MŮŽE SOUD DOTVOŘENÍM PRÁVA POMOCI ZAMĚSTNANCI SE ZDRAVOTNÍM POSTIŽENÍM?

NICOLAS ÖLVECZKY*

Abstract: **Can the Court Aid an Employee with a Disability through Judicial Law-Making?**
In this paper I attempt to examine the question of whether the court can aid an employee with a disability through judicial law-making. I do so by analysing the Supreme Court's decision 21 Cdo 1276/2016. I will try to demonstrate, that it did not in my opinion consider and reflect the EU and international approach to the integration of employees with disabilities into the workforce with a sufficient degree of intensity. I introduce these approaches, and I try to showcase their possible relevance to Czech case law. I overall try to assess the decision in terms of the (in)admissibility of its judicial law-making. This means that I am attempting to determine whether the court has impermissibly encroached (by the way it interprets the law) upon the legislative authority of parliament. I firstly address the issue of judicial law-making itself theoretically and then through case law. In the case law section, I outline a "methodology", describing a procedure a court should follow when wanting to engage in judicial law-making. I then analyse the case 21 Cdo 1276/2016 through the lens of the theoretical setting, "methodology", and knowledge of the EU and international approach. I point out its legal framework, present its two legal conclusions, and I attempt to evaluate them in terms of their conformity with the approaches, and their (in)admissibility respectively. I affirmatively answer the question posed in the title in this part of the text in the context of a specific labor law case. I then outline the abstract implications derivable from such an analysis in the conclusion. There I provide a positive answer to the question posed in the title in a general way. Finally, I note the non-exhaustive, practicality, topicality, and interdisciplinary applicability of the topic of judicial law-making as a whole.

Keywords: an employee with a disability; EU and international approach; judicial law-making; (in)admissibility; conformity

Klíčová slova: zaměstnanec se zdravotním postižením; unijní a mezinárodní přístup; soudcovské dotváření práva; (ne)přípustnost; konformita

DOI: 10.14712/23366478.2025.12

* Autor je studentem Právnické fakulty UK. Článek zohledňuje stav ke dni 21. ledna 2025 a vznikl v rámci projektu PRIMUS/24/SSH/014 „Uplatňování zásady rovného zacházení v pracovním a sociálním právu". Rád bych vyjádřil své poděkování prof. Pichrtovi a dr. Tomšejovi za cenné připomínky, rady, zdroje a čas, které mi v průběhu psaní věnovali. Bez nich by tento text nevznikl.

© 2025 The Author. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

1. ÚVOD ANEB JAK ZODPOVĚDĚT OTÁZKU V NÁZVU

V tomto článku si za svůj primární cíl kladu co nejpreciznějí zodpovědět otázku vytyčenou v názvu, tedy co nejlépe se pokusit demonstrovat, zdali může soud dotvořením práva pomoci zaměstnanci se zdravotním postižením. Pokusím se tak učinit především na základě analýzy rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 3. listopadu 2016, sp. zn. 21 Cdo 1276/2016, jež mne přivedlo k uvažování nad touto otázkou.[1] Nejvyšší soud zde dochází ke dvěma právním závěrům. Jelikož však lze konstatovat, že se oba tyto právní závěry odchylují do jisté míry od textu zákona,[2] resp. dotvářejí právo, budu se níže snažit zhodnotit je optikou jejich (ne)přípustnosti.[3]

V prvním závěru Nejvyšší soud dovozuje, že z textace zákoníku práce[4] není explicitně jasné, zdali má zaměstnavatel v případě ztráty zdravotní způsobilosti[5] zaměstnance povinnost takového zaměstnance převést na jinou práci či právo dát mu výpověď, a proto si může libovolně zvolit jednu z těchto variant. *V druhém závěru* dovozuje že byl-li zaměstnanec převeden na jinou práci proti své vůli z důvodu ztráty své zdravotní způsobilosti, neztrácí tím v případě následné výpovědi od zaměstnavatele (či rozvázání pracovního poměru z téhož důvodu) svůj nárok na dvanáctinásobek průměrného výdělku (odstupné), jelikož je takové převedení chápáno toliko jako provizorní řešení, které vyžaduje definitivní dohodu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem o budoucnosti pracovního poměru zaměstnance u dotyčného zaměstnavatele.

Bude mou snahou pokusit se co nejpřesvědčivěji ukázat, že první závěr lze po pečlivém uvážení považovat za nepřípustné dotvoření práva, resp. pokusit se tento názor co nejlépe argumentačně odůvodnit. Zatím pouze uvedu, že je tomu tak dle mého názoru primárně proto, že celým rozhodnutím prozařuje přístup rovného zacházení s osobami (resp. zaměstnanci) se zdravotním postižením,[6] které se chtějí zapojit do pracovního

---

[1] Rozhodnutí již v minulosti bylo předmětem kritické pozornosti odborné literatury, např. ve stati PICHRT, J. – TOMŠEJ, J. Převáděním ke slaďování? In: PICHRT, J. – MORÁVEK, J. (eds.). *Slaďování soukromého a pracovního života*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2023, s. 3–17. Jedním ze záměrů následujících úvah je tak snaha některé závěry citované statě týkající se zmíněného rozhodnutí dále rozvinout, a to zejména v kontextu a z pohledu hodnocení (ne)přípustnosti soudcovského dotváření práva, spolu se základním teoretickým a judikatorním vymezením této problematiky. Rovněž bude snaha podrobněji rozvinout unijní a snaha přidat mezinárodní přístup k zaměstnancům se zdravotním postižením (v rámci jejich zapojování do pracovního procesu) a tyto zasadit do téhož kontextu. Za uvedení do tématu dotváření a za citovaný zdroj děkuji prof. Pichrtovi.

[2] Čímž dochází k výkladu *contra verba legis*. To v pracovněprávní judikatuře není výjimečné. K rozboru dalších caus, kde se soudy uchýlily k témuž, srov. článek HANZAL, V. – TOMŠEJ, J. Vedoucí zaměstnanec a výklad zákonných ustanovení *contra verba legis*. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2021, Vol. LXVII, č. 3, s. 49–55.

[3] Budu-li v dalším textu hovořit o tom, že je určitý závěr soudu nepřípustný či že bude takový závěr hodnocen (analyzován) z optiky své nepřípustnosti, budu tím mít na mysli situaci, kdy soud dle mého názoru již překročil mez soudcovského dotváření práva v tom smyslu, že zasáhl způsobem, jakým danou právní situaci dotvořil, do působnosti zákonodárné moci za dovolenou (tedy přípustnou) hranici, tedy že jednal v takovém případě *ultra vires* (tj. snažil se již právo tvořit, a ne dotvořit).

[4] Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů. Při odkazování na příslušná ustanovení také jako „ZPr".

[5] V tomto textu je ztrátou zdravotní způsobilosti primárně myšlena situace, kdy zaměstnanec pozbude zdravotní způsobilost konat svou dosavadní práci.

[6] Na pojem zdravotního postižení budu nahlížet ve smyslu § 5 odst. 6 zákona č. 198/2009 Sb., zákon o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů

procesu. Lze dle mého názoru argumentovat, že na něj nebral Nejvyšší soud v této části odůvodnění dostatečný zřetel, jaký by si kontext situace mohl zasluhovat, aby mohlo být dosaženo co nejoptimálnějšího řešení. Tento přístup je přitom upraven na unijní a na mezinárodní úrovni a bude mým záměrem tvrdit, že měl být v cause u Nejvyššího soudu aplikován, resp. významně zohledněn. Jeho spojitost a použitelné závěry se pokusím demonstrovat na níže představené judikatuře Soudního dvora Evropské unie či výkladu stížnosti u Výboru OSN pro zdravotně postižené. Na tomto místě postačí podtrhnout, že tento unijní a mezinárodní přístup požaduje po zaměstnavateli, jako po aktivním participantovi, aby konkrétními kroky umožnil zaměstnanci se zdravotním postižením setrvat u něj v pracovním poměru, ať už na dosavadní, či jiné pracovní pozici.

Oproti prvnímu závěru se pokusím představit, proč mám za to, že je druhý závěr dotvořen přípustně. Dle mého názoru v něm totiž Nejvyšší soud naopak na unijní a mezinárodní přístup bere významný ohled, resp. minimálně vyvozuje důsledky s ním zcela souladné, logické a spravedlivé, jak se pokusím ukázat níže. Jsem proto toho názoru, že tato část rozhodnutí zodpoví kladně otázku položenou v názvu článku.

Aby ji však mohla zodpovědět, bude třeba, abych naznačený unijní a mezinárodní přístup k zapojování osob (zaměstnanců) se zdravotním postižením do pracovního procesu podrobněji představil. Jelikož však budu rozhodnutí analyzovat celkově z hlediska (ne)přípustnosti jeho dotvoření,[7] bude zároveň nejprve namístě, abych předestřel, co to soudcovské dotváření práva je, proč k němu dochází a k čemu může být užitečné. Tedy *vymezím problém teoreticky*.

Platí-li shoda na tom, že každé dotvoření by mělo projít zhodnocením své (ne)přípustnosti, popíšu poté analýzu (postup), dle které je k takovému zhodnocení možno přistoupit. Učiním tak pomocí abstrahování určité „metodiky" z judikatury nejvyšších českých

---

(antidiskriminační zákon), dále také jako „antidiskriminační zákon", tedy jako na tělesné, smyslové, mentální, duševní nebo jiné postižení, které brání nebo může bránit osobám v jejich právu na rovné zacházení v oblasti zapojování se do pracovního procesu. Podřaditelnou pod tuto definici budu chápat situaci v 21 Cdo 1276/2016, kdy kvůli nemoci z povolání ztratí zaměstnanec zdravotní způsobilost pro konání své dosavadní práce. Obdobně tak budu chápat skutkový stav v judikatuře Soudního dvora Evropské unie či stížnosti k Výboru OSN pro osoby se zdravotním postižením, kde se koncepčně jednalo o totéž. Budu tedy předpokládat, že zdravotní indispozice, resp. ztráta zdravotní způsobilosti, která u zaměstnance v daných causách vznikla, může mít za následek vznik zdravotního postižení tak, jak ho chápe antidiskriminační zákon. Na základě takto pojaté „příčinné souvislosti" mezi ztrátou zdravotní způsobilost a vznikem zdravotního postižení budu dále vyvozovat právní důsledky (povinnosti) pro zaměstnavatele, kteří budou v takové situaci s daným zaměstnancem jednat o budoucnosti jeho pracovního poměru. Obdobnou „příčinnou souvislost" budu spatřovat a mít na zřeteli při legeferačních a generálních úvahách na konci textu. Budu-li tedy zmiňovat zaměstnance se zdravotním postižením, budu do této množiny vždy zahrnovat i podmnožinu zaměstnanců, kteří ztratili zdravotní způsobilost (konat dosavadní práci), a stali se tak v důsledku toho osobami (zaměstnanci) se zdravotním postižením. Proto budu i konkrétně pracovat s tím, že se unijní a mezinárodní úprava, kterou budu v dalším textu reflektovat a která se týká osob, resp. zaměstnanců se zdravotním postižením, kteří se chtějí zapojit do pracovního procesu, vztahuje právě i na zaměstnance, kteří ztratili zdravotní způsobilost konat svou dosavadní práci. Shodně viz komentář k antidiskriminačnímu zákonu: *„Zdravotní nezpůsobilost je ve většině případů konstatována v důsledku zdravotních stavů, které lze považovat za zdravotní postižení podle § 5 odst. 6 antidiskriminačního zákona."* (TOMŠEJ, J. – POLÁK, P. – KOLDINSKÁ, K. – PRESSEROVÁ, P. *Antidiskriminační zákon a související předpisy: praktický komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2023, s. 95).

[7] Eurokonformitu totiž chápu pouze jako jedno z několika možných zohledňovaných hledisek při určování (ne)přípustného dotváření práva.

soudů, resp. ze závěrů právní vědy, ze kterých tato judikatura vychází.[8] Tato „metodika" zodpoví podotázky, jako jak poznat, že lze danou situaci vůbec dotvořit, či dle jakých kritérií hledat často tenkou a nejasnou hranici, za kterou už dotvoření nepřípustně zasahuje do zákonodárné moci. Tím *vymezím problém judikatorně, resp. doktrinálně*.

Tyto pohledy – teoretický a judikatorní (doktrinální) – spojeny k sobě mi poté umožní podrobit judikát Nejvyššího soudu kritickému rozboru, tedy vytknout, z čeho pravděpodobně může vycházet a v čem může spočívat jeho (ne)přípustnost. Konečně v závěru poskytnu úvahy *de lege ferenda*, jak by mohla praxe – od soudců po zaměstnavatele – do budoucna lépe postupovat v případech zaměstnanců se zdravotním postižením. Pokusím-li se pomocí analyzovaného rozhodnutí odpovědět na otázku v názvu na základě konkrétní pracovněprávní causy, těmi závěrečnými úvahami se pokusím o totéž, avšak v obecné rovině.

Současně vnímám, že téma soudcovského dotváření práva může znít příliš teoreticky či akademicky, obzvláště pak představení „metodiky" k určování jeho (ne)přípustnosti. Jedním z dalších mých důležitých cílů proto bude ukázat, že i přesto, že je idea dotváření práva založena na abstraktnějších koncepcích, v realitě právního života mají tyto koncepce ryze praktické důsledky.

2. TEORETICKÉ VYMEZENÍ SOUDCOVSKÉHO DOTVÁŘENÍ PRÁVA

Jak jsem se již pokusil naznačit, chce-li někdo uchopit koncept soudcovského dotváření práva z jakéhokoliv úhlu pohledu, je vhodné nejprve se tázat, z jakého důvodu soudci právo dotvářejí. V rámci snahy o jeden možný způsob, jak zodpovědět tuto otázku, uvedu trefnou myšlenku Eugena Ehrlicha, rakouského právníka považovaného za zakladatele sociologie práva.[9] Ta říká, že *„*[…] *chtít uzavřít celé právo určité doby nebo určitého národa do paragrafů zákona je stejně rozumné jako by někdo chtěl uchovat vodní proud v rybníku* […]*"*, protože *„*[…] *z toho už nebude živý proud, ale mrtvá voda, přičemž jen málo vody se vejde do rybníku."* Tedy má-li být právo společensky adaptibilní, nelze ho redukovat toliko na zákony.[10] V nejasných situacích je nutné ho dotvářet.[11]

Na základě Ehrlichovy citace a myšlenky o společenské adaptibilitě práva budu soudcovské dotváření práva dále chápat:

---

[8] Na tomto místě lze zmínit např. přínos autorů Jana Wintra či Filipa Melzera. Některé jejich závěry k problematice soudcovského dotváření práva budou podrobněji představeny níže.

[9] K Ehrlichovu sociologickému pojetí tzv. živého práva a jeho dalšímu vlivu srov. např. stať právního filozofa a současného soudce Ústavního soudu J. Přibáně: PŘIBÁŇ, J. Od sociologie práva k ústavnímu pluralismu: Eugen Ehrlich a teorie společenského konstitucionalismu. *Právník*. 2022, roč. 161, č. 5, s. 396–410.

[10] Citace i myšlenka o společenské adaptibilitě práva viz kniha SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva, 2011, s. 286. Cit. z VAŠEK, M. *Soudcovské dotváření práva* [online]. Diplomová práce. Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014, s. 32, pozn. pod čarou č. 65 [cit. 2024-07-31]. Dostupné na: https://is.muni.cz/th/ax5pq/Michal_Vasek_DP_SDP.pdf.

[11] Trefnými slovy Tomáše Sobka: *„Ehrlich to napsal metaforicky, ale vcelku jasně."* Cit. z SOBEK, T. Škola volného práva I. In: *Jiné právo* [online]. 3. 8. 2010 [cit. 2024-07-31]. Dostupné na: https://jinepravo.blogspot.com/2010/08/tomas-sobek-skola-volneho-prava-i.html.

a) prozaicky jako praktický proces, ve kterém soudce domýšlí právo do svých důsledků (tedy vyplňuje mezery v právu), metaforicky poté jako proces, v rámci něhož soudce činí „z mrtvé vody živý proud“,
b) tedy jako proces vhodného doplňování práva, které může být legislativní činností „stísněno v rybníku, do kterého se vejde málo vody“,
c) a jako snahu soudců pomoci právu „držet krok“ s dynamicky se měnící společenskou realitou a dospět tak ke spravedlivějším řešením.

Jak spolu tento model chápání koresponduje? Lze konstatovat, že společnost se dynamicky mění, což nutí právo, resp. zákonodárce, na nově příchozí poměry reagovat. Takové reakce však mohou přerůst v hypertrofii právních předpisů.[12] Nejen ta pak může přispět k dalšímu negativnímu aspektu normotvorby – k její hektičnosti. Legislativní činnost skýtající tyto nežádoucí „vlastnosti“ snižuje celkovou jednotnost a koherenci systému práva a spolu s nimi i právní jistotu.[13]

Pozici, kterou jsou kvůli tomu soudy nuceny následně zaujmout, přehledně vysvětluje Jan Kysela: *„Jelikož však právní jistota patří mezi základní sociální potřeby a nelze na ni proto nereagovat, ujímají se role jejich ‚hlídačů‘ a garantů soudy.“* A poté výstižně shrnuje, že *„*[s]*oudcovské právo, tuzemské i evropské, tak doplňuje právo vzniklé legislativní činností* […]*“*.[14]

Jinými slovy, dynamický vývoj společenských poměrů podněcuje právo je reflektovat. Tím mohou vznikat v právním řádu mezery. Důsledky se poté „řetězí“: Důsledkem novel je hektická právotvorba, jejím důsledkem zas mezery a nežádoucí rozpory v právním řádu.[15] Soudci jsou poté povoláni k jejich vyplňování.[16] To spočívá v tom, že se začnou

---

[12] K hypertrofii práva srov. stať NOVOTNÝ, O. Hypertrofie práva, její aspekty a jak jí čelit. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 7, s. 619–625. Pro aktuální problematičnost v pracovním právu v tomto ohledu srov. např. monografii PICHRT, J. – TOMŠEJ, J. a kol. *Pracovní právo ve víru změn*. Praha: Wolters Kluwer, 2024. Ta se zabývá výběrem tématy (ne)potřebnosti přísedících, koncepční změnou dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr či nedostatky českého agenturního zaměstnávání. „Horkých“ témat je v pracovním právu však více. Lze uvést např. recentně médii i napříč politickou scénou diskutované výpovědi bez uvedení důvodu. K tomuto tématu srov. např. články ŠTEFKO, M. Výpověď bez uvedení důvodu, možné příklady inspirace. *Právní rozhledy*. 2024, roč. 32, č. 9, s. 291–296, nebo PICHRT, J. – HANZAL, V. Několik poznámek k diskusi na téma „propuštění zaměstnance bez udání důvodu“. *Právní rozhledy*. 2024, roč. 32, č. 9, s. 296–301. Statisticky lze dodat, že zákoník práce od svého přijetí prošel již více než padesáti novelizacemi (viz https://www.e-sbirka.cz/sb/2006/262?zalozka=historie).

[13] K těmto důsledkům srov. např. přednášku J. Wintra týkající se normotvorby za koronavirové krize: WINTR, J. Tvorba práva (recentní problémy) aneb Bude sbírka zákonů na rok 2020 nejděsivější knihou světové literatury? [přednáška]. In: *Právnická fakulta UK* [online]. Praha: Právnická fakulta UK, 14. 12. 2020 [cit. 2024-08-25]. Záznam dostupný na: https://www.youtube.com/watch?v=gbTLml5ZSDM.

[14] Obě citace viz KYSELA, J. Měnící se struktura právního řádu a jeho atributy. *Eric Stein Working Paper*. 2009, No. 1, s. 1–20. Srov. také příspěvky v tam odkazované publikaci GERLOCH, A. – KYSELA, J. – KÜHN, Z. – WINTR, J. – TRYZNA, J. – MARŠÁLEK, P. – BERAN, K. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI, 2008.

[15] Tamtéž.

[16] Viz bod a).

uchylovat k vycházení z explicitně vyjádřených či implicitně dovozených standardů. Hovoříme tak o používání právních principů či analogie.[17] Říkáme, že soudce dotváří právo.[18]

Soudcovským dotvářením práva soudci chrání zmíněné sociální jistoty. Těmi může být i právo zaměstnanců se zdravotním postižením zapojit se do pracovního procesu a korespondující povinnost zaměstnavatelů toto právo umožnit zrealizovat.[19] Soudy se tak *„snaží překlenout určité tvrdosti v zákonné úpravě“*,[20] přiblížit se co nejvíce k naplnění ideálu spravedlnosti a uvést hodnotový základ, ze kterého náš právní řád čerpá koherenci, do souladu s nejasným jazykovým výkladem sporných (mezerovitých) ustanovení. Mám tím na mysli dospění k takovým řešením, která není možné obsáhnout ani nejobšírnější možnou interpretací textace zákona.

Díky tomu to mohou být řešení inovativní, která dokáží překonat někdy problematický *status quo*, často vyplývající právě z mezerovité (neúplné) zákonné úpravy. Z důvodu dělby moci, tedy z důvodu, že se v takových případech soudce staví do role „*ad hoc* zákonodárce“, se však lze k postupu soudcovského dotvoření práva uchylovat toliko výjimečně. Nadto je třeba každé dotvoření analyzovat z pohledu jeho (ne)přípustnosti. Ta je hodnocena pomocí určité „metodiky“ jako výsledku zobecněných závěrů judikatury nejvyšších soudů, resp. právní doktríny k tomuto problému. Tuto „metodiku“ nyní představím.

3. JUDIKATORNÍ VYMEZENÍ SOUDCOVSKÉHO DOTVÁŘENÍ PRÁVA

3.1 DEFINICE A JEJÍ APLIKACE

---

[17] Srov. KYSELA, *c. d.*, s. 18. Tím však možnosti soudu nejsou vyčerpány. Použít mohou i normované generální klauzule. Ty, spolu s principy a analogií, pak dávají do práva prostoupit mimoprávním hodnotám (tamtéž). Prostoupení mimoprávních hodnot může poté přispět k spravedlivějším řešením jednotlivých caus – bod c).

[18] Kdy je možno se teoreticky uchýlit k dotvoření, však může být ještě o něco složitější. V české právní vědě situaci v souvislosti s jazykovým výkladem a jeho rolí jako východiska pro další interpretaci hlouběji problematizuje v úvodu zmíněný Filip Melzer. Ve své knize *Metodologie nalézání práva* pro každý pojem rozlišuje jádro pojmu, zahrnující jevy, jež by pod daný pojem podřadil téměř každý, neurčitou část pojmu, kde by ohledně (ne)podřazení nepanovala shoda, a oblast mimo rozsah pojmu, do které náleží jevy, jež by pod daný pojem téměř nikdo nepodřadil. Význam tohoto modelu poté spočívá v rozlišování, kdy přistupujeme k interpretaci, a kdy už k dotváření. Pohybuje-li se interpret ještě v neurčité části pojmu, jedná se o interpretaci, je-li za ní, dotváří (MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011). K tomu srov. výklad Jana Wintra v knize WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vyd. Praha: Auditorium, 2019, s. 53–54; či nález Ústavního soudu ze dne 11. září 2024, sp. zn. Pl. ÚS 23/24, bod 33. Melzer tak navazuje na zájmovou jurisprudenci, která akcentuje významovou víceznačnost slov jako jejich imanentní vlastnost, což má nutně za důsledek neurčitost v zákonech. Viz WINTR, *Metody a zásady interpretace práva*, s. 50.

[19] To je kvintesencí unijního a mezinárodního přístupu nastíněného v úvodu a zevrubněji popsaného níže. Tento přístup je v souladu se základními zásadami zákoníku práce. Konkrétně se zásadou zvláštní ochrany zaměstnanců, se zásadou uspokojivých a bezpečných podmínek pro výkon práce, se zásadou spravedlivého odměňování či zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace. Srov. § 1a odst. 1, písm. a), b), c) a e) ZPr.

[20] Viz HANZAL – TOMŠEJ, *c. d.*, s. 55.

Jelikož jsem se již pokusil představit, jak lze proces soudcovského dotváření práva vymezit, co pod ním lze rozumět a proč ho lze považovat za proces důležitý, definuji ho nyní pomocí judikatury Nejvyššího soudu. Ten rozumí pod soudcovským dotvářením práva situaci, ve které soud *„*[…] *dospívá k řešení, které nemá oporu* […] *v* […] *jazykovém výkladu textu právního předpisu"*.[21]

Názorným příkladem takového dotvoření může být usnesení Ústavního soudu ze dne 6. prosince 2016, sp. zn. I. ÚS 1077/16. To redefinuje koncepci vedoucího zaměstnance upraveného v § 11 ZPr.[22] Na zákonné úrovni je definován tzv. personálním kritériem. Vedoucím zaměstnancem je tedy ten zaměstnanec, který má alespoň jednoho podřízeného, tj. zaměstnance, kterému je oprávněn udělit závazný pokyn.[23]

Ústavní soud však ve zmíněném usnesení zavádí nové, účelové hledisko. Tvrdí, že *„*[v]*edoucího lze vnímat i jako osobu, která je odpovědná za určitý úsek činnosti, za určitou oblast v rámci organizační struktury zaměstnavatele (hledisko účelové). Není tedy nezbytně nutné, aby měl vedoucí zaměstnanec nějaké podřízené"*. Je vidět, že je tím opuštěno zákonné vymezení, resp. interpretace vyplývající z doslovné textace zákona, a přistoupeno k dotvoření. To znamená k řešení, které nenachází oporu v jazykovém výkladu (v tomto případě v zákonné definici) právního předpisu.[24]

3.2 PŘEDSTAVENÍ „METODIKY" K URČOVÁNÍ (NE)PŘÍPUSTNOSTI DOTVOŘENÍ

Doposud jsem ukázal, jak judikatura vymezuje soudcovské dotváření práva, a to jak na definiční, tak příkladné rovině. Přejdu nyní k „jádru problému" – k metodickému zjišťování, zdali je dané dotvoření přípustné či nikoliv. Je to hledisko, které by vždy mělo být vzato v potaz, jelikož je dotvoření práva institutem výjimečným, často hraničícím s působností moci zákonodárné. Je tak institutem, v rámci kterého může, při nesprávném postupu, resp. při nesprávném vyhodnocení, zdali může být právo dotvořeno, daný soud jednat *ultra vires*.[25]

---

[21] Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. března 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018.

[22] *„Vedoucími zaměstnanci zaměstnavatele se rozumějí zaměstnanci, kteří jsou na jednotlivých stupních řízení zaměstnavatele oprávněni stanovit a ukládat podřízeným zaměstnancům pracovní úkoly, organizovat, řídit a kontrolovat jejich práci a dávat jim k tomu účelu závazné pokyny. Vedoucím zaměstnancem je nebo se za vedoucího zaměstnance považuje rovněž vedoucí organizační složky státu."*

[23] To výslovně potvrzuje i Nejvyšší soud v rozhodnutí ze dne 17. února 2004, sp. zn. 21 Cdo 1863/2003: *„Pro posouzení, zda se jedná o vedoucího zaměstnance, není podstatné (určující), jakým způsobem je jeho funkce (pracovní místo) formálně označena, nýbrž zda jsou mu podřízeni zaměstnanci, jímž je oprávněn vydat závazné pokyny."* Tento právní závěr se uplatní i dnes, jelikož legální definice zákona č. 65/1965 Sb., (starý) zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále při citování jeho ustanovení také „sZPr"), vymezující vedoucí zaměstnance personálním kritériem, zůstala v současném zákoníku práce prakticky nezměněna. Srov. ust. § 9 odst. 3 sZPr: *„Vedoucí zaměstnanci zaměstnavatele* […] *jsou oprávněni stanovit a ukládat podřízeným zaměstnancům zaměstnavatele pracovní úkoly, organizovat, řídit a kontrolovat jejich práci a dávat jim k tomu účelu závazné pokyny."*

[24] K analýze tohoto usnesení, k jeho možným důvodům a důsledkům, jako i k jeho „konkludentnímu" odmítnutí praxí srov. HANZAL – TOMŠEJ, *c. d.*, s. 49–52.

[25] Takový soudní exces by mohl mít derogační následky vyšší soudní instance v rámci obecné soudní soustavy či Ústavního soudu. Jedno takové kontroverzní konstatování o nepřípustném dotvoření ochránce ústavy učinil v nálezu ze dne 21. května 2021, sp. zn. II. ÚS 1889/19, ve věci bezdůvodného odstoupení zaměstnavatele od konkurenční doložky. Tím změnil letitě ustálenou judikaturu v této věci, což se mj. setkalo s kritickým pohledem odborné právní veřejnosti. Pro takový pohled srov. stať PICHRT, J. Obsah

Jinými slovy, v zájmu tohoto důsledného dodržování systému dělby moci je důležité zhodnotit (ne)přípustnost každého dotvoření. V tom lze za užitečnou považovat judikaturu a právní vědu, která nastavuje soudcům určitou „metodiku", jakým způsobem mají postupovat, aby zjistili, je-li v jejich působnosti právo přípustně dotvořit. Schematicky lze tento proces předestřít pomocí tří otázek, které si soudce musí položit:

a) Jedná se o teleologickou mezeru v zákoně?[26]
b) Jak zní skutečná vůle zákonodárce v době přijetí zákona?
c) Která další hlediska mohou být brána v potaz?[27]

Rozeberu jednotlivé otázky podrobněji.[28] Započne-li soudce s uvažováním, zdali může v daném případě právo dotvořit, ptá se *za a)* zda jde o teleologickou mezeru v zákoně. Ta *„*[…] *je dána neúplností explicitní zákonné úpravy, která se podává z rozporu mezi smyslem a účelem zákonné úpravy na straně jedné a jeho doslovného významu na straně druhé. Podle § 2 odst. 1 věty druhé a odst. 2 části věty za středníkem o. z. je rozhodující smysl příslušného ustanovení, nikoliv jeho doslovné vyjádření"*.[29] Jinými

---

konkurenční doložky – „trigger point" problémů při konci pracovních poměrů českých manažerů. In: PICHRT, J. – TOMŠEJ, J. (eds.). *Concurrentia*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2022, s. 1–14. Stejné konstatování provedl Ústavní soud 18. září 2024 v již zmíněném nálezu sp. zn. Pl. ÚS 23/24. V něm uvedl, že dvaadvacátý senát Nejvyššího soudu překročil meze soudcovského dotváření práva, když valorizaci vnosu při vypořádání společného jmění manželů podmiňoval pouze předchozí dohodou manželů.

26 Z důvodu maximalizace snahy o naplnění zamýšlených účelů tohoto článku pominu v tomto textu tzv. pravou mezeru, jež je dalším typem mezery, který se může v právním předpisu vyskytovat. Viz právní věta již citovaného 22 Cdo 155/2018: *„Jinak řečeno, právní předpis obsahuje mezeru, která může být buď pravá nebo nepravá (teleologická)."* Dále budu možnost dotvořit právo spojovat s mezerou nepravou, tedy teleologickou.

27 Ještě předtím, než rozeberu uvedené otázky podrobněji, chci poznamenat, že otázky budu pro účely mé následné analýzy rozhodnutí 21 Cdo 1276/2016 dále dělit do dvou kategorií. První kategorie, která zahrnuje otázky ad a) a ad b), jsou otázky, na základě kterých lze zhodnotit, zdali mohlo být k soudcovskému dotváření práva soudem přistoupeno. Pokud ty nebyly splněny, je přirozeně možné považovat dané dotvoření práva za nepřípustné. Druhá kategorie, kde se nachází otázka ad c), je kategorií, na základě které budu hodnotit (ne)přípustnost daného dotvoření i přesto, že bude možné na první dvě otázky odpovědět kladně. Vyhrazuji si tím tak možnost konstatovat nepřípustnost dotvoření i v případě, že se skutečně jedná o dotvořitelnou právní situaci, ale tato situace byla soudem dotvořena nepřípustným, resp. „nesprávným" způsobem. Takové tvrzení podpoří právě pomocná hlediska z ad c), resp. argumentace, která takovouto (ne)přípustnost tvrdí, musí být řádně odůvodněna mj. těmito hledisky. U analýzy rozhodnutí 21 Cdo 1276/2016 se stalo to, že (ne)přípustnost závěrů byla vyhodnocována právě až v rámci druhé kategorie, jelikož se v jeho cause jednalo o dotvořitelnou právní situaci. K tomu podrobně viz níže.

28 Pro užitečné shrnutí tohoto procesu z pera Jana Wintra jako soudce zpravodaje srov. body 30 až 38 již citovaného nálezu Pl. ÚS 23/24.

29 Cit. viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. března 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018. Ust. § 2 odst. 1 věty druhé „o. z.", tedy zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále také „ObčZ"), zní: *„Rozejde-li se výklad jednotlivého ustanovení pouze podle jeho slov s tímto příkazem, musí mu ustoupit*." Odst. 2, část věty za středníkem zní: *„*[…] *nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu"*. Ústavní soudce Jan Wintr hovoří o § 2 ObčZ jako o interpretačním ustanovení, které v sobě upravuje výkladové metody, a přikládá mu značnou důležitost. Nejdůkladnější komentář k němu dle něj podává Filip Melzer v MELZER, F. – TÉGL, P. a kol. *Občanský zákoník: velký komentář: § 1–117. Svazek I*. Praha: Leges, 2013. Kritickou reflexi zas předkládá mj. ŽÁK KRZYŽÁNKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 61–69. Cit. zdroje viz WINTR, *c. d.*, s. 30, pozn. pod čarou č. 88. K nastíněnému významu ust. § 2 ObčZ srov. např. také s. 29 až 31, tamtéž.

slovy, o teleologickou mezeru se jedná za situace, kdy je v zákoně obsažen rozpor mezi jazykovým a teleologickým výkladem.[30]

Je-li soudce přesvědčen o přítomnosti teleologické mezery, pokračuje s uvažováním o tom, zdali se *za b)* jedná o tzv. teleologickou mezeru vědomou či nevědomou, tedy se zkoumáním skutečné vůle zákonodárce pomocí subjektivně historického výkladu.[31] Na jeho základě pak dovozuje druh mezery. Je-li dovozeno, že zákonodárce o dané mezeře věděl, jde o mezeru vědomou a jako takovou ji nelze soudním dotvořením práva překlenout. Správnost toto konstatování odvozuje opět od přísného lpění na dělbě moci v demokratickém právním státě. Dotvořením vědomé mezery v zákoně, tedy stavu, který zákonodárce aproboval, resp. zamýšlel vytvořit, by se soud dopustil excesu zasahujícího již do zákonodárné působnosti. Důsledkem by byla nepřípustnost takového postupu. A naopak, nevěděl-li zákonodárce o dané mezeře, tedy neaproboval ji, resp. nezamýšlel vytvořit, existuje pak v rámci právního řádu hodnotový rozpor, se kterým zákonodárce při vytváření právního aktu nebyl srozuměn. Tato mezera je mezerou nevědomou. Tu poté soudu přísluší po řádném odůvodnění dotvořit.

Slovy Ústavního soudu, *„*[s]*oudce zásadně není oprávněn vyplnit vědomou mezeru v zákoně. Pokud je hodnotově nekoherentní úprava zákonodárcem skutečně chtěná (je si vědom rozporu s teleologickým pozadím právního řádu, a přesto takovou úpravu přijme), je tím posílen demokratický princip a princip dělby moci, když tvorba práva přísluší primárně demokraticky zvolenému zákonodárci, nikoli soudci. To, zda šlo o vědomé či nevědomé rozhodnutí zákonodárce (mezeru vědomou či nevědomou), lze zjistit především jasně průkazným úmyslem zákonodárce; jde o skutečnou vůli zákonodárce (subjektivní historický výklad), nikoli o vůli, která se bude jen předpokládat (platí totiž presumpce opačná, předpoklad racionálního zákonodárce)* […] *Shrnuto, mezerou v zákoně, způsobilou být řešenou cestou dotváření práva, se rozumí neúplnost zákona proti-plánová (z hlediska záměru zákonodárce).“*[32]

Je-li si soudce jist, že pracuje s nevědomou teleologickou mezerou v zákoně, může přejít k dotvoření. V dosažení co nejspravedlivějšího řešení a v ospravedlnění jeho rozhodnutí mezeru překlenout, resp. v podpoření jeho argumentace, proč se rozhodl právo doplnit, mu *za c)* pomáhají další hlediska.

Ta se dají kategorizovat do čtyř skupin:[33]

1) Argument podobnosti
2) Systematický a historický výklad, ústavní principy
3) Přirozená spravedlnost („*common sense*“)

---

[30] Pro pečlivé uvedení do jazykového výkladu (nejen) z pohledu jeho aplikační praxe v judikatuře nejvyšších soudů srov. třetí kapitolu již citované Wintrovy knihy Metody a zásady interpretace práva (WINTR, *c. d.*, s. 53–72). Pro teleologický výklad srov. zas kapitolu šestou, tamtéž, s. 163–227. Pro naprostou úplnost si toliko dovolím podotknout, že tyto závěry normované v soukromoprávním kodexu platí i pro zákoník práce, resp. pracovní právo.

[31] Tím mám na mysli argumentaci převážně důvodovými zprávami, ale také stenozáznamy z rozprav v Parlamentu, zněními předchozích právních úprav, vyjádřeními politických institucí, pozměňovacími návrhy a samotnými legislativními návrhy zákonů jako takovými. Preciznější výklad podává pátá kapitola Wintrovy knihy. Srov. tamtéž, s. 135–161.

[32] Srov. nález Ústavního soudu ze dne 27. března 2014, sp. zn. III. ÚS 2264/13, bod 17.

[33] Nemám ambici předložit vyčerpávající výčet. Předestřena jsou toliko ta hlediska, kterými budu následně argumentovat při rozboru rozhodnutí 21 Cdo 1276/2016.

4) Unijní konformita

První skupinou je argument podobnosti. Nejvyšší soud ho používá v situaci, kdy *„*[…] *právní norma dopadá pouze na určitou skutkovou podstatu, a nikoliv na skutkovou podstatu jinou, a neexistuje přitom rozumný důvod, proč by se na tuto obdobnou skutkovou podstatu neměla použít* […] *platí, že kde je stejný smysl a účel, má být stejná úprava.“*[34]

Druhou skupinou je argumentace systematickým či historickým výkladem nebo ústavními principy. To vyjádřil Nejvyšší soud v rozhodnutí ze dne 10. prosince 2018, sp. zn. 22 Cdo 1424/2018: *„Jakkoli je třeba vyhnout se rozhodovací libovůli, k níž výklad odchylný od textu zákona (contra verba legis) může svádět, soud není absolutně vázán doslovným zněním zákona, nýbrž se od něj smí a musí odchýlit, pokud to vyžaduje zejména účel zákona, ale také historie jeho vzniku, systematika či některý z ústavních principů* […]*“*. Z ústavních principů budu v dalších úvahách reflektovat relevantní argument právní jistoty, který je součástí ústavního principu právního státu.[35]

Třetí skupinou je hledisko přirozené spravedlnosti, které navazuje na skupinu druhou, resp. na výklady pomocí jiných interpretačních metod. Nejvyšší správní soud o něm hovoří ve svém rozhodnutí ze dne 30. března 2009, sp. zn. 4 As 1/2008: *„Vzbuzuje-li výsledek jazykové interpretace pochybnosti, je třeba, aby byl přezkoušen jinými výkladovými metodami a v jejich světle potvrzen jako správný a vystihující smysl práva, resp. přirozené chápání spravedlnosti (commonsense), nebo zavržen jako chybný, tomuto smyslu se příčící.“*

Konečně *čtvrtou skupinou* je snaha využít dotvoření k dosažení unijní konformity, tedy sjednotit českou právní úpravu tak, aby v dostatečné míře reflektovala požadavky unijního zákonodárce ve znění interpretovaném Soudním dvorem Evropské unie. Právě tento aspekt je dle mého názoru v rozhodnutí 21 Cdo 1276/2016 klíčový. Rozeberu ho proto nyní v jeho kontextu podrobněji.

4. UNIJNÍ A MEZINÁRODNÍ PŘÍSTUP K ZAPOJOVÁNÍ ZAMĚSTNANCŮ SE ZDRAVOTNÍM POSTIŽENÍM DO PRACOVNÍHO PROCESU

Nyní se tedy budu ptát, jak unijní, ale i mezinárodní právo, přistupuje k zapojování zaměstnanců se zdravotním postižením do pracovního procesu. Které prameny práva tento přístup normují? V jakém znění? Z jakých východisek kdo čerpá?

---

[34] Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 27. března 2018, sp. zn. 22 Cdo 155/2018. Nejvyšší soud odkazuje i na komentář LAVICKÝ, P. a kol. *Občanský zákoník I: obecná část (§ 1–654): komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 102–103.

[35] Česká republika je za demokratický právní stát prohlášena v čl. 1 odst. 1 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů. K němu a právní jistotě ve své učebnici *Teorie práva* (KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 205) Viktor Knapp uvádí: *„Jedním ze základních znaků a předpokladů právního státu a zároveň právní jistoty jako jednoho z jeho atributů je takové uspořádání státu, v němž každý, fyzická osoba i osoba právnická, může mít důvěru v právo.“* Cit. z nálezu Ústavního soudu ze dne 3. června 2009, sp. zn. I. ÚS 420/09, který se principem právní jistoty a jeho rolí v demokratickém právním státu zabývá podrobněji. Srov. také např. stať o tomto principu od A. Gerlocha: GERLOCH, A. Princip právní jistoty v soudobém právu. In: BOGUSZAK, J. *Právní principy: kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 75–90.

4.1 UNIJNÍ ÚROVEŇ

Na unijní úrovni je problematika upravena ve směrnici Rady 2000/78/ES ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání (dále jen „směrnice"), a to zejména v jejím pátém článku.[36] Ten je dále rozpracován rozsudkem Soudního dvora Evropské unie (SDEU) ze dne 10. února 2022, XXXX proti HR Rail SA, C-485/20, EU:C:2022:85 (dále také „rozsudek C-485/20").

Účel této směrnice je popsán v jejím prvním článku. Je jím stanovit obecný rámec pro boj s diskriminací na základě mj. zdravotního postižení s cílem zavést v členských státech zásadu rovného zacházení.[37] Aby byla tato zásada dodržena, hovoří pátý článek klíčově o tzv. přiměřeném uspořádání pro osoby se zdravotním postižením. *„To znamená, že pokud to konkrétní případ vyžaduje, musí zaměstnavatel přijmout vhodná opatření, která dané osobě se zdravotním postižením umožní přístup k zaměstnání* […] *"* nebo *„jeho výkon* […] *pokud tato opatření pro zaměstnavatele neznamenají neúměrné břemeno"*.[38]

Z toho obecně vyplývá základní unijní požadavek. V rámci dosažení požadovaného cíle rovného zacházení má zaměstnavatel povinnost učinit (s limitem úměrnosti) potřebné kroky, aby mohl zaměstnanec se zdravotním postižením na své pracovní pozici setrvat (či do ní být zaměstnán).[39] V tomto ohledu se později pokusím ukázat určitou odchylnost v závěru, ke kterému se Nejvyšší soud rozhodl uchýlit v komentovaném rozhodnutí. Zaměstnavatel má dle unijní úpravy totiž učinit ty kroky (ta opatření), která umožní zaměstnanci v pracovním poměru setrvat. Lze tak tvrdit, a tuto argumentaci dále podpořím závěry z rozsudku C-485/20, že na základě této úpravy by zaměstnavatel měl při rozhodování se, zdali zaměstnance, který pozbyl zdravotní způsobilost, převést na jinou práci či mu dát výpověď, upřednostnit převedení a tím souladně s účelem směrnice zajistit, že takovémuto zaměstnanci umožní uchovat si své zaměstnání.

---

[36] Ten nese název „Přiměřené uspořádání pro zdravotně postižené osoby" a zní: *„Za účelem zaručení dodržování zásady rovného zacházení ve vztahu ke zdravotně postiženým osobám se těmto osobám poskytuje přiměřené uspořádání. To znamená, že pokud to konkrétní případ vyžaduje, musí zaměstnavatel přijmout vhodná opatření, která dané zdravotně postižené osobě umožní přístup k zaměstnání, jeho výkon nebo postup v zaměstnání nebo absolvování odborného vzdělání, pokud tato opatření pro zaměstnavatele neznamenají neúměrné břemeno. Toto břemeno není neúměrné, je-li dostatečně vyváženo opatřeními existujícími v rámci politiky dotyčného členského státu v oblasti zdravotního postižení."*

[37] S názvem „Účel" – jeho znění je: *„Účelem této směrnice je stanovit obecný rámec pro boj s diskriminací na základě náboženského vyznání či víry, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace v zaměstnání a povolání, s cílem zavést v členských státech zásadu rovného zacházení."*

[38] V bodě 20 preambule směrnice je vymezeno, co konkrétně za opatření může být myšleno pod pojmem „přiměřené uspořádání". Směrnice zde kupř. uvádí přizpůsobení pracovních prostor a zařízení, režimu pracovní doby, dělby úkolů nebo poskytnutí vzdělávacích nebo zaškolovacích opatření. Bod 21 zas poskytuje užitečné vodítko, jak chápat pojem neúměrné břemeno: *„*[Z]*a účelem určení, zda určitá opatření představují neúměrné břemeno, je třeba vzít v úvahu zejména s nimi spojené finanční a jiné náklady, velikost a finanční prostředky organizace či podniku a možnost získání veřejných prostředků nebo jiné pomoci."*

[39] K tomu srov. TOMŠEJ, J. *Diskriminace na pracovišti*. Praha: Nakladatelství Grada, 2020, s. 108–110. Tento koncept je rovněž obsažen v antidiskriminačním zákoně, a to konkrétně v ust. § 3 odst. 2, kde je transponován pátý článek směrnice. Zároveň je jeho opomenutí chápáno jako nepřímá diskriminace: *„Nepřímou diskriminací z důvodu zdravotního postižení se rozumí také odmítnutí nebo opomenutí přijmout přiměřená opatření, aby měla osoba se zdravotním postižením přístup k určitému zaměstnání, k výkonu pracovní činnosti nebo funkčnímu nebo jinému postupu v zaměstnání, aby mohla využít pracovního poradenství, nebo se zúčastnit jiného odborného vzdělávání, nebo aby mohla využít služeb určených veřejnosti, ledaže by takové opatření představovalo nepřiměřené zatížení."*

Východisko unijního přístupu lze spatřovat v inspirování se antidiskriminační americkou legislativou.[40] Tuto inspiraci předznamenává změna v pojímání zdravotního postižení z modelu lékařského k sociálnímu. Prvý model (lékařský) očekával od osob se zdravotním postižením jejich přizpůsobení se, případně pasivní příjem rozličných kompenzací. Druhý model (sociální) naopak pojímá zdravotní postižení sociálně. Interakcí se společností může osobám se zdravotním postižením vzniknout znevýhodnění. Je proto na společnosti, aby se jim přizpůsobila. Má tedy povinnost provést přiměřená opatření, která by vedla k jejich plnému aktivnímu zapojení.[41] Tato povinnost je poté v podnikatelském i veřejném sektoru v kontextu účasti na pracovního procesu přiřčena zaměstnavatelům.

4.2 MEZINÁRODNÍ ÚROVEŇ

Řečené je poté *na mezinárodní úrovni* reflektováno v Úmluvě OSN o právech osob se zdravotním postižením. Ta chápe nezajištění přiměřeného opatření pro osoby se zdravotním postižením jako diskriminaci.[42] Shodným způsobem postupuje Výbor OSN pro zdravotně postižené (dále také jako „Výbor"), ze kterého koncepčně v této souvislosti čerpá Soudní dvůr Evropské unie, když interpretuje pátý článek směrnice.[43] Výbor ve stížnosti č. 48/2018, M. R. i V. proti Španělsku skutkově řešil případ policisty, kterému vzniknuvší zdravotní indispozice znemožňovala nadále nosit služební zbraň. Hlásil se proto o pracovní místo v civilní sekci španělské policie. V ní však byl na základě lékařského posudku zamítnut. Španělsko tím bývalého policistu diskriminovalo, a to kvůli tomu, že ho odmítlo, aniž by s ním před tím zahájilo aktivní dialog o možných implementacích přiměřených opatření. Nebralo tak v potaz jeho zdravotní postižení jako skutečnost, které je správné se přizpůsobit a v co nejvyšší míře se jí pokusit vyhovět. V důsledku toho se ani v jednom bodě přijímacího procesu nezeptalo, jakým způsobem mohlo parametry pracovního prostředí modifikovat tak, aby byl jeho nástup umožněn.

---

[40] K tomu srov. 1. vydání komentáře k § 3 antidiskriminačního zákona – KÜHNOVÁ, E. § 3 odst. 2. In: BOUČKOVÁ, P. – HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHN, Z. – KÜHNOVÁ E. – WHELANOVÁ, M. *Antidiskriminační zákon*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 163.

[41] Srov. 2. vydání komentáře k § 6 antidiskriminačního zákona – KÜHNOVÁ, E. 6. Zdravotní postižení. In: BOUČKOVÁ, P. – HAVELKOVÁ, B. – KOLDINSKÁ, K. – KÜHNOVÁ, E. – KÜHN, Z. – WHELANOVÁ, M. *Antidiskriminační zákon*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 108–109.

[42] Tamtéž. Jako (nepřímou) diskriminaci to vhodně chápe i český diskriminační zákon, viz jeho textace v § 3 odst. 2: („*Zároveň je opomenutí tohoto konceptu chápáno jako nepřímá diskriminace.*").

[43] V tomto ohledu chápu i roli SDEU v podpoření svého opatrného názoru, že je jeden ze závěrů judikátu 21 Cdo 1276/2016 možné považovat za nepřípustné dotvoření. Neoperuji s tím, že by rozhodnutí SDEU byla pro český Nejvyšší soud explicitně přímo závazná. Soudní dvůr Evropské unie však interpretuje směrnici, která je transponována v české antidiskriminační legislativě, kterou jsou české soudy vázány. V rámci toho a v rámci nepřímého účinku unijního práva mám tak za to, že by se česká judikatura měla v ideálním případě pokusit orientovat k takovým výsledným závěrům, které unijní úpravu v co nejvíce přípustné míře vůči některým specifikům české úpravy zohledňují, a to i v tom znění, v jakém je taková úprava interpretována právě unijním soudnictvím, aby bylo ve výsledku dosaženo potřebné úrovně eurokonformity. U citlivého tématu osob (resp. zaměstnanců) se zdravotním postižením, kde se causy často dotýkají i problematiky diskriminace, to podle mého názoru platí o to více. K vnitrostátním účinkům evropských směrnic srov. např. stať Richarda Krále: KRÁL, R. Vnitrostátní účinky směrnic EU. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2011, Vol. LVII, č. 1, s. 25–45.

Na tyto závěry navazuje i unijní judikatura.[44] Soudní dvůr Evropské unie v rozsudku C-485/20 vykládá pátý článek směrnice. Zabývá se v něm mírou, v jaké má zaměstnavatel aktivně participovat na zajištění rovného práva na práci osobě (resp. zaměstnanci) se zdravotním postižením. V rozsudku je tím v jádru řešena obdobná situace jako v rozhodnutí 21 Cdo 1276/2016 (viz níže). Je v něm identicky položena otázka, má-li v případě pozbytí zaměstnancovy zdravotní způsobilosti zaměstnavatel povinnost převést takového zaměstnance na jinou práci, nebo má zároveň i právo mu bez dalšího pracovní poměr vypovědět.

Hlavní zaměstnavatel belgických drah HR Rail SA totiž zaměstnal zaměstnance, který byl stále ve zkušební době. Tomu onemocnělo srdce, což u něj zapříčinilo nutnost nosit kardiostimulátor. V důsledku toho se však stal pracovně nezpůsobilým, jelikož se nemohl nadále pohyboval blízko železnic kvůli jejich elektromagnetickému poli. Na základě toho byl propuštěn místo toho, aby byl převeden na jinou práci. Právní podstata věci spočívala právě v tom, zdali je převedení na jinou práci přiměřeným opatřením (přesnými slovy směrnice tzv. přiměřeným uspořádáním), které vyžaduje pátý článek směrnice. Soudní dvůr dovozuje, že ano, a to i pokud je zaměstnanec ve zkušební době. Uvádí tak, že je zaměstnavateli směrnicí uložena povinnost převést zaměstnance se zdravotním postižením na jinou práci, pozbyl-li způsobilost dále vykonávat svou dosavadní pozici. Vytyčuje však tři podmínky.

I. Zaměstnanec musí mít pro dané místo potřebné schopnosti a odbornost.
II. Zaměstnavatel musí mít takové místo k dispozici.
III. Zaměstnavateli převedení nesmí způsobit neúměrné břemeno.

Lze tak dle mého názoru na tomto místě názorně na představeném skutkovém stavu demonstrovat,[45] že byl dotyčný zaměstnanec diskriminován, resp. že může jít v tomto případě o situaci, kdy lze argumentovat, že by bylo možné pozbytí zdravotní způsobilosti subsumovat pod definici zdravotního postižení. Je tomu tak dle mého názoru proto, že tělesné postižení (onemocnění srdce) zaměstnance vyústilo ve ztrátu jeho zdravotní způsobilosti, a ta vyústila v diskriminační zacházení s ním ze strany jeho zaměstnavatele, jelikož ten neupřednostnil jeho převedení před dáním výpovědi, čímž ve smyslu směrnice neučinil opatření, která měl, aby dotčený zaměstnanec neztratil své zaměstnání. Tím tento zaměstnavatel porušil unijní právo a tím mám za to, že je možné zaměstnance označit za zaměstnance se zdravotním postižením a aplikovat tak na něj příslušnou právní ochranu.

Představená úprava směrnice, dopracovaná tímto právním závěrem SDEU (který se drží a vychází z předestřené mezinárodněprávní interpretace Výboru), mi bude dále

---

[44] Pro případ v judikátu 21 Cdo 1276/2016 relevantně v tom smyslu, který jsem předestřel v minulé pozn. pod čarou – tedy že závěry SDEU Nejvyšší soud nezavazují, ale interpretují směrnici, která je závazně transponována v našem právním řádu a na kterou je třeba brát ohled v rámci unijní konformity, tedy zájmu uchylovat se v případě potřeby k eurokonformnímu výkladu, která je pomocným hlediskem pro určení (ne)přípustnosti soudcovského dotváření práva, jak již bylo vyloženo výše.

[45] Čímž bych rád příkladem doplnil pozn. pod čarou č. 8.

sloužit jako určitý nastavený eurokonformní standard, mj. optikou kterého se pokusím reflektovat závěry rozhodnutí Nejvyššího soudu z pohledu jejich (ne)přípustnosti.[46]

5. (NE)DOSTATEK V PŘÍSTUPU NEJVYŠŠÍHO SOUDU

5.1 SKUTKOVÝ A PRÁVNÍ RÁMEC

Bylo mým cílem pokusit se co nejpřehledněji znázornit „metodiku" určování (ne)přípustnosti soudcovského dotváření práva a předestřít unijní a mezinárodní přístup k zapojování zaměstnanců se zdravotním postižením do pracovního procesu. Nyní se pokusím aplikovat tuto „metodiku" a zmíněný přístup na rozhodnutí 21 Cdo 1276/2016. Co bylo jeho skutkovou podstatou?

Dovolatelem a žalovaným je zaměstnavatel. Žalobcem je zaměstnanec, který u zaměstnavatele pracoval jako strojírenský dělník. Kvůli alergickému ekzému se však stal pracovně nezpůsobilým. Tvrdí, že poté čerpal dovolenou za účelem hledat si nové pracovní uplatnění. Zaměstnavatel naopak tvrdí, že žalobce převedl na jinou práci, a to na pozici uklízeč-ostraha, proti žalobcově vůli. Strany rozvázaly pracovní poměr dohodou s odůvodněním, že zaměstnanec s převedením nesouhlasí, jelikož ho vnímá jako profesní degradaci.

Z právního hlediska v něm Nejvyšší soud vyslovil tyto dva právní názory:

a) Jelikož z textace zákoníku práce není explicitně jasné, zdali má zaměstnavatel v případě ztráty zdravotní způsobilosti zaměstnance povinnost takového zaměstnance převést na jinou práci či právo dát mu výpověď, může si zaměstnavatel libovolně zvolit jednu z těchto variant.
b) Byl-li zaměstnanec převeden na jinou práci proti své vůli z důvodu ztráty své zdravotní způsobilosti, neztrácí tím v případě následné výpovědi (či rozvázání pracovního poměru z téhož důvodu) od zaměstnavatele svůj nárok na dvanáctinásobek průměrného výdělku (odstupné), jelikož je takovéto převedení chápáno toliko jako provizorní řešení, které vyžaduje dohodu mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem o budoucnosti pracovního poměru zaměstnance u dotyčného zaměstnavatele.[47]

Ad a) jde tedy o mezeru v zákoně, způsobenou nedostatečnou explicitností zákoníku práce při potenciální aplikaci ustanovení § 41 ZPr, které v návětí stanoví, že zaměstnavatel *„je povinen převést zaměstnance na jinou práci"*, a ustanovení § 52 d) ZPr,

---

[46] Hovořím-li tedy v textu o určité intenzitě deficitu unijní konformity, považuji ho rovněž i za určitý deficit mezinárodněprávní. Tuto úroveň deficitu opět nepovažuji za úroveň přímo pro českou soudní soustavu právně závaznou, ale považuji ji za určitý inspirační zdroj (pomocné argumentační hledisko) pro správnou, resp. dostatečně zohledněnou interpretaci směrnice, resp. unijní úpravy, která je v českém právním řádu závazně transponována a na kterou je také vhodné brát ohled z důvodu působení jejího nepřímého účinku. Je mým názorem, že v rozhodnutí C-485/20, které směrnici a její pátý článek vykládá, lze vysledovat takovéto rysy inspirace právě ze závěrů Výboru.

[47] Tedy za situace, kdy zaměstnavatel převede zaměstnance, který pozbyl zdravotní způsobilost, na jinou práci proti jeho vůli a následně s ním vypoví pracovní poměr, resp. rozváže ze stejných důvodů, neobejde tím zaměstnavatel, resp. nezbaví se své povinnosti poskytnout odcházejícímu zaměstnanci odstupné ve výši dvanáctinásobku průměrného výdělku, která mu náleží z důvodu ukončení pracovního poměru dle § 52 d) ZPr (pracovní úraz či nemoc z povolání) ve spojení s § 67 odst. 2 ZPr.

v rámci kterého zaměstnavatel *„může dát zaměstnanci výpověď"* pro nemoc z povolání či pracovní úraz. Tedy první ustanovení ukládá zaměstnavateli právní povinnost. Druhé mu naopak přiznává subjektivní právo. *Ad b)* Nejvyšší soud vykládal navazující situaci, zdali má zaměstnavatel povinnost vyplatit dvanáctinásobek průměrného výdělku. Ten ve smyslu § 67 odst. 2 ZPr[48] náleží zaměstnanci, který dostal výpověď dle § 52 d) ZPr.[49] Soud se zabýval tím, zdali má na dvanáctinásobek nárok i zaměstnanec, který byl před výpovědí (či dohodou o rozvázání z téhož důvodu) převeden na jinou práci proti své vůli.[50] Soud uzavřel, že ano, jelikož považuje takové převedení pouze za dočasné.

Takto chápané převedení proti zaměstnancově vůli podmiňuje strany navázat spolu následný dialog o tom, jaký bude konečný postup. Zaměstnavatel se zaměstnancem se tedy musejí definitivně dohodnout, zdali na převedené pozici zaměstnanec setrvá, nebo mu bude nabídnuta pozice nová či bude-li jeho pracovní poměr u zaměstnavatele ukončen. Dospěje-li dohoda k třetí situaci, tedy nebude-li dosaženo shody ohledně dalšího trvání pracovního poměru, zůstává zaměstnanci v rámci skončení jeho pracovního poměru u dotyčného zaměstnavatele nárok na dvanáctinásobek průměrného výdělku.[51]

5.2 Z POHLEDU (NE)PŘÍPUSTNOSTI DOTVOŘENÍ

Lze tedy konstatovat, že v rozhodnutí Nejvyšší soud dotvářel právo. Nyní se pokusím nalézt odpověď na to, zdali:

1) Mohl v dané situaci Nejvyšší soud přistoupit k dotvoření práva ve smyslu prvních dvou kroků „metodiky"?
2) Lze považovat závěry Nejvyššího soudu v tomto rozhodnutí za přípustné či nikoliv a proč (argumentace třetím krokem „metodiky", tedy pomocnými hledisky)?

Ad 1) Aplikace prvních dvou kroků „metodiky"

I) Jedná se o teleologickou mezeru v zákoně?

Na první otázku, kterou si musí soudce vždy položit při rozhodování se, zdali může k dotvoření přistoupit, tedy jedná-li se o teleologickou mezeru v zákoně, je možné dle mého názoru odpovědět kladně. Je zde možné hovořit o přítomnosti rozporu mezi

---

48 Srov. první větu tohoto ustanovení: *„Zaměstnanci, u něhož dochází k rozvázání pracovního poměru výpovědí danou zaměstnavatelem z důvodů uvedených v § 52 písm. d) nebo dohodou z týchž důvodů, přísluší od zaměstnavatele při skončení pracovního poměru odstupné ve výši nejméně dvanáctinásobku průměrného výdělku."*

49 Či který rozvázal pracovní poměr dohodou z totožného důvodu, jak tomu bylo skutkově i zde. Viz znění § 67 odst. 2 ZPr (*„nebo dohodou z týchž důvodů"*).

50 Viz ust. § 41 odst. 3 ZPr.

51 Se zaměstnavatelovou snahou argumentovat, že pracovní poměr byl ukončen na základě zaměstnancovy nespokojenosti s převedením, nikoliv na základě jeho zdravotní indispozice, tedy se snahou nedovolit aplikaci ust. § 52 d) ZPr pojící se s § 67 odst. 2 ZPr, z důvodu, aby zaměstnanci nenáležel dvanáctinásobný průměrný výdělek, se Nejvyšší soud neztotožnil a došel zároveň v tomto případě k závěru, který takovýmto snahám zaměstnavatelů do budoucna zabraňuje – viz pozn. pod čarou č. 49 – (čímž dle mého názoru významně posiluje postavení zaměstnanců, kteří pozbyli zdravotní způsobilost).

jazykovým a teleologickým výkladem, který je nutným předpokladem pro korektní konstatování, že se jedná o teleologickou zákonnou mezeru. Je tomu tak dle mého soudu proto, že v tomto ohledu nedostatečně explicitní úprava zákoníku práce nedává ve svém znění jasnou odpověď, zdali je převedení na jinou práci povinností, když zároveň normuje i subjektivní právo zaměstnavatele dát zdravotně postiženému zaměstnanci výpověď (jazykový výklad). Přitom smysl a účel úpravy převedení zaměstnance na jinou práci poté, co pozbude zdravotní způsobilost ke své dosavadní pozici, i ve smyslu představené unijní úpravy, spočívá právě v ochraně zaměstnance, který pozbyl zdravotní způsobilost, resp. zaměstnance se zdravotním postižením před ztrátou zaměstnání za daných okolností (teleologický výklad).[52]

II) Jak zní skutečná vůle zákonodárce v době přijetí zákona?

V dalším kroku se soudce ptá, zdali je takto nastavená textace zákoníku práce stavem zákonodárcem aprobovaným či nikoliv, tj. zdali se jedná o mezeru vědomou či nevědomou. Vzhledem k tomu, že zákoník práce byl přijímán o šest let později než směrnice a na deficit unijní konformity stejně jako na mnou výše tvrzené vybočení ze zásady ochrany zaměstnance[53] nebylo upozorněno, lze i u druhého kroku podle mého soudu odpovědět ve prospěch dotvoření, tedy, že nic nenaznačuje tomu, že by si zákonodárce v době přijímání zákona byl hodnotového nedostatku vědom, resp. lze s určitou mírou jistoty konstatovat, že takový nedostatek jím nebyl chtěný (historický výklad).

Toto tvrzení může podle mého názoru podpořit i úprava ve starém zákoníku práce, o které lze tvrdit, že byla pro osoby se zdravotním postižením příznivější a potenciálně i v určitém ohledu více v souladu s unijní úpravou tak, jak byl její účel představen výše. I přes výskyt téže mezerovitosti v jeho úpravě[54] měl zaměstnavatel v jeho § 47 odst. 1 navíc povinnost spolupracovat s příslušným orgánem státní správy za účelem účinně bývalému zaměstnanci pomoct při získání nového vhodného zaměstnání.[55]

V určitém kontrastu k úpravě starého zákoníku práce lze poté hodnotit nynější úpravu, která je některými autory, z důvodů jejího nedostatečného poskytnutí odpovědi na otázku řešení aplikace § 41 a § 52 d) ZPr, považovaná za v tomto ohledu nedostatečnou.[56] Jelikož unijní a mezinárodní rámec hovoří primárně o činnosti zaměstnavatele ve smyslu setrvání zaměstnance u něj samotného, stejně jako i 21 Cdo 1276/2016, šel starý zákoník práce „za“ tuto úpravu a judikaturu, resp. lze říci, že přistupoval k osobám se

---

[52] Viz stať PICHRT – TOMŠEJ, *c. d.*

[53] Což je zásada, na které je založeno celé pracovní právo. Ve výčtu zásad uvedeném v zákoníku práce je upravena na prvním místě. Srov. ust. § 1a odst. 1, písm. a) ZPr. Pro podrobnější informace o jejím významu a přítomnosti v české judikatuře srov. např. oceněnou diplomovou práci A. Vopelky: VOPELKA, A. *Ochranná funkce pracovního práva v judikatuře českých soudů* [online]. Diplomová práce. Praha: Karlova univerzita, Právnická fakulta, 2023 [cit. 2024-08-05]. Dostupné na: https://dspace.cuni.cz/bitstream/handle/20.500.11956/185351/120452647.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Za upozornění na tento zdroj děkuji dr. Tomšejovi.

[54] Srov. stejně problematické formulace *„má povinnost“* a *„může“* v § 37 sZPr, resp. v § 46.

[55] Znění § 47 odst. 1 sZPr: *„Byla-li dána zaměstnanci výpověď z některého z důvodů uvedených v § 46 odst. 1 písm. a) až d), je zaměstnavatel povinen ve spolupráci s příslušným orgánem státní správy účinně mu pomáhat při získání nového vhodného zaměstnání.“*

[56] Lze s nimi i dle mého názoru v tomto ohledu souhlasit. Viz PICHRT – TOMŠEJ, *c. d.*

zdravotním postižením nad rámec ještě o něco vstřícněji, když k tomu navíc normoval povinnost zaměstnavatele pomoci svému bývalému zaměstnanci i v hledání si zaměstnání u zaměstnavatele jiného.[57]

Dovolím si uvést názor, že textace starého zákoníku práce může být v tomto případě argumentem subjektivně historického výkladu pro nevědomou mezeru. Tedy rozhodl-li se při přijímání nového zákoníku práce zákonodárce tuto z těchto ohledů potenciálně „vhodnější", resp. více eurokonformní úpravu pro zaměstnance se zdravotním postižením opustit, lze tím dle mého tvrdit, že si určitého nedodržení standardů nastavených Evropskou unií v tomto kontextu nebyl vědom. Soudím tak i proto, že se zde zároveň opírám o argument presumpce racionálního zákonodárce, tak jak je popsán v bodě 17 již citovaného nálezu III. ÚS 2264/13.

Opatrně tak tvrdím, že zákoník práce je v tomto ohledu z hlediska záměru zákonodárce neúplný proti-plánově[58] a Nejvyšší soud dle mého názoru dovodil správně, když tuto mezeru pojal jako teleologickou a nevědomou, tedy jako mezeru soudcovsky dotvořitelnou. Jelikož lze konstatovat, že se jednalo o situaci, kterou Nejvyšší soud mohl dotvořit, zbývá zodpovědět a nalézt přesvědčivé argumenty k zhodnocení, zdali jsou dané závěry dotvořeny přípustně či nikoliv.

Ad 2) Která hlediska (a jak) mohou podpořit (ne)přípustnost závěrů Nejvyššího soudu?

V tomto posledním, třetím kroku budu argumentovat u prvního a druhého závěru zvlášť. Tvrdím, že Nejvyšší soud stál v prvním závěru před koncepčně stejnou otázkou přednosti, před jakou stál v rozsudku C-485/20 Soudní dvůr Evropské unie. Tedy rozhodoval, zdali upřednostní výklad, ve kterém zaměstnavateli dovolí vybrat si jednu z variant, či zdali se přikloní k závěru, ve kterém nemá zaměstnavatel jinou možnost nežli zaměstnance převést. Nejvyšší soud zvolil první možnost a dal tím zaměstnavateli na výběr. V odůvodnění se správně odkazoval na to, že zákoník práce nedává pro tuto situaci jasné řešení.

Ačkoliv vidím v tomto důvodu jeho logické opodstatnění, jsem toho názoru, v návaznosti na to, co jsem doposud o unijním (a mezinárodním) přístupu uvedl, že zde Nejvyšší soud mohl položit větší důraz na unijní úpravu, jelikož by taková větev argumentace, která na ni bere ohled, mohla poskytnout lepší ochranu zaměstnanci, který potenciálně v rychlém sledu událostí pozbyl zdravotní způsobilost a ohrozil tak (bezděčně) existenci svého zaměstnání (živobytí), resp. zaměstnanci se zdravotním postižením. Uvedená názorová linie by zároveň mohla poskytnout ochranu i potenciálně závažnějším, „neférovějším" případům, které se týkají podobných situací a ve kterých

---

[57] Toto může být dle mého názoru umocněno tím, že v odst. 2 stejného ustanovení starý zákoník práce výslovně hovoří o zaměstnancích se zdravotním postižením, kteří nejsou zabezpečeni důchodem, či o zaměstnancích, kteří pozbyli způsobilost konat dosavadní práci pro ohrožení nemocí z povolání. Těmto navíc končila výpovědní doba až poté, co zaměstnavatel splnil svou povinnost účinně jim pomoci v nalezení nového zaměstnání. To může podpořit názor, že byla předchozí úprava s ohledem na požadavky evropského práva vhodněji nastavena, když „oddalovala" definitivní ztrátu zaměstnání zaměstnance, resp. teoreticky podporovala zamezení jeho dlouhodoběji delší ztrátě. Míru reálného praktického dodržování této úpravy a její skutečné výsledky ponechávám v této úvaze stranou.

[58] Viz opět zmiňovaný nález III. ÚS 2264/13 a jeho sedmnáctý bod.

je někdy možno vysledovat určitý diskriminační podtext, tak jak byl např. ukázán právě ve skutkového stavu rozsudku C-485/20.

Z těchto důvodů a i z důvodů, jaký význam má dle mého názoru směrnice v této problematice (viz výše), si dovolím s určitou obezřetností tvrdit, že způsob, jakým Nejvyšší soud doplnil tuto mezeru v zákoně, lze považovat za způsob nedostatečně beroucí v potaz nepřímý účinek unijního práva, tedy směrnici, a § 3 antidiskriminačního zákona o povinnosti zaměstnavatele pokusit se učinit taková opatření (přiměřená uspořádání), která by se snažila zabránit tomu, aby zaměstnanec pozbyl z důvodu své (často nenadálé) zdravotní indispozice své zaměstnání.

I přesto, že chovám respekt a pochopení k řešení, které poskytl Nejvyšší soud, a zcela se ztotožňuji s druhým závěrem, který v tomto rozhodnutí předestřel (viz níže), dovoluji si zde uchýlit se opatrně k názoru, že se u tohoto závěru jedná o nepřípustné soudcovské dotvoření práva, a to právě proto, že by řešení této situace mělo dle mého úsudku více reflektovat českou antidiskriminační legislativu a unijní úpravu, která je v ní transponována, a to tak, jak je interpretována rozsudkem C-485/20. Určitý stupeň nedostatečné unijní konformity, o kterém lze říci, že je možné zde spatřovat, je pro tento můj názor důležitým a hlavním referenčním hlediskem, resp. pomocným hlediskem (ve smyslu „metodiky"), o které své zdůvodnění opírám.

Uvažuji-li dále nad tím, jaká další pomocná hlediska lze v tomto případě reflektovat k podpoření mého názoru, přikláním se k použití argumentu právní jistoty, která je dle mého úsudku větší v případě, že by měl zaměstnavatel soudně (judikatorně), resp. zákonně dovozenou povinnost zaměstnance bez zdravotní způsobilosti převést, jelikož by se tím dalo v některých případech zabránit tomu, že by se zaměstnanec ocitl bez zaměstnání, aniž by měl zaměstnavatel povinnost poskytnout zaměstnanci určitou součinnost v takovéto situaci, která může pro daného zaměstnance být často citlivá, náhlá a obtížná. S tím souvisí i systematický výklad, tedy podtrhnutí, že by takovéto řešení mohlo dle mého názoru více reflektovat již zmiňovanou zásadu ochrany zaměstnance jako slabší strany, popř. i další zásady uvedené v zákoníku práce. Sice subjektivně, ale přesto relevantně může vyznít i poznámka, že by takové řešení, ve kterém by zaměstnavatel měl povinnost na vzniklou situaci aktivněji reagovat, působilo spravedlivěji (*„common sense"* hledisko).V druhé části dotvoření bylo dovozeno, že převedení na jinou práci proti vůli zaměstnance, který ztratil zdravotní způsobilost, je pouhým dočasným řešením, které *pro futuro* podmiňuje sjednání konečné dohody zúčastněných stran o dalším (ne)setrvání tohoto zaměstnance u svého zaměstnavatele. V případě, že zaměstnanci nebude nabídnuto stálé pracovní místo, které by splňovalo potřebné požadavky k spokojenosti obou stran, nebrání ani takovéto provizorní převedení v zaměstnancově nároku na dvanáctinásobek průměrného výdělku při skončení jeho pracovního poměru. Zaměstnavatel tedy nemůže takovýmto provizorním převedením obejít povinnost poskytnout zaměstnanci při jeho odchodu dvanáctinásobek jeho průměrného výdělku. Která pomocná kritéria mohou být brána v potaz v tomto případě?

V úvahu přichází dle mého názoru argument podobnosti. Dovolím si soudit, že popsanou situaci lze přirovnat k jinému pracovněprávnímu institutu, a to k jmenování, o kterém platí, že se jedná o atypický jednostranný právní úkon, protože musí být

jmenovaným odsouhlasen. Nikdo totiž nemůže být nucen pracovat na pozici, na které si pracovat nepřeje.[59] Proto ani v situaci, kdy je zaměstnanec se zdravotním postižením převeden proti své vůli, nemůže být nucen na takovém místě trvaleji setrvávat. Je zároveň možné situaci připodobnit i k jinému pracovněprávnímu institutu – k přechodu práv a povinností při změně zaměstnavatele. V rámci něj může dát zaměstnanec do dne přechodu výpověď, protože nelze, aby byl povinen pracovat pro zaměstnavatele, který ho nezaměstnal.[60] V tomto ohledu toto hledisko podporuje odůvodnění a řešení Nejvyššího soudu.

Na jeho podporu lze rovněž uvést argument přirozeného chápání spravedlnosti, tak jak byl citován z judikatury Nejvyššího správního soudu. Ten může souviset i s již zmíněným principem právní jistoty. Judikované řešení akcentující souladný postup obou stran totiž v konečném důsledku může dle mého názoru zajistit stabilnější budoucí pozici proti vůli převedenému zaměstnanci na pracovním trhu. Ten tak může s větší jistotou očekávat, jakým způsobem bude do budoucna vypadat jeho pracovní uplatnění a nemusí potenciálně zůstávat nespokojen na proti jeho vůli převedeném místě, které legitimně může, jak se tomu stalo i ve skutkovém stavu v tomto případě, považovat za profesní degradaci. Zároveň získá trvajícím nárokem na dvanáctinásobek svého průměrného výdělku finanční částku, o kterou se může opřít v mezičase, ve kterém si bude hledat nové pracovní místo. To rovněž koresponduje s požadavky, které zákoník ukládá v již zmíněných základních pracovněprávních zásadách (pomocné hledisko systematického výkladu).

Na základě výše zmíněných argumentů se tak přikláním k názoru, že druhý závěr Nejvyššího soudu je spravedlivý, systematický, reflektuje argument právní jistoty, přirozeného chápání spravedlnosti, vhodně a logicky aplikuje argument podobnosti a bere svým obsahem ohled i na předestřený unijní přístup, který ve své podstatě usiluje o pevnější pozici pro zaměstnance v těchto často velmi nelehkých životních situacích a snaží se zajistit, aby zaměstnavatel zaměstnanci poskytl přiměřená opatření (zavedl přiměřená uspořádání), která zaměstnanci mohou umožnit v jeho zaměstnání setrvat. Požadavek na budoucí dialog stran o dlouhodobém výhledu při převedení proti vůli, které je jen provizorní, považuji tak osobně za naplnění smyslu, účelu a požadavku směrnice na zaměstnavatelovo poskytnutí součinnosti, tedy za řešení unijně konformní. Z těchto uvedených důvodů je proto mým názorem, že je druhý závěr Nejvyššího soudu dotvořen přípustně.

6. ZÁVĚR A ÚVAHY *DE LEGE FERENDA*

Lze říci, že měl Nejvyšší soud v první části rozhodnutí příležitost více sjednotit českou zákonnou úpravu s unijním přístupem. Mezeru v zákoně avizuje slovy

[59] Srov. čl. 9 odst. 1 usnesení č. 2/1993 Sb. předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky (dále jako „Listina"): *„Nikdo nesmí být podroben nuceným pracím nebo službám."* Zároveň s tím souvisí čl. 26 Listiny, který zakotvuje právo na svobodnou volbu povolání.

[60] Srov. § 51a, odst. 1 a 2, písm. a) ZPr.

„[n]*emůže-li zaměstnanec konat dosavadní práci* […]*, zákon zaměstnavateli nepředepisuje, zda má postupovat podle ustanovení § 41 odst. 1 písm. b) zák. práce (a převést zaměstnance na jinou práci, která je pro něho vhodná vzhledem k jeho zdravotnímu stavu a schopnostem a pokud možno i k jeho kvalifikaci) nebo podle ustanovení § 52 písm. d) zák. práce (a dát zaměstnanci výpověď z pracovního poměru).“* Této příležitosti se rozhodne nevyužít, když poté uvádí: *„Znamená to, že zaměstnavatel může dát zaměstnanci výpověď z pracovního poměru podle ustanovení § 52 písm. d) zák. práce, i kdyby ho mohl převést na jinou práci.“*

Odkaz na jeho závěr lze nalézt i v komentářové literatuře: *„Zákaz konat dosavadní práci z výše uvedených důvodů je také výpovědním důvodem podle § 52 písm. d)* […] *a je na zaměstnavateli, zda zaměstnance převede na jinou práci, nebo mu dá výpověď (NS 21 Cdo 1276/2016)* […]. “[61]

Nadto Pichrt s Tomšejem upozorňují, že Nejvyšší soud v rozhodnutí ze dne 7. února 2023, sp. zn. 21 Cdo 2536/2022, rozšiřuje první závěr i na situace, kdy má zaměstnavatel toliko fakultativní možnost, zdali zaměstnance převede na jinou práci.[62]

Na druhou stranu by bylo ale možné konstatovat, že je v nejnovější judikatuře pracovněprávního senátu Nejvyššího soudu možnost naopak vysledovat pozitivní změnu, co se týče reflexe představeného unijního přístupu, resp. jeho transpozice v českém antidiskriminačním zákoně. V jeho rozhodnutí ze dne 18. ledna 2024, sp. zn. 21 Cdo 1577/2022, Nejvyšší soud výslovně uvádí, že pokud zaměstnavatel nepřijme přiměřené opatření ve smyslu § 3 odst. 2 antidiskriminačního zákona, resp. čl. 5 směrnice poté, co jeho zaměstnanec nemůže vykonávat svou práci z důvodu pokynu, který sám tento zaměstnavatel vydal (v tomto případě pokyn k výkonu práce se zakrytím dýchacích cest, jehož splnění mohlo bezprostředně ohrozit zaměstnancovo zdraví) a nevytvoří tím zaměstnanci takové podmínky, které by mu umožnily svou práci i za účinnosti takovéhoto pokynu vykonávat, jedná se o překážku v práci na straně zaměstnavatele s náhradou mzdy.

V tomto rozhodnutí je tedy patrné, že Nejvyšší soud reflektuje unijní přístup a jeho transpozici v českém právním řádu a lze tak další judikatorní vývoj v oblasti zaměstnanců se zdravotním postižením dále se zájmem sledovat a čekat, zdali se tato reflexe do budoucna např. „nevykrystalizuje“ do pravidelného závěru, který vytvoří novou větev ustálené judikatury a změní tak větev předchozí.[63]

S ohledem na to a i s ohledem na druhý závěr lze shrnout, že dotváření práva soudy může mít pro zaměstnance se zdravotním postižením kladný dopad v rámci jejich zapojování se do pracovního procesu. Na otázku z názvu článku tak lze dle mého názoru

---

[61] Cit. z VALENTOVÁ, K. § 41 [Převedení na jinou práci]. In: VALENTOVÁ, K. – PROCHÁZKA, J. – JANŠOVÁ, M. – ODROBINOVÁ, V. – BRŮHA, D. a kol. *Zákoník práce*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 145, marg. č. 13. Naopak komentář kolektivu Bělina – Drápal se o judikátu nezmiňuje, možná i právě proto, že někteří jeho autoři jeho závěr kritizovali v odborném tisku – srov. PICHRT – TOMŠEJ, *c. d*. Srov. BĚLINA, T. § 41 [Převedení na jinou práci]. In: BĚLINA, M. – DRÁPAL, L. a kol. *Zákoník práce*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2023, s. 265–277. Obdobnou absenci srov. i u KOCOUREK, J. § 41 [Převedení na jinou práci]. In: KOCOUREK, J. – DOBŘICHOVSKÝ, T. *Pracovní poměr: vybraná ustanovení zákoníku práce*. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 336–343.

[62] Srov. PICHRT – TOMŠEJ, *c. d*.

[63] Za upozornění na judikát děkuji prof. Pichrtovi.

odpovědět, že ano. Mám za to, že jako významný nástroj pro takové pozitivní změny slouží výše představená „metodika" pro určování (ne)přípustnosti dotvořených závěrů. Díky ní totiž disponuje soud možností postavit najisto, že lze v daném případě k dotvoření přistoupit. Poté je prostor pro domyšlení práva vymezen a soud tak dostává příležitost přijít s odůvodněným (pomocná hlediska) řešením, které může zaměstnancům se zdravotním postižením pomoci.

To názorně demonstruje druhý právní závěr komentovaného rozhodnutí, ve kterém Nejvyšší soud posílil postavení zaměstnanců, již pozbyli zdravotní způsobilost a u kterých by jejich zaměstnavatel chtěl „obejít" jejich nárok na dvanáctinásobek průměrného výdělku tím, že svou povinnost převést je na jinou práci „splní" profesně degradujícím a dlouhodobě nevhodným místem.

Zároveň lze tuto „metodiku" vnímat jako prostředek odvolacích a dovolacích soudů či Ústavního soudu, optikou které analyzují tyto vysoké soudní instance daná rozhodnutí a vyhodnocují, zdali bylo dotvoření přípustné. Tuto „metodiku" by však dle mého názoru měli vnímat i právní zástupci soudních stran, ať už dané rozhodnutí soudu podporují či rozporují. Užitečná je ale také pro akademii, která poté odůvodnění a jejich důsledky rozebírá, popř. kritizuje.[64]

Tak jsem mohl představit svůj názor, že se v rozebíraném rozhodnutí jedná o dotvořitelnou (teleologickou a nevědomou) mezeru v zákoně, že je druhý závěr rozebíraného rozhodnutí spravedlivý, logický a přípustně dotvořený, a mohl jsem se také pokusit argumentovat, že první závěr rozebíraného judikátu je možné považovat za nepřípustně dotvořený, protože by se pravděpodobně vhodnější řešení ve výše naznačeném smyslu dalo nalézt pomocí intenzivnější reflexe unijního přístupu k zaměstnancům se zdravotním postižením.

Právě tímto přístupem je třeba kvůli zájmu na jejich co nejstabilnějším postavení na pracovním trhu k těmto zaměstnancům přistupovat. V rámci nového pojetí se společnost má přizpůsobit jim, ne naopak. Praxe s nimi nemá zacházet jako s někým, kdo je toliko potřebný charity (lékařský model), ale právě jako s plnohodnotnými členy společnosti, kterým má být aktivně umožněno na ní participovat a včlenit se do ní (sociální model). To platí obzvlášť u jejich zapojování se do pracovního procesu. V rámci něj tak mají zaměstnavatelé povinnost zahájit se zaměstnancem se zdravotním postižením aktivní dialog o tom, jaká opatření mohou být přijata, aby měl možnost v pracovním poměru setrvat, resp. aby měl možnost do něj vstoupit.[65]

Samotné soudy poté díky zaplňování zákonných mezer mohou v tomto ohledu zdravotně postiženým „vyjít vstříc". Neobejdou se však v mezerovitých situacích bez předestřené „metodiky". Ta vytváří prostor mezi jazykovým a teleologickým výkladem, resp. prostor s výskytem vědomě zákonodárcem neaprobovaného hodnotového nesouladu v rámci celkové koherence právního systému. Právě v mantinelech tohoto prostoru lze právo přínosně pro zaměstnance se zdravotním postižením dotvořit. Potřebnou kvalitu a odůvodnění judikovaného řešení nakonec zajišťují mj. pomocná hlediska, jako

---

[64] Jak je tomu např. u citované statě J. Pichrta (PICHRT, *c. d.*).

[65] Srov. též TOMŠEJ – POLÁK – KOLDINSKÁ – PRESSEROVÁ, *c. d.*, s. 91–92.

je např. argument podobnosti, další výkladové metody či „přirozeně spravedlnostní“ hledisko *„common sense“*.

Konečně si dovolím dodat, že analýza soudcovských dotváření práva z pohledu jejich (ne)přípustnosti je tématem praktickým, nevyčerpaným, meziodvětvovým a velmi aktuálním. Pomocí ní lze kriticky nahlížet i na další (nejen pracovněprávní) causy a instituty a hodnotit je z úhlu jejich (ne)přijatelnosti.[66] K podtržení nevyčerpanosti daného tématu (i přes autory, kteří se již touto optikou na některé problémy právní praxe podívali)[67] uvedu citaci z článku L. Duška a J. Montaga popisující z mého pohledu nejen situaci ekonomické analýzy práva.

„V české právní vědě je pole působnosti pro tento typ studií dosud prakticky neomezené […] *Jen minimum otázek, které řeší místní právní obec a právní věda, bylo prozkoumáno prismatem ekonomické analýzy.“*[68] K tomu doplním, že lze s jistou dávkou zjednodušení konstatovat, že stejné minimum mezerovitých a následně dotvořených právních situací se zdá být doposud prozkoumáno prismatem „metodiky“ určování (ne)přípustnosti soudcovského dotváření práva, o které lze shrnout, že díky jejímu následování může soud dotvořením práva pomoci zaměstnanci se zdravotním postižením v jeho zapojení se do pracovního procesu.

Nicolas Ölveczky
Právnická fakulta Univerzity Karlovy
olveczkyn@seznam.cz

---

66 Přesah do správního práva ukazuje ve svém textu J. Malast, když argumenty subjektivně-historického výkladu (důvodové zprávy, znění návrhu zákona, pozměňovacího návrhu a stenozáznamu z rozpravy) dle mého názoru „učebnicově“ ve druhé části svého článku dovozuje, že Nejvyšší soud v jím analyzovaném rozhodnutí nerozpoznal vědomou mezeru a dotvořil právo nepřípustně. Tato aplikace „metodiky“ slouží jako názorná ukázka její mezioborové využitelnosti. Srov. MALAST, J. Dvě poznámky ke jmenování a (zejména) odvolávání tajemníka obecního úřadu. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2023, Vol. LXIX, č. 4, s. 179–191. Jako další ukázka rozměru meziodvětvového, ale také ukázka aktuálnosti a praktičnosti tématu soudcovského dotváření práva je již zmiňovaný recentní nález Ústavního soudu ze dne 18. září 2024, sp. zn. Pl. ÚS 23/24, kde Jan Wintr přehledně subjektivně-historickým výkladem dokazuje, že ve výkladu § 742 odst. 2 ObčZ dvaadvacátý senát Nejvyššího soudu překročil přípustnou mez soudcovského dotváření práva.

67 Viz tamtéž nebo stať J. Pichrta (PICHRT, *c. d.*).

68 Srov. DUŠEK, L. – MONTAG, J. Ekonomický přístup ke zkoumání práva: přehled metodologie a nástin příležitostí pro výzkum v České republice. *Jurisprudence*. 2016, č. 6, s. 39–48.