klasifikace onemocnění hodnotí podle sloupce II.

V případě onemocnění virem HIV, konkrétně v případě:

- onemocnění virem lidské imunodeficiency (B 20-24)
- laboratorního průkazu viru lidské imunodeficiency (R 75)
- asymptomatického stavu infekce virem lidské imunodeficiency (Z 21)

¹ Srov. ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) zákona č. 349/1999 Sb., o veřejném ochránci práv, ve znění pozdějších předpisů.

se klasifikuje aktivní onemocnění klasifikací „D“, a laboratorní průkaz HIV bez klinických projevů klasifikací „C-D“.

Posudek nabyl právní moci 3. ledna 2011, a následně byl stěžovatel propuštěn rozhodnutím ředitele Útvaru pro ochranu ústavních činitelů Policie ČR, vrchního rady plk. Ing. Františka Snopka, ze dne 4. ledna 2011, č. j. 191/2011, ve smyslu ustanovení § 42 odst. 1 písm. h) zákona č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o služebním poměru“).

Dne 7. srpna 2012 proběhlo ve věci stížnosti pana B. jednání s ombudsmankou Policie ČR a Hasičského záchranného sboru ČR Mgr. Blankou Besserovou. Z jednání vyplynulo, že policejní ombudsmanka eviduje více stížností, které souvisí se zdravotním posouzením na základě vyhlášky o zdravotní způsobilosti. Ze setkání nicméně vyplynulo, že problematika není jen vyhláška o zdravotní způsobilosti, protože v těch případech, kdy stanoví širší rozsah pro zdravotní klasifikaci, často příslušníci naráží na přísnou praxi posudkových lékařů. Policejní ombudsmanka také prezentovala námitky stěžovatele, které korespondují s námitkami, jež vnesl pan B. i v podání adresovaném veřejnému ochránci práv. Onemocnění virem HIV mělo být stěžovateli diagnostikováno koncem roku 2010. Zaměstnavatel se měl dozvědět o jeho onemocnění zřejmě od třetí osoby. Důsledkem tohoto zjištění bylo nařízení zdravotní prohlídky.

C. Právní hodnocení

C.1. Infikace virem HIV jako diskriminační důvod

a. Ústavní a mezinárodní právo

Základní rámec práva na rovné zacházení a zákazu diskriminace představuje Listina základních práv a svobod (dále jen „Listina“) a mezinárodněprávní dokumenty, jako Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Úmluva“) či Úmluva o právech osob se zdravotním postižením (dále jen „Úmluva OSN“).²

Ustanovení čl. 1 Listiny stanoví, že lidé jsou svobodní a rovní v důstojnosti i v právech. Základní práva a svobody jsou nezadatelné, nezcizitelné, nepromlčitelné a nezrušitelné. Ustanovení čl. 3 Listiny zaručuje základní práva a svobody všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení. Jde o akcesorické pojetí rovnosti, která je „vázána“ na základní práva a svobody. Podobný zákaz diskriminace je obsažen též v ustanovení čl. 14 Úmluvy.³ Zákaz diskriminace obsažený v Listině i Úmluvě sice nezmiňuje zdravotní stav či zdravotní postižení jako diskriminační

² Ta byla vyhlášena ve sbírce mezinárodních smluv sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 10/2010 Sb.m.s., ze dne 12. února 2010. Pro Českou republiku vstoupila v platnost Úmluva OSN podle článku 45 odst. 2 dne 28. října 2009 (tj. třicátý den po uložení ratifikační listiny).

³ „Užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakémkoli důvodu, jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod nebo jiné postavení.“

důvod výslovně, výčet diskriminačních důvodů je však pouze demonstrativní. Při posuzování, zda je možné podřadit infekci virem HIV pod „jiné postavení,“ je možné opřít se například o rozsudek senátu Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“) ze dne 10. března 2011, č. stížnosti 2700/10, ve věci Kiyutin proti Rusku (dále jen „rozsudek ve věci Kiyutin“).⁴ ESLP dospěl k závěru, že došlo k porušení zákazu diskriminace (čl. 14 Úmluvy) ve spojení s právem na rodinný a soukromý život (čl. 8 Úmluvy). Infekci virem HIV ESLP kvalifikoval jako „zdravotní stav“ (*health condition*) nikoliv přímo jako „zdravotní postižení“;⁵ podstatné však je, že o „jiné postavení“ se dle ESLP jedná. Domnívám se, že by proto bylo možné infekci virem HIV považovat za jiné postavení i dle Listiny.

Není naopak jednoznačné, zda se na osoby infikované virem HIV vztahuje Úmluva OSN. Dle ustanovení čl. 1 věty druhé Úmluvy OSN zahrnují osoby se zdravotním postižením osoby mající dlouhodobé fyzické, duševní, mentální nebo smyslové postižení, které v interakci s různými překážkami může bránit jejich plnému a účinnému zapojení do společnosti na rovnoprávném základě s ostatními. Je patrné, že se Úmluva OSN snaží regulovat ty společenské vztahy, kde vznikají faktické překážky způsobené projevy zdravotního postižení v interakci s okolím. Rozsah adresátů, chráněných Úmluvou OSN, však nemá zřetelné hranice. To je samozřejmě pochopitelné. Samotná Úmluva OSN v Preambuli pod písmenem deklaruje, že „zdravotní postižení je pojem, který se vyvíjí a který je výsledkem vzájemného působení mezi osobami s postižením a bariérami v postojích a v prostředí, které brání jejich plnému a účinnému zapojení do společnosti, na rovnoprávném základě s ostatními.“ Překážky ve smyslu článku 1 Úmluvy OSN mohou dle mého zahrnovat i překážky sociální, např. v podobě předsudků. Odpověď na otázku, zda se ochrana vztahuje například i na (byť dlouhodobé či trvalé) onemocnění, tak závisí na interpretaci slova „překážka“ a na tom, zda je možné onemocnění bez trvalých specifických vnějších projevů chápat jako fyzické postižení (poškození, narušení atd.).

Chtěl bych v této souvislosti poznamenat, že dne 27. ledna 2011 vydala řecká Národní komise pro lidská práva nezávazný názor, ve kterém se obšírně zabývá problematikou ochrany osob infikovaných virem HIV. Národní komise mimo jiné dospěla k závěru, že koncepce postižení (*disability*) obsažená v Úmluvě OSN zahrnuje též všechna dlouhotrvající onemocnění.⁶

Z pozice veřejného ochránce práv (českého antidiskriminačního místa) nemohu samozřejmě podávat závazný výklad Úmluvy OSN, přesto se k ní v textu mé zprávy ještě vrátím, protože bez ohledu na to, zda spadá onemocnění virem HIV do

⁴ Rozsudek se stal konečným podle ustanovení čl. 44 odst. 2 Úmluvy ke dni 15. září 2011.

⁵ Srov. odstavec 73 rozsudku ESLP: „*The Court considers that such an indiscriminate refusal of a residence permit, without an individualised judicial evaluation and solely based on a health condition, cannot be considered compatible with the protection against discrimination enshrined in Article 14 of the Convention*“

⁶ Celá zpráva je k dispozici zde:

http://www.nchr.gr/media/keimena_aglika/NCHR_Report_on_the_rights_of_people_living_with_HIV_2_.pdf.

Národní komise opírá své závěry dále například o Úmluvu mezinárodní organizace práce č. 111, která byla ratifikována v České republice dne 21. ledna 1964, a vyhlášena ve sbírce mezinárodních smluv, jako Úmluva o diskriminaci, sdělením federálního ministerstva zahraničí č. 465/1990 Sb. Národní komise poukazuje, že dle čl. 1 odst. 1 písm. b) Úmluvy o diskriminaci se diskriminací rozumí jakékoli jiné rozlišování (tzn. mimo diskriminační důvody vyjmenované pod písm. a)), vylučování nebo dávání přednosti, jež má za následek znemožnění nebo porušení rovnosti příležitostí nebo zacházení v zaměstnání nebo povolání.

jejího rámce či nikoliv, hraje dle mého při výkladu předmětných právních předpisů nezanedbatelnou roli.

b. Evropské právo a judikatura Soudního dvora Evropské unie

Ustanovení čl. 19 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále jen „Smlouva“) přiznává Radě přijímat legislativním postupem po obdržení souhlasu Evropského parlamentu vhodná opatření k boji proti diskriminaci na základě pohlaví, rasy nebo etnického původu, náboženského vyznání nebo přesvědčení, *zdravotního postižení*, věku nebo sexuální orientace. Zákaz diskriminace v oblasti zaměstnání a povolání z důvodu zdravotního postižení je podrobněji zakotven ve směrnici Rady ze dne 27. listopadu 2000, č. 2000/78/ES, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání (dále jen „Rámcová směrnice“).

Zákaz diskriminace zakotvuje Listina základních práv Evropské unie (dále jen „Listina EU“). Ustanovení článku 21 odst. 1 zakazuje jakoukoli diskriminaci založenou mimo jiné na zdravotním postižení. Dle ustanovení článku 26 Listiny EU pak Unie uznává a respektuje právo osob se zdravotním postižením na opatření, jejichž cílem je zajistit jejich nezávislost, sociální a profesní začlenění a jejich účast na životě společnosti. Dle ustanovení článku 51 Listiny EU jsou její ustanovení určena členskými státy, pokud uplatňují právo Unie, což je případ antidiskriminační legislativy, která obecně spadá do rámce práva Unie.

Evropské přepisy, a to včetně Rámcové směrnice, neobsahují vymezení pojmu „zdravotní postižení,“ a na konkretizaci pojmu se tak podílí až judikatura Soudního dvora Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr“). V tomto ohledu je důležitý v současné době ojedinělý rozsudek Soudního dvora ze dne 11. července 2006, ve věci C-13/05, *Chacón Navas proti Eurest Colectividades SA* (dále jen „rozsudek ve věci Navas“). Z uvedeného rozsudku je patrné, že dle Soudního dvora zákonodárce v pojmu „zdravotní postižení“ úmyslně použil výraz lišící se od výrazu „nemoc“⁷. Soudní dvůr proto dovodil, že *„na osobu, která byla propuštěna svým zaměstnavatelem výlučně z důvodu nemoci, se nevztahuje obecný rámec pro boj proti diskriminaci na základě zdravotního postižení.“*⁸ Z hlediska výkladu unijního práva je důležité také to, že Evropská unie ratifikovala dne 23. prosince 2010 Úmluvu OSN.⁹ Jakákoliv případná definice Soudního dvora tak do budoucna nemůže být užší, než vymezení osob s postižením dle Úmluvy OSN.

V současné době je pojem zdravotního postižení předmětem řízení ve spojených věcech C-335/2011 a C-337/2011, *HK Danmark, jednající jménem Jette Ring proti Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB a HK Danmark, jednající jménem Lone Skouboe Werge proti Pro Display A/S in Konkurs*. Vymezením zdravotního postižení se v předmětné věci zabývala zatím pouze generální advokátka Juliane Kokott ve stanovisku ze dne 6. prosince 2012 (dále jen „stanovisko generální advokátky“). Součástí žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce je otázka, zda může zdravotní stav, způsobený lékařsky diagnostikovanou nevyléčitelnou nemocí či

⁷ Srov. odstavec 44 rozsudku: *„the concepts of ‘disability’ and ‘sickness’ cannot simply be treated as being the same“.*

⁸ Odstavec 47 rozsudku.

⁹ Seznam signatářů je dostupný na <http://www.un.org/disabilities/countries.asp?navid=12&pid=166>.

lékařsky diagnostikovanou přechodnou nemocí, spadat pod pojem „zdravotního postižení“ ve smyslu směrnice. Generální advokátka ve svém stanovisku nahlíží na pojem ve světle rozsudku ve věci *Navas*, byť přiznává, že tato definice má nedostatky, protože její důsledné uplatňování by mohlo vyloučit z dosahu Rámcové směrnice i osoby spadající do rámce Úmluvy OSN; považuje přitom za nepřijatelné, aby unijní právo obsahovalo nižší standard ochrany lidských práv, jenž by byl v rozporu s mezinárodními závazky.¹⁰ Generální advokátka dovozuje, že Soudní dvůr rozlišuje mezi nemocí a zdravotním postižením, a vyloučil z dosahu směrnice nemoc jako takovou. Je však nutné vnímat nemoc jako možnou příčinu zdravotního postižení. Domnívá se, že je „[s]měrnici ... chráněno také trvalé omezení vyplývající z nemoci, které vede k překážce bránící účasti dotčené osoby na profesním životě.“¹¹ Stanovisko tedy potvrzuje premisu rozsudku *Navas*, avšak považuje za zdravotní postižení také projevy nemoci (resp. omezení z nemoci vyplývající). Tyto projevy, resp. omezení, pak musí být dlouhodobé. Dlouhodobost omezení přitom dle generální advokátky zřejmě není dáno pouze trvalostí či dlouhodobostí nemoci samotné.¹² Vymezení pojmu zdravotního postižení a jeho odlišení od nemoci v unijním právu je dle mého přesto stále obtížně čitelné. Je patrné, že odlišuje nemoc od omezení, které jsou jejím důsledkem, a tato omezení, jsou-li dlouhodobá, mohou být považovány za zdravotní postižení. Přestože rozsudek ve věci *Navas*, ani stanovisko generální advokátky nevykládá explicitně, že by infekci virem HIV bylo možné považovat za zdravotní postižení, není vyloučené, že na infekci HIV Rámcová směrnice nedopadá, je-li infekce v asymptomatické fázi. K uvedenému výkladu Rámcové směrnice se proto vyjádřím ve vlastním hodnocení zdravotního postižení.

c. Vybraná zahraniční judikatura

Považuji za podstatné zmínit, že Nejvyšší soud Spojených států amerických dospěl k jinému závěru, než který je čitelný z dosavadní judikatury Soudního dvora.

„*Americans with Disabilities Act*“ definuje osobu se zdravotním postižením jako osobu s fyzickým nebo duševním handicapem, který značně omezuje jednu nebo více hlavních životních činností této osoby, dále jako osobu, jež má o takovém postižení záznam, nebo osobu, jejíž zdravotní stav je za výše uvedené zdravotní postižení považován.¹³ V rozsudku ve věci *Bragdon v. Abbot* a další¹⁴ konstatoval Nejvyšší soud Spojených států amerických, že lze za osobu se zdravotním postižením ve smyslu „*Americans with Disabilities Act*“ považovat i osobu nakaženou virem HIV, a to i je-li infekce v asymptomatické fázi, tj. neprojevuje-li se navenek žádnými příznaky. Definici osoby se zdravotním postižením naplňuje osoba s onemocněním HIV právě tím, že onemocnění značně omezuje jednu nebo více hlavních životních činností této osoby, protože dochází například k významnému omezení reprodukčních schopností osoby s onemocněním.

¹⁰ Viz především odstavec 27 stanoviska generální advokátky.

¹¹ Odstavec 33 stanoviska generální advokátky.

¹² Viz odstavce 36 – 38 stanoviska generální advokátky.

¹³ „The term “disability” means, with respect to an individual a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual; a record of such an impairment; or being regarded as having such an impairment.“ Viz sec. 12102(1) Americans with Disabilities Act, dostupné na: <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm#12102>.

¹⁴ US Supreme Court, *Bragdon v. Abbott*, 524 US 624 [1998], dostupný na:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/524/624/case.html>.

Vzhledem k tomu, že otázkou, zda je možné onemocnění virem HIV považovat za zdravotní postižení či nikoliv, se Soudní dvůr Evropské unie doposud v relevantní rovině nezabýval, což uvádí i stanovisko generální advokátky, je možné dle mého brát podpůrně při zodpovězení této problematické otázky uvedený rozsudek Nejvyššího soudu Spojených států v potaz.

Z věcného, časového a regionálně kulturního hlediska však považuji za podstatnější rozsudek Ústavního soudu Polské republiky ze dne 23. listopadu 2009, sp. zn. P 61/08,¹⁵ byť ten se samotnou povahou onemocnění ve vztahu k pojmu „zdravotní postižení“ nezabývá. Uvedený případem je však v mnohém analogický s šetřenou věcí.

Jednalo se o situaci policisty, který dobrovolně podstoupil test na HIV v rámci rutinního zdravotního vyšetření. V testu bylo zjištěno, že je HIV pozitivní. Proto byl automaticky propuštěn jako nevhodný pro výkon funkce. Striktní přístup vyplýval z nařízení ministra vnitra ze dne 9. července 1991, upravující charakteristiky a postup lékařských komisí podléhajících ministrovi vnitra (dále jen „polské nařízení“). Polské nařízení považovalo osobu s onemocněním virem HIV za trvale nezpůsobilou k výkonu služby ze zdravotních důvodů, což ve spojení s polským zákonem o policii znamenalo automatické ukončení služebního poměru. Polský Ústavní soud dospěl k závěru, že nařízení ministra vnitra nedovolovalo skutečné zhodnocení zdravotního stavu, a osoba, které bylo diagnostikováno onemocnění virem HIV (i na základě dobrovolného testu) byla hodnocena mechanicky a automaticky jako zdravotně nezpůsobilá. Dovodil proto, že taková úprava je v rozporu s ústavou.¹⁶

Shrnu-li závěry polské a americké judikatury a judikatury ESLP, tak lze dovodit, že

1. onemocnění virem HIV je obecně možné považovat za zakázaný diskriminační důvod, obsažený v pojmu zdravotního postižení, případně v pojmu zdravotního stavu, a
2. striktní omezení přístupu nebo výkonu určité profese z uvedeného důvodu bez objektivního a rozumného ospravedlnění může představovat zásah do základních práv.

¹⁵ Rozhodnutí je možné vyhledat na adrese: <http://www.trybunal.gov.pl/orzeczenia/otk.htm>

¹⁶ Konkrétně shledal porušení článkem 60 Ústavy, který garantuje rovný přístup k veřejným službám („*Polish citizens enjoying full public rights shall have a right of access to the public service based on the principle of equality.*“), ve spojení s článkem 31 odst. 3 Ústavy, podle kterého je výkon ústavních práv a svobod možné omezit toliko na základě zákona, je-li toto omezení nezbytné v demokratickém státě k ochraně bezpečnosti nebo veřejného pořádku, nebo k ochraně životního prostředí, veřejného zdraví, morálky, nebo svobod a práv ostatních. Taková omezení nesmějí porušit podstatu práv a svobod („*Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.*“). Anglické znění polské Ústavy je dostupné zde: <http://www.trybunal.gov.pl/eng/index.htm>.

C.2. Antidiskriminační zákon a jeho specifika

a. Rozsah pojmu zdravotní postižení v antidiskriminačním zákoně

Pojem „zdravotní postižení“ byl zvolen pro překlad pojmu „disability“ jak v případě Rámcové směrnice, tak i v případě Úmluvy OSN. „Disability“ lze obecně vykládat jako tělesný nebo psychický stav, jenž omezuje pohyb osoby, její smyslové vnímání nebo jiné aktivity;¹⁷ předpona „dis“ navíc předznamenává, že jde o negaci slova „ability,“ - „schopnost“. Na rozdíl od pojmu „disability“ je dle mého možné (nikoliv nutné) nazírat na pojem zdravotní postižení šířeji, nejen jako postižení smyslové, tělesné nebo mentální, ale jako jakýkoliv zásah (postih) zdraví. Tuto úvahu rozvedu ve vztahu k antidiskriminačnímu zákonu posléze.

Pokud jde o legální definici pojmu zdravotní postižení, mohu konstatovat, že v českém právním řádu není definice jednotná, a různé zákony obsahují různá vymezení. Kupříkladu ustanovení § 67 odst. 2 zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů, vymezuje osoby se zdravotním postižením jako osoby, které byly orgánem sociálního zabezpečení uznány invalidními. Ustanovení § 3 písm. g) zákona č. 108/2006 Sb., o sociálních službách, ve znění pozdějších předpisů, definuje zdravotní postižení jako tělesné, mentální, duševní, smyslové nebo kombinované postižení, *jehož dopady činí nebo mohou činit osobu závislou na pomoci jiné osoby*. Ustanovení § 16 odst. 2 zákona č. 561/2004 Sb., o předškolním, základním, středním, vyšším odborném a jiném vzdělávání (školský zákon), ve znění pozdějších předpisů, pak rozumí zdravotním postižením mentální, tělesné, zrakové nebo sluchové postižení, vady řeči, souběžné postižení více vadami, autismus a vývojové poruchy učení nebo chování.

Antidiskriminační zákon zapracovává právo Evropské unie, 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, a to mimo jiné i ve věcech pracovních, služebních poměrů a jiné závislé činnosti, včetně odměňování, práva na zaměstnání a přístupu k zaměstnání. Antidiskriminační zákon obsahuje katalog zakázaných diskriminačních důvodů; výčet je taxativní, a nelze jej rozšiřovat o důvody, které nejsou uvedeny výslovně. Jedním z výslovně zmíněných diskriminačních důvodů je též zdravotní postižení. Vzhledem k tomu, že zákon navazuje na evropské předpisy a také na Úmluvu OSN, není možné definovat zdravotní postižení úžeji.

Antidiskriminační zákon svoji definici zdravotního postižení obsahuje; rozumí se jím 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 nebo má podle poznatků lékařské vědy trvat alespoň jeden rok. Definice je obdobná, jako ta uvedená v Úmluvě OSN s tím rozdílem, že v případě antidiskriminačního zákona není třeba zabývat se interpretací „překážky bránící v interakci s okolím“ právu na

¹⁷ Srov. kupř. Oxford Dictionary, dostupný online na <http://oxforddictionaries.com/definition/english/disability>: A physical or mental condition that limits a person's movements, senses, or activities.

rovné zacházení. Dle antidiskriminačního zákona již samotná existence zdravotního stavu spadajícího pod vymezení může bránit právu na rovné zacházení bez dalšího. „Výčet“ jednotlivých postižení, které pojem v antidiskriminačním zákoně zahrnuje, je pak rozšířen také o *jiné postižení*. Uvedený výčet v zásadě otvírá prostor i jiným zásahům do zdraví člověka, než jen postižením tělesným, smyslovým, duševním a mentálním. Přestože by i při absenci legální definice nebylo možné zdravotní postižení interpretovat úžeji, než jak činí Úmluva OSN, a potažmo i judikatura Soudního dvora, nic (ani antidiskriminační zákon sám) nebrání tomu vykládat pojem šířeji.

Z hlediska výkladu pojmu zdravotního postižení považuji, s ohledem na otevřenější definici obsaženou v antidiskriminačním zákoně, za nezanedbatelný také fakt, že antidiskriminační úprava obsažená v právním řádu před přijetím antidiskriminačního zákona považovala za diskriminační důvod „zdravotní stav“, což je pojem nepochybně širší. Zákon č. 46/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 312/2002 Sb., o úřednících územních samosprávných celků a o změně některých zákonů (dále jen „novela starého zákoníku práce“), vložil do ustanovení § 1 zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „starý zákoník práce“), antidiskriminační úpravu. Katalog diskriminačních důvodů obsažený v ustanovení § 1 odst. 4 starého zákoníku práce obsahoval zakázaný diskriminační důvod „zdravotní stav“, nikoliv „zdravotní postižení“. Také zvláštní forma nepřímé diskriminace v podobě porušení povinnosti přijmout přiměřené opatření se nevztahovala ke zdravotnímu postižení, nýbrž ke zdravotnímu stavu, byť následně používá úprava pojmu „fyzická osoba se zdravotním postižením“. Z důvodové zprávy k novele starého zákoníku práce přitom vyplývá, že antidiskriminační úprava vložená do starého zákoníku práce představuje implementaci evropského práva, mimo jiné tedy i Rámcové směrnice, která tvořila implementační rámec též pro antidiskriminační zákon. Vzhledem k tomu, že antidiskriminační úprava starého zákoníku práce byla zřejmě terminologicky otevřenější, než Rámcová směrnice, bylo by onemocnění virem HIV možné považovat podle tohoto zákona za zakázaný diskriminační důvod. V souladu se starým zákoníkem práce pak považoval „zdravotní stav“ za zakázaný diskriminační důvod v ustanovení § 4 odst. 2 též zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů.

Předcházející úprava, která navazovala na stejné právní předpisy jako antidiskriminační zákon, považovala zdravotní stav za diskriminační důvod. Antidiskriminační úprava přitom na zákonné úrovni zakotvuje lidská práva. Domnívám se, že závažné onemocnění, které bylo předcházející právní úpravou chráněno, by mělo být chráněno i antidiskriminačním zákonem, aby nedocházelo k nelogickému snížení ochrany lidských práv. Domnívám se, že není důvod nepovažovat závažný negativní zdravotní stav, jež dosahuje (i s ohledem na účel antidiskriminační úpravy – viz níže) závažností intenzity zdravotního postižení, za diskriminační důvod i podle stávající úpravy.

b. Rozsah pojmu zdravotního postižení ve světle účelu antidiskriminační úpravy

V případě jakéhokoliv otevřeného výčtu je třeba postupovat obezřetně při jeho rozšiřování; proto jsem při zvažování, zda lze považovat infekci HIV za zdravotní postižení dle antidiskriminačního zákona, vycházel kromě stručného historického výkladu také z účelu antidiskriminační úpravy. V antidiskriminačním zákoně blíže zapracovaný „[p]rincip rovnosti zapovídá zacházet s člověkem podle předsudečných stereotypů, na základě nezměnitelných vnějších znaků, které určují jeho příslušnost k určité skupině lidí podle vrozených skupinových charakteristik, jako je pohlaví, rasa, nebo jiný znak.“¹⁸ Účelem práva na rovné zacházení je zamezit v regulovaných společenských vztazích nepříznivému zacházení na základě předsudečně předpokládaných skupinových charakteristik,¹⁹ takže povinnost nediskriminovat je zásadně pasivní.

V případě zdravotního postižení má působení práva na rovné zacházení svá specifika, a to zejména proto, že v případě osob se zdravotním postižením je naopak často nutné působit aktivně. Antidiskriminační zákon proto zakotvil zvláštní formu nepřímé diskriminace v podobě porušení (odmítnutí či opomenutí) povinnosti přijmout přiměřené opatření, aby osoba s postižením měla přístup k zaměstnání atd. Výchoziskem této povinnosti, jež se opírá o sociální model zdravotního postižení, je předpoklad, že nepříznivé zacházení v případě těchto osob nemusí nutně souviset se stereotypem či předsudkem, ale s neochotou zaměstnavatele přizpůsobit pracoviště potřebám osoby se zdravotním postižením. Avšak to, že zákon ukládá aktivní povinnost, neznamená, že osoby se zdravotním postižením „nechrání“ i ona pasivní povinnost, tedy nebrat v potaz zdravotní postižení, pakliže se zaměstnáním a výkonem profese nesouvisí. Antidiskriminační právo jednoznačně musí reagovat na situaci, kdy je s osobou pro její zdravotní postižení zacházeno méně příznivě pouze s ohledem na to, že je vnímána jako jiná (ve smyslu méněcenná), než osoba bez postižení. Domnívám se, že v tomto ohledu trpí značnými nedostatky jak definice obsažená v rozsudku Soudního dvoru ve věci *Navas*, tak ve stanovisku generální advokátky.

Onemocnění virem HIV s sebou i v asymptomatické fázi jistě nese mnohá omezení, a to především v oblasti rodinného či intimního života, jak ostatně konstatuje i zmíněný rozsudek Nejvyššího soudu Spojených států. V tomto ohledu se domnívám, že omezení spočívající v projevech onemocnění dosahují intenzity zdravotního postižení, a v zásadě tak v některých ohledech vyhovují jak definici rozsudku ve věci *Navas*, tak definici (byť právně nezávazného) stanoviska generální advokátky. To, že onemocnění HIV v asymptomatické fázi nemusí zasahovat do profesního života, a nevzniká tak povinnost přijmout přiměřené opatření (tj. aktivní povinnost nediskriminovat), neznamená, že by osoba s onemocněním HIV neměla být chráněna (a tedy považována za zdravotně postiženou) pro účely zejména přímé diskriminace, tedy chráněna před takovým nepříznivým zacházením, jehož základem je stereotyp či předsudek.

¹⁸ Boučková, P., Havelková, B., Koldinská, K., Kühn, Z., Kühnová, E., Whelanová, M. Antidiskriminační zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 18

¹⁹ Srov. např. Rozhodnutí Nejvyššího soudu Kanady ve věci *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

Vzhledem k tomu, že zákonodárce nechal v antidiskriminačním zákoně „dveře otevřené“ širšímu pojetí zdravotního postižení, a protože onemocnění HIV a jeho projevy i v asymptomatické fázi svoji intenzitou dle mého dosahují „zdravotního postižení“, domnívám se, že lze onemocnění HIV i v asymptomatické fázi pod pojem zdravotního postižení ve smyslu antidiskriminačního zákona podřadit.

Považuji za důležité, i když jen nad rámec uvedeného, konstatovat, že i jako onemocnění (nikoliv zdravotní postižení bez dalšího) má HIV specifickou povahu. Domnívám se, že podstatná část společnosti stále spojuje onemocnění virem HIV s homosexuálním či bisexuálním chováním. Přiznávám, že pro ověření této domněnky jsem si v rámci provedeného šetření neopatřoval jakoukoliv statistiku či výzkum. Uvedenému závěru se však lze těžko ubránit již jen proto, že různé zprávy a průzkumy tento postoj mohou vyvolávat nebo podporovat;²⁰ důrazně podotýkám, že nehodnotím jakkoliv jejich relevantnost, spíše předjímám možný dopad.

Ve světle uvedeného je patrné, že v praxi může docházet k nepříznivému zacházení s osobami nakaženými virem HIV nejen z důvodu jejich onemocnění, ale také z důvodu jejich sexuální orientace, byť by jim byla jen mylně přisuzována. Ostatně podle ustanovení § 2 odst. 5 antidiskriminačního zákona je diskriminací také jednání, kdy je s osobou zacházeno méně příznivě na základě domnělého diskriminačního důvodu. V praxi tak může docházet i k vícenásobné diskriminaci složené (tj. z důvodu zdravotního postižení a sexuální orientace).²¹

c. Úprava v zákoně o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů

Služební poměr stěžovatele se řídí zákonem o služebním poměru. Podle ustanovení § 42 odst. 1 písm. h) zákona o služebním poměru musí být příslušník vykonávající službu v bezpečnostním sboru propuštěn, jestliže podle lékařského posudku poskytovatele pracovně lékařských služeb dlouhodobě pozbyl zdravotní způsobilost k výkonu služby, s výjimkou zdravotních důvodů souvisejících s těhotenstvím. Toto kategorické ustanovení nebudí žádnou pochybnost o tom, že příslušník bezpečnostního sboru musí být propuštěn, pokud nesplňuje zdravotní předpoklady.

Bližší specifika posouzení zdravotní způsobilosti stanoví vyhláška o zdravotní způsobilosti; na té je ostatně postaven závěr lékařského posudku ze dne 16. 12. 2010. Podzákoný právní předpis samozřejmě nesmí být v rozporu se zákonem, tj. ani s antidiskriminačním zákonem; nesmí tedy například zakládat diskriminaci z důvodu zdravotního postižení. Zákaz diskriminace je však upraven také v ustanovení § 16 odst. 4 a ustanovení § 77 zákona o služebním poměru.

²⁰ Kupříkladu <http://www.ceskatelevize.cz/ct24/domaci/202378-mezi-nakazenymi-virem-hiv-dominuji-homosexualove/>

²¹ K tomu srov. Boučková, P., Havelková, B., Koldinská, K., Kühn, Z., Kühnová, E., Whelanová, M. Antidiskriminační zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 106 – 107.

d. Vztah antidiskriminačního zákona a zákona o služebním poměru

Přijatý antidiskriminační zákon měl zřejmě představovat obecný antidiskriminační předpis, avšak při jeho přijetí nebyl řešen vztah k celé řadě již existujících antidiskriminačních normám. Tato, troufám si říct, značná nedůslednost způsobila, že místo toho, aby antidiskriminační zákon právnímu řádu odlehčil, je stav v oblasti antidiskriminačního práva naopak značně nepřehledný. Poměr jednotlivých ustanovení je možné dovodit pouze výkladem, přičemž se kloním k závěru, že norma obsažená v ustanoveních § 16 odst. 4 a § 77 zákona o služebním poměru představuje (mimo jiné vzhledem k odlišnému výčtu diskriminačních důvodů) *lex specialis* ve vztahu k antidiskriminačnímu zákonu.²²

Z hlediska šetřeného případu považuji za podstatné ustanovení § 77 odst. 2 zákona o služebním poměru, které stanoví, že *„[v]e služebním poměru je zakázána přímá i nepřímá diskriminace z důvodů pohlaví, sexuální orientace, jazyka, náboženského vyznání nebo víry, politického nebo jiného smýšlení, členství v odborových organizacích a jiných sdruženích, majetku, rodu, rasy, barvy pleti, národnosti, etnického nebo sociálního původu, věku, těhotenství a mateřství, manželského a rodinného stavu, povinností k rodině.“* Z uvedeného je patrné, že odlišně od antidiskriminačního zákona nepovažuje zákon o služebním poměru „zdravotní postižení“ za diskriminační důvod. Není proto možné dovodit, že by vyhláška o zdravotní způsobilosti mohla být diskriminační z důvodu zdravotního postižení, i kdyby nerovné zacházení na základě tohoto důvodu skutečně zakládala.

Ustanovení § 77 odst. 2 zákona o služebním poměru sice považuje za zakázaný diskriminační důvod sexuální orientaci; i kdyby se však potvrdila výše nastíněná hypotéza týkající se sexuální orientace jako domnělého diskriminačního důvodu ve vztahu k osobám s onemocněním virem HIV, striktní ustanovení § 42 odst. 1 písm. h) zákona o služebním poměru diskriminaci na základě domnělého diskriminačního důvodu vylučuje jednoduše proto, že zaměstnavatel nemá možnost volby, a rozhodnutí o propuštění je v zásadě jakéhokoliv motivu prosté.

e. Výjimka ze zákazu diskriminace z důvodu zdravotního postižení

Vzhledem k tomu, že „zdravotní postižení“ jako diskriminační důvod v zákoně o služebním poměru zcela chybí, jeví se jako důležité zvažovat, zda taková úprava ob stojí ve světle práva Evropské unie, a především pak ve světle ústavního pořádku České republiky.

Rámcová směrnice obsahuje ustanovení, které umožňují členským státům stanovit výjimky z práva na rovné zacházení v případě ozbrojených sil. Odstavec 19 preambule Rámcové směrnice uvádí, že si za účelem ochrany bojové účinnosti ozbrojených sil mohou členské státy zvolit neuplatnění ustanovení směrnice týkající se zdravotního postižení a věku u všech nebo u části svých ozbrojených sil. Členské státy, které se rozhodnou pro tuto volbu, musí vymezit rozsah této výjimky. Ve světle preambule je, dle mého, nutné vykládat navazující článek 3 odst. 4 Rámcové

²² K tomu závěru se kloní též komentář. Viz Boučková, P., Havelková, B., Koldinská, K., Kühn, Z., Kühnová, E., Whelanová, M. Antidiskriminační zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 289.

směrnice,²³ dle kterého „[č]lenské státy mohou stanovit, že se tato směrnice, pokud se týká diskriminace na základě zdravotního postižení a věku, nevztahuje na ozbrojené síly.“

Nahlíženo shora citovanými ustanoveními Rámcové směrnice mohu konstatovat, že český zákonodárce stanovil rozsah „výjimky z pravidla“ jednoduše tak, že zrušil pravidlo samé. Je přitom otázkou, zda by pro vymezení výše uvedené výjimky, za současného zachování „zdravotního postižení“ v katalogu zakázaných diskriminačních kritérií, nepostačilo znění samotného ustanovení § 77 odst. 7 zákona o služebním poměru, které poměrně jednoduše stanoví, že se „[z]a diskriminaci ... nepovažuje postup, kdy bezpečnostní sbor prokáže věcný důvod spočívající v předpokladech nebo požadavcích na výkon služby, které jsou pro výkon této služby nezbytné, nebo zvláštní povaze služby, kterou má příslušník vykonávat.“ Ostatně, i kdyby toto ustanovení v zákoně o služebním poměru nebylo, obdobná výjimka je stanovena i v ustanovení § 6 odst. 3 antidiskriminačního zákona.²⁴

Abych ilustroval, že zachování „zdravotního postižení“ v seznamu zakázaných diskriminačních důvodů nemusí nutně působit překážku pro zrušení pracovního (služebního) poměru v případě zdravotní nezpůsobilosti, stačí, když odkáží na ustanovení § 52 písm. e) zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů, které výslovně umožňuje zaměstnavateli vypovědět pracovní poměr se zaměstnancem, pozbyl-li vzhledem ke svému zdravotnímu stavu podle lékařského posudku dlouhodobě zdravotní způsobilost. Zároveň však pro oblast pracovního práva platí zákaz diskriminace z důvodu zdravotního postižení. Jinými slovy, v každém konkrétním případě je třeba vážit, zda zdravotní stav skutečně brání výkonu profese (pak je dán výpovědní důvod), nebo ne. Pokud by nebyl dán výše uvedený výpovědní důvod, a zdravotní postižení by přesto bylo jediným reálným důvodem pro skončení pracovního poměru, byť za účelového využití jiného výpovědního důvodu (např. nadbytečnosti), došlo by k porušení práva na rovné zacházení. Ještě ilustrativněji působí tento příklad ve vztahu ke starému zákoníku práce, který zná taktéž výše uvedený výpovědní důvod, který se opírá o zdravotní stav, a zároveň je přímo zdravotní stav (nikoliv postižení) jedním ze zakázaných diskriminačních důvodů.

Jak vyplývá z nastíněného skutkového a právního stavu, ustanovení § 42 odst. 1 písm. h) zákona o služebním poměru je problematické především proto, že ve spojení s vyhláškou o zdravotní způsobilosti nedává prostor pro důsledné

²³ Podotýkám, že Evropská unie je signatářem Úmluvy OSN. Výklad Rámcové směrnice nemůže zakládat rozpor ani s Úmluvou OSN, ani s Listinou základních práv Evropské unie. Výklad musí být tedy v souladu i se zákazem diskriminace na základě zdravotního postižení ve všech otázkách týkajících se kterékoli formy zaměstnávání, ve smyslu čl. 27 odst. 1 písm. a) Úmluvy OSN.

²⁴ „Diskriminací není rozdílné zacházení ve věcech práva na zaměstnání, přístupu k zaměstnání nebo povolání, ve věcech pracovních, služebních poměrů nebo jiné závislé činnosti, pokud je k tomu věcný důvod spočívající v povaze vykonávané práce nebo činnosti a uplatněné požadavky jsou této povaze přiměřené. Diskriminací z důvodu pohlaví není rozdílné zacházení ve věcech přístupu nebo odborné přípravě k zaměstnání nebo povolání, pokud je k tomu věcný důvod spočívající v povaze vykonávané práce nebo činnosti a uplatněné požadavky jsou této povaze přiměřené.“

a důkladné posouzení, zda zdravotní postižení skutečně brání výkonu služby,²⁵ a zda osoba se zdravotním postižením nespĺňuje požadavky na výkon služby.²⁶

S tím však zároveň souvisí také skutečnost, že stát jako zaměstnavatel nemusí reálně prokazovat, zda zdravotní postižení brání výkonu profese. Lékařské posouzení se totiž z podstaty věci nezabývá otázkou slučitelnosti zdravotního postižení s náplní práce, ale pouze zařazením daného typu postižení pod příslušné kvalifikace uvedené ve vyhlášce o zdravotní způsobilosti. S daným zařazením je pak automaticky spojeno skončení služebního poměru; prokazatelnost příčinné souvislosti mezi zdravotním postižením a zdravotní nezpůsobilostí k výkonu služby, jejímž důsledkem je skončení služebního poměru, však v nastíněném postupu prakticky absentuje. Podobně jako ve věci řešené polským Ústavním soudem, i v tomto případě je zdravotní postižení či onemocnění hodnoceno mechanicky, a důsledky jsou automatické. Zdůrazňuji, že nezpochybňuji nutnost stanovit výjimky ze zásady práva na rovné zacházení „za účelem ochrany bojové účinnosti ozbrojených sil“, nebo i z jiného legitimního důvodu. Avšak i je-li zaměstnavatelem fyzická či právnická osoba, může zdravotní postižení vážným způsobem bránit výkonu profese (viz výše). Soukromý zaměstnavatel by však tuto skutečnost (resp. příčinnou souvislost) musel vysvětlit a prokázat důsledně a jednoznačně, aby jeho jednání nebylo v rozporu s antidiskriminačním zákonem. Šíře výjimky v zákoně o služebním poměru tak mimo jiné vede k tomu, že stát jako zaměstnavatel má ve srovnání se soukromým zaměstnavatelem výrazně jednodušší situaci, a v důsledku je na něj kladeno méně povinností. Z uvedených důvodů se domnívám, že takto stanovená výjimka (či přesněji zcela vypuštěné pravidlo) je v rozporu s právem Evropské unie.

Za podstatnější pak považuji skutečnost, že absolutní omezení přístupu osob se zdravotním postižením k určité profesi nebude v souladu s Úmluvou OSN. **Bez ohledu na to, zda osoby s onemocněním HIV v asymptomatické fázi spadají do rámce Úmluvy OSN, je patrné, že zákon o služebním poměru absolutně vylučuje přístup osob se zdravotním postižením k výkonu služby v těchto složkách. Šíře výjimky, dle mého, zcela popírá požadavek zákazu diskriminace na základě zdravotního postižení ve všech otázkách týkajících se kterékoli formy zaměstnávání, ve smyslu čl. 27 odst. 1 písm. a) Úmluvy OSN.** Za důležitou pak považuji i judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, která rozumí diskriminací rozdílné zacházení bez objektivního a rozumného ospravedlnění s osobami v analogických, nebo relevantně obdobných situacích.²⁷ Připomínám, že dle Ústavního soudu ČR zahrnuje ústavní pořádek i ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách.²⁸ **Domnívám se, že právní úprava, takto restriktivně znemožňující již samotný přístup osob v určitém zdravotním stavu k profesi, bez ohledu na relevantní příčinnou souvislost zdravotního stavu s požadavky na výkon profese, je v rozporu jak**

²⁵ Byť úprava nebude zřejmě natolik striktní jako u polského Ústavního soudu napadené nařízení ministra vnitra.

²⁶ Samotná zdravotní klasifikace dovozuje pouhé zařazení do tabulky; ta navíc v případě aktivního onemocnění shledává osobu nezpůsobilou vždy, v případě laboratorního průkazu HIV bez klinických projevů není tak striktní, přesto umožňuje zařazení pod klasifikace A-C pouze pro subjekty posuzované ve III. sloupci.

²⁷ Srov. rozsudek ESLP ze dne 13. listopadu 2007 ve věci stížnosti 57325/00, D. H. a další proti České republice, odstavec 175, a Burden proti Spojenému království, odstavec 60.

²⁸ Srov. nálezy Ústavního soudu ČR ze dne 25. června 2002, sp.zn: Pl. ÚS 36/01, který je publikovaný pod publikačním číslem 80/2002 ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu.

s Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod, tak s Úmluvou OSN, a zároveň ji považuji za diskriminační ve smyslu ustanovení článku 3 odst. 1, ve spojení s článkem 26 odst. 1 Listiny.

D. Shrnutí a závěr

Uvedené šetření bylo složité hned z několika důvodů; jednak nebylo jednoduché stanovit rámec šetření. Přestože mohlo dojít k různým pochybením ze strany různých subjektů, jsem samozřejmě povinen držet se při šetření v mantinelech, které stanoví zákonem vymezená působnost veřejného ochránce práv. Proto jsem nepovažoval za relevantní zabývat se procesní správností lékařského posudku z konce roku 2010, zvláště když nebyla podána žádost o jeho přezkum; zároveň nemohu šetřit otázky související s posudkem, které mají čistě odborný charakter. Nebylo účelné zabývat se ani samotným rozhodnutím o propuštění ze služebního poměru vzhledem k jasnému a restriktivnímu znění ustanovení § 42 odst. 1 písm. h) zákona o služebním poměru, které nedává zaměstnavateli, České republice – Policii ČR, žádný prostor k zohlednění specifík zdravotního stavu. V rámci své působnosti v oblasti práva na rovné zacházení jsem se tak zabýval v první řadě především zákonností vyhlášky o zdravotní způsobilosti; s touto otázkou pak byla pevně spojena také otázka souladu zákonné úpravy s Listinou.

Z uvedeného výkladu, který shrnuje skutečně jen ve stručnosti využitelné podklady především z oblasti judikatury, dle mého vyplývá zřetelně, že nebylo jednoduché dovodit, zda je onemocnění virem HIV možno zařadit pod pojem zdravotní postižení, či nikoliv. Vzhledem k otevřenější právní úpravě v právním řádu ČR a velmi specifické povaze onemocnění dovozují, že je možné považovat **onemocnění virem HIV podřaditelné pod chráněný diskriminační důvod zdravotní postižení.**

Závěr ve prospěch stěžovatele však naráží na neuspořádanost právního řádu. Přijetím antidiskriminačního zákona **mohlo a mělo dojít ke zjednodušení antidiskriminačního práva**, ale nedůsledností došlo, jak jsem se pokusil naznačit, k pravému opaku. **Nevyjasněný vzájemný vztah mezi antidiskriminačním zákonem a zákonem o služebním poměru nenapomáhá přehlednosti situace, domnívám se však, že antidiskriminační ustanovení zákona o služebním poměru představuje *lex specialis* k antidiskriminačnímu zákonu. Proto nezbývá než konstatovat, že na úrovni jednoduchého práva není možné diskriminaci z důvodu zdravotního postižení dovodit.**

Samotná právní úprava zdravotní způsobilosti příslušníku bezpečnostních sborů je jednoznačně problémová. S ohledem na právo Evropské unie vzbuzuje pochybnost výjimka z působnosti Rámcové směrnice, která působí příliš široce tím, že samotné „pravidlo“ v zásadě popírá. O to závažněji v tomto ohledu působí důsledek výjimky, jímž je striktní omezení vykonávat určitou profesi. Mimo jiné i kvůli vyloučení zdravotního postižení ze seznamu diskriminačních důvodů umožňuje vyhláška o zdravotní způsobilosti, ve spojení s ustanovením § 42 odst. 1 písm. h) zákona o služebním poměru,

automatické ukončení služebního poměru, aniž by byla jasná příčinná souvislost mezi postižením a vykonávanou profesí. Právní úprava stanovující takové omezení se, ve světle judikatury Evropského soudu pro lidská práva a podpůrně též ve světle rozhodnutí polského Ústavního soudu v analogické věci, jeví být v rozporu s ústavním pořádkem České republiky, tj. s mezinárodními smlouvami o lidských právech a základních svobodách, a s Listinou základních práv a svobod.

Na závěr mi nezbyvá než konstatovat, že v uvedeném případě byl postup zaměstnavatele, České republiky – Policie ČR, v souladu se zákonem a prováděcím předpisem, **nikoliv však s předpisy vyšší právní síly**. Domnívám se však, že ve zprávě zmiňovaná ustanovení zákona o služebním poměru nejsou v souladu s Listinou základních práv a svobod. Je to však Ústavní soud ČR, kdo je povolán k posuzování souladu jednoduchého práva s ústavním pořádkem.

Veřejný ochránce práv není oprávněn podávat k Ústavnímu soudu ČR návrh na zrušení zákona. Dle ustanovení § 64 odst. 2 písm. f) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „o Ústavním soudu“), jsem sice jako veřejný ochránce práv oprávněn podávat k Ústavnímu soudu návrh na zrušení jiného právního předpisu, což by přicházelo v úvahu v případě vyhlášky o zdravotní způsobilosti. Obávám se však, že tento postup nepředstavuje řešení situace stěžovatele. V daném případě je totiž problematické i ustanovení zákona o služebním poměru, které neumožňuje uplatnit nároky za diskriminaci z důvodu zdravotního postižení.

Záleží tedy na zvážení stěžovatele, zda se bude domáhat nároků ve smyslu ustanovení § 77 odst. 9 zákona o služebním poměru (či ustanovení § 10 antidiskriminačního zákona). S žalobou by v takovém případě bylo nutné spojit žádost, aby soud postupoval podle ustanovení článku 95 odst. 2 Ústavy České republiky, ve spojení s ustanovením § 64 odst. 3 zákona o Ústavním soudu, a předložil relevantní ustanovení zákona o služebním poměru, tj. zejména ustanovení § 16 odst. 4 a ustanovení § 77 odst. 2 zákona o služebním poměru, a taktéž vyhlášku o zdravotní způsobilosti, k posouzení Ústavnímu soudu ČR.

Součástí žaloby by také měla být, pro případ, že soud neupřednostní postup dle článku 95 odst. 2 Ústavy České republiky, žádost, aby soud požadoval zodpovězení předběžné otázky týkající se výkladu unijního práva Soudním dvorem Evropské unie ve smyslu článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie. I antidiskriminační úprava v zákoně o služebním poměru totiž představuje implementaci unijního práva a spadá do působnosti Smlouvy o fungování Evropské unie. V rámci předběžné otázky by bylo třeba zjistit, **zda je rozsah výjimky v zákoně o služebním poměru, který zcela vypouští zdravotní postižení jako diskriminační důvod, v souladu s Rámcovou směrnicí a Listinou základních práv Evropské unie.**

Stěžovatel se stal obětí diskriminace a jsem připraven mu, resp. jeho právnímu zástupci, poskytnout metodickou pomoc ve smyslu ustanovení § 21b písm. a) zákona o veřejném ochránci práv.

Zároveň zprávu o šetření zasílám ministrovi vnitra a policejnímu prezidentovi a budu po nich žádat vyjádření k závěrům obsaženým v části D. mé zprávy. Na základě jejich stanoviska se rozhodnu, zda využiji svých zvláštních oprávnění zakotvených v ustanovení § 22, § 24 zákona o veřejném ochránci práv, případně oprávnění zakotveného v ustanovení § 64 odst. 2 písm. f) zákona o Ústavním soudu.

JUDr. Pavel V a r v a ř o v s k ý v. r.
veřejný ochránce práv
(zpráva je opatřena elektronickým podpisem)

Stěžovatel na základě zprávy ochránce podal antidiskriminační žalobu, o které bude rozhodovat Obvodní soud pro Prahu 7. Zpráva ombudsmana může soudu posloužit jako jeden z důkazů.