

1. Základní pojmy a principy

1.1. Rovnost

Rovnost – sen a ideál bezpočtu generací, který nelze jednoznačně definovat, přesně zvážit, změřit, uchopit. Vzdálený, zdánlivě nedostupný, přesto opakovaně vzývaný. Kolbiště filosofů, básníků, politiků, právníků, více či méně splněné přání člověka, ekvivalent jeho touhy po štěstí.

Rovnost jako hodnotová kategorie a její případný souboj s jinými hodnotami. Rovnost zachycená v síti práva.

Bylo by iluzorní se domnívat, že najdeme výstižnou odpověď na to, co to vlastně rovnost skutečně je. O co se ale lze pokusit, je schematické rozdělení jednotlivých typů rovnosti, mezi něž je standardně začleňována:

- a) rovnost formální,
- b) rovnost materiální,
- c) rovnost výsledku,
- d) rovnost příležitosti¹.

1.1.1. Rovnost formální

Rovnost formální je rovností strohou, tendující k absolutní představě spravedlnosti, budovaná na bázi aristotelovské myšlenky, že se stejným se má zacházet stejně. Idea formální rovnosti, čili odstranění nebo přesněji neexistence vylučujících právních předpisů, ale v brzké době narazí na úskalí výběru stejných. Zdánlivě jednoduchá záležitost. Najít takové osoby, které by se bez větších potíží daly zařadit do stejnorodé skupiny. Její praktické provedení je však téměř nemožné, takže vzápětí se ukazuje, že nějaké rozlišovací kritérium bude nutné.

Otázkou zůstává, které je a které již není legitimní. Kdy lze považovat ženu a muže za stejné, když je jasné, že biologicky jsou odlišní? Jaké komparační měřítko zvolit, chceme-li porovnat například těhotnou ženu s ženou netěhotnou, ženu matku s ženou bezdětnou nebo padesátiletého muže s dvacetiletým? Formální rovnost, nebo též rovnost de iure, se rázem začne jevit jako méně přitažlivá, vhodná jen pro některé oblasti jako jsou třeba normy procesního práva. V takovém případě je

¹ Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) Rovnost a diskriminace. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 10

formálně rovný přístup naopak žádoucí. Je nemyslitelné, aby například lhůta pro opravné prostředky byla jiná pro ženy nebo pro muže či osoby mladší oproti starším.

Za negativní rys formální rovnosti se dá považovat riziko stejně špatného zacházení, v němž může vyústit situace, kdy místo nápravy nerovnosti ve smyslu rozšíření dobra i na doposud opomíjenou skupinu, je snazší jít opačným směrem a privilegia raději odejmout.

Kritickým bodem formální rovnosti je, jak bylo uvedeno výše, nalezení imaginární osoby, s níž by bylo možno dva jedince vzájemně poměřovat, a to zejména z pohledu pohlaví. Obvykle se totiž jako komparátor nabízí muž – primárně bílý heterosexuální muž. Za krok správným směrem k obraně proti takovému postupu je v odborné literatuře považováno spojení požadavku na rovnost s požadavkem na respektování jiné hodnoty, v tomto případě práva na lidskou důstojnost², která vykazuje vlastnosti, jež, pomyslně řečeno, drží rovnost nad špatnými vodami.

1.1.2. Rovnost materiální

Na rozdíl od formální rovnosti jde u materiální rovnosti o zavedení rovnosti faktické, resp. přiblížení se rovnosti faktické. Odráží se sice z téhož výchozího bodu tedy stejnému stejně, odlišnému odlišně, ale vykazuje maximální snahu zohlednit v co největší míře celou množinu čistě individuálních okolností, jimiž je každý jedinec obklopen, a vlastností, jimiž je vybaven. Těmito faktory je následně zpětně korigován možný negativní dopad formální rovnosti do sféry jednotlivce tak, aby byla nastolena rovnost reálná.

1.1.3. Rovnost výsledků

V zásadě podmnožinou materiální rovnosti je rovnost výsledků. Opouští se jí zcela zásada formální rovnosti, neboli stejnému stejně, odlišnému odlišně, a zaměřuje se výlučně na to, aby rovnost byla naplněna na konci cesty.

² Srov. ibidem s. 16

Za klad tohoto pojetí je považována skutečnost, že důraz na rovnost výsledků je schopen kompenzovat minulé zátěže³, kdy by stejné zacházení znamenalo ve svém důsledku nerovnost. Typickým příkladem může být takřka automatické masové zařazování romských dětí do zvláštních škol, které následně fakticky znemožňuje dosažení kvalitnějšího vzdělání na středních školách.

Zdánlivá spravedlnost, která je v převážné míře v těchto případech upřednostňována před rovností, ale skrývá jiná nebezpečí. Velmi často náprava nesměřuje k nerovnostem postižené skupině, nýbrž pouze k jednotlivci.

Nastolení rovnosti v jednom konkrétním případě může zakrývat přetrvávající nerovný přístup ke stejné postižené skupině. Ani opačný postup, tedy snaha zajistit rovnocenný výstup pro celou znevýhodňovanou skupinu, ale není bez rizika. Idealisticky totiž předpokládá homogenní skupinu, jejíž složení bude odpovídat hypotéze spravedlivého zastoupení osob reprezentujících všechna možná vyloučení. Diskriminace je pak předpokládána v okamžiku, kdy je zjištěna absence některého segmentu skupiny, ačkoli na této absenci mohou mít (a nezřídka i mají) vliv zcela jiné faktory.

Tak jistě nebude nikdo pochybovat o tom, že převážně feminní složení učitelského personálu v mateřské škole není důsledkem diskriminace mužské populace učitelů, nýbrž souhrou celé řady okolností. Od tradičního vnímání ženy jako lepší pečovatelky, přes nižší finanční ohodnocení až po nárok na delší dovolenou (letní prázdniny) umožňující vyřešit školní volno vlastních dětí.

Opojení rovností výsledků může velmi snadno vést k překročení křehké hranice snah o nápravu eliminací minulých křivd směrem k nové diskriminaci, tentokrát však již v podobě neospravedlnitelných zvýhodnění. Zaměření rovnostních cílů na rovnost výsledků je ovšem velice lákavé, neboť je poměrně lehce měřitelné a viditelné.

1.1.4. Rovnost příležitostí

Zdánlivě elegantním řešením souboje mezi formální rovností a rovností výsledků je stále více propagovaná rovnost příležitostí. Její podstatou je fakt, že pokud jednotlivci stojí na nerovné startovní čáře, je dosažení opravdové rovnosti

³ Srov. Fredman, S. Antidiskriminační právo. 1. vydání. Praha: Multikulturální centrum, 2007, překlad Kodíčková, T. z anglického originálu Discrimination Law, s. 10

vlastně nemožné. Existující rozdíly je tedy nejprve nutno odstranit, aby pak mohlo být s jednotlivci nakládáno stejným způsobem.

Krokem k úspěšné eliminaci stávajících rozdílů musí nutně být ingerence státu, resp. veřejné moci a jejich zásahy v podobně aktivní nabídky speciálních programů pro sociálně slabé či vyloučené skupiny s jednoznačným cílem. Pomocí zvláštní podpory směřované především do vzdělávací oblasti nastolit situaci, při níž budou rozdíly mezi znevýhodněnými menšinami a většinovou populací postupně zahlazovány až do dosažení ideálně rovných příležitostí pro všechny.

Nepochybně půvabná vize je však příliš líbivá na to, aby mohla být pravdivá a uskutečnitelná. Navíc její reálné naplnění by v sobě skrývalo na první pohled neviditelné nebezpečí.

V prvé řadě je nutno si připustit, že by šlo o velice ekonomicky nákladný projekt, pro jehož realizaci je třeba získat většinovou populaci, která v převážné míře generuje potřebné finanční zajištění.

Za druhé, okruh případných adresátů je v poměru k nutným finančním injekcím relativně malý a konečně za třetí, není zcela jisté, zda se zde s arogancí většiny nevnučuje dosud znevýhodněným skupinám pozice jediné správné cesty, od níž je už jen krůček k sociálnímu inženýrství.

Ze strany veřejné moci jsou pak podobné záměry živnou půdou pro rezignaci na roli neutrálního dozoru a nabrání kurzu směrem k pozitivním opatřením, lapidárně řečeno, za každou cenu.

1.2. Hodnotové principy

Jak bylo naznačeno shora a jak bude ještě zmíněno v souvislosti se zakotvením rovnosti v mezinárodněprávních celosvětových i evropských dokumentech, je právě rovnost ideálem, který je nepřehlédnutelný zejména v ústavněprávní rovině.

Jí jsou poměřovány jiné hodnoty demokratické společnosti, jako je již uváděný určitý, metaforicky nadneseno, nadstranický postoj státu k různorodým skupinám obyvatelstva. Jen zcela výjimečně lze vysledovat příklon ke znevýhodněným skupinám, který je nicméně vždy důsledně ospravedlnitelný legitimním cílem takového postupu a přísně respektovanou proporcionalitou zásahu. V této souvislosti

nelze pominout další hodnotový princip, který by měl jít ruku v ruce s rovností, a kterým je spravedlnost.

Spravedlnost má v tomto kontextu charakter nápravy minulých diferenciací způsobených ekonomickým, sociálním či politickým znevýhodňováním s cílem lepšího, rozuměj rovnějšího, přerozdělení zdrojů. Odstranění nebo alespoň otupení obrovských majetkových rozdílů, zlepšený přístup k některým materiálním a společenským statkům či úplná eliminace chybějícího nebo minimálního zastoupení některých skupin obyvatelstva (např. žen) v mocenských strukturách však nejsou snadné.

Přes jasnou ideovou sílu totiž nutně v první řadě naráží na obtížnou specifikaci statků, které mají být takto rozdělovány. I po překonání této překážky přicházejí pochybnosti, zda tlak na rozdělování hmotných statků, které se morálně odůvodňuje nutností spravedlnosti, paradoxně nevyvolává ve své konečné fázi deformaci spravedlnosti. Rovnostářský přístup k distribuci sociálních statků je totiž způsobilý podkopat případnou vlastní iniciativu původně znevýhodněných skupin obyvatelstva a vést ve jménu spravedlnosti až k téměř nárokovému očekávání výhod.

Na druhé straně pak tytéž tendence mohou u většinové ("šťastnější") populace vyvolat vzrůstající neochotu se na financování přerozdělování podílet. Idealistický záměr poskytnout sociální statky všem stejně bez ohledu na jejich vlastní vnosy by tak mohl za určitých okolností vyústit do nového rozštěpení společnosti a je otázkou, zda je takový výsledek žádoucí.

Nepochybně silnou hodnotou, která má úzkou vazbu na spravedlnost, tentokrát však nikoli v přerozdělování materiálních statků, je získání podílu na začlenění do společnosti ve všech jejích parametrech. Předně půjde o vyrovnání rozdílů a následně přístupu k politickým a mocenským strukturám. Účast minoritních skupin na standardních demokratických procesech, která jim byla v minulosti z různých důvodů (nižší vzdělanost, předsudky apod.) odepřena, by měla být podporována až preferována. Jen tak lze zabránit, aby se majorita neuzavřela v bublině své vlastní moci, kam ti, kteří k ní nepatří, mají fakticky, mnohdy i zdánlivě politicky korektními způsoby, zamezen přístup⁴.

⁴ "Jestliže chceme považovat společnost za užitečnou, pak jistě musí být svobodná, založená na rovnosti a vzájemnosti, musí to být společnost, v níž je prospěch poskytován stejně, jako je přijímán, a v níž závislý člověk shledává se se svým patronem a chudák s boháčem" in Malthus, T. R., Esej o principu populace, 1. vydání, Praha: Nakladatelství zvláštní vydání, 2002, z anglického originálu *Essay on the Principle of Population* (1798), s. 33

Vlivové skupiny si tak opatřují nesporné výhody nebo již jednou získané všemi prostředky před menšinami brání. Proto důrazný požadavek na respekt k zájmům těch neprivilegovaných je cestou k zajištění jejich podílu na politické moci a k jejich standardnímu zapojení do širokého spektra sociálních vazeb.

Při rekapitulaci hodnot navazujících na rovnost by neměla zůstat v pozadí ani nutnost jistého odškodnění znevýhodněných jednotlivců či skupin, a tím náprava ataků, jimž byli vystaveni v minulosti, a které měly primárně předsudečný charakter. Dlouhodobé diskriminační praktiky nemohly nezanechat hluboce zakořeněné stopy jak na majoritní společnosti, tak na minoritách, a v obou skupinách se obtížně odstraňují.

Již provedené legislativní zásahy, ústavními počínaje a speciálními antidiskriminačními právními předpisy konče, jsou zatím spíše slibným startem nového přístupu k eliminaci nerovností než splněným cílem. Navíc princip formální rovnosti (před zákonem) může k naplnění restitučního cíle přispět toliko omezeným způsobem a svá úskalí má i shora naznačený příklon k preferenci rovnosti výsledků či rovnosti příležitostí.

Opominout nelze v těchto souvislostech ani fakt, že samotná náprava minulých znevýhodňování není jednoduchá už jen proto, že i rámci diskriminované skupiny není mezi jejími členy rovnost v jejich poškození a naopak nerovnost je také na straně škůdců.

Odstraňování rozdílů a minulých zátěží tak může probíhat formou konkrétního odškodnění jednotlivce nebo formou morální či faktická restituce celých znevýhodňovaných skupin. Může se tak stát například v rovině politické v podobě omluvy za diskriminační jednání předchůdců (viz omluva australské vlády původnímu obyvatelstvu) nebo v rovině odškodnění majetkového či rehabilitačního typu.

V konečném důsledku je třeba vzít na vědomí, že snaha státní moci o plošnou restituci, zejména v jejích ekonomických dopadech, zasáhne i ty, kteří patřili mezi znevýhodněné, stejně jako ty, kteří na diskriminačních praktikách neměli fakticky žádný podíl. Přijetí takových následků s pokorou a s pocitem nezbytnosti takových kroků stojí před dnešními generacemi jako velká výzva boje s diskriminací.

Tradiční hodnotou demokratického státu s významným dopadem do oblasti rovnosti je respekt k individualitě člověka. Autonomie jednotlivce, jeho vůle a úcta k němu bez ohledu na jeho skupinovou příslušnost nabízí rovné posuzování, které je odrazem jeho vlastních zásluh a schopností. Důraz se přitom klade na individualitu

rozhodování o vlastním dobru. Chtělo by se věřit, že sázka na individualismus by mohla řešit požadavek na rovnost alespoň v tom směru, že jednotlivec má šanci hájit si svou věc sám a bojovat o své štěstí a místo na společenském žebříčku bez berliček státního suportu.

Ovšem i tato představa brzy narazí na všední realitu. Jednotlivec nežije ve vzduchoprázdnu a bylo by naivní se domnívat, že majoritou obecně nastavená pravidla neodrážejí právě pocity, přání a touhy této většiny bez ohledu na pocity, přání a touhy minorit. Zjednodušeně řešeno, hodnoty preferované většinou jsou pod jejím vlivem a její silou zakotvovány do právních norem (často především ústavních), přestože některé z nich mohou být pro menšinovou skupinu či její část hůře akceptovatelné právě z důvodu zcela odlišného pohledu na tyto společensky uznávané parametry. Naopak většina, která tyto hodnoty vytvořila, resp. zařadila je na vrchol své pomyslné hodnotové struktury, je všemi prostředky brání a nevnímá jako správný jakkoli dobře odůvodňovaný atak na ně.

Vedle svobody a autonomie stojí jako třetí pilíř rovnosti lidská důstojnost. Za nezastupitelnou hodnotu ji považují prakticky všechny demokratické ústavy a přes lidskou důstojnost jsou filtrovány i jiné hodnoty. Státní mocenská mašinérie musí lidskou důstojnost nejen respektovat, ale vytvářet i podmínky pro její maximální ochranu.

Lidská důstojnost je základním kamenem rovnosti, patří neodmyslitelně k člověku jako jeho přirozené právo, a proto z ní nikdo nemůže být vyloučen. Katapultování hodnoty lidské důstojnosti na samý vrchol lidskoprávního žebříčku přináší velkou změnu do koncepce formální rovnosti, zejména do té její polohy, která vychází z premisy, že stejným se má dostat stejně špatně, a že i to je spravedlivé. Důraz na lidskou důstojnost takový závěr z podstaty vylučuje. Přijatelné je pouze zlepšení, nikoli již zhoršení, situace jednotlivce či celé skupiny.

Definovat samotný pojem lidská důstojnost je stejně nemožné, jako když se pokoušíme definovat rovnost. Stejně jako ona je i lidská důstojnost vnímána spíše intuitivně, takže jsou jak ústavními specialisty, tak judikaturou usilovně hledány nějaké styčné body nebo charakteristiky, které by mohly lidskou důstojnost stáhnout z abstraktních výšin blíže k lépe pochopitelné a vysvětlitelné dimenzi.

Zatímco výše komunikované hodnoty jsou ve vzájemném symbiotickém poměru, existuje kromě svobody ještě další hodnota, která je naopak podobně jako již zmiňovaná svoboda v poměru konkurenčním. Touto hodnotou je ekonomický

zájem, který může za určitých okolností zaštitit legitimitu porušení rovnosti. Diskrepance mezi rovností a potřebami trhu a potažmo hospodářskou politikou státu však není absolutní a paradoxně někdy může naopak přispět k nastolení rovnosti, protože právě ona vyhovuje tržním cílům⁵.

1.3. Diskriminace

Požadavek rovnosti zakotvený v mezinárodních úmluvách, základních evropských dokumentech, ústavách a speciálních zákonech členských států Evropské unie včetně České republiky (a pochopitelně ve standardních demokraciích ve světě) má svou reflexi v ustanoveních zakazujících zároveň diskriminaci.

Vymezení samotného pojmu diskriminace je možná o něco méně složitá, než tomu bylo u rovnosti, protože u diskriminace se můžeme opřít o jazykový základ znamenající v zásadě rozlišení. O to komplikovanější je naplnění tohoto termínu obsahem.

Ve vztahu k právu vycházíme z jeho základní funkce, kterou je formálně zákonodárcem posvěcená regulace společenských vztahů v obecné rovině. Právní předpisy obsahují pravidla vztahovaná na, v zásadě všechny, adresáty a je v nich promítnuta rovnost ve formálním smyslu. Zároveň je zcela jasné, že musí odrážet rozdíly, které bez ohledu na ideu rovnosti fakticky existují a jsou takové intenzity, že skutečně absolutně rovné zacházení by pro určitou skupinu subjektů znamenala znevýhodnění. Z toho lze uzavřít, že určitý stupeň rozlišení odpovídající diverzitě různých typů subjektů práva je pro právní předpisy signifikantní a akceptuje již vytvořenou sociální situaci. Velmi dobře to lze vysvětlit na příkladu výhod poskytovaných těhotným ženám, event. matkám, nebo v trestním právu inkorporovaném rozdílu mezi pachatelem zvláště závažného trestného činu oproti pachateli přestupku.

O vymezení pojmu diskriminace se statečně pokoušejí jak odborná literatura, tak judikatura, ruku v ruce se zákonodárci teoretici i soudní praktici. Ačkoliv oficiální definice fakticky neexistuje, z jejich názorové jednoty by se dalo uzavřít, že diskriminace je porušení právem nastolené rovnosti, aniž by byl pro odlišný přístup

⁵ Např. vytvoření společného trhu Evropského hospodářského společenství napomohlo k zavedení zásady stejné mzdy za stejnou práci žen a mužů, protože možnost daná jednotlivým státům, aby diferencovaly mezi mzdou ženy a muže, by mohla vytvořit nespravedlivou konkurenční výhodu.

racionálně odůvodněný a proporciálně vyvážený důvod. Zcela vedlejší přitom je, zda bylo diskriminační jednání jednotlivci či skupině na újmu. Úplně postačuje, aby újma hrozila⁶.

Pomocníkem při vymezování pojmu diskriminace jsou texty mezinárodních dokumentů, stejně jako evropská právní úprava. V první řadě je to Všeobecná deklarace lidských práv, která konstatuje nutnost stejného vnímání lidských práv, závazek k jejich uznání a ochraně a ve své preambuli jejich přirozený charakter, když akcentuje požadavek na lidskou důstojnost, rovnost a nezcizitelnost těchto práv⁷.

Podle toho už nezávisí na vůli států a jejich ochotě formulovat lidskoprávní postuláty, neboť lidská práva patří k člověku přirozeně a neodmyslitelně, ke své existenci stát vůbec nepotřebují. To ovšem neznamená, že by formální zakotvení lidských práv v právním řádu mělo být nahlíženo jako marginální. Naopak právě potvrzení toho, že uznává význam lidských práv a zařazuje je na nejvyšší stupeň hierarchie společenských hodnot, činí ze státu stát demokratický.

V principu rovnosti a požadavku nediskriminace se pak ukrývá zájem na silné ochraně jednotlivce a respekt k jeho důstojnosti. Důraz na rovnost a nediskriminaci je kladen rovněž v ustanovení Charty Organizace spojených národů, která požaduje respekt a zachování lidských práv bez ohledu na rasu, pohlaví, jazyk nebo náboženství. Oproti Všeobecné deklaraci lidských práv s otevřeným výčtem zakázaných diskriminačních důvodů, jde Charta cestou výčtu uzavřeného, což je do jisté míry vyváženo přijetím závazku zasazovat se ve spolupráci s Organizací

⁶ Srov. Koldinská, K. Gender a sociální právo. Rovnost mezi muži a ženami v sociálněprávních souvislostech. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 12, která chápe diskriminaci "jako takové rozlišování či znevýhodňování, jež vede k porušení rovnosti a je uchopitelné a postihnutelné, pokud k němu došlo na základě tzv. diskriminačního důvodu"; obdobně formulace Nejvyššího soudu Kanady při aplikaci Kanadské charty práv a svobod in Boučková, P., Havelková, B., Koldinská, K. a kol. Antidiskriminační zákon. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 13: "Diskriminace je úmyslné nebo neúmyslné rozlišení, učiněné na základě osobních znaků jednotlivce nebo skupiny, které má za následek uložení břemene, závazků nebo jiné nevýhody, uvalené pouze na znevýhodněného jednotlivce nebo skupinu a nikoliv na druhé, anebo odepření přístupu k příležitosti, dobru či přednosti, které jsou přístupné pouze ostatním členům společnosti."

⁷ Preambule:

"U vědomí toho, že členské státy převzaly závazek, zajistit ve spolupráci s Organizací spojených národů všeobecné uznání a zachování lidských práv a základních svobod a že stejné chápání těchto práv a svobod má nesmírný význam pro dokonalé splnění tohoto závazku."

Článek 1:

"Všichni lidé rodí se svobodní a sobě rovni co do důstojnosti a práv. Jsou nadáni rozumem a svědomím a mají spolu jednat v duchu bratrství."

Článek 2:

"Každý má všechna práva a všechny svobody, stanovené touto deklarací, bez jakéhokoli rozlišování, zejména podle rasy, barvy, pohlaví, jazyka, náboženství, politického nebo jiného smýšlení, národnostního nebo sociálního původu, majetku, rodu nebo jiného postavení."

spojených národů o obecné uznání a zachování lidských práv a základních svobod bez rozlišení.

Zákaz diskriminace je promítnut především v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, prvním normativním textu, kterým se k rovnosti a dodržování lidských práv přihlásilo samo evropské právo.

Přijetí Úmluvy je výsledkem práce členských států na půdě Rady Evropy⁸. Síla Úmluvy tkví zejména ve vymahatelnosti práv v ní zakotvených na základě možnosti domáhat se nápravy individuální stížností podanou k Evropskému soudu pro lidská práva.

Proti diskriminaci se vedle Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod staví rovněž další významný evropský právní dokument, a to Evropská sociální charta přijatá v Turíně v r. 1961⁹. Ta obsahuje katalog sociálních práv. Byť systém ratifikace umožňující odlišné znění charty v každém členském státě, a tím snižuje její právní sílu v porovnání s Úmluvou, jedná se přesto o dokument nezastupitelný, který jednoznačně přispívá ke kultivaci myšlenek rovnosti a nediskriminace v evropském prostoru.

Teorie rozeznává několik typů diskriminace, k nimž řadí diskriminaci *de iure* a *de facto*, diskriminaci pozitivní a negativní a konečně nejvíce známou a diskutovanou diskriminaci přímou a nepřímou.

1.3.1. Diskriminace *de iure* a *de facto*

Diskriminace *de iure* neznámá, že se jedná o rozlišení zakomponované do právního předpisu z legitimních a ospravedlnitelných důvodů jako je například hranice 18 let pro účast ve volbách, resp. pro právo volit kontra hranice 21 let pro právo být volen, nýbrž o právem zakotvenou nerovnost bez obecně přijatelného racionálního podtextu (srov. dříve běžně přijímaná diskriminace žen v podobě podřízenosti ženy muži v oblasti rodinného práva či jejich odříznutí od práva volebního nebo trestněprávní postih odlišné sexuální orientace).

⁸ K založení Rady Evropy, kterou v současné době tvoří 46 evropských zemí, došlo v r. 1949. Mezi zakládající státy patřily Belgie, Francie, Lucembursko, Nizozemí a Velká Británie, k nimž se připojily Dánsko, Irsko, Itálie, Norsko a Švédsko.

⁹ Preambule Evropské sociální charty:

"Níže podepsané vlády ... majíce na zřeteli, že užívání sociálních práv by mělo být zajištěno bez diskriminace z důvodu rasy, barvy pleti, pohlaví, náboženství, politického názoru, národního původu nebo sociálního původu ... "

Nehovoříme zde přitom o diktátorských režimech, jako bylo třeba Německo se svými Norimberskými zákony, které si diskriminaci a na jejím základě vyloučení nebo i likvidaci vybraných skupin vytkly jako svůj politický cíl, což nakonec jejich většinové obyvatelstvo akceptovalo.

Oprosti tomu diskriminace de facto vychází spíše z toho, že stát a jeho mocenské struktury mlčky trpí porušování právních norem, které samy o sobě žádné rozlišení neobsahují. Příkladem takového jednání může být téměř automatické zařazování romských dětí do zvláštních škol, přestože se velmi často děje na základě formálního souhlasu nebo dokonce žádosti jejich rodičů.

1.3.2. Diskriminace pozitivní a negativní

Pozitivní diskriminace spočívá v naklonění rovnosti ve prospěch určité privilegované skupiny, v minulosti znevýhodněné, ve snaze toto znevýhodnění zmírnit nebo jeho dopady dokonce vyloučit. Termín pozitivní diskriminace je ovšem již na ústupu, jazykově se vlastně jedná o protimluv, místo kterého se v současnosti používají pojmy pozitivní akce (z anglického affirmation action) nebo pozitivní opatření.

Smyslem pozitivních opatření je náprava deformací, které vznikly v minulosti právě diskriminací jednotlivců či skupin nehledě k důvodům. Původně znevýhodněným subjektům se tak při pozitivní akci dostává více práv než kolik by jim za normálního chodu věcí příslušelo. Očekávaným výsledkem je srovnání všech na stejné startovní čáře nebo ještě lépe nastolení materiální rovnosti výsledků.

Záměrná účelová preference jedné skupiny, primárně menšinové, na úkor většiny má svoji kolébku ve Spojených státech amerických, kde bylo cílem vyřešit dopady dlouhodobé diskriminace afroamerických občanů. V evropských konotacích jsou pak pozitivní opatření využívána zejména na vyrovnání rozdílů mezi pohlavími.

Klíčovou otázkou, kterou si nutně musíme položit, je časový limit těchto opatření. Zvláště tam, kde porušení rovnosti trvalo desítky let, nelze předpokládat, že by aplikovaná pozitivní akce měla úspěch v krátkém několikaletém intervalu. Vymýtit předsudečné vnímání je během na dlouhou trať a je na diskusi, zda k němu mohou přispět právě pozitivní opatření. Zda nezačne po čase většina, která určitá privilegia svým souhlasem garantuje, mít pocit, že se jedná o nepovedený produkt sociálního inženýrství, který nepřináší očekávané výsledky.

Z druhé strany to pak může být i preferovaná minorita, přesněji její jednotlivci, kteří nemají o pozitivní opatření zájem a kteří by dosáhli jistých společenských i majetkových met bez suportu pozitivních opatření. Právě oni se mohou cítit vnučoványi pozitivními opatřeními poškozováni, neboť okolí na ně bez ohledu na jejich schopnosti a životní aktivity pohlíží jako na ty, kteří si své úspěchy vydobyli nikoli svou zásluhou, ale právě a jen z důvodu pozitivních opatření.

Výsledný efekt je navíc zeslabován tím, že na výdobytky pozitivních opatření často dosáhnou pouze privilegovaní jedinci znevýhodněné skupiny, nikoli sama celá skupina.

Z tohoto pohledu můžeme dojít k závěru, že pokud už je nutno přijímat pozitivní opatření ve prospěch znevýhodněných, pak je třeba tak činit s rozmyslem a s racionálním časovým horizontem. Vyvážit nápravu křivd a nepoškodit zároveň křehkou rovnostní rovnováhu je jistě nelehkým úkolem a ne vždy se bezezbytku podaří.

Nicméně už dnes jsou některá pozitivní opatření zapracována přímo do textů právních předpisů či dokumentů, jako je tomu kupříkladu v Mezinárodní úmluvě o odstranění všech forem rasové diskriminace i v Úmluvě o odstranění všech forem diskriminace žen¹⁰, v nichž se normuje, že od pozitivních opatření bude ustoupeno v okamžiku, kdy budou dosaženy cíle zrovnoprávnění v oblasti možností a zacházení. Naproti tomu hrozbu pro zavádění pozitivních opatření znamená požadavek na racionalitu a ekonomickou efektivitu takového počínání.

Pro pozitivní opatření hovoří naopak argument o nutné restituci předchozích diskriminačních znevýhodnění, stále větší tendence k redistribuci sociálních statků, podpora diverzity a nastolení společenského smíru.

Náprava minulých křivd vychází z filosofie potřeby odškodnění jejich obětí, aby zavládla určitá harmonie, třebaže i takto přitažlivě znějící cíl má své odpůrce. Jejich výhrady jsou zaměřeny na to, že kompenzace za předchozí diskriminační praktiky nedopadá na původní škůdce, nýbrž na ty, kteří se na nich nikdy nepodíleli, tedy na "nevinné". Je totiž jen obtížně správně určitelné, zda, jak a kdo by profitoval na náhradách a zda, jak a kdo má skutečné výhody z minulé diskriminace.

Zatímco restituční snahy směřují do minulosti, resp. jsou s ní svázány, přerozdělování statků reflektuje stav přítomný. Společenský zájem na rovnosti,

¹⁰ Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace publikována pod č. 95/1974 Sb., Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen publikována pod č. 62/1987 Sb.

zejména pohlaví, ale i rasy, věku atd. způsobuje tlak na zavádění pozitivních opatření ve jménu distributivní spravedlnosti.

Zajistit zviditelnění minorit a zároveň obohatit většinovou populaci kontaktem s menšinami, je úkolem pozitivních opatření pro dosažení diverzity především v oblasti vzdělávání.

V zájmu majority jsou pozitivní opatření podporující soudržnost společnosti, její vzájemnou vnitřní pospolitost, neboť málo vzdělaná, společensky nenaplněná, sociálně slabá, a tím pádem frustrovaná, menšina, je ohniskem nestability a potenciálním zdrojem permanentního společenského napětí. Naopak zlepšení postavení minority má za následek nastolení a udržení smíru ve společnosti, který je ku prospěchu oběma stranám.

Pozitivních opatření je celá řada. Od těch, která vyžadují minimální zásahy státní moci, jsou nejméně nákladná, a tudíž pro většinou populaci snáze akceptovatelná, až po ty, která naopak majoritu natolik zatěžují, že není schopná ani ochotná se s nimi ztotožnit.

Michal Bobek s přiznanou inspirací McCruddena rozeznává následující druhy pozitivních opatření:

- odstraňování přímé diskriminace a její prevence
- odstraňování systémové a institucionální nepřímé diskriminace,
- nepřímá pomoc poskytovaná znevýhodněnému či problémovému obyvatelstvu,
- přímá pomoc znevýhodněným skupinám
- měkká forma preferencí,
- střední forma preferencí,
- tvrdá forma preferencí,
- redefinice kritérií výběru¹¹.

V opozici k pozitivní diskriminaci, přesněji pozitivním opatřením, stojí diskriminace negativní, která se nese v duchu zkracování práv určité skupiny, a tedy opět o narušování principu rovnosti. Aby se nejednalo o nežádoucí ohrožení rovnosti,

¹¹ Podrobněji Bobek, M. in Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) Rovnost a diskriminace, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2007, s. 30

musí být negativní diskriminace pod přísným dohledem práva a musí jít jen o takové zásahy, které budou politické a mocenské struktury schopny jednoznačně obhájit¹².

1.3.3. Diskriminace přímá a nepřímá

Za klasické je nejen teorií, ale i praxí považováno dělení na diskriminaci přímou a diskriminaci nepřímou.

Přímou diskriminací se rozumí takové jednání s určitou osobou, potažmo skupinou osob, které je pro ni ve srovnatelné situaci méně příznivé než v případě osoby jiné a navíc důvod takového zacházení není právně ospravedlnitelný či se dokonce jedná o regulaci svévolnou¹³.

Neospravedlnitelným důvodem jsou použítá nepřípustná kritéria, jako je rasa, pohlaví, víra či náboženství a celá řada dalších. Ospravedlnitelnou výjimkou pak oprávněný účel a přiměřenost a nezbytnost prostředků sloužících k jeho dosažení.

Abychom mohli přímou diskriminaci identifikovat, je především nutné mít k dispozici vhodný subjekt, s nímž by bylo možné srovnávat, neboli komparátora. V některých případech je nalezení komparátora snazší (např. u barvy pleti), v jiných obtížné, ne-li nemožné (např. těhotná žena). To nakonec vedlo ke snaze upravit pojem přímé diskriminace tak, aby úloha komparátora přestala hrát hlavní roli.

Úplný odklon od nutnosti existence komparátora zatím ještě nenastal, neboť podstatnou definicí přímé diskriminace je srovnávání a srovnávat je možné jen něco s něčím nebo někoho s někým. Před zákonodárci a soudci tak vyvstává nelehký úkol formulovat pojem přímé diskriminace zcela nově a invenčně tak, aby potřeba komparátora nakonec úplně vymizela.

Teoreticky by se dalo říci, že k odstranění přímé diskriminace by postačovalo zlepšit situaci znevýhodněného jedince, event. skupiny, tak, aby se srovnala se situací nediskriminovaných. Podle Sandry Fredman¹⁴ ale může hrozit nebezpečí, že

¹² Srov. nález Ústavního soudu České republiky č. 135/2010 Sb., ve věci disproporce mezi výší povinných odvodů na sociální zabezpečení a výší posléze vypláceného důchodu.

¹³ Viz odkaz na standardní judikaturu německého Spolkového ústavního soudu, který klade důraz na "zákaz svévolného rozlišování obdobných kategorií, a podle něhož je zásada rovnosti porušena tehdy, pokud nemohou být pro rozdílné nebo stejné zacházení poskytnuty přesvědčivé a rozumné důvody vyplývající z povahy regulované věci nebo z jiných podstatných souvislostí, tedy pokud lze dané ustanovení považovat za podstatné". Kühn, L. in Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) Rovnost a diskriminace, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2007, s. 44

¹⁴ Fredman, S. Antidiskriminační právo. 1. vydání. Praha: Multikulturní centrum, 2007, překlad Kodíčková, T. z anglického originálu Discrimination Law, s. 92

rovnosti bude dosaženo, nejen když se s oběma stranami zachází stejně dobře, ale i tehdy, kdy se s nimi zachází stejně špatně. Uvádí při tom příklad ochranné legislativy ve Velké Británii, která poskytovala "zvláštní" ochranu ženám mimo jiné zákazem noční práce. Obecný konsenzus zněl, že taková legislativa ohrožuje zásadu rovnosti pohlaví, což ve svém důsledku vedlo ke dvěma zcela protichůdným reakcím.

Na jedné straně britská vláda ochrannou legislativu jednoduše zrušila, aniž by ženám nebo mužům poskytla odpovídající zvýhodnění, zatímco Evropská komise naopak došla k závěru, že požadavek rovnosti by neměl být záminkou pro zhoršování pracovních podmínek jednoho, příp. obou pohlaví. Obdobně se řešil problém rozdílného věku pro odchod do důchodu u mužů a žen, kdy Evropský soudní dvůr rozhodl, že jde o porušení principu rovnosti, přičemž řešením by mohlo být zvýšení věku pro odchod do důchodu u žen. Výsledkem byl paradoxně stav, kdy muži si nikterak nepolepšili (jejich věková hranice pro odchod do důchodu zůstala stejná), zatímco ženy si zvýšením věkové hranice pro odchod do důchodu na úroveň mužů zásadně pohoršily.

Dnes už legendárním testem diskriminace je antidiskriminační test v rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva v belgickém jazykovém případě z r. 1968¹⁵, kterým soud reagoval na stížnosti frankofonních obyvatel vlámské části Belgie, kteří napadli na základě článků 8 a 14 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a čl. 2 Dodatkového protokolu k Úmluvě belgický zákon o vzdělávání frankofonních dětí na daném vlámském území. Ve svém rozhodnutí soud konstatoval, že stát není sice povinen zřizovat zvláštní vzdělávací instituce pro jazykové menšiny, ale jestliže už tak učiní, nemůže diskriminačně omezit možnost takového vzdělávání požadavkem na trvalé bydliště rodiče v daném místě, jak tomu bylo u stěžovatelů. Z precizního odůvodnění rozsudku vyplývá nutnost poměřovat diferenciaci objektivním a racionálním ospravedlněním, a to ve vazbě na cíl a předpokládaný účinek omezení, to vše při respektu k zásadám ovládajícím demokratickou společnost.

Aplikace zásady rovnosti je výzvou pro každou justici, alespoň pokud jde o soudní ochranu rovnosti v rámci zákonodárných mantinelů. Na zákonodárcích pak zůstává vyrovnat se s problematikou rovnosti a zákazu diskriminace cestou legislativní, což se děje se střídavým úspěchem.

¹⁵ Rozsudek ze dne 23.7.1968, Series A no. 6 (stížnosti č. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64)

Obecně se soudy shodnou na dvojnásobném druhu rozlišování, na diferenciaci, která má základ v tzv. podezřelých kritériích¹⁶, a na té, která závažnost podezřelého kritéria nemá.

Neoddiskutovatelným podezřelým kritériem je rasa nebo pohlaví, kdy soud musí vždy velmi přísně přezkoumávat, zda cíl, kterého má být dosaženo rozlišováním, je natolik společensky významný, že je jistý stupeň rozlišování naprosto nezbytný. Zároveň musí být napevno postaveno, že vytčeného cíle není možné dosáhnout jiným, náhradním způsobem, který by diferenciaci vyloučil.

Přísný přezkum je aplikován rovněž Evropským soudním dvorem, který zejména u podezřelého kritéria pohlaví postupuje převážně tak, že téměř vždy vytěsňuje volné uvážení zákonodárců členských států.

Takový přístup na jedné straně zjednodušuje právní normu a její aplikaci, na druhé straně však může vyvolávat neodbytný pocit svazování svobodné vůle a svobodného rozhodování zákonodárců a soudů již dopředu danými mantinely, a přivlastnění si tak jakoby jediného správného názoru.

Přísným přezkumem se může pochlubit i Ústavní soud České republiky, který například ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 42/04 z 6.6.2006 (publikovaném pod č. 405/2006 Sb.) dovedl, že zákonná úprava, podle níž musel muž, který chtěl být považován za osobu pečující o dítě do čtyř let věku, podat přihlášku k účasti na sociálním pojištění, a to do dvou let od skončení péče o dítě, zatímco žena tento krok učinit nemusela. Ačkoli statistiky hovoří ve prospěch žen a potvrzují, že o děti do čtyř let jejich věku pečují obvykle častěji ženy než muži, přiklonili se soudci většinou k závěru, že taková zákonná úprava je protiústavní, neboť ve svém důsledku diskriminuje jedince, kteří se z osobních důvodů svobodně rozhodli jít odlišnou cestou než tradiční rodiny.

Diskriminace nepřímá je na rozdíl od diskriminace přímé mnohem komplikovanější. Základním stavebním kamenem nepřímé diskriminace je situace, kdy obecná právní úprava (ať si je v podobě konkrétního rozhodnutí, použitého kritéria či zavedení praxe) neobsahuje žádné diskriminační prvky, je tedy na první pohled neutrální.

¹⁶ Pojem podezřelé kritérium se objevil v rozhodnutích Nejvyššího soudu Spojených států amerických. Důvodem na rozlišování podle podezřelého kritéria je fakticky nemožnost, aby zákonodárce a priori sám zakomponoval diskriminaci do právního předpisu, nicméně přesto je potřeba provádět tzv. test racionality a následně přezkum, zda diferenciaci v případě existence podezřelého kritéria je podpořena mimořádným zájmem státu na takovém řešení. Z toho se dovozuje, že odpovídá-li právní předpis racionálně kvalifikovanému veřejnému cíli, je platný.

Tato neutralita je však toliko zdánlivá, takže daná úprava má pro určitou skupinu osob znevýhodňující dopady. Je-li ovšem na druhé straně takový přístup odůvodněn oprávněným účelem a jsou-li pro jeho dosažení použity prostředky, které lze hodnotit jako přiměřené a nezbytné, pak o nepřímou diskriminaci nejde.

Pro dokreslení obsahu pojmu nepřímé diskriminace lze uvést příklad povinnosti nosit školní uniformu. V zásadě široká a neutrální norma odůvodněná například požadavkem na praktičnost, estetiku, ale i na jistou nerozlišitelnost (rovná se stejnost až paradoxně rovnost), může znevýhodňovat menšiny, které mají zaveden tradiční způsob oblékání, ale i ty, pro něž může být vyžadovaný typ oblečení ekonomicky příliš nákladný. Obdobně tomu může být s požadavkem zakotvit do školních osob v rámci výuky tělesné výchovy absolvování povinného lyžařského kurzu.

Druhým typem nepřímé diskriminace je zavedené právní normy, která obsahuje výjimku z obecného pravidla, přičemž tato výjimka má pro určitou skupinu znevýhodňující dopad. Jako příklad může sloužit zákonná úprava postavení zaměstnanců, kteří využívají možnosti zkrácené pracovní doby, a kteří jsou tak méně chráněni než zaměstnanci s plným úvazkem. Přestože neutrální norma bude působit stejně jak na zaměstnaného muže, tak na zaměstnanou ženu, může být skrytou nepřímou diskriminací z důvodu pohlaví. Je totiž notoricky známou skutečností, že valnou většinou osob se zkráceným pracovním úvazkem jsou, zejména z důvodu péče o dítě, ženy.

Koncept nepřímé diskriminace je odrazem materiálního pojetí rovnosti. Odstranění nepřímé diskriminace se pak pohybuje v mantinelech důrazu na rovnost výsledků, resp. pozitivních opatření.

Seznam literatury

- Beneš, R. Systém ochrany lidských práv na základě Paktů z roku 1966. 2005 *E-polis.cz*. Online: <http://www.e-polis.cz/pravo/54-system-ochrany-lidskych-prav-na-zaklade-paktu-z-roku-1966.html>
- Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) Rovnost a diskriminace. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007
- Fredman, S. Antidiskriminační právo. 1. vydání. Praha: Multikulturní centrum, 2007, překlad Kodíčková, T. z anglického originálu *Discrimination Law*
- Koldinská, K. Gender a sociální právo. Rovnost mezi muži a ženami v sociálněprávních souvislostech. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2010
- Kühn, L. in Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) Rovnost a diskriminace, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2007
- Lenderová, M. K hříchů i k manželství. Žena v minulém století. Praha: Mladá fronta, 1999
- Malthus, T. R., Esej o principu populace, 1. vydání, Praha: Nakladatelství zvláštní vydání, 2002, z anglického originálu *Essay on the Principle of Population* (1798)
- Maurois, A. Dějiny Francie. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1994
- Mehler, A. Umění vládnout, 1. vydání. Praha: Melantrich, 1994
- Morris-Suzuki. *Japan's 'Comfort Women': It's time for the truth (in the ordinary, everyday sense of the word)*. The Asia-Pacific Journal: Japan Focus. Online: <http://japanfocus.org/-Tessa-Morris-Suzuki/2373>
- Shaw, M.N. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003

Seznam právních předpisů

Listina základních práv a svobod

Antidiskriminační zákon

Charta OSN

Všeobecná deklarace lidských práv

Mezinárodní pakt o občanských a politických právech

Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech

Deklarace o odstranění všech forem nesnášenlivosti a diskriminace založené na náboženství nebo víře

Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace

Úmluva o odstranění všech forem diskriminace žen

Úmluva o právech dítěte

Úmluva o právním postavení uprchlíků

Evropská Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod

Směrnice Rady 86/613/EHS ze dne 11. prosince 1986 o uplatňování zásady rovného zacházení pro muže a ženy samostatně výdělečně činné, včetně oblasti zemědělství, a o ochraně v mateřství

Směrnice Rady 2000/43/ES ze dne 29. června 2000, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ

Směrnice Rady 2000/78/ES ze dne 27. listopadu 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání

Směrnice Rady 2004/113/ES ze dne 13. prosince 2004, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s muži a ženami v přístupu ke zboží a službám a jejich poskytování

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES ze dne 5. července 2006 o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2010/41/EU ze dne 7. července 2010 o uplatňování zásady rovného zacházení pro muže a ženy samostatně výdělečně činné a o zrušení směrnice Rady 86/613/EHS