

Výkon závislé práce nelegálními migranty a s tím spojené právní důsledky

Martin Štefko*

Tento článek vznikl díky finanční podpoře poskytované Grantovou agenturou České republiky v rámci standardního grantového projektu „Občané třetích států a jejich problémy v systémech českého sociálního pojištění a pobytového práva“, reg. č. P408/10/1938.

1. Úvod

Zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, v platném znění (dále „ZamZ“), vymezuje v ust. § 5 písm. e) výkon nelegální práci velmi široce. Jedním z případů výkonu nelegální práce, kterému se budeme věnovat v tomto článku, je výkon práce v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo bez tohoto povolení, v rozporu se zelenou kartou nebo bez zelené karty. Cílem tohoto článku není pojednat o nelegální (rozuměj práci v rámci šedé ekonomiky, tedy příjmu, z něhož nejsou odvedeny pojistné do veřejných systémů sociálního pojištění a daň z příjmu fyzických osob) práci občanů České republiky či privilegovaných cizinců, kteří ke vstupu a pobytu na území České republiky nepotřebují povolení k pobytu a/nebo povolení k zaměstnání či zelenou kartu.¹

Předmětem tohoto článku je výkon závislé práce ze strany právem nejméně chráněných cizinců – těch, kteří vstoupili a pobývají na území České republiky neoprávněně. Pro tuto skupinu cizinců se v odborné literatuře vžil označení nelegální (též neoznámení, neregistrovaní, neregulární či neformální) migranti. Nelegální migrace cizinců za prací do hostitelského státu je vnímána hostitelským státem i jeho obyvatelstvem velmi negativně.² Tisícům migrantům,³ kteří začnou či pokračují

ve výkonu (nelegální) práce, aniž by získali potřebné povolení k zaměstnání, pobytové povolení či zelenou kartu, lze skutečně mnohé vyčítat. Přísun pracovních sil formou nelegální migrace deformuje pracovní trh a podvazuje snahu o účinnou regulaci pracovní migrace. Nelegální migranti představují též nezanedbatelné bezpečnostní riziko, a to nejen z hlediska trestné činnosti, ale též pro systém prevence před sociálními riziky jako je nemoc, nedostatek příjmů či negramotnost. Na jejich obranu lze uvést, že řada z nich se ocitne nelegálně na našem území v důsledku podvodného jednání zprostředkovatelů, či jako důsledek vlivu vnějších událostí, které migrant nebyl schopen ovlivnit (např. neprodloužení povolení v důsledku ekonomická krize).⁴

Chceme-li zefektivnit boj proti nelegální migraci, je nutno si především uvědomit, kdo hlavně má z nelegální práce užitek. Rozhodně to nejsou jenom samotní nelegální migranti.⁵ Ti vykonávají manuálně náročnou práci za minimální odměnu a jen výjimečně se domohou svých práv. Na prvním místě jsou ti, kdo distribuují

* JUDr. Martin Štefko, Ph.D., Česká správa sociálního zabezpečení.

¹ Čl. 2 odst. 5 Schengenského hraničního kodexu používá v této souvislosti pojem „osoby požívající právo Společenství na volný pohyb“. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 562/2006 ze dne 15. března 2006, kterým se stanoví kodex Společenství o pravidlech upravujících přeshraniční pohyb osob (Schengenský hraniční kodex).

² Nelegální migrace je samozřejmě zapříčiněna celou řadou jiných než ekonomických důvodů. V tomto článku se však autor soustředí pouze na ekonomicky motivovanou nelegální migraci.

³ Skutečný počet nelegálních migrantů v České republice je z pochopitelných důvodů pouze dohadován. Kvalifikované odhady se pohybují mezi 17. tisíci až 100 tisíci. Srov. Günter, V.: Cizinci v ČR, Přehledové studie 07/8, Centrum aplikované antropologie a terénního výzkumu (CAAT), str. 4; či odkazy v práci Franc, A.: Hlavní tendence ve vývoji pracovních migrací v České republice, WORKING PAPER č. 22/2006, Centrum výzkumu konkurenční schopnosti české ekonomiky, str. 18. Oficiální údaje ČSU udávají pro rok 2008 necelé 4 tisíce, srov. http://www.czso.cz/csu/cizinci.nsf/kapitola/ciz_nelegalni_migrace (Cit.: 7. 7. 2010). Prakticky v žádném z členských států Evropské unie neexistují v tomto ohledu přesné statistické údaje. Např. poslední regularizaci v Itálii v roce 2002 odhalila, že v zemi bylo k tomuto datu přinejmenším 700.000 nelegálních migrantů. Tento počet odpovídal téměř polovině všech legálně žijících cizinců. Srov. Policie on irregular migrants, Volume I – Italy and Germany, Council of Europe Publishing, str. 30.

⁴ Srov. Jelínková, M. Rozhovor „O tom, že jste v Česku nelegálně, nemusíte ani vědět.“ Rozhovor s mongolským migrantem dostupný na <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=2068647> (Cit.: 21. 6. 2010).

⁵ Srov. např. Burdová, H. P.: Červené karty pro cizince bez pobytového oprávnění aneb regularizace zůstává velkým strašákem české migrační politiky, komentář dostupný na <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=2069732> (Cit.: 16. 6. 10).

mezi nelegálními migranty práci⁶ a dále hlavně ti, kteří jim přidělují práci a užívají výsledky jejich nelegální práce. Osoby využívající nelegální migranty těží z jejich nelegálního postavení, tj. z jejich obavy, že budou donuceni opustit hostitelský stát. Vyplácí jim nižší nezdaněné odměny za výkon práce, garantují nižší či spíše vůbec žádné sociální standardy a v případě jakýchkoliv problémů raději dávají od migrantů ruce pryč.⁷ Nutno zdůraznit, že eventuelní sociální či bezpečnostní rizika způsobené pobytem nelegálním migrantů jdou k tíži celé společnosti.

Dalším aspektem nelegální migrace je skutečnost, že je vyvolána potřebami ekonomiky hostitelského státu. Nelze se tak tvářit alibisticky a chyby vidět pouze na straně zaměstnavatelů umožňujících výkon nelegální práce, resp. u nelegálních migrantů. Kde není poptávka, nebude ani nabídka. Právě tento argument apeluje na zintenzivnění snahy, v mezích možností, ochránit lidskou důstojnost a sociální práva nelegálních migrantů. Ekonomický přínos nelegální migrace totiž v konečném důsledku pomáhá financovat sociální politiku hostitelského státu.⁸ A právě koncepce sociálního státu praktikována západoevropskými státy vtiskla Evropské unii novou legitimitu – sociální tvář. Solidarita se snaží vyvážit konkurenci, ekonomická vitalita je doplňována sociálními záchranými programy, které pomáhají přesvědčit obyvatelstvo o přijatelnosti další Evropské integrace.⁹ Především pro tyto důvody je nutno ohledat další možnosti, jak zefektivnit imigrační politiku České republiky, a to i s přihlédnutím ke změnám pracovněprávních předpisů. Zaměstnání v závislém vztahu je totiž pro většinu populace, včetně té nelegálně se zdržující na území našeho státu, hlavním zdrojem příjmů.

⁶ Jedná se o problém tzv. klientelismu. Pro první přehled srov. např. Topinka, D.: Instituce klientelismu na pozadí legality a nelegality, článek je dostupný na <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=1955159> (Cit.: 7.7.2010).

⁷ Jsou evidovány též případy, kdy sám zaměstnavatel oznámí nelegální migranty, aby jim nemusel platit za vykonanou práci.

⁸ Financování je myšleno v širším smyslu, prostě jako ekonomická hodnota práce odváděné nelegálními migranty. V duchu změny koncepce neplatnosti právních úkonů v pracovním právu je však možno začít uvažovat též o financování prostřednictvím daní a odvodů na sociální pojištění, které je zaměstnavatel povinen odvádět za své zaměstnance.

⁹ Srov. Schulte, B.: Institutional Framework, Legal Instrument and Legal Techniques Relating to the Promotion of Access to Social Security to Non-citizens, a German Perspective in Access to Social Security for non-citizens and Informal Sector Workers, 2008 CICLASS, str. 137 a násl.

2. Vymezení pojmu nelegální migrant pro potřeby přístupu na český pracovní trh

Základním obecně závazným právním předpisem, který upravuje přístup na český pracovní trh je zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, v platném znění (dále „ZamZ“). V souladu s ust. § 89 ZamZ nemůže být legálně založen pracovně právní vztah cizince v případě, že cizinci nebylo uděleno povolení k zaměstnání, povolení k pobytu na území České republiky nebo cizinec není držitelem zelené karty.¹⁰ Za cizince pro tyto potřeby označuje ust. § 85 ZamZ všechny fyzické osoby, které nejsou občanem Evropské unie a jeho rodinným příslušníkem a rodinným příslušníkem občana České republiky.

Pro vymezení pojmu rodinný příslušník ZamZ odkazuje formou poznámky pod čarou na úpravu v ust. § 15a zákona č. 326/1999 Sb., o pobytu cizinců na území České republiky a o změně některých zákonů, v platném znění (dále „zákon č. 326/1999 Sb.“). Předmětné ustanovení zákona č. 326/1999 Sb. obsahuje vymezení pojmu rodinný příslušník občana Evropské unie, toto vymezení se ve smyslu ust. § 15a odst. 5 zákona č. 326/1999 Sb. použije též na cizince, který je rodinným příslušníkem státního občana České republiky. Rodinným příslušníkem je manžel, rodič, jde-li o občana Evropské unie (či občana České republiky) mladšího 21 let, kterého vyživuje a se kterým žije ve společné domácnosti, dítě mladší 21 let nebo takové dítě manžela občana Evropské unie a nezaopatřený přímý příbuzný ve vzestupné nebo sestupné linii nebo takový příbuzný manžela občana Evropské unie (občana České republiky).¹¹ Za nezaopatřenou osobu se považuje občanem Evropské unie (občanem České republiky nebo jeho manželem vyživovaný cizinec, který se soustavně připravuje na budoucí povolání, se nemůže soustavně připravovat na budoucí povolání nebo vykonávat výdělečnou činnost pro nemoc nebo úraz, anebo z důvodu dlouhodobě nepříznivého zdravotního stavu není schopen vykonávat soustavnou výdělečnou činnost. Ustanovení zákona č. 326/1999 Sb., týkající se rodinného příslušníka občana Evropské unie, se obdobně použijí i na cizince, který hodnověrným způsobem doloží, že je jiným příbuzným občana Evropské unie (občana České republiky), pokud ve státě, jehož je občanem, nebo ve státě, ve kterém měl povolen trvalý či dlouhodobý pobyt, žil s občanem Evropské unie ve společné domácnosti, je občanem Evropské unie vyživovaný, nebo se o sebe z důvodu dlouhodobě nepříznivého zdravotního stavu nedokáže sám postarat bez osobní péče občana Evropské unie, anebo má s občanem Evropské unie tr-

¹⁰ Srov. NS 21 Cdo 1985/2007.

¹¹ Pojem rodinného příslušníka je významně omezen, je-li účelem pobytu studium.

valý vztah obdobný vztahu rodinnému a žije s ním ve společné domácnosti.

Ust. § 180f zákona č. 326/1999 Sb. uvádí, že pokud je v tomto zákoně uveden pojem „manžel“, „manželství“ nebo „dítě manžela“, rozumí se tím i partner, partnerství, dítě jednoho z partnerů nebo dítě svěřené do péče partnera.¹² Takto je proveden čl. 2 bodu 2. písm. b) směrnice 2004/38/ES,¹³ který za rodinného příslušníka označuje též partnera, se kterým občan Unie uzavřel registrované partnerství na základě právních předpisů členského státu, zachází-li právní řád hostitelského členského státu s registrovaným partnerstvím jako s manželstvím, v souladu s podmínkami stanovenými souvisejícími právními předpisy hostitelského členského státu.¹⁴ Tímto radikálním přístupem je poněkud nabourána koncepce registrovaného partnerství, které je v ust. § 1 zákona č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění (dále zákona č. 115/2006 Sb.), vymezeno jako trvalé společenství dvou osob stejného pohlaví vzniklé způsobem stanoveným tímto zákonem. Na rozdíl od manželství zde není uvedeno, že by hlavním účelem partnerství bylo založení rodiny a řádná výchova dětí. V důvodové zprávě k návrhu zákona č. 115/2006 Sb. je naopak výslovně uvedeno: „*Návrh neobsahuje právní úpravu, která by umožňovala společné osvojení dítěte registrovanými partnery. V oblasti náhradní rodinné péče zůstává zachována preference párů muž – žena.*“¹⁵ Rozdílnost partnerství od manželství je v zákona č. 115/2006 Sb. zdůrazněna též v souvislosti s nemožností uzavřít registrované partnerství mezi osobami různého pohlaví.¹⁶ Poněkud nedostatečné se ve světlé této úpravy zdají být argumenty zdůvodňující, proč partnerovi nenáleží pozůstalostní dávka, či argumentace týkající se nemožnosti osvojení.

Vedle zmíněné úpravy je nutno mít na paměti, že privilegované postavení je garantováno též občanům některých třetích států, s nimiž Evropská unie uzavřela

¹² Z této právní úpravy vychází též praxe MPSV, která za rodinného příslušníka považuje též partnera či partnerku, se kterým občan EU uzavřel registrované partnerství na základě právních předpisů členského státu. Srov. výklad dostupný na http://portal.mpsv.cz/sz/zahr_zam/zz_zamest_eu/zz_eu_prav_postaveni (Cit.: 2.7.2010).

¹³ Celý název směrnice zní Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/38/ES o právu občanů Unie a jejich rodinných příslušníků svobodně se pohybovat a pobývat na území členských států, o změně nařízení (EHS) č. 1612/68 a o zrušení směrnice 64/221/EHS, 68/360/EHS, 72/194/EHS, 73/148/EHS, 75/34/EHS, 75/35/EHS, 90/364/EHS, 90/365/EHS a 93/96/EHS.

¹⁴ Srov. bod 5 preambule směrnice 2004/38/ES.

¹⁵ Srov. část A obecné části důvodové zprávy k návrhu zákona o registrovaném partnerství, PSP tisk 969/0.

¹⁶ Srov. ust. § 2 odst. 1 zákona č. 115/2006 Sb.

režim asociací.¹⁷ Jedná se především o občany států ESVO a s určitými výhradami též pro občany Švýcarska. Pokud jde o svobodu volného pohybu osob, včetně práva ucházet se o zaměstnání, náleží toto právo občanům ESVO ve stejné míře jako unijním občanům. Tato svoboda náleží též rodinným příslušníkům občanů států EHP a Švýcarska. V omezeném rozsahu platí příznivější přístup též pro občany Turecka.¹⁸ Zvláštní úpravu předvídá též směrnice Rady 2009/50/ES ze dne 25. května 2009 o podmínkách pro vstup a pobyt státních příslušníků třetích zemí za účelem výkonu zaměstnání vyžadujícího vysokou kvalifikaci. Lhůta pro transpozici předmětné směrnice končí dne 19. června 2011.

Další výjimky pak stanoví ust. § 98 ZamZ. Povolení k zaměstnání nebo zelená karta se nevyžaduje např. k zaměstnání cizince, který

- má povolen trvalý pobyt, kterému byl udělen azyl nebo doplňková ochrana,
- pobývá na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, jde-li o společné soužití rodiny s cizincem dle předchozího bodu,
- pobývá na základě povolení k dlouhodobému pobytu rezidenta jiného členského státu Evropské unie za účelem zaměstnání, pokud od vydání tohoto povolení uplynulo více než 12 měsíců,
- získal střední nebo vyšší odborné vzdělání nebo vyšší odborné vzdělání v konzervatoři podle školského zákona nebo vysokoškolské vzdělání podle zákona o vysokých školách, nebo
- pobývá na základě povolení k dlouhodobému pobytu za účelem společného soužití rodiny, jde-li o společné soužití rodiny s cizincem, jenž má statut dlouhodobě pobývajících rezidenta v Evropském společenství na území nebo dlouhodobě pobývajících rezidenta v Evropském společenství na území jiného členského státu Evropské unie, a který během tohoto pobytu byl na území České republiky zaměstnán na základě povolení k zaměstnání nebo zelené karty minimálně po dobu 12 měsíců.

Pokud jde o povolení k pobytu, pak je rozhodujícím předpisem nařízení Rady (ES) č. 539/2001 ze dne 15. března 2001, kterým se stanoví seznam třetích zemí, jejichž státní příslušníci musí mít při překračování vnějších hranic vízum, jakož i seznam třetích zemí, jejichž státní příslušníci jsou od této povinnosti osvobozeni. Mezi státní příslušníky zemí, kteří jsou povinni mít při překračování vnějších hranic členských států vízum patří mimo jiné občané Ruska a Ukrajiny.

¹⁷ Viz Scheu, H., Ch.; Částek, M. a kol.: Aktuální otázky migrační politiky Evropské unie, str. 15 a násl.

¹⁸ Jde především o rozhodnutí asociační rady č. 2/1976 a 1/1980.

Pojem nelegální migrant pro potřeby tohoto článku tak zahrnuje všechny cizince, kteří k pobytu a k zaměstnání na území České republiky potřebují jak povolení k pobytu, tak povolení k zaměstnání či musí být držiteli zelené karty.

3. Vznik pracovněprávního vztahu u nelegálních migrantů

Jak již bylo zmíněno, ust. § 89 ZamZ stanoví, že cizinec může být přijat do zaměstnání a zaměstnáván jen tehdy, má-li platné povolení k zaměstnání a platné povolení k pobytu na území České republiky nebo je-li držitelem zelené karty. Co se rozumí zaměstnáním, konkretizuje ust. § 10 ZamZ. Cit. ustanovení upravilo zaměstnání jako legislativní zkratku pro zaměstnání v pracovněprávním vztahu. Poznámka pod čarou pak odkazuje na zákoník práce (ZPr). Za pracovněprávní vztah označuje zákoník práce právní vztahy vznikající při výkonu závislé práce mezi zaměstnanci a zaměstnavateli (ust. § 1 písm. a) ZPr) a dále některé další vztahy. V souladu s ust. § 3 ZPr může být závislá práce konána vykonávána výlučně v pracovněprávním vztahu podle ZPr.¹⁹ Ust. § 89 ZamZ rozšířilo vzhledem k praktickým zkušenostem s obcházením právní úpravy definici zaměstnání též o plnění úkolů vyplývajících z předmětu činnosti právnické osoby zajišťovaných společníkem, statutárním orgánem nebo členem statutárního nebo jiného orgánu obchodní společnosti pro obchodní společnost nebo členem družstva nebo členem statutárního nebo jiného orgánu družstva pro družstvo. Toto rozšíření se však nakonec ukázalo jako nevyhovující. Právní úprava neřeší průnik pracovního práva do obchodního práva, resp. do problematiky družstevnictví. Družstvo je společenstvím osob, které mají (především) jiné než pracovní povinnosti. Příkladem může být povinnost splatit členský vklad či uhrazovací povinnost člena družstva.

Výkon práce v rozporu s vydaným povolením k zaměstnání nebo bez tohoto povolení, v rozporu se zelenou kartou nebo bez zelené karty je ust. § 5 písm. e) ZamZ označován za nelegální práci.²⁰ V této definici není a od účinnosti ZamZ ani nebyl postižen výkon práce bez povolení k pobytu. Velký význam však tato skutečnost pro naše potřeby nemá, nelegální migrant totiž potřebuje k výkonu zaměstnání též povolení k zaměstnání či zelenou kartu.

Zákon o zaměstnanosti nestanoví a ani nemůže stanovit právo, jímž se bude dle ujednání stran řídit za-

mýšlený pracovněprávní vztah. Měl-li by se tento pracovněprávní vztah řídit českým právem, pak se v takové situaci nabízí subsidiárně aplikovat ust. § 39 občanského zákoníku. Jeho aplikaci ostatně předvídal zákonodárce v ust. § 18 ZPr. Jenomže aplikace ust. § 39 občanského zákoníku naráží na aplikační otázky spojené se zvláštní úpravou neplatnosti v ZPr. Aplikace ust. § 39 občanského zákoníku je v tomto případě omezena především ust. § 20 a možná též ust. § 19 odst. 3 ZPr.

Dle ust. § 20 ZPr platí: „*Jde-li o důvod neplatnosti právního úkonu, považuje se právní úkon za platný, pokud se ten, kdo je takovým úkonem dotčen, neplatnosti nedovolá. Neplatnosti se nemůže dovolat ten, kdo ji sám způsobil. Totéž platí, nebyl-li úkon učiněn ve formě, kterou vyžaduje dohoda účastníků.*“ Důvodem neplatnosti právního úkonu je též právní nedovolenost daného úkonu, protože ten svým předmětem (obsahem) nebo účelem odporuje ZamZ. K rozsáhlé aplikaci principu relativní neplatnosti v pracovněprávních vztazích a jeho údajné neústavnosti Ústavní soud poznamenal, že nelze v použití jednoho či druhého způsobu neplatnosti právních úkonů, popřípadě v kombinaci obou, spatřovat porušení ústavně zaručených základních práv a svobod, či ústavních principů vůbec.²¹ I když připustil, že řešení zakotvené v ust. § 20 ZPr je neobvyklé, nálezem úpravu neplatnosti v ZPr postavil zcela na úpravě relativní neplatnosti. Dle Ústavního soudu totiž: „... nepřispívá k právní a sociální jistotě účastníků základních pracovněprávních vztahů, jestliže některé právní úkony (pracovní smlouvy, jmenování, dohoda o pracovní činnosti a dohoda o provedení práce) jsou z obecné úpravy vyňaty a jejich neplatnost je řešena formou neplatnosti absolutní. ... uplatnění absolutní neplatnosti právních úkonů směřujících ke vzniku základních pracovněprávních vztahů by ve svém důsledku znamenalo aprobaci existence tzv. faktických pracovních vztahů, protože absolutně neplatný právní úkon nemůže platný právní vztah založit.“ Z této argumentace je zřejmé, že sjednání pracovní smlouvy s cizincem bez vydaného pracovního povolení, zelené karty či povolení k pobytu je sjednání relativně neplatného právního úkonu. Neplatnosti takové smlouvy se může dovolat kterákoliv ze smluvních stran, nicméně neplatnost právního úkonu nemůže být zaměstnanci (cizinci) na újmu, pokud neplatnost nezpůsobil výlučně sám.²² Do doby, než se vůči druhé straně neplatnosti právního úkonu dotčená strana nedovolá, je tento právní úkon platný. Soud, správní úřad a ani nikdo jiný nemůže do té doby k relativní neplat-

¹⁹ Z tohoto pravidla existují určité výjimky, které však v našem případě nemají význam.

²⁰ Legální definice nelegální práce je v ZamZ širší zahrnuje též další případy, kdy jde o práci občana ČR v rámci šedé ekonomiky.

²¹ Viz bod 226 nálezu ÚS publikovaného pod č. 116/2008 Sb.

²² Vzhledem k provedenému výkladu je případná aplikace ust. § 19 odst. 3 ZPr (v rozsahu dikce: „Právní úkon, k němuž nebyl udělen předepsaný souhlas příslušného orgánu, je neplatný, jen stanoví-li to výslovně tento zákon.“) irelevantní, neboť ke stejnému výsledku jsme došli již za prostřednictvím ust. § 20 ZPr.

nosti přihlížet z úřední povinnosti, i kdyby byla nepochybná.²³ Právo dovolat se relativní neplatnosti se promlčuje v obecné tříleté lhůtě. Promlčecí lhůta začíná běžet ode dne, kdy dovolání se neplatnosti právního úkonu mohlo být vykonáno poprvé.

Pracovní smlouvu je zaměstnavatel povinen sjednat písemně, nedostatek písemné formy však nepůsobí její neplatnost. V případě pracovní smlouvy vznikne pracovní poměr dnem, který byl sjednán jako den nástupu do práce. V případě dohody o provedení práce ZPr formu nestanoví, lze ji proto sjednat též ústně. Dohodu o pracovní činnosti je zaměstnavatel povinen uzavřít písemně, jinak je (relativně) neplatná. Neplatnosti by se ovšem musela některá ze smluvních stran vůči druhé dovolat, do doby učinění tohoto úkonu je dohoda o pracovní činnosti platným právním úkonem. Též v případě dohod o pracích konaných mimo pracovní poměr vzniká pracovněprávní vztah nejpozději dnem, kdy zaměstnavatel přidělí zaměstnanci práci a ten počne s jejím výkonem.

Otázkou zůstává, zda by nebylo možno na vzniklý pracovněprávní vztah aplikovat ust. § 48 odst. 3 písm. c) zákoníku práce, dle kterého pracovní poměr cizince nebo fyzické osoby bez státní příslušnosti končí uplynutím doby, na kterou bylo vydáno povolení k zaměstnání nebo povolení k dlouhodobému pobytu za účelem zaměstnání ve zvláštních případech - zelená karta podle § 42g zákona č. 326/1999 Sb. Vzhledem ke skutečnosti, že tato doba v případě nelegální práce vůbec nepočne běžet, zaměstnanec totiž příslušné povolení nemá již od počátku, je dle autora odpověď spíše negativní. Dispozice právní normy se nenastane, protože se nenaplní podmínky stanovené v její hypotéze.

4. Právní následky výkonu nelegální práce

Snahy o mezinárodní ochranu sociálních práv nelegálních migrantů vyznívají zatím naprázdno. Žádná z doposud přijatých úmluv Mezinárodní organizace práce nechrání jejich sociální práva. Tento nedostatek se pokusila napravit OSN Mezinárodní úmluvou na ochranu práv všech migrantů a jejich rodinných příslušníků²⁴ z 18. prosince 1990, která nicméně nebyla doposud ratifikována žádným z významných cílových států ekonomicky motivované nelegální migrace.²⁵

²³ Viz Drápal in Bělina a kol.: Zákoník práce, I. vydání, str. 100.

²⁴ International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families – Migrant Workers Convention.

²⁵ Mezi smluvními stranami, které ratifikovaly předmětnou úmluvu nejsou USA ani žádný z členských států EU. Srov. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en (Cit.: 1.7.2010).

Politika Evropské unie v současné době též vyznívá spíše represivně. Klíčovou se z hlediska výkonu nelegální práce jeví Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2009/52/ES ze dne 18. června 2009 o minimálních normách pro sankce a opatření vůči zaměstnavatelům neoprávněně pobývajících státních příslušníků třetích zemí (dále „směrnice 2009/52/ES“). Cílem této směrnice je posílit spolupráci mezi členskými státy v boji proti nedovolenému přistěhovalectví a zejména zintenzívnit opatření proti neoprávněnému zaměstnávání, a to na úrovni členských států i EU.²⁶ Směrnice 2009/52/ES zakazuje zaměstnávání nelegálních migrantů (čl. 1), vyžaduje zavedení informační a archivační povinnosti zaměstnavatelů (čl. 4) a především ukládá členským státům, aby porušení zákazu práce nelegálních migrantů bylo stíháno účinnými, přiměřenými a odrazujícími sankcemi (čl. 5 až 12). Přes převážné represivní ladění směrnice 2009/52/ES ukládá tento předpis členským státům též přijmout opatření za účelem zvýšení ochrany práv nelegálních migrantů. Vedle povinnosti informovat o právech (čl. 6 odst. 2) a opatření k usnadnění podávání stížností (čl. 13) se jedná o opatření k zajištění zaplacení veškeré dlužné odměny neoprávněně zaměstnanému státnímu příslušníkovi třetí země. Neprokáže-li zaměstnavatel nebo zaměstnanec jinak, má se dle čl. 6 odst. 1 písm. a) cit. směrnice za to, že dohodnutá výše odměny odpovídala minimálně mzdě stanovené platnými právními předpisy o minimální mzdě, kolektivními smlouvami nebo zavedenou praxí v příslušných profesních odvětvích, přičemž se případně zohlední kogentní vnitrostátní předpisy týkající se mezd. Čl. 6 odst. 3 cit. směrnice stanoví vyvrátitelnou domněnku trvání pracovního vztahu v délce alespoň tři měsíců. Směrnice též posiluje procesní postavení nelegálních migrantů. Členské státy jsou povinny zavést mechanismus, který zajistí, aby neoprávněně zaměstnaní státní příslušníci třetích zemí mohli vznést nárok vůči svému zaměstnavateli a mohli se případně dožadovat výkonu rozhodnutí vůči zaměstnavateli, pokud jde o jakoukoli dlužnou odměnu, a to i v případech dobrovolného i nedobrovolného navrácení. Členské státy jsou dále povinny zajistit, aby neoprávněně zaměstnaní státní příslušníci třetích zemí mohli obdržet veškeré doplatky odměny, a to i v případech dobrovolného nebo nedobrovolného navrácení. Zaměstnavatel bude dále povinen doplatit částku rovnající se veškerým daním a příspěvkům na sociální zabezpečení, které by zaměstnavatel zaplatil v případě oprávněného zaměstnání státního příslušníka třetí země, včetně penále za prodlení a odpovídajících správních pokut (čl. 6 odst. 1 písm. b). Směrnice 2009/52/ES musí být transponována do práva členských států nejpozději 20. července 2011.

Česká úprava požadavků směrnice 2009/52/ES již zčásti odpovídá. Vznikl-li pracovněprávní vztah musí

²⁶ Bod 1 preambule směrnice 2009/52/ES.

zaměstnavatel s nelegálními migranty jednat stejně jako s občany České republiky, zejména jim musí poskytnout odměnu za výkon práce, která nebude nižší než nejnižší úroveň zaručené mzdy a její výše bude respektovat zásadu rovného zacházení. Dále je povinen s nimi zacházet rovně v oblasti dalších pracovních podmínek, např. zajistit jejich bezpečnost a ochranu zdraví při práci atd. Zcela neřešena je naopak problematika legalizace pobytu migranta, který platně založil pracovní-právní vztah bez povolení k zaměstnání, povolení k pobytu či zelené karty.

Pro určení kvality pracovních podmínek, které musí zaměstnavatel nelegálním migrantům zajistit, pro správné zúčtování odměny za výkon práce a v neposlední řadě též pro vliv pobytového práva na skončení pracovní-právního vztahu, je rozhodující, zda pracovní-právní vztah byl založen pracovní smlouvou či dohodou o provedení práce. V prvním případě by se jednalo o pracovní poměr a zaměstnavatel by byl mimo jiné povinen ze zúčtované odměny za výkon práce odvést též zálohu na daň z příjmu fyzických osob, pojistné na důchodové a nemocenské pojištění a příspěvek na státní politiku zaměstnanosti a pojistné na všeobecné zdravotní pojištění. Vzhledem k vyhnutí se ochrany zaměstnance před skončením pracovního poměru, k eliminaci pojistné povinnosti a zejména k předejití trestní odpovědnosti však bude zřejmě zaměstnavatel trvat na tom, že se zaměstnancem uzavřel dohodu o provedení práce. Současná právní úprava tomu ostatně velmi nahrává. Dohodu o provedení práce lze uzavřít ústně, zaměstnanec již nemusí obdržet písemné potvrzení o sjednání dohody a práce ani nemusí být vymezena jako konkrétní pracovní úkol. Rozsah práce sice nesmí být větší než 150 hodin v kalendářním roce, kdo by to ale zjistil, když v dohodách o pracích konaných mimo pracovní poměr není zaměstnavatel povinen rozvrhnout zaměstnanci pracovní dobu?²⁷ Pokud jde o skončení pracovní-právního vztahu, pak je dopad absence povolení k pobytu, resp. vykonatelnosti rozhodnutí o zrušení povolení k pobytu či právní moci rozsudku ukládajícího trest vyhoštění upraven pouze u pracovního poměru v ust. § 48 zákoníku práce. Předmětné ustanovení zákoníku práce však nelze dle ust. § 77 odst. 1 zákoníku práce použít na právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr, v našem případě dohodou o provedení práce. Pracovní-právní vztah založený dohodou o provedení práce tak bude existovat i nadále, dokud nedojde k jeho skončení jiným způsobem. Vzhledem k minimální ochraně zaměstnance v pracovní-právním vztahu založeném dohodou o provedení práce, to však pro něj nebude mít velký význam.

V souladu s ust. § 119 zákona č. 326/1999 Sb. vydá Policie rozhodnutí o správním vyhoštění cizince s do-

bou, po kterou nelze cizinci umožnit vstup na území, až na 5 let

- je-li cizinec na území zaměstnán bez povolení k zaměstnání, ačkoli je toto povolení podmínkou výkonu zaměstnání, nebo na území provozuje dani podléhající výdělečnou činnost bez oprávnění podle zvláštního právního předpisu anebo bez povolení k zaměstnání cizince zaměstnal nebo takové zaměstnání cizinci zprostředkoval,
- jestliže cizinec jednal nebo měl jednat za právníkou osobu, která cizince bez povolení k zaměstnání zaměstnala anebo která takové zaměstnání zprostředkovala.

Náklady spojené se správním vyhoštěním se uhradí z peněžních prostředků cizince, který má být vyhoštěn na základě rozhodnutí o správním vyhoštění. Nutno zopakovat, že tento postup je aplikován i v případě, že nelegální migrant se sám a dobrovolně dostaví na úřadovnu cizinecké policie. K vyhoštění tak dochází též v rámci projektu „Dobrovolné návraty cizinců v nelegálním postavení“, což ostatně odpovídá převážně represivní orientaci politiky vůči nelegálním migrantům. Délka následného zákazu pobytu je však v posledně zmíněném případě dobrovolných návratů výrazně nižší.²⁸ Fyzická osoba, která vykonává nelegální práci se dopouští přestupku a může jí být uložena pokuta do výše 10.000 Kč. Cizinec, který překročil státní hranice mimo hraniční přechod, vyhnul se provedení pobytové nebo hraniční kontroly, či pobývá na území bez cestovního dokladu, ač k tomu není oprávněn, může být potrestán za spáchání přestupku dle ust. § 157 zákona č. 326/1999 Sb. pokutou až do 5.000, resp. 10.000 Kč.

Právní úprava umožňuje postihnout též zaměstnavatele. Ten může být postižen za umožnění výkonu nelegální práce pokutou dle ust. § 140 ZamZ až do výše 5 000 000 Kč. Neoprávněné zaměstnávání cizinců je nově též trestným činem dle ust. § 342 trestního zákona. Tohoto trestného činu se dopustí ten, kdo ve větším rozsahu neoprávněně zaměstná nebo zprostředkuje zaměstnání cizinců zdržujících se neoprávněně na území České republiky, nebo kdo ve větším rozsahu neoprávněně zaměstná nebo zprostředkuje zaměstnání cizinců, kteří nemají platné povolení k zaměstnání podle jiného právního předpisu. Kvalifikovanější skutková podstata upravená v odst. 2 postihuje přísněji pachatele, který spáchá tento trestný čin jako člen organizované skupiny, za úplatu, nebo opětovně. Dle ust. § 241 trestního zákona je postižitelný ten, kdo jako zaměstnavatel nebo plátcé ve větším rozsahu nesplní svoji zákonnou povinnost za zaměstnance nebo jinou osobu odvést daň, po-

²⁷ Tento problém je velmi aktuální též v souvislosti s prací v rámci šedé ekonomiky.

²⁸ Srov. Rozhovor s Bělou Hejnou z Ministerstva vnitra o projektu Dobrovolné návraty cizinců v nelegálním postavení a o cizincích bez oprávnění k pobytu v ČR dostupný na <http://www.migraceonline.cz/e-knihovna/?x=2195061> (Cit.: 21.6.2010).

jistné na sociální zabezpečení, příspěvek na státní politiku zaměstnanosti nebo pojistné na zdravotní pojištění. Zaměstnavatel či ten, kdo zaměstnání bez povolení k zaměstnání zprostředkoval mohou za určitých podmínek též nést náklady spojené se správním vyhoštěním nelegálního migranta.²⁹

5. Závěr

Státy, které se chtěly skutečně vypořádat s nelegální migrací, musely vždy alespoň částečně rezignovat na potrestání nelegálních migrantů. Příkladem může opakovaná regularizace v Itálii³⁰ či Španělsku. Řešení problému nelegální migrace totiž nelze účinně hledat pouze v oblasti represe. Pokud již však k ní má dojít, je nutno efektivněji stíhat (především) zprostředkovatele nelegální práce a dále zaměstnavatele, kteří nelegální práci využívají.

S postihem zaměstnavatelů, resp. zprostředkovatelů práce pro nelegální migranty souvisí další problém. Ať chceme či ne, nelegální migranti výkonem práce odvedli určitou práci a za její výkon by měli být spravedlivě odměněni (čl. 28 Listiny základních práv a svobod). Tuto protihodnotu, resp. ochranu musí nelegální migranti dostat v první řadě od svých zaměstnavatelů. Ti ostatně primárně profitují z nedostatečného odměňování nelegálních migrantů; společně a nerozdílně by měly odpovídat za nesplnění závazku zaměstnavatele osoby, které nelegálním migrantům výkon práce zprostředkovaly. Jednou stranou přitom je garance těchto práv v obecně závazných právních předpisech, druhou pak praxe. Zlepšení efektivity vynutitelnosti práv nelegálních migrantů lze očekávat v souvislosti s implementací směrnice 2009/52/ES.

Mezi dílčí, krátkodobá opatření, která by výrazně přispěla ke zvýšení ochrany nelegálních migrantů (a současně pomohla zvýšit efektivitu boje proti nelegální migraci), by byl zákaz či omezení výkonu překérních zaměstnání u nelegálních migrantů, resp. u všech cizinců, kteří k výkonu závislé práce potřebují povolení k zaměstnání či zelenou kartu. Je totiž naprosto nevhodné, aby nelegální migranti mohli být zaměstnáni na základě dohody o provedení práce. V souvislosti s nálezem ÚS publikovaným pod č. 116/2008 Sb. došlo totiž k podstatné změně v úpravě neplatnosti pracovněprávních úkonů.

S účinností od 13.4.2008 lze platně sjednat pracovněprávní vztah, aniž by zaměstnanci bylo udělené předepsané povolení k pobytu, zaměstnání či zelená karta.

Vedle praktické nemožnosti kontroly rozsahu nařízené práce, je zaměstnanec pracující na základě dohody o provedení práce vyloučen z účasti v nemocenském, důchodovém i veřejném zdravotním pojištění. Pokud zákonodárce již umožnil nelegálním migrantům sjednávat platně pracovněprávní vztahy, neměl by tolerovat, aby se potenciální riziko (např. pokles příjmů pro pracovní úraz, nemoc z povolání či invalidita) s tím spojené znásobovalo vyloučením těchto zaměstnanců z veřejnoprávních systémů sociálního pojištění. Nezbytná je vzhledem k povaze nelegální práce³¹ především účast v systému veřejného zdravotního pojištění a v zákonném pojištění odpovědnosti zaměstnavatele za škodu při pracovním úrazu nebo nemoci z povolání (budoucím úrazovém pojištění). Vzorem pro příslušnou úpravu v zákonech práva sociálního zabezpečení by mohla být např. úprava obsažená v ust. § 110 odst. 1 SGB VII. Dle předmětného ustanovení je zaměstnavatel povinen mimo jiné uhradit náklady vzniklé nositeli úrazového pojištění v souvislosti s pojistnou událostí (tj. např. pracovním úrazem při výkonu nelegální práce) i v případě, že nelegální zaměstnanec nepřihlásil k pojištění, resp. za ně neodvedl stanovené pojistné. Neodvedení pojistného se presumuje v případě, že zaměstnanec nebyl u příslušného nositele pojištění zaregistrován.³²

V neposlední řadě je nutno zvážit způsob legalizace pobytu osob, které jsou zaměstnány v platném pracovněprávním vztahu založeném pracovní smlouvou na dobu neurčitou.

³¹ Nelegální migranti vykonávají na území České republiky především nekvalifikovanou práci, pro jejíž výkon není potřeba žádná či pouze minimální kvalifikace. Typicky se jednalo o mytí nádobí, úklid, pomocná pracovní síla, dělník v potravinářském průmyslu, stavebnictví, svářeč, betonář, obráběč kovů. Nelegální zaměstnanci využívali zaměstnavatelé ve stavebnictví, lesnictví, zahradnictví, zemědělství, obchodu a službách (hlavně tzv. osobní služby), pohostinství, textilním průmyslu, potravinářském průmyslu, strojírenství, dolech a hutích. Srov. KROUPA, A. a kol.: Nelegální zaměstnávání a podnikání cizinců na českém trhu práce. Publikace dostupná na: <http://www.vupsv.cz/neleg.pdf> (Cit: 15.6.2010); a HORÁKOVÁ, M. (2005a): Cizinci na trhu práce v České republice v letech 1994-2005. Praha: VÚPSV 2005.

³² Je nutno ovšem přiznat, že též tato úprava působí v praxi celou řadu problémů. Tak především preventivní význam této úpravy je výrazně omezen skutečností, že zaměstnavatel je povinen odvádět pojistné na úrazové pojištění zpětně. Předětné ustanovení je dále omezeno jen na zaměstnavatele, kteří umožní výkon nelegální práce s cílem poskytovat služby či výrobky třetím osobám, nikoliv na zaměstnavatele, kteří využívají práce nelegálních migrantů pro své osobní potřeby. Srov. Giese Der Regress des Unfallversicherungsträger bei Schwarzarbeit nach 110 Abs. 1 a SGB VII, str. 839 a 840.

²⁹ Náklady se dle ust. § 123 zákona č. 326/1999 Sb., v platném znění hradí nejprve z jistoty a z peněžních prostředků cizince. Následně je povinna náklady nebo jejich zbývající část uhradit osoba, která se k tomu zavázala v pozvání ověřeném policií. Uhrazovací povinnost zaměstnavatele, resp. zprostředkovatele nastupuje teprve nebylo-li možno uhradit náklady spojené se správním vyhoštěním tímto způsobem.

³⁰ Srov. Policie on irregular migrants, Volume I Italy and Germany, Council of Europe Publishing, 2008, str. 16.

Summary

The Czech Republic pays attention to the issue of the rights of foreigners from outside the EU.³³ One example is the regulation of social rights, which the Czech Republic, along with Slovenia, Greece and the Netherlands,³⁴ has modified as individual rights directly in the Constitution. Above all, it is the implementing legislation, secondary legislation, in the '90s which has amended and unified the law for all insured persons irrespective of their different nationalities. The efforts of the Czech Constitutional Court to legalise the employment of foreigners who reside in the Czech Republic illegally should also be given positive evaluation. Inconsistent with this approach is the semi-official

³³ Cf. Report on the implementation of the concept of integration of foreigners in 2009 and of proposed action, Ministry of Interior, where attention is paid to the integration of foreigners in terms of their social rights in light of the obligation to negotiate health insurance and with respect to the negotiation of bilateral international treaties.

³⁴ Cf. Becker, U.; Pieters, D.; Ross, F.; Schoukens, P.: Security: A General Principle of Social Security Law in Europe, p. 611.

effort of the Czech authorities to increase employment in the domestic population at any cost, even through not filling vacant jobs. One reason may be that the Czech Republic (so far) does not have significant social issues with foreigners. But that can change very quickly, as the situation came to pass in 2009, when thousands of migrants lost their jobs.³⁵ Indeed, the legal predecessors of the Czech Republic already have abundant experience with both.³⁶

³⁵ Cf. the article „Dělníci z ciziny se bouří, budou protestovat proti ztrátě svých míst“ (The workers from abroad are rising. They will protest against the loss of their jobs) published on http://ekonomika.idnes.cz/delnici-z-ciziny-se-bouri-budou-protestovat-proti-ztrate-svych-mist-lix-/ekonomika.asp?c=A100602_120822_ekonomika_spi (Cit.: 3/6/2010).

³⁶ For example, during the Great Depression after 1929, there were regions in Czechoslovakia with predominantly German settlements in comparison to other regions, with more than double the unemployment. As far as the activities of government offices based on decisions taken outside standard decision-making procedures, a number of measures of the Austrian and later Czechoslovak authorities towards non-government minorities can be pointed out. For this cf. Petráš, R., Petrův, H.; Scheu, H. C.: Minorities and the Law in the Czech Republic, pp. 43, 49 and 69.