

# Překonání diskriminace v odměňování mužů a žen: Úkol pro trh anebo zákonodárce?\*

JANA ONDŘEJKOVÁ,  
PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY KARLOVY, PRAHA

## *Overcoming the Discrimination in Men's and Women's Remuneration – Task for Market or Legislator?*

**Summary:** *Statistical data provide evidence on persistent differences between the remuneration of men and women. Opinions vary on the question if and how the situation could be treated. In the first part of the article I present the main neoliberal approaches to this issue: whether certain differences can be considered as discrimination at all, and if the answer is positive, whether it is the market alone that can cope with such discrimination, or why the persistent discrimination can possibly be accepted as reasonable. These views are to a large extent reflected in the current legal regulation approaches. However, the conceptions of direct and indirect discrimination are not capable or efficient vis-à-vis other areas of types of continuing under-remuneration of women for work of equal value in case of typically women's occupations as well as with regard to the women's work out of the traditional labour contracts – the home and community care or more broadly their involvement in the informal economy. Here I find the room for legislative actions and incentives, in exceptional cases even for the judicial activism.*

**Key words:** *discrimination, remuneration, work of equal value, informal economy*

Podle údajů Evropské komise činil v roce 2012 rozdíl v odměňování mužů a žen v EU za hodinu stejné práce v průměru 16 %.<sup>1</sup> Česká republika s 22 % patří po Estonsku, Rakousku a Německu k zemím s největší genderovou platovou nerovností. Rozdíly se pak zvětšují na obou koncích – jak u vysokopříjmových zaměstnání v oblasti finančnictví (v ČR až 44,4 %), tak u pomocných a nekvalifikovaných pracovníků (podle údajů ČSÚ 21,6 % průměrné hrubé měsíční mzdy v roce 2013).<sup>2</sup> Stranou zůstávají práce vykonávané téměř výlučně ženami (uklizení, hlídání dětí, apod.), u nichž můžeme pouze uvažovat o srovnávání s odměnou za práci stejné hodnoty. Bez významu není ani skutečnost, že se rozdíly v rámci jednotlivých sektorů zaměstnání proměňují i v závislosti na věku: nejnižší je na začátku aktivního pracovního života do cca 34 let (do 12 %), v období 35–44 let prudce stoupne na víc než 29 %, následně pozvolně klesá na 16,3 % v předdůchodovém věku (55–64 let), přičemž u výdělečně činných osob starších 65 let se opět prohlubuje na téměř 27 %.<sup>3</sup>

Na otázku, zda vůbec a případně jakým způsobem na uvedenou situaci reagovat, existují různé názory. Považuji za užitečné začít postojem neoliberalů, přesněji zastánců školy Law and Economics,<sup>4</sup> kteří jsou principiálně proti

státním zásahům do volného trhu, a tedy i proti antidiskriminačnímu zákonodárství jako takovému, anebo připouští pouze selektivní zásahy korigující volný trh. Naopak, uvádějí různé důvody, proč, pokud lze určité nerovnosti vůbec považovat za diskriminaci, je trh sám schopen se s takovou diskriminací vypořádat, případně proč je přetrvávající diskriminace rozumná. Jejich argumentační linie lze rozdělit do tří generací.<sup>5</sup> Na konci padesátých let minulého století G. Becker tvrdil, že diskriminace na pracovním trhu (například mezi černochoy a bělochoy) může přetrvat pouze, dokud bude ve společnosti existovat ekonomicky neracionální a neefektivní „chuť diskriminovat“ (*taste for discrimination*), kdy si koneční plátcí dobrovolně

\* Článek je zpracován v rámci projektu UNCE „Výzkumné centrum pro lidská práva“ č. 204006/2012.

<sup>1</sup> Viz <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=en&pcode=tsdsc340>, z hlediska průměrné roční mzdy jsou rozdíly ještě výraznější, viz [http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/B6003EA1EE/\\$File/3000\\_024439.pdf](http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/B6003EA1EE/$File/3000_024439.pdf)

<sup>2</sup> Viz [http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/B6003EA116/\\$File/3000\\_024438.pdf](http://www.czso.cz/csu/2014edicniplan.nsf/t/B6003EA116/$File/3000_024438.pdf).

<sup>3</sup> Údaje za Českou republiku podle tabulky Eurostatu Gender pay gap by age: [http://ec.europa.eu/eurostat/c/portal/layout?p\\_l\\_id=749687&p\\_v\\_l\\_s\\_g\\_id=0](http://ec.europa.eu/eurostat/c/portal/layout?p_l_id=749687&p_v_l_s_g_id=0)

<sup>4</sup> V České republice myšlenky této školy prezentuje např. Liberální institut, srov. publikace dostupné na [www.libinst.cz](http://www.libinst.cz)

<sup>5</sup> Pro podrobnou analýzu argumentace včetně nejsilnějších protiargumentů viz SCHWAB, S. J. *Employment discrimination*. In: Dau-Schmidt, K. G. (ed.): *Labor and Employment Law and Economics*. Cheltenham, 2009, s. 296 a násl.

připlatí za služby nákladnější bělošské firmy, anebo v případech státem (a nikoliv trhem) řízených odvětvích.<sup>6</sup> S ohledem na historickou zkušenost přes století trvající rasové segregace v USA, kterou ukončily až soudní a legislativní zásahy, se ukazuje, že trh samotný ani v dlouhodobém horizontu nemusí zaručit odstranění uvedených, pro diskriminaci vhodných podmínek.<sup>7</sup>

Druhou generaci přístupu představuje tzv. statistická diskriminace.<sup>8</sup> Zastánci tohoto přístupu tvrdí, že vzhledem k omezenému množství dostupných informací si zaměstnavatelé zcela racionálně vybírají zaměstnance podle typizovaných předpokladů (kvalita dosaženého vzdělání, pravděpodobnost náhlé nepřítomnosti v práci), jež jim zaručí maximální rentabilitu zaměstnancovy práce. Stejně, jako nelze považovat za diskriminaci, že zaměstnavatel racionálně požaduje jako pracovní předpoklad určitou dosaženou kvalifikaci, nelze jako ekonomickou diskriminaci vnímat ani požadavek zaměstnavatelů, kteří mají averzi k riziku, že vyhledávají primárně uchazeče, u nichž lze předpokládat nepřetržitě vysoké nasazení.<sup>9</sup> Se zlevněním nákladů na individualizované vyhledání nejvhodnějšího zaměstnance by mělo odpadnout nebezpečí, že skupinová charakteristika dopadne na jedince, který se jí vymyká. Druhá možnost, která se nabízí, spočívá v překonání, resp. vyvrácení předsudků spojených s rentabilitou práce určitých skupin.

Od konce osmdesátých let můžeme pozorovat trend, že v příkladech užívaných pro demonstraci diskriminace a jejího odstranění trhem jsou rasové předsudky nahrazovány genderovými. Na tyto situace se nabízí třetí generace řešení: do češtiny byly přeloženy statě jednoho z předních představitelů směru Law and Economics, R. A. Epsteina. Hned v první představuje svou představu o nediskriminačním volném trhu ve formě losovacího osudí. Dovolím si pro přesnost delší citaci: „Zohledníme-li různorodost lidských preferencí a přání, můžeme spekulovat nad tím, jaké jsou vyhlídky dvou pracovníků za situace, kdy jeden z nich může vytahovat míčky z obou osudí, zatímco druhý je odkázán pouze na jedno osudí, které obsahuje desetkrát méně míčků než zbývající osudí. Jestliže je ale variabilita čísel u obou osudí přibližně stejná, pak je pravděpodobné, že rozdíl mezi nejvyššími čísly v obou osudích je pouze malý, a to i kdyby se většina míčků s vyššími čísly nacházela pouze v osudí s více míčky. Menší osudí bude ve skutečnosti nejspíše nabízet dotyčnému pracovníkovi výhodnější distribuci míčků, poněvadž v něm budou koncentrovány míčky, jež reprezentují lidi, kteří jsou nejvíce ochotni stát se obchodním partnerem daného je-

dince.“<sup>10</sup> Přestože R. Epstein pracuje s velkými čísly, jeho argument neřeší problém možná až 90 % žen, na které po vylosování všech míčků z desetkrát menšího osudí nezůstane vhodný nediskriminující zaměstnavatel.

Naopak R. Epstein argumentuje, proč může být přetrvávající diskriminace na svobodném trhu rozumná, a kdybychom jej interpretovali *ad absurdum*, může nám při aplikaci na obor Law and Economics pomoci objasnit, proč v něm působí tak málo žen.<sup>11</sup> Opírá se o dva argumenty: zaprvé o náklady spjaté s řízením podniku<sup>12</sup> (v námi zvoleném případě hypotetického výzkumného týmu). Zaměstnavatel (vedoucí týmu) má zcela racionálně zájem o pracovníky mužského pohlaví, protože u žen předpokládá možný odchod na mateřskou dovolenou, upřednostnění péče o dítě, neochotu jezdit na zahraniční cesty, obtížnější neformální domluvu, nižší produktivitu ovlivněnou preferencemi ve způsobu trávení volného času, kdy nemusí zbývat dostatek prostoru pro zvyšování nebo prohlubování kvalifikace. Ve spojení s Epsteinem tvrzenými ekonomickými výhodami homogenity<sup>13</sup> pracovníků i to může přispívat k vytváření „mužských“ a „ženských“ pracovišť.

Rovněž druhý argument se zakládá na obdobných skupinových předsudcích, které hájila teorie tzv. statistické diskriminace, tentokrát na nákladech spjatých vyhledáním vhodného smluvního partnera, u něhož bude zajištěna kvalita, resp. spolehlivost.<sup>14</sup> Zaměstnavatel (vedoucí týmu) se může zcela racionálně zaměřit na kandidáty mužského pohlaví, u nichž očekává lepší znalost matematiky, zejména statistiky, dokazování nebo prostorové geometrie,<sup>15</sup> zájem

<sup>6</sup> BECKER, G. *The Economics of Discrimination*. 2. vyd., Chicago, 1971. Jiný výborný příklad řešení Soudním dvorem EU ve věci C-54/07, *Feryn*, ze dne 10. července 2008, včetně stanoviska generálního advokáta M. P. Madura citujícího článek C. Sunsteina *Why markets won't stop discrimination*, uvádí H. Ch. Scheu v článku *Trh a antidiskriminační právo. Nepostížitelná diskriminace jako součást tržní reality*. *Jurisprudence* 3/2015, s. 15 a násl.

<sup>7</sup> Srov. i výstižné shrnutí problému v článku Z. Kühna: *Diskriminace a ekonomická analýza práva*, dostupné na: [http://neviditelnypes.lidovky.cz/pravo-diskriminace-a-ekonomicka-analyza-prava-foh/-p\\_spolecnost.aspx?c=A061123\\_132154\\_p\\_spolecnost\\_wag](http://neviditelnypes.lidovky.cz/pravo-diskriminace-a-ekonomicka-analyza-prava-foh/-p_spolecnost.aspx?c=A061123_132154_p_spolecnost_wag)

<sup>8</sup> Z relevantních publikací můžeme zmínit např. AIGNER, D. J. – CAIN, G. *Statistical Theories of Discrimination in Labor Markets*. *Industrial and Labor Relations Review* 2/1977, s. 175–187.

<sup>9</sup> Je však sporné, nakolik se jedná o zkušenosti podloženou úvahou a nakolik o předsudek.

<sup>10</sup> EPSTEIN, R. A. *Právo, ekonomie a politika*. Praha, 2010, s. 34.

<sup>11</sup> Ostatně není to pouze doména tohoto oboru: s výjimkou lékařských věd, kde je zastoupení vědkyň paritní, představuje podíl výzkumníků ve vládním sektoru 38 %, v přírodních vědách 28 %, v podnikatelském sektoru 15 % a v technických vědách necelých 13 % (údaje Sociologického ústavu AVČR v publikaci *Postavení žen v české vědě*. Monitorovací zpráva za rok 2012, dostupné na <http://www.zenyaveda.cz/files/monitorovaci-zprava2012.pdf>).

<sup>12</sup> EPSTEIN, op. cit., s. 74 a násl.

<sup>13</sup> EPSTEIN, op. cit., s. 79 a násl.

<sup>14</sup> EPSTEIN, op. cit., s. 88 a násl.

<sup>15</sup> Statisticky prokazatelný fakt, který je ve velké míře ovlivněn právě hluboce zakořeněnými představami až předsudky o uplatnění žen na trhu práce a jejich nezastupitelné roli v domácnosti, viz např. výsledky studie OECD z roku 2014 dostupnou na <http://www.oecd.org/pisa/pisaproducts/PIF-2014-gender-international-version.pdf>.

o určitá témata, jež nezahrnují primárně otázku rodiny, sociálního zabezpečení, případně určité postoje k východiskům výzkumu (např. že neefektivní diskriminace mezi muži a ženami na volném trhu neexistuje). Rovněž očekávaná délka výzkumu, zejména přesahuje-li několik let, nahrává spíše kandidátům mužského pohlaví, u nichž je menší pravděpodobnost, že opustí rozpracovaný projekt kvůli rodinným povinnostem, a bude nutné najít odpovídající kvalifikovanou náhradu, jež však nebude mít konkrétní zkušenosti s již probíhajícím projektem.

Neoliberálové jsou spíše ochotni připustit význam opatření ve prospěch férové hospodářské soutěže. K nim můžeme zařadit i původní článek 119 Smlouvy o založení EHS z roku 1957: „Každý členský stát zajistí v průběhu první etapy uplatnění zásady stejné odměny mužů a žen za stejnou práci a bude ji nadále dodržovat. Odměnou ve smyslu tohoto článku se rozumí obvyklá základní či minimální mzda nebo plat a veškeré ostatní odměny, jež zaměstnavatel přímo nebo nepřímo, v hotovosti nebo v naturáliích vyplácí zaměstnanci v souvislosti se zaměstnáním. Rovnost odměňování mužů a žen bez diskriminace na základě pohlaví znamená: a) že se odměna za stejnou práci vypočítává při úkolové mzdě podle stejné sazby; b) že časová odměna za práci je stejná na stejném pracovním místě.“ Na rozdíl od Úmluvy Mezinárodní organizace práce č. 100 z roku 1951 o stejném odměňování pracujících mužů a žen za práci stejné hodnoty a k ní připojeného Doporučení č. 90,<sup>16</sup> nebyla totiž primárním cílem Evropského hospodářského společenství rovnost v odměňování mužů a žen za stejnou práci, nýbrž zákaz získávání komparativních výhod národnímu hospodářství tím, že stát umožní zaměstnávání žen za nižší mzdu.

Článek 119 SEHS (resp. 141 SES a dnes 157 SFEU<sup>17</sup>) byl judikaturou Soudního dvora a postupně sekundárním i primárním právem Evropské unie dále rozvíjen: v roce 1976 mu byl přiznán přímý účinek rozhodnutím Defrenne II,<sup>18</sup> následně existují rozhodnutí, co všechno je nutné zahrnout pod pojem odměny,<sup>19</sup> přes otázku práce stejné hodnoty – např. porodní asistentky a zdravotního technika<sup>20</sup> až k dvousečnému zázkazu diskriminace v poskytování pojistných služeb.<sup>21</sup> Vyvíjí se rovněž primární a sekundární právo: na prvotní spory týkající se přípustnosti pozitivní akce ve prospěch žen<sup>22</sup> reagovaly členské státy doplněním odstavce 4 do čl. 141 SES v rámci Amsterodamské smlouvy a následně přijetím směrnice 2002/73/ES, která upravila příslušná ustanovení původní směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k za-

městnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky.<sup>23</sup> Nadále však zůstaly sporné otázky kvót pro zastoupení žen ve vedení obchodních společností a v politice. Tyto kvóty navazují na pojetí paritní demokracie, která se zaměřuje na rozšíření původních cílů zahrnujících „uznání rovných práv a příležitostí (zejména v oblasti zaměstnání)“ o „umožnění mužům i ženám rovné participace ve všech oblastech občanství,“ včetně „péče a sociální reprodukce, politiky a trhu.“<sup>24</sup> Samotné pojetí paritní demokracie a jeho východiska jsou nicméně natolik sporná, že by vyžadovala samostatné pojednání.<sup>25</sup>

Velmi hrubě pak můžeme v oblasti odměňování, resp. příležitostech stejné odměny dosáhnout, načrtnout čtyři druhy nebo oblasti nerovného zacházení mezi muži a ženami:<sup>26</sup>

1. princip rovného odměňování za stejnou práci, který sám o sobě nezaručuje, že nebudou existovat lépe placená „mužská“ zaměstnání

<sup>16</sup> Které upřesňuje, jak mohou státy uvádět do praxe požadavek tarifů odměn stanovených bez rozlišování založeném na pohlaví v rámci zaměstnání ve státní správě, v podnicích vlastněných státem anebo požadavků na subjekty, jež mají zájem o veřejné zakázky.

<sup>17</sup> Doplněný mj. o odstavec 4, podle něhož „nebrání zásada rovného zacházení členskému státu zachovat nebo zavést opatření poskytující zvláštní výhody pro usnadnění profesní činnosti méně zastoupeného pohlaví nebo pro předcházení či vyrovnávání nevýhod v profesní kariéře.“

<sup>18</sup> Rozhodnutí Soudního dvora ve věci 43-75, *Defrenne proti Sabena*, ze dne 8. dubna 1976.

<sup>19</sup> Srov. dokument Evropské komise SWD(2013) 512 final ze dne 6. prosince 2013, který představuje přílohu Zprávy o aplikaci směrnice 2006/54/ES o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání, s. 12–16.

<sup>20</sup> Rozhodnutí Soudního dvora ve věci C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen proti Městské radě v Örebro*, ze dne 30. března 2000.

<sup>21</sup> Rozhodnutí velkého senátu Soudního dvora ve věci C-236/19, *Test-Achats*, ze dne 1. března 2011. Na jedné straně nemají mladé řidičky nárok na levnější havarijní pojištění pouze proto, že ženy statisticky způsobí méně dopravních nehod (ale mohou mít levnější pojistku na základě jiných, komplexnějších anebo individualizovanějších důvodů), na straně druhé nemohou být ženy diskriminovány při penzijním připojištění, kde vzhledem k delšímu průměrnému věku dožití musely pro dosažení stejné měsíční dávky penze naspořit více než muži.

<sup>22</sup> Srov. např. rozhodnutí Soudního dvora ve věcech *Kalanke* (C-450/1993 ze dne 17. října 1995), *Marschall* (C-409/1995 ze dne 11. listopadu 1997), *Badeck* (C-158/97 ze dne 28. března 2000), *Abrahamsson* (C-407/98 ze dne 6. července 2000).

<sup>23</sup> Přepřacované znění této směrnice obsahuje nová směrnice 2006/54/ES o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání.

<sup>24</sup> Vymezení tzv. *parity democracy equality model* od R. Rubio-Marín v článku *A New European Parity-Democracy Sex Equality Model and Why it Won't Fly in the US*. In: *American Journal of Comparative Law* 1/2012, s. 100.

<sup>25</sup> Jedním z východisek koncepce paritní demokracie je rozlišení čtyř pojetí reprezentace od H. Pitkin (*The Concept of Representation*. Berkeley, 1967): formalistické, symbolické, deskriptivní a substantivní. První se zabývá otázkou pověřování a odvolávání zástupců, druhé významem zástupců pro zastupované a míru jejich akceptace, třetí otázkou podobnosti mezi zástupci a zastupovanými a čtvrté zkoumáním substantivního (skutečného) jednání zástupců z hlediska zájmů zastupovaných. V české odborné literatuře viz např. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*. Praha, 2014, s. 108–109.

<sup>26</sup> Toto členění je inspirováno článkem Colleen SHEPPARD: *Mapping anti-discrimination law onto inequality at work: Expanding the meaning of equality in international labour law*. *International Labour Review* 1-2/2015, s. 1 a násl., která s ohledem na mezinárodněprávní dokumenty (zejména úmluvy Mezinárodní organizace práce) rozlišuje princip rovného zacházení, nepřímou diskriminaci, systémovou diskriminaci, šířeji chápanou strukturální nerovnost i mimo pracoviště.

- (svoz komunálního odpadu) a hůře placená „ženská“ zaměstnání (uklizení budov a domácností).<sup>27</sup> V rámci stejné práce by však případné neodůvodněné rozdíly v odměňování byly postižitelné jako přímá (eventuálně nepřímá) diskriminace;
2. již zmíněný ztížený přístup pro ženy k obvykle lépe placené práci, kterou tradičně zastávají muži (v minulosti například služba v ozbrojených složkách, dnes například manažerské posty) – zde kromě přímé diskriminace je nutné pozorně zkoumat eventuální nepřímou diskriminaci, tj. zdánlivě neutrální opatření mající nepříznivý dopad na určitou, proti diskriminaci chráněnou skupinu;
  3. třetí okruh představuje vlastní identifikování prací stejné hodnoty<sup>28</sup> a neodůvodněných rozdílů v jejich odměňování. Spíše než srovnávání dovnitř států však volný pohyb v Evropské unii napomáhá mezistátnímu srovnání, které vede k odchodu kvalifikovaných zaměstnankyň (např. zdravotní sestry). V těchto případech je kromě nepřímé diskriminace nutno zvažovat i jinak kontroverzní pozitivní akce;
  4. domnívám se však, že stranou by neměla zůstat ani poslední oblast, do které spadají ženy, jež se nemohou efektivně bránit poukazem na zákaz přímé a nepřímé diskriminace, protože pracují v rámci šedé ekonomiky<sup>29</sup> mimo tradiční pracovněprávní vztahy, jsou na primárním a sekundárním trhu práce nezaměstnatelné anebo dlouhodobě nezaměstnané (i nedobrovolná nezaměstnanost postihuje více ženy než muže). Do oblasti mimo dosah právní rovnosti v odměňování však spadá i neplacená práce v domácnosti a pro komunitu.

Právní regulace v oblasti rovného odměňování mužů a žen je pořád poměrně novým jevem.<sup>30</sup> Přetrvávající aktuálnost tohoto problému do značné míry potvrzuje platnost východiska Law and Economics, že je to primárně trh, na němž záleží, zda se podaří diskriminaci, když ne odstranit, tak alespoň zmírnit. Jak ale bylo prokázáno výše, tentýž trh může v některých případech nerovné zacházení podporovat či konzervovat. Vytváří se proto pole působnosti pro zákonodárce, jež může překonání diskriminace přímo nebo nepřímo napomoci. V některých situacích (ochrana hospodářské soutěže, migrace kvalifikovaných zaměstnanců) je zákonodárce k regulačnímu zásahu dokonce trhem vybízen.

Příkladem může být snaha o zavedení zvláštní minimální mzdy pro zdravotní sestry na Slovensku. Po úspěchu akce „Děkujeme, odcházíme“ v České republice začaly i zde stávky zdravotníků s obdobným cílem. V prosinci 2011

byla těsnou většinou přijata novela zákona č. 578/2004 Z. z. o poskytovatelích zdravotnej starostlivosti a o dva měsíce později všemi 141 přítomnými poslanci zákon č. 62/2012 Z. z. o minimálních mzdových nározech sestier a pôrodných asistentiek. Obě úpravy stanovily minimální mzdové nároky vypočtené jako určitý násobek statisticky zjištěné průměrné měsíční mzdy. Zatímco první novela, vztahující se na lékaře a zubaře v pracovním poměru je dosud platná a účinná, druhá úprava byla předmětem přezkumu slovenským Ústavním soudem v nálezu PL. ÚS 13/2012. Ten sice prohlásil zákon č. 62/2012 Z. z. za protiústavní,<sup>31</sup> avšak pouze z důvodu neproporcionálního zásahu do majetkových práv nestátních zdravotnických zařízení, nikoliv pro protiústavnost institutu diferencované minimální mzdy. Dle Ústavního soudu by mohla mít dvoutměsíční lhůta pro zvýšení mezd zdravotních sester pro některé poskytovatele (zejména malé ambulance) vytěšňující efekt, který by se potenciálně negativně odrazil i na zaměstnanosti zdravotních sester (bod 127). Ústavní soud však v nálezu rovněž výslovně konstatoval, že v tomto případě nedochází k porušení principu rovnosti ve vztahu k jiným nelékařským zaměstnancům (bod 132 a násl.). Z komparativního hlediska nález odkazuje i na další úpravy diferencované minimální mzdy: v Polsku a v Německu (na úrovni spolkových zemí).<sup>32</sup>

<sup>27</sup> Medián hrubé měsíční mzdy popeláře v roce 2014 činil podle údajů Informačního systému o průměrném výděleku MPSV 18 476 Kč. Uklízeči v provozovných osobních služeb, prodejních prostor, v ubytovacích zařízeních nebo v kancelářích si vydělají cca 12 000 Kč hrubé mzdy. Průměrný hodinový výdělek popeláře činí 110 Kč/hod, průměrný hodinový výdělek administrativních prostor 73 Kč/hod. Údaje dostupné na <http://www.mpsv.cz/ISPV.php>.

<sup>28</sup> V současnosti neexistuje jednotná metodologie, podle doporučení Evropské komise ze dne 7. března 2014 o posílení zásady rovného odměňování mužů a žen prostřednictvím transparentnosti (2014/124/EU) „hodnota práce by měla být posuzována a porovnávána na základě objektivních kritérií, jako jsou požadavky na vzdělání, praxi a odbornou přípravu, dovednosti, úsilí a odpovědnost, vykonaná práce a povaha příslušných úkolů.“ (bod 10). V USA se podle Equal Employment Opportunity Commission jedná o čtyři základní faktory: kvalifikační požadavky na danou práci, fyzická a mentální náročnost práce, odpovědnost s ní spojená a pracovní podmínky (pracovní prostředí) – <http://www.eeoc.gov/eeoc/publications/fs-epa.cfm>.

<sup>29</sup> V angličtině se používá méně konotačně zatížený pojem *informal economy*, který zahrnuje činnosti a/nebo zisky částečně nebo zcela mimo státní regulaci, a to nejenom daňovou, ale i pracovní právní a sociálního zabezpečení.

<sup>30</sup> Podle B. Havelkové spadá první antidiskriminační legislativa do období 60. – 70. let 20. století. BOBEK, M. – BOUČKOVÁ, P. – KÜHN, Z. (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha, 2004, s. 224 a násl.

<sup>31</sup> Podrobně na [www.concourt.sk](http://www.concourt.sk), anotace rozhodnutí od P. Ondřejka je dostupná na <http://www.vclp.cz/news/nalez-ustavniho-soudu-slovenske-republiky-sp-zn-pl-us-13-2012-ze-dne-19-cervna-2013-posouzeni-ustavnosti-z-akona-o-minimalnich-mzdovych-narocich-sester-1/>

<sup>32</sup> V České republice můžeme nalézt pouze vzdálenou obdobu těchto snah o spravedlivou odměnu za práci v judikatuře Ústavního soudu k čl. 28 Listiny: z významnějších relevantních případů Ústavní soud podle databáze NALUS rozhodoval pouze o povinnosti uchazečů o zaměstnání vykonávat veřejnou službu a stížnosti státních zástupců kvůli snížení platů a advokátní zehrající na nízký advokátní tarif. V nálezu Pl. ÚS 20/09 ze dne

Vedle institutu diferencované minimální mzdy v typicky ženských zaměstnáních, v nichž je zjevná strukturální nerovnost a současně malá pravděpodobnost změny prostřednictvím nástrojů kolektivního vyjednávání, je možné uvažovat i o dalších možnostech: o povinnosti upřednostnit při výběru zaměstnanců nebo kariérního povýšení kandidáta podprezentovaného pohlaví, resp. povinnosti nastavit nediskriminační pravidla kariérního růstu, spojené s hrozbou pokuty na základě správního řízení z podnětu neúspěšných uchazečů.<sup>33</sup> Ještě kontroverznější se může jevit úvaha, zda lze podobným typem Pigouovy daně<sup>34</sup> zatížit zdánlivě opačný jev – cílené vyhrazování určitých míst ženám ve snaze udržet nižší mzdové náklady. Zde je však sporné, kdo by byl vhodným iniciátorem správního řízení, a nakolik by bylo možné statistiky použít jako důkaz. Pokud by byla snaha o odstranění diskriminace žen brána jako významná státní politika, lze uvažovat o jejím prosazování i nepřímo přes požadavky na podniky usilující o veřejné zakázky nebo státní podporu.<sup>35</sup>

Čtvrtá výše uvedená oblast, tj. nehonoraná péče poskytovaná ženami anebo „okolím vnučená“ práce mimo tradiční pracovněprávní vztahy, představuje nejobtížněji regulovatelnou materii. I zde se však objevují různé nepřímé pobídky, jak zmenšit největší rozdíly v diferencované mimosystémové zátěži mužů a žen, například návrhy na společné důchodové pojištění manželů nebo „otcovskou“ dovolenou.

Úvahy posledních tří odstavců jdou nicméně nad rámec původního tématu práce. Snažila jsem se poukázat, že ani trh, ani zákonodárce nejsou s to se plně vypořádat se všemi přetrvávajícími nerovnostmi mezi muži a ženami v odměňování za práci stejné hodnoty, resp. stejného významu, zohledníme-li pečovatelskou roli přisouzenou společnostmi primárně ženám. Z tržního hlediska se tato situace může ve většině případů dokonce jevit jako efektivní, neboť ekonomické náklady na překonání nerovností by mohly převážet potenciální zisk. Zákonodárce může tuto situaci buď akceptovat a zasáhnout pouze, pokud by nerovné zacházení vedlo k narušení tržní soutěže, anebo se může pokusit „vnutit“ určitá pravidla zaměstnavatelům zneužívajícím své silnější faktické postavení na trhu práce. K tomu nicméně nejdříve potřebuje většinu v demokraticky zvoleném orgánu a implicitně tedy i podstatné části společnosti. Do toho následně vstupují spory o různá pojetí rovnosti<sup>36</sup> a o meze argumentace lidskými právy.<sup>37</sup>

Opomenutá však dle mého názoru zůstává otázka tzv. zranitelných menšin,<sup>38</sup> které nemají

zastání v rámci klasického demokratického procesu, a proto judikování v jejich prospěch v individuálních případech by mohlo legitimovat aktivismus nejvyšších a zejména ústavního soudu. Vedle žen na tzv. sekundárním pracovním trhu, šedé ekonomice a neplaceném „sektoru“ se jedná o některé etnické, případně náboženské menšiny a sociálně vyloučené skupiny, resp. kombinaci více faktorů jako pohlaví, rasa a věk. Vhodným by bylo i rozpracování testů tzv. *over- a underinclusiveness*, známých ze Spojených států.<sup>39</sup> Jejich cílem je rozlišit situace, kdy legislativní úprava pokrývá i ženy, které se ve skutečnosti znevýhodní dobrovolně samy, ale zejména kdy se do rozsahu zamýšleného legislativního zásahu nedostanou ještě hůře postavené osoby, jejichž nerovné postavení není založeno výlučně nebo převážně na pohlaví.

15. 11. 2011, o služebním příjmu příslušníků bezpečnostních sborů v případě služby přesčas, nicméně Ústavní soud odkázal na svůj právní názor vyjádřený v nálezu ve věci sp. zn. Pl. ÚS 4/95, podle kterého „nerovnost v sociálních vztazích, má-li se dotknout základních lidských práv, musí dosáhnout intenzity, zpochybňující, alespoň v určitém směru, již samu podstatu rovnosti“.

<sup>33</sup> Na rozdíl od diskriminační žaloby (která může mít jak v případě uchazeče o zaměstnání, tak zaměstnance, odrazující efekt – střet s potenciálním zaměstnavatelem ještě před vznikem pracovněprávního vztahu, resp. aktuálním zaměstnavatelem) by se jednalo o veřejnoprávní sankci za to, že při výběru kandidáta nebyla dána přednost uchazeči podprezentovaného pohlaví anebo že již pravidla kariérního růstu byla nastavena tak, aby alespoň nepřímo zvýhodňovala osoby určitého pohlaví. Sankce by odrážely zájem společnosti na nediskriminačním přístupu zaměstnavatelů k uchazečům o zaměstnání a povýšení.

<sup>34</sup> Daň uvalena na subjekty profitující ze svých externalit, jež zatěžují třetí osoby. Zaměstnávání žen na hůře placených pozicích znamená jejich větší ohrožení sociálními událostmi a i větší pravděpodobnost, že budou poživatelkami dávek sociálního zabezpečení nebo sociální podpory financované z veřejných prostředků. Tato nerovnost se později projevuje i z hlediska výše starobních důchodů, kde pouze čtvrtina žen dosáhne na důchod vyšší než 12 000 Kč (zatímco v této skupině se nachází 75 % mužů), největší rozdíly jsou u nízkých důchodů od 7 600 do 8 999 Kč, kde je poměr žen k mužům 88 % : 12 % – údaje Českého statistického úřadu dostupné na <https://www.czso.cz/documents/10180/20541835/30000414k06.pdf/4fb82b8d-18f6-4fc3-917b-1c64c12d6a5c?version=1.1>. Diskriminací nabytý zisk si lze představit jako rozdíl mezi odměnou, za kterou by byl danou práci ochoten vykonávat stejný počet mužů a žen, a odměnou, která je vyplácena téměř výlučně ženskému pracovnímu kolektivu. V případě uzavření příležitosti ženám, aby dosáhly na lépe placené pozice, může být sice sporné, jaký je přímý ekonomický benefit diskriminujícího zaměstnavatele, nicméně i kdyby se jednalo o pouhou „chuť diskriminovat“, tak tento přístup ve svých důsledcích představuje znehodnocení profesní přípravy žen, a tedy i investic vynaložených veřejnými rozpočty na všeobecné vzdělávání.

<sup>35</sup> Srov. programy pozitivních opatření požadované federální vládou USA od specifikovaných příjemců veřejných zakázek. Blíže viz SKARKOVÁ, T. Rozsah pozitivních opatření ve Spojených státech amerických a v Evropské unii. In: Gerloch, A. – Šturma, P. a kol. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století*. Praha, 2001, s. 201 a násl.

<sup>36</sup> Srov. BOBEK, M. – BOUČKOVÁ, P. – KÜHN, Z. (eds.) op. cit., s. 1 a násl. nebo SVOBODA, P. Antidiskriminační právo jako postmoderní renesance právních privilegií. *Od zákazu diskriminace k ochraně kolektivních práv*. Praha, 2014, s. 9–18.

<sup>37</sup> Srov. statě P. Maršálka (Soudobá delegitimizace lidských práv) a J. Kyselý (V suterénu teorie lidských práv. Poznámky k jejich povaze, předpokladům a důsledkům) In: Gerloch, A. – Šturma, P. a kol., op. cit., s. 79 a násl. a s. 86 a násl.

<sup>38</sup> V podrobnostech viz ONDŘEJKOVÁ, J.: Ochrana menšin zranitelných v rámci demokratické normotvorby. *Jurisprudence* 1/2015, s. 10–14.

<sup>39</sup> Srov. GERARDS, J. H. Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases. *Netherlands International Law Review* 2/2004, s. 135 a násl.