

# Diskriminace z důvodu pohlaví – jde jen o „pár shnilých jablek“?

BARBARA HAVELKOVÁ\*

## *Sex Discrimination – A Problem of Just ‘A Few Bad Apples’?*

**Summary:** In Czechia, anti-discrimination law is not faring well. Using the example of sex discrimination, the paper shows and attempts to explain this (and continues the analysis presented in previous issue’s *Sex Discrimination before Czech Courts – a Typology of Cases, Evasion Strategies, and Fear of Protected Grounds*). This paper discusses two problems in depth. First, most courts look for motive and their understanding of motive is akin to intent. Moreover, they rarely correctly shift the burden of proof to defendants. Both approaches make discrimination practically unwinnable for plaintiffs. Second, indirect discrimination is interpreted exceptionally narrowly – instead of targeting the structures which have a gendered impact, courts believe that it is up to the individual to overcome them. The second part aims to answer the question why by exploring the conceptual underpinnings of these inhibitions in application and interpretation and the doctrinal minimization of anti-discrimination law. First, it observes that equality and anti-discrimination are either understood very widely (as a general prohibition of disparate treatment) or very narrowly (courts look for intent and believe that discrimination is an exceptional act committed only by ‘a few bad apples’). Second, judges are at most willing to apply formal equality, but are clearly uncomfortable with a substantive understanding of equality. Third, the perception of differences between the sexes as natural, as well as the ready acceptance of the motherhood penalty as an unproblematic consequence of women’s free choice, means that judges can be incapable of seeing men and women as truly comparable. This constrains their ability to find discrimination. Finally, the blindness to gender order / patriarchy and the structural nature of inequality means that courts are not suspicious of practices which indicate bias or show disparity of treatment or impact.

**Keywords:** discrimination, sex/gender, protected ground, intent, motive, burden of proof, formal and substantive equality

V nedávném článku nazvaném *Diskriminace z důvodu pohlaví před českými soudy – typologie případů, únikové strategie a strach z chráněných důvodů* (*Jurisprudence* č. 2/2019) jsem předstíhala dva z problémů, se kterými se potýká antidiskriminační právo. Zprv, české soudy tyto případy rozhodují nerady a využívají rozličné strategie k tomu, aby se vyhnuly meritornímu rozhodování. Zadruhé jsou soudy daleko ochotnější vyslovit závěr, že byl porušen obecný princip rovnosti, než že se jednalo o diskriminaci na základě některého konkrétního chráněného důvodu.

Následující text poukazuje na dva další problémy aplikace antidiskriminačního práva. Soudy trvají v diskriminačních sporech na úmyslném jednání na základě některého z chráněných důvodů a jen ojedinele umožní skutečné přenesení důkazního břemene na

žalované. To činí antidiskriminační spory pro žalobkyně<sup>1</sup> prakticky nevyhratelnými (část I). Co se týká nepřímé diskriminace, soudy chápou tento institut výrazně úžeji než právo Evropské unie či Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Evropská úmluva“), a místo aby identifikovaly genderově předpojaté strukturální nastavení jako nepřímou diskriminaci, vedou poškozenou stranu sporu k tomu, aby se v individuální rovině pokusila jej překonat (část II).

Smyslem výkladu v částech I a II není nabídnout čtenáři popis platné právní úpravy. Právní úprava přímé a nepřímé diskriminace, obtěžování či důkazního břemene je relativně jasná ze zákonných předpisů ve světle práva EU. Smyslem není ani pouhá identifikace a představení české soudní interpretace, přestože ukazují mj. na to, že obecné soudy na

\* Autorka je Shaw Foundation Fellow na koleji Lincoln a Právnické fakultě Oxfordské univerzity. Tento článek je upraveným a aktualizovaným překladem části knihy HAVELKOVÁ, B. *Gender Equality in Law – Uncovering the Legacies of Czech State Socialism*. Oxford 2017, str. 238–275. Za překlad z angličtiny děkuji Daniele Konečné a za podrobné přečtení a jazykové a obsahové korektury děkuji Haně Havelkové a Dominiku Andreskovi. Tento článek reflektuje právní stav k 30. červnu 2018.

<sup>1</sup> Protože jsou v diskriminačních sporech z důvodu pohlaví žalobkyněmi převážně ženy, používám v následujícím textu ženský rod.

všech úrovních soudní hierarchie vykládají právní úpravu mnohem restriktivněji, než by vyžadoval její teleologický výklad, respektive právo EU. Skutečným cílem analýzy je prozkoumat přístup soudů k antidiskriminačnímu právu a diskriminaci co nejdříve, tedy včetně okrajových vyjádření (*obiter dicta*) či způsobu, jakým jsou zjišťovány, vyhodnocovány a předkládány skutkové okolnosti případů. Jen takováto analýza je schopná odhalit problémy hodnocení diskriminace v praxi, neschopnost, případně neochotu právní úpravu skutečně aplikovat na zjištěné skutkové okolnosti, jakož i hlubší skepsi ke konceptu diskriminace.

Právě otázce hlubší skepse se věnuje část III, která nabídne analýzu intelektuálního a konceptuálního „podhoubí“, které vede k nesprávnému chápání právního konceptu diskriminace. Poukazuji zaprvé na to, že chápání práva na rovnost a antidiskriminačního práva je buď příliš široké (chápané jako obecný zákaz rozdílného zacházení), nebo příliš úzké (chápané jako směřující jen proti úmyslnému jednání) na to, aby mohly diskriminované osoby úspěšně uplatnit svá práva. Zadržuji upozorňuji na to, že čeští soudci a soudkyně jsou přinejlepším ochotni přistoupit na formální pojetí rovnosti, nikoli ale na její materiální pojetí.<sup>2</sup> Zatřetí ukazují, jak vnímání rozdílů mezi pohlavími jako biologicky daných a nekritické přijímání negativních důsledků mateřství jako neproblematičkých následků svobodné volby žen vede soudy k neschopnosti vnímat muže a ženy jako skutečně srovnatelné bytosti, což omezuje jejich schopnost dospět k závěru o diskriminaci. A konečně, zaslepenost vůči genderovému řádu / patriarchátu a strukturální povaze genderové nerovnosti vede k tomu, že soudy nejsou dostatečně skeptické a podezíravé k jednání, které vychází z genderové předpojatosti či předsudků nebo které má genderově nerovné dopady.

## I. Pohlaví jako důvod – požadavek zavinění a důkazu

Odborná literatura se rozchází v tom, jakou roli sehrává v antidiskriminačním právu

„motivace“ diskriminovat, zejména ve vztahu k přímé diskriminaci. Soudy v různých zemích přistupují k této otázce poměrně rozdílně. V USA „má-li být shledáno nerovné zacházení, žalobce musí prokázat, že žalovaný měl diskriminační úmysl nebo pohnutku“.<sup>3</sup> Naproti tomu jak kanadský Nejvyšší soud,<sup>4</sup> tak Ústavní soud Jihoafrické republiky<sup>5</sup> věnují menší pozornost „motivaci“ a soustředí se na dopady určitého jednání.<sup>6</sup> Záměrem tohoto článku není zapojit se do této debaty. Pro účely mé analýzy postačí zhodnotit dva aspekty antidiskriminačního práva EU. Evropská antidiskriminační úprava je zaprvé zcela zjevně založena na objektivní odpovědnosti. Evelyn Ellis to shrnuje: „Není vyžadován žádný úmysl nebo subjektivní motivace; jednoduše stačí, že jednání s nepříznivými následky pro oběť je způsobeno zakázanou charakteristikou nebo se na ní zakládá [...] V zásadě nemá význam [...] zkoumat úmysl nebo motivy zaměstnavatele, pokud následky jeho jednání fakticky znevýhodňují osoby jednoho pohlaví.“<sup>7</sup>

Zadruhé, antidiskriminační právo EU chápe, že pro žalobce a žalobkyně je extrémně obtížné pohnutku jednání prokázat. To vedlo k zakotvení procesního požadavku přenesení důkazního břemene. Poprvé byl formulován v roce 1997 ve směrnici o důkazním břemenu: „[P]okud se určitá osoba cítí poškozena nedodržením zásady rovného zacházení a předloží soudu nebo jinému příslušnému orgánu skutečnosti nasvědčující tomu, že došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci, příslušelo žalovanému prokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.“<sup>8</sup>

V českém právu upravuje tzv. „sdílení“ důkazního břemene § 133a OSŘ:

„Pokud žalobce uvede před soudem skutečnosti, ze kterých lze dovodit, že ze strany žalovaného došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci

a) na základě pohlaví [...] v oblasti pracovní nebo jiné závislé činnosti včetně přístupu k nim, povolání, podnikání nebo jiné samostatné výdělečné činnosti včetně přístupu k nim, členství v organizacích zaměstnanců nebo zaměstnavatelů a členství a činnosti v profesních komorách,

<sup>2</sup> V českém jazyce ke koncepci materiální a formální rovnosti viz BOBEK, M. Rovnost jako právní problém. In: Bobek, M. – Boučková, P. – Kühn, Z. (eds.). *Rovnost a diskriminace*, Praha 2007, str. 1–32.

<sup>3</sup> FREDMAN, S. Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide? In: Collins, H. – Khaitan, T. (eds.). *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford 2018.

<sup>4</sup> Viz zejména rozsudek Nejvyššího soudu Kanady ve věci *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v British Columbia Government Service Employees' Union* (populární název *Meiorin*) ze dne 9. září 1999, sp. zn. 3 SCR 3 (1999).

<sup>5</sup> Například rozsudek Ústavního soudu JAR ve věci *Pretoria City Council v Walker* ze dne 17. února 1998, sp. zn. 1998 (2) SA 363.

<sup>6</sup> Více viz např. KHAITAN, T. *A Theory of Discrimination Law*. Oxford 2015, str. 161.

<sup>7</sup> ELLIS, E. – WATSON, P. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford 2012, str. 163.

<sup>8</sup> Článek 4(1) směrnice 97/80/ES ze dne 15. prosince 1997 o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví. Dnes je dané ustanovení zakotveno v čl. 19 směrnice 2006/54/ES (přepracované znění).

- b) [...] nebo  
 c) na základě pohlaví při přístupu ke zboží a službám, je žalovaný povinen dokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení.“

Jinými slovy, právní úprava předpokládá, že určitý souhrn skutkových okolností by měl v soudu vzbudit podezření, a v zásadě by pak mělo být na žalovaném, aby vysvětlil, co ho vedlo k rozhodnutí, které je napadáno jako diskriminační. V následující části ukazují, že české soudy chybně vykládají a aplikují oba tyto principy.

## A. Zkoumání zavinění

V přístupu českých soudů k antidiskriminačnímu právu se jako problematické ukazují dva aspekty zkoumání pohnutky či motivu jednání. Zaprvé, soudy mají tendenci zkoumat přítomnost pohnutky (motiv), kterou v podstatě chápou jako úmysl. Zadruhé, soudy očekávají, že zaměstnavatel výslovně přizná diskriminační důvod, a pokud k tomu nedojde, činí soudům potíže určit, zda se napadené rozhodnutí zaměstnavatele zakládalo na chráněném důvodu pohlaví, či nikoliv.

České soudy předně pátrají po pohnutce<sup>9</sup> nebo motivaci<sup>10</sup> vedoucí k diskriminačnímu jednání. Často je vykládají shodně s úmyslem.<sup>11</sup> Například v rozhodnutí ve věci *Čaušević* obvodní soud uvedl, že „z provedeného dokazování však nevyšlo najevo, že by tento rozdíl v čase na přípravu řešení případové studie byl způsoben záměrně, a už vůbec ne s motivací první skupinu znevýhodnit ve prospěch z důvodu, že se v ní účastnily ženy“.<sup>12</sup> Zdá se, že soud zde staví motivaci dokonce nad úmysl.<sup>13</sup> Nejvyšší soud, který ve věci rozhodoval v rámci dovolacího řízení, změnil rozhodnutí soudů nižší instance, když správně uvedl, že „pohnutka (motiv) by měla být považována za prokázanou“, pokud žalovaný neprokáže opak. Po vrácení věci k dalšímu

řízení obvodní soud zopakoval formuli o přenesení důkazního břemene tak, jak ji vyjádřil Nejvyšší soud, ovšem bez toho, aby ji skutečně aplikoval.<sup>14</sup>

Dalším příkladem je případ *K. G. proti Karlově univerzitě*.<sup>15</sup> Soud prvního stupně shledal, že rozhodnutí zaměstnavatele vyhlásit výběrové řízení pro žalobkyni, a nikoliv pro její mužské kolegy nebylo diskriminační, když usoudil, že „nebylo prokázáno, že by výběrové řízení bylo vypsáno záměrně s úmyslem poškodit žalobkyni“.<sup>16</sup> Zde soud vyžadoval dokonce vyšší stupeň zavinění než jen úmyslné použití kritéria pohlaví. Důvod pohlaví měl motivovat vůbec rozhodnutí jednat, tedy vpsat řízení jako takové, nikoli jen hrát roli v rozhodování v rámci výběrového řízení. Jednání mělo navíc být vedeno úmyslem, a to nejen úmyslem pohlaví zohlednit, ale úmyslem ženu poškodit. Jde zjevně o práh pro spojení předmětného jednání s chráněným důvodem až o několik úrovní vyšší, než vyžaduje právní úprava EU.

Dále soudy zkoumají, zda došlo k výslovnému vyjádření důvodu pohlaví. Ve věci *E. K.*<sup>17</sup> policistka namítala diskriminaci, jelikož byla převedena na nižší pozici z důvodu těhotenství. Ze záznamu jasně vyplývá, že její nadřazený se, pokud jde o důvody k přeřazení, odvolával na problémy spojené s plánováním směn a zajišťováním záskoku za žalobkyni v důsledku jejích očekávaných pracovních neschopností. V reakci na přímý dotaz však popřel, že by důvodem pro přeřazení na nižší pozici bylo těhotenství žalobkyně. Jak policejní prezident, který rozhodoval o námitkách v rámci interního řízení, tak rozhodující soud vyhodnotili toto popření jako prokázanou skutečnost. Očekávali snad skutečně výslovné přiznání nadřazeného, že jednal na základě jejího pohlaví? Zdá se, že ano. Takový přístup snižuje šance jakékoliv antidiskriminační žaloby na úspěch prakticky na nulu. Žádný

<sup>9</sup> Rozsudek NS ve věci *H. P. proti Ministerstvu kultury* ze dne 27. března 2012, sp. zn. 21 Cdo 4586/2010.

<sup>10</sup> Rozsudek OS pro Prahu 7 ve věci *Čaušević proti Pražské teplotní společnosti* ze dne 22. prosince 2006, sp. zn. 26 C 25/2006-190.

<sup>11</sup> K obdobným závěrům dospěli i další autoři. Socioložka Hana Havelková ke konci 90. let uvedla, že chápání pojmu diskriminace je v České republice „užší, než je jeho význam běžný v západních státech. V české společnosti je jako taková uznávána pouze přímá, výslovná a úmyslná diskriminace“. Viz HAVELKOVÁ, H. a kol. *The Political Representations of Women in Mass Media Discourse in the Czech Republic 1990–1998*. *Czech Sociological Review*, 1999, roč. 7, č. 2, str. 145 a 158. Obdobně se American Bar Association (Americká advokátní komora) vyjádřila k Rusku, viz TURBINE, V. *Russian Women's Perceptions of Human Rights and Rights-Based Approaches in Everyday Life*. In: Kay, R. (ed). *Gender, Equality and Difference During and After State Socialism*, 2007, str. 172. Selanec dospěl k závěru, že postsocialistické soudci „vnímají diskriminaci z důvodu pohlaví a rasy velmi omezeně, když podle nich vyžaduje motivaci založenou na předsudku“. Viz SELANEC, G. *A Betrayed Ideal*. 2012, str. 272.

<sup>12</sup> Rozsudek OS pro Prahu 7 ve věci *Čaušević proti Pražské teplotní společnosti* ze dne 13. prosince 2010, sp. zn. 26 C 25/2006-372 (zdůrazněno autorkou).

<sup>13</sup> Evropský soudní dvůr přiznal, že považuje za nezbytné shledat zaměstnavatele „odpovědným“, v rozsudku ve věci C-320/00 *Lawrence* ze dne 17. září 2002. Domnívám se však, že v případě šlo o to, posoudit, kdy lze určité osobě přičíst určité jednání a zda lze porovnávat práci vykonávanou pro rozdílné zaměstnavatele. V rozsudku ve věci *Lawrence* nebylo vyžadováno „zavinění“.

<sup>14</sup> Rozsudek OS pro Prahu 7 ve věci *Čaušević proti Pražské teplotní společnosti* ze dne 13. prosince 2010, sp. zn. 26 C 25/2006-372.

<sup>15</sup> Rozsudek NS ve věci *K. G. proti Univerzitě Karlově* ze dne 16. ledna 2015, sp. zn. 21 Cdo 1165/2013.

<sup>16</sup> Rozhodnutí soudu prvního stupně je takto citováno v rozsudku NS ve věci *K. G. proti Univerzitě Karlově* ze dne 16. ledna 2015, sp. zn. 21 Cdo 1165/2013 (zvýrazněno autorkou).

<sup>17</sup> Rozsudek KS v Plzni ve věci *E. K. proti řediteli policie* ze dne 28. května 2009, sp. zn. 30 Ca 44/2007-49.

zaměstnavatel už dnes není tak naivní, aby se otevřeně a výslovně přiznal k diskriminaci na základě těhotenství či pohlaví.<sup>18</sup>

Tyto případy ukazují, že české soudy zřejmě nerozumějí tomu, že diskriminace často není zlovolná či úmyslné jednání, ale mnohdy je výsledkem nevědomých procesů a rozhodnutí, které kopírují existující společenské předsudky.<sup>19</sup> Tím, že české soudy trvají na konkrétním, výslovném důkazu o vědomých snahách diskriminovat na základě pohlaví, omezují dostupnost ochrany před diskriminací jen na výjimečné případy. V tomto pojetí mohou být zachyceny jen případy otevřené, zjevné a výslovné nesnášenlivosti, kdežto případy běžných projevů sexismu, předsudků či předpojatosti (*bias*) nikoliv.

## B. Důkazní břemeno

Přenesení důkazního břemene je hlavním procesním nástrojem, který má zvýšit účinnost antidiskriminačních žalob. Jakmile jsou soudu (slovy směrnice) „předloženy skutečnosti nasvědčující tomu, že došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci“, nemá po žalobci či žalobkyni žádat předložení důkazu o tom, že byli diskriminováni na základě pohlaví, ale má se obrátit na žalovaného, aby prokázal, že tomu tak nebylo. V případech přímé diskriminace může žalovaný toto břemeno ustát zejména tehdy, pokud prokáže, že jeho rozhodnutí se zakládalo na jiném, objektivním důvodu.<sup>20</sup> Diskriminační jednání, které dopadá rozdílně na muže a ženy, mohou žalovaní ospravedlnit předložením legitimního důvodu výhradně v případech nepřímé diskriminace.

České soudy se ve svých rozhodnutích zmiňují o přenesení (či dělení, což je častěji používaný pojem) důkazního břemene, většinou se však jeho využití omezuje na pouhé mechanické zopakování jeho zákonné definice. Ve skutečnosti jej soudy v jimi rozhodovaných případech neuplatňují a nepožadují po žalovaných, aby objasnili své jednání či postupy. Ve vztahu k prokazování diskriminace na základě pohlaví lze nalézt dva problematické body: soudy jednak nejsou náležitě ostražitě vůči nestandardním postupům zaměstnavatelů a jednak často nekriticky přejímají

stereotypní genderová vysvětlení zaměstnavatelů.

Zprvée soudy často shledají postupy zaměstnavatelů „nezvyklými“ či „nestandardními“, ale přesto je tolerují a nacházejí pro ně omluvu. Například ve věci *H. P. proti Ministerstvu kultury* žalobkyně namítala diskriminaci ze strany Ministerstva kultury coby potenciálního zaměstnavatele v průběhu přijímacího procesu. Ministerstvo zaslalo pozvánku k ústnímu pohovoru méně než 24 hodin předem, kvůli čemuž žalobkyně, matka malých dětí, nedostala informaci o jeho konání včas. Nejvyšší soud dospěl k závěru, že „ne každé pochybení žalované, případně její ‚nestandardní‘ postup, má za následek diskriminaci“.<sup>21</sup> Je samozřejmě jasné, že ne každý nezvyklý postup je diskriminační, soudy by však alespoň měly přimět žalované k tomu, aby tyto nestandardní postupy vysvětlili.

Soudy jsou také připraveny kdykoliv akceptovat obhajobu zaměstnavatele založenou na tvrzení, že lze jen těžko zjistit přesný skutkový stav; tato obhajoba je typicky využívána v případech obtěžování. Ani ve věci *P. S. proti Hasičskému záchrannému sboru*,<sup>22</sup> ani ve věci *A. B. proti Ministerstvu zahraničních věcí*<sup>23</sup> se soudy rozhodující v prvním stupni nevyslovily ke skutečnosti, že stížnosti žalobkyň byly nadřízenými odmítnuty a že žalobkyně nemohly využít žádných mechanismů umožňujících prevenci, prošetření, ukončení a potrestání obtěžujícího jednání. Soudy namísto toho, aby přičetly nedostatek důkazů vyplývající z neexistence vnitřních kontrolních mechanismů k tíži zaměstnavateli, se v obou případech přiklonily k zaměstnavatelovu popisu skutkového děje, a nikoliv k verzi žalobkyně.

Zadruhé, i pokud soudy řádně přenesou důkazní břemeno tak, jak od nich žádá zákon, mají následně sklon přijmout bez dalšího téměř jakékoliv vysvětlení předložené zaměstnavatelem. České soudy nejsou schopné odhalit předpojatost a namísto toho často nekriticky přejímají stereotypní domněnky či stereotypní chápání kvality práce a zásluh předkládané žalovanými. Zvláště zjevné je to v případech diskriminace v odměňování. Ve věci *V. S. proti SPGroup*<sup>24</sup> namítala ekonomka společnosti diskriminační mzdu vzhledem

<sup>18</sup> Když se případ dostal před Nejvyšší soud, byl odmítnut pro nedostatek příslušnosti: rozsudek NS ve věci *E. K. proti řediteli policie* ze dne 9. ledna 2013, sp. zn. 30 Cdo 2470/2012-73.

<sup>19</sup> Selanec předkládá obdobný argument s poukazem na příklady z řady středoevropských jurisdikcí. Viz SELANEC, c. d., str. 273 a násl.

<sup>20</sup> Žalovaný samozřejmě může také namítat, že se nejednalo o „odlišné zacházení“ nebo že nedošlo k žádné újmě. V případech týkajících se přímé diskriminace není ospravedlnění legitimním cílem (*justification*) přípustné.

<sup>21</sup> Rozsudek NS ve věci *H. P. proti Ministerstvu kultury* ze dne 27. března 2012, sp. zn. 21 Cdo 4586/2010.

<sup>22</sup> Rozsudek OS v Pardubicích ve věci *P. S. proti Hasičskému záchrannému sboru* ze dne 12. března 2008, sp. zn. BC 373/2006-107.

<sup>23</sup> Rozsudek OS pro Prahu 1 ve věci *A. B. proti Ministerstvu zahraničních věcí* ze dne 6. září 2007, sp. zn. 27 C 90/2004-123.

<sup>24</sup> Rozsudek OS pro Prahu 1 ve věci *V. S. proti SPGroup* ze dne 14. března 2005, sp. zn. 23 C 11/2003-70.

k tomu, že roční mzda jejího předchůdce na stejné pozici byla o 178 643 Kč vyšší.<sup>25</sup> Uvedla a doložila, že má lepší kvalifikaci pro danou pozici a že je schopna pokrýt širší okruh pracovních úkolů. Zaměstnavatel namítal, že v důsledku prodeje některých fondů zodpovídala žalobkyně ve skutečnosti za menší rozsah transakcí a převzala pouze některé z pracovních povinností svého předchůdce. Bez řádného dokazování, co se týká kvalifikace obou dotčených osob či množství a náplni jejich pracovních povinností, které by mohlo doložit uvedené tvrzení zaměstnavatele, se soud přiklonil k závěru, že „pracovní náplň obou zaměstnanců byla *kvantitativně a kvalitativně* odlišná“.<sup>26</sup> Bez dostatečných důkazů pro takový závěr soud přijal tvrzení zaměstnavatele, že „[žalobkyně] plnila *operativní* úkony, zatímco [...] její předchůdce] řídil *strategické* operace“.<sup>27</sup> Je obtížné toto nevnímat jako nedbalé přejímání genderových stereotypů, podle kterých ženy vykonávají svou práci spíše rutinním a méně komplikovaným způsobem („operativní“ vs. „strategické“), zejména když tento závěr nemá oporu ve zjištěných skutkových okolnostech případu. Mzda žalobkyně byla navíc stanovena dříve, než mohla být ohodnocena kvalita její práce, což je v rozporu s ustálenou judikaturou Soudního dvora Evropské unie, podle které „rozdíly v odměňování za rovnocennou práci nelze odůvodnit na základě ‚budoucího posouzení práce jednotlivých zaměstnanců‘“.<sup>28</sup> Jinými slovy, zaměstnavatel nemohl v okamžiku, kdy žalobkyni přijímal, předvídat, jaký bude její pracovní výkon, a žádný takový abstraktní odhad nemůže ospravedlnit rozdíly v odměňování, obzvláště ne rozdíl natolik výrazný.

V jednom z novějších (a široce medializovaných) případů diskriminace v odměňování byla mzda stanovena pro primářku oddělení pediatrie v Nemocnici Boskovice o polovinu nižší než příjem primáře oddělení chirurgie a pouze dvoutřetinový ve srovnání s příjmem jejího bezprostředního předchůdce.<sup>29</sup> Soud žalobkyni nevyhověl. Mimo jiné přijal odůvodnění zaměstnavatele, podle kterého je výše platu „smluvní“ záležitostí, tj. že výše

platu závisí na tom, o kolik zaměstnanci požádají. V rámci odvolacího řízení Krajský soud v Brně rozsudek soudu prvního stupně zrušil a vrátil k dalšímu řízení. Vyslovil přitom názor, že skutečnost smluvního vyjednávání o výši platu není dostatečným odůvodněním pro diskriminační praxi: „Tyto úvahy nelze v žádném případě akceptovat, neboť by vedly ke zcela nepřijatelnému závěru, že výše mzdy *není odvislá od vykonávané práce, nýbrž především od schopnosti zaměstnance prosadit své zájmy při vyjednávání* o obsahu pracovní smlouvy (smlouvy o mzdě). Ze skutečnosti, že v soukromé sféře je odměňování za práci z velké části ponecháno smluvní autonomií účastníků pracovněprávního vztahu, nelze dovozovat, že by v těchto případech zaměstnavatelé nebyli povinni dostát zákonnému požadavku na rovné zacházení se všemi zaměstnanci při jejich odměňování.“<sup>30</sup>

Krajský soud v Brně správně porozuměl tomu, že pokud by byl argument smluvní svobody bez dalšího přijat, pozbyl by zákaz nerovného odměňování za práci zcela na významu, jinými slovy že zákaz diskriminace (coby kogentní ustanovení) cíleně omezuje šíři smluvní svobody. Soud také zjevně použil teleologický výklad, aby správně vyložil záruku rovnosti v odměňování v nerovném prostředí, v němž ženy tyto smluvní vztahy uzavírají.<sup>31</sup>

Okresní soud v Blansku nicméně ve druhém rozsudku ve věci v červnu 2015 zopakoval svůj předchozí závěr, podle kterého se o žádnou diskriminaci nejednalo.<sup>32</sup> Pomíne-li skutečnost, že soud nadále považoval „smluvní povahu“ mzdy za relevantní okolnost, zdůraznil rovněž mnohem obtížnější povahu chirurgické práce v porovnání s pediatrií. Jedná se o další dobrý příklad nekritického přejímání tvrzení zaměstnavatelů ze strany soudů i nedostatek reflexe širších souvislostí. Lékařská profese je vnitřně rozdělená; typickým chirurgem je muž a typickou pediatričkou žena. Není překvapující, že chirurgie jakožto typicky „mužská“ práce je vnímána jako náročnější a důležitější, a to jak uvnitř profese, tak nejspíš i celospolečensky,

<sup>25</sup> Z ustálené judikatury SDEU vyplývá, že postavení dvou osob následujících po sobě ve stejném zaměstnaneckém poměru lze porovnávat. Viz např. rozsudek ESD ve věci C-129/79 *Macarthy v Smith* ze dne 27. března 1980.

<sup>26</sup> Rozsudek OS pro Prahu 1 ve věci *V. S. proti SPGroup* ze dne 14. března 2005, sp. zn. 23 C 11/2003-70 (zdůrazněno autorkou). Jediný svědek vyslýchaný k tomuto bodu uvedl, že mu není známo, v jakém rozsahu převzala žalobkyně pracovní úkoly od svého předchůdce.

<sup>27</sup> Tamtéž (zdůrazněno autorkou).

<sup>28</sup> Viz rozsudek ESD ve věci C-381/99 *Brunnhofner* ze dne 26. června 2001, odst. 79, viz též SELANEC, c. d., str. 310.

<sup>29</sup> Rozsudek KS v Brně ve věci *M. P. proti Nemocnici Boskovice* ze dne 17. září 2014, sp. zn. 49 Co 319/2013-217; rozsudek OS v Blansku ve věci *M. P. proti Nemocnici Boskovice* ze dne 30. června 2015, sp. zn. 78EC 1342/2011-279.

<sup>30</sup> Rozsudek KS v Brně ve věci *M. P. proti Nemocnici Boskovice* ze dne 17. září 2014, sp. zn. 49 Co 319/2013-217, str. 7 (zdůrazněno autorkou).

<sup>31</sup> Srov. nicméně rozsudek NS ze dne 6. srpna 2015, sp. zn. 21 Cdo 3976/2013, kde Nejvyšší soud nemá ve věci, bohužel, zdaleka tak jasno. Příklad se týkal diskriminace v odměňování mezi dvěma muži.

<sup>32</sup> Rozsudek OS v Blansku ve věci *M. P. proti Nemocnici Boskovice* ze dne 30. června 2015, sp. zn. 78EC 1342/2011-279.

a jako taková je lépe odměňována. Není ani překvapením, že práce s dětskými pacienty, obzvláště když ji vykonávají ženy, není považována za natolik obtížnou a oceněnihodnou. Dalo by se však očekávat, že právě soudy budou schopny prohlédnout takové profesní a společenské předsudky a zamezí projevům genderové předpojatosti v chápání zásluh (*merits*).

### C. Zásahy ze strany Ústavního soudu

Přetrvávající chybná aplikace institutu přenesení důkazního břemene ze strany českých obecných soudů si vyžádala opakované zásahy Ústavního soudu, zejména ve sporech týkajících se diskriminace na základě rasy. Zdráhavý přístup českých soudů lze nejlépe doložit tím, že krátce po zakotvení § 133a do občanského soudního řádu předložil Krajský soud v Ústí nad Labem, rozhodující ve věci rasové diskriminace v přístupu ke službám, Ústavnímu soudu návrh na zrušení daného ustanovení pro rozpor s Ústavou.<sup>33</sup> Ústavní soud návrh zamítl a prohlásil institut sdílení důkazního břemene za slučitelný s ustanoveními o rovnosti zakotvenými v Listině.

V následujících letech (naposledy v roce 2015) bylo podáno několik ústavních stížností, v nichž stěžovatelé a stěžovatelky napadali postup obecných soudů v tom smyslu, že důkazní břemeno v jejich případech nebylo přeneseno na žalovaného. Stěžovatelé a stěžovatelky byli s těmito podáními ve většině případů úspěšní.<sup>34</sup> Ústavní soud je ve svých instrukcích pro nižší soudy stále důraznější; nedávno uvedl, že „představa, že takováto pohnutka bude dotčenému jednotlivci výslovně sdělena, je iluzorní. [...] K diskriminačnímu jednání naopak běžně dochází právě pod určitou zástupnou záminkou, která by sama o sobě mohla jako důvod odlišného zacházení obstát“.<sup>35</sup>

Je pozitivní, že alespoň na vrcholu soudní hierarchie existuje tlak na správnou aplikaci antidiskriminačního práva a dosažení jeho účinnosti. Na druhou stranu jsou však přetrvávající pochybení při jeho aplikaci na straně obecných soudů značně znepokojující. Nálezy Ústavního soudu jsou obecně závazné; jím vyslovená pravidla jsou tudíž platným právem.

Platným právem je však i antidiskriminační právní úprava EU sama o sobě, bez zásahu či dalšího objasňování ze strany Ústavního soudu. Jaká je použitelná právní úprava, je tedy jasné. Nejasné zůstává českým soudům to, jak mají tuto právní doktrínu správně aplikovat na jim předložené skutkové okolnosti. Domnívám se proto, že by bylo chybou vnímat tuto špatnou aplikaci jako projev pohrdání antidiskriminačním právem. Spíše shledávám u části českých soudů nedostatek porozumění tomu, jak fungují individuálně i institucionálně zakotvené předsudky a předpojatosti. Pokud obecné soudy nepřistihnou zaměstnavatele nebo poskytovatele služeb při jednání výslovně zaměřeném proti ženám nebo Romům, není jim zřejmé, jak jinak se mohla projevovat diskriminace na základě pohlaví nebo rasy a jakým způsobem ji mohou odhalit.

## II. Nepřímá diskriminace – slepota vůči strukturálnímu nastavení

Nepřímou diskriminací se dle evropského práva rozumí, „pokud by v důsledku zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo zvyklosti byly znevýhodněny osoby jednoho pohlaví v porovnání s osobami druhého pohlaví, ledaže takové ustanovení, kritérium nebo zvyklost jsou objektivně odůvodněny legitimním cílem a prostředky k dosažení uvedeného cíle jsou přiměřené a nezbytné“.<sup>36</sup>

Aplikace tohoto právního konceptu činí obtíže jak Ústavnímu, tak obecným soudům,<sup>37</sup> a to nejen v ČR, ale v celém postsocialistickém středoevropském regionu.<sup>38</sup> V Česku se však dosud jednalo o případy rasové diskriminace, proto se o nich zmíním jen stručně a zaměřím se na otázky relevantní i pro diskriminaci na základě pohlaví.

Ústavní soud se poprvé zabýval otázkou nepřímé diskriminace v nyní již známém případě týkajícím se segregování romských dětí do zvláštních škol, který vstoupil do povědomí široké veřejnosti poté, co doputoval až před ESLP jako stížnost *D. H. proti České republice*.<sup>39</sup> Ústavní soud stížnost v roce 1999 odmítl pro zjevnou neopodstatněnost (tedy se jí meritorně vůbec nezabýval).<sup>40</sup> Nemáme

<sup>33</sup> Nález ÚS ze dne 26. dubna 2006, sp. zn. Pl.ÚS 37/04.

<sup>34</sup> Nález ÚS ze dne 12. srpna 2015, sp. zn. III. ÚS 1136/13; nálezy ÚS ze dne 22. září 2015, sp. zn. III. ÚS 1213/13; nálezy ÚS ze dne 8. října 2015, sp. zn. III. ÚS 880/15.

<sup>35</sup> Nález ÚS ze dne 22. září 2015, sp. zn. III. ÚS 1213/13, odst. 33 (zdůrazněno autorkou).

<sup>36</sup> Článek 2 odst. 1 písm. b) směrnice 2006/54/ES (přepřevzaté znění).

<sup>37</sup> Viz také rozbor Markéty Whelanové in Boučková, P. a kol. *Antidiskriminační zákon. Komentář*, 2. vyd., Praha 2016, komentář k § 3.

<sup>38</sup> SELANEC, C. d., str. 321–388.

<sup>39</sup> Rozsudek ESLP ze dne 7. února 2006 ve věci *D. H. a další proti České republice*, stížnost č. 57325/00 (rozsudek senátu); rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 13. listopadu 2007 ve věci *D. H. a další proti České republice*, stížnost č. 57325/00.

<sup>40</sup> Usnesení ÚS ze dne 20. října 1999, sp. zn. I. ÚS 297/99. Ústavní soud stížnost částečně odmítl, ve zbytku shledal nedostatek příslušnosti.

tudíž žádné vodítko, jak Ústavní soud v dané době k nepřímé diskriminaci přistupoval. Nutno dodat, že v rozhodné době nebyla Česká republika členkou EU<sup>41</sup> a ani ESLP ještě neměl ve vztahu k nepřímé diskriminaci příliš rozvinutou judikaturu.<sup>42</sup> To ale neznamená, že Ústavní soud nemohl hledat řešení z jiných zdrojů. Mohl např. využít koncept „diskriminace ve výsledku“ (*discrimination in effect*), která koresponduje s pojmem nepřímé diskriminace a kterou používá Výbor OSN pro odstranění rasové diskriminace.<sup>43</sup> Možnost vyložit čl. 3 odst. 1 Listiny jako obsahující zákaz nepřímé diskriminace zde tedy byla.

Když se případem zabýval ESLP poprvé (rozsudek senátu), neshledal porušení. Po podání odvolání však velký senát ESLP dospěl k závěru, že systematické vyčleňování romských dětí bylo nepřímo diskriminační, a tudíž v rozporu s Úmluvou. Převážná část soudců pocházejících z postsocialistických zemí neskrývala v průběhu řízení značné rozpaky jak nad chápáním systémové diskriminace a vyčleňování Romů jako problému, tak nad doktrínou nepřímé diskriminace. Většina soudců stojících za rozhodnutím senátu, kterým nebylo ve věci shledáno porušení Úmluvy,<sup>44</sup> stejně jako většina soudců, kteří vyslovili odlišné stanovisko k rozhodnutí velkého senátu,<sup>45</sup> pocházela z postsocialistických zemí. Jak jsem rozvedla jinde,<sup>46</sup> stredoevropské soudce – stejně jako česká vláda a další žalované vlády v později rozhodovaných případech – i nadále vznášejí výhrady proti konceptu nepřímé diskriminace a jeho aplikaci na vyčleňování Romů v oblasti vzdělávání. Nevěří tomu, že by např. psychologické testy nemusely být „objektivní“ a že mohou být (zcela nevědomky a bez zlého úmyslu) nastaveny tak, aby zvýhodňovaly děti z neromských

rodin. Nerozumějí, že i zdánlivě neutrální praktiky mohou být přesto shledány diskriminačními, pokud způsobují újmu již tak znevýhodněné skupině.<sup>47</sup> Stredoevropské soudce též často zastávají názor, že je pouze na odpovědnosti jednotlivce, zda překoná strukturální znevýhodnění.<sup>48</sup>

Téměř 10 let po rozhodnutí ve věci *D. H.* dostal Ústavní soud další příležitost rozhodovat o případu rasové segregace v přístupu ke vzdělání. Stížností podanou v roce 2008 se J. S. domáhal náhrady újmy za umístění do systému zvláštních škol, přičemž se explicitně opřel o doktrínu a principy rozsudku ESLP ve věci *D. H.* Obecné soudy ve svých rozhodnutích přijaly velice striktní výklad nepřímé diskriminace, zejména ve vztahu ke statistickým důkazům a k přenesení důkazního břemene, a rozhodly v neprospěch žalobce. Ústavní soud tyto aspekty rozhodnutí obecných soudů podrobil kritice a uznal, že ve stávající zaběhnuté praxi umístování do zvláštních škol lze rozpoznat prvky diskriminace. Shledal nicméně, že tyto prvky nebylo možné rozeznat ve vztahu ke stěžovateli, v jehož individuálním případě se tak podle soudu nejednalo o diskriminaci.<sup>49</sup>

Ústavní soud rozhodoval pouze jediný případ nepřímé diskriminace na základě pohlaví. Stížnost podal muž ve snaze postavit se zakořeněným genderovým vzorcům v rozhodování opatrovnických soudů o svěření dětí do péče.<sup>50</sup> Případ bohužel nepřispěl k dalšímu rozvoji doktríny nepřímé diskriminace, protože Ústavní soud dal stěžovateli za pravdu z jiných důvodů a nutnosti věnovat se v nálezů nepřímé diskriminaci se tím vyhnul.

Pokud jde o obecné soudy, vím pouze o jednom případě, kde byla nepřímá diskriminace jak namítána žalobci, tak aplikována soudem.<sup>51</sup>

<sup>41</sup> V dané době vycházel v EU zákaz nepřímé diskriminace na základě pohlaví z judikatury. Viz rozsudek ESD ve věci 96/80 *Jenkins v Kingsgate* ze dne 31. března 1981. Nové legislativní vymezení bylo později přijato v čl. 2 odst. 2 směrnice 97/80/ES o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví. Rasa jako důvod byla zahrnuta teprve s přijetím směrnice 2000/43/ES (směrnice o rasové rovnosti).

<sup>42</sup> Christa Tobler poukazuje na to, že „postoj ESLP k nepřímé diskriminaci byl dlouhou dobu poněkud váhavý, ačkoliv již ve své dřívější judikatuře poukazyval na přístup zakládající se na následku v diskriminačních věcech“. Ve skutečnosti na něj ESLP výslovně poukázal až v roce 2005 v rozsudku ve věci *Hoogendijk proti Nizozemsku* ze dne 6. ledna 2005, stížnost č. 58641/00, a ve věci *D. H.* samotné. Viz TOBLER, Ch. *Limits and potential of the concept of indirect discrimination* [online]. European Commission Report. 2008, str. 14. Dostupné na <[http://www.migpolgroup.com/public/docs/146.LimitsandPotentialoftheConceptofIndirectDiscrimination\\_EN\\_09.08.pdf](http://www.migpolgroup.com/public/docs/146.LimitsandPotentialoftheConceptofIndirectDiscrimination_EN_09.08.pdf)>.

<sup>43</sup> Článek 1 odst. 1 Úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace ze dne 21. prosince 1965.

<sup>44</sup> Soudci z České republiky, Maďarska, Litvy a Ukrajiny utvořili většinu se soudcem ze San Marina. Francouzský předseda senátu vyjádřil souhlasné stanovisko, portugalský soudce vyjádřil odlišné stanovisko.

<sup>45</sup> Autory nesouhlasného stanoviska byli soudci Jungwiert (Česká republika), Župančič (Slovinsko), Šikuta (Slovensko) a Borrego Borrega (Španělsko).

<sup>46</sup> HAVELKOVÁ, B. *Judicial Scepticism of Discrimination at the ECtHR*. In: Collins, H. – Khaitan, T. (eds.). *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Oxford 2018.

<sup>47</sup> Viz např. nesouhlasné stanovisko slovenského soudce Šikuty ve věci *D. H.* (rozsudek velkého senátu). Bližší rozbor námitky určitých soudců ESLP proti posuzování segregace Romů jako nepřímé diskriminace viz HAVELKOVÁ, *Judicial Scepticism*.

<sup>48</sup> Tamtéž.

<sup>49</sup> Nález ÚS ze dne 12. srpna 2015, sp. zn. III. ÚS 1136/13. Tento konkrétní závěr si zaslouží hlubší rozbor, který však jde nad rámec tohoto článku.

<sup>50</sup> Nález ÚS ze dne 26. května 2014, sp. zn. I. ÚS 2482/13.

<sup>51</sup> Nepřímá diskriminace byla jako podpurný argument zmíněna rovněž v případě, který v roce 2014 rozhodoval Nejvyšší správní soud, v němž rodič napadal zákaz vstupu do restaurace s dětmi. Ten lze považovat za nepřímou diskriminaci z důvodu mateřství a otcovství, která je samostatně upravena v českém antidiskriminačním zákoně. Ve svém rozsudku Nejvyšší správní soud zmínil tento argument, nakonec se však zaměřil na diskriminaci dětí, a nikoliv na diskriminaci zaměřenou proti rodičům. Rozsudek NSS ve věci *MJ proti České obchodní inspekci* ze dne 30. října 2014, sp. zn. 4 As 1/2014-28.

Na rozdíl od většiny žalob založených na přímé diskriminaci na základě pohlaví se tento spor netýkal pracovněprávních vztahů, ale směřoval proti daňovému řádu. Žaloba využívala přímého účinku právní úpravy EU.<sup>52</sup> Žalobci Whelan a Whelanová napadli ustanovení právní úpravy, které vylučovalo z možnosti společného zdanění manželů situaci, v níž jeden z manželů byl osobou samostatně výdělečně činnou a současně pečoval o děti, ačkoliv nebyl oficiálně příjemcem rodičovského příspěvku. Daňový řád stanovil povinnost těchto OSVČ uhradit povinnou minimální daň, v důsledku čehož manželé nemohli využít výhodnější režim zdanění. Žalobci považovali dané ustanovení daňového řádu za nepřímou diskriminační na základě pohlaví. Ačkoliv v daném případě byl osobou samostatně výdělečně činnou otec,<sup>53</sup> typicky by předmětné ustanovení negativně dopadalo na ženy, s ohledem na to, že v české společnosti v převážné míře pečují o děti.

Krajský soud formalisticky přezkoumal rozhodnutí finančních úřadů a shledal, že právní úprava nerozeznává jako důvod pro vynětí z povinnosti hradit minimální daň péči o dítě, ale pouze skutečnost, že daná osoba je příjemcem rodičovského příspěvku.<sup>54</sup> Nejvyšší správní soud<sup>55</sup> v dobře odůvodněném a teleologicky správně vystavěném rozsudku zrušil rozsudek krajského soudu a vrátil mu věc k dalšímu rozhodování.<sup>56</sup>

Ačkoliv výsledek rozhodnutí ve věci je třeba vnímat pozitivně, Nejvyšší správní soud nakonec rozhodoval pouze o technické otázce. Dospěl přitom při jejím posouzení k jinému závěru než krajský soud – označil za dostačující, že otec měl nárok pobírat rodičovský příspěvek jako osoba převážně pečující o děti, takže nebylo podstatné, že formálně jeho příjemcem nebyl. V důsledku toho měl být vyloučen z povinnosti uhradit minimální daň. Soud se – naneštěstí pro žalobce – nezbýval interpretací institutu nepřímé diskriminace. To umožnilo krajskému soudu, aby

v následném rozsudku, který se týkal nového zdaňovacího období a dětí starších čtyř let, opět odepřel manželům možnost požívat výhody režimu společného zdanění manželů.<sup>57</sup>

Pokud jde o to, jak krajský soud uchopil nepřímou diskriminaci, tento soud uznal, že v převažující míře jsou těmi, kdo pečují o děti, skutečně ženy, což může vést k jejich nižším příjmům. Zkonstatoval nicméně, že „to, že v této věci pečovatel o děti – tedy žalobce – dosahoval příjmů tak nízkých, že mu vznikla povinnost stanovit minimální základ daně, však není záležitost systémová, nýbrž nahodilá. Nepochybně i ti rodiče, kteří se zvýšenou měrou starají o starší než čtyřleté děti, mohou dosahovat příjmů vyšších, a vymknout se tak povinnosti stanovit minimální základ daně“.<sup>58</sup>

Tato citace ukazuje, že soud dostatečně neporozuměl otázce systémového znevýhodnění, tedy samotné podstatě toho, proti čemu směřuje doktrína nepřímé diskriminace. Soud nepochopil, že fakt, že pár výjimečných individuů může překonat znevýhodňující nastavení, nepopírá charakter tohoto nastavení jako strukturálně znevýhodňujícího. Nepřímá diskriminace směřuje proti systémovým pravidlům či mechanismům, které mají statisticky významný nerovný dopad, bez ohledu na to, zda na pár jedinců nedopadá či zda jej výjimečný jednotlivec dokáže svým úsilím překonat.

České případy tak odhalují závažná pochybení při výkladu a aplikaci doktríny nepřímé diskriminace tak, jak ji upravuje právo EU i ESLP.<sup>59</sup> Tyto obtíže mají hlubší kořeny v nedostatečném pochopení toho, proti čemu antidiskriminační právo směřuje. Jak jsem rozvedla jinde,<sup>60</sup> východiskem doktríny nepřímé diskriminace je několik poznatků o fungování nerovnosti ve společnosti. Jedná se o poznatek, že diskriminace je umožněna a zakotvena v sociokulturním a socioekonomickém nastavení, které hierarchicky uspořádává společnost a znevýhodňuje určité skupiny a jejich příslušníky. V důsledku této

<sup>52</sup> Žalobu podal manželský pár; Markéta Whelanová je přední právní expertkou na antidiskriminační právo a spoluautorkou knih Boučková, P. a kol. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. Praha 2010 a Boučková, P. a kol. *Antidiskriminační zákon. Komentář*. 2. vyd. Praha 2016.

<sup>53</sup> Soud to vyhodnotil jako další důvod pro neúspěch žaloby, přičemž správně nezohlednil, že pokud je určité ustanovení vnitrostátního práva nepřímou diskriminační, nesmí být dle evropské právní doktríny „přímého účinku“ použito v konkrétním případě, bez ohledu na to, kdo je žalující stranou.

<sup>54</sup> Rozsudek MS v Praze ve věci *Whelan a Whelanová* ze dne 24. července 2008, sp. zn. 11 Ca 161/2007-39.

<sup>55</sup> Rozsudek NSS ve věci *Whelan a Whelanová* ze dne 21. května 2009, sp. zn. 7 Afs 103/2008-71.

<sup>56</sup> Není podle mne náhoda, že NSS je schopen správně pracovat s antidiskriminačním právem. Jako relativně nový orgán (zřízený teprve v roce 2003), který soudce a soudkyně vybírá na základě zásluh a schopností a z řad mladších právníků a právniček, kteří často část svého vzdělání získali v zahraničí, je obecně schopen teleologického výkladu, což je jinak v kontextu českého soudnictví spíše výjimečné.

<sup>57</sup> Rozsudek MS v Praze ve věci *Whelan a Whelanová* ze dne 14. června 2012, sp. zn. 5Ca 336/2008-29. Lze namítnout, že v tomto případě šlo o mírně odlišnou věc. V tomto případě byly děti starší čtyř let, a tudíž nebylo možné žádat o příznání rodičovského příspěvku. Klíčovou otázkou tak bylo, zda je, či není přípustné navázat daňové zvýhodnění na rodičovskou dovolenou. Rozsudek NSS k této otázce nedodal návod. Právo EU by jej ale bez dalšího poskytlo.

<sup>58</sup> Rozsudek MS v Praze ve věci *Whelan a Whelanová* ze dne 14. června 2012, sp. zn. 5Ca 336/2008-29, str. 7 (zdůrazněno autorkou).

<sup>59</sup> Česká republika dokonce v současnosti čelí řízení pro porušení Smlouvy podle čl. 258 SFEU kvůli pokračující nepřímé diskriminaci spočívající v segregaci romských dětí ve vzdělávání.

<sup>60</sup> HAVELKOVÁ, *Judicial Scepticism*.



hierarchie budou mít zdánlivě „stejná“ pravidla či požadavky rozdílný dopad na členy zvýhodněných a znevýhodněných skupin. A jakkoliv může být původ této nerovnosti a znevýhodnění značně rozptýlený – tedy ne vždy přičitatelný jen jednomu zaměstnavateli –, je legitimní zakázat určitým institucím a osobám (zaměstnavatelům a poskytovatelům zboží a služeb), aby tyto struktury kopírovaly a tím ještě posilovaly jejich dopad. Nepřímá diskriminace se zaměřuje na dopad či důsledek (*impact* či *effect*) rozhodnutí a opatření, protože vychází z předpokladu, že to, co se odehrává v hlavě diskriminujícího, není tak podstatné jako výsledný účinek jeho jednání na znevýhodněnou skupinu a/nebo její členy. Zejména u nepřímé diskriminace je zjevné, že terčem zákazu nejsou jen nenávisťná či úmyslná jednání. Tato východiska (která vyžadují určité porozumění společenskému fenoménu nerovnosti) činí institut nepřímé diskriminace obzvláště zranitelným v českém kontextu, kde je rozšířeno popírání existence genderové nerovnosti, popírání nespravedlnosti této nerovnosti, jakož i odpor vůči opatřením, která by umožnila proti této nerovnosti bojovat.<sup>61</sup>

### III. Omezené chápání diskriminace

#### A. Příliš široké a příliš úzké chápání rovnosti

V Česku existuje na jedné straně široký obecný princip rovnosti, který je brán soudy vážně. Ten ale v případech, kdy je žalována diskriminace ze specifického chráněného důvodu, neuchopí jádro problému, protože je primárně zaměřen na „rozdílné zacházení“, a tudíž chápe rovnost formálně. V případech, kdy je žalován zvláště chráněný důvod, jako je pohlaví, soudy naopak pracují s velmi úzkým chápáním toho, co je diskriminací. Domnívají se, že diskriminuje pouze „pár shnilých jablek“. „Shnilých“ proto, že pouze výslovné, úmyslné nenávisťné projevy jsou chápány jako diskriminační, a tudíž podléhající zákonnému zakazu. Tato perspektiva je v praxi českých soudců patrná z neustálého hledání pohnutky (motivů), či dokonce úmyslu v diskriminačních sporech. „Pár“ proto, že na akty

diskriminace je typicky nahlíženo jako na ne-související excesy, které jsou ojedinělé, a nikoli jako na akty vystupující z určitého podhoubí genderových předsudků a předpojatostí. Chápání práva na rovnost a antidiskriminačního práva je tak buď příliš široké, nebo příliš úzké na to, aby diskriminované osoby mohly úspěšně uplatnit svá práva.

Představa, že pouze úmyslná jednání jsou závadná, a tudíž pouze tato jednání by měla být považována za diskriminační a jen proti nim by měla právní úprava poskytovat ochranu, vede soudy k omezenému chápání otázky, zda se určité jednání „zakládá na pohlaví“, či k omezenému chápání nepřímé diskriminace. Úzké vnímání diskriminace jako něčeho ojedinělého, a tudíž velmi závažného pak druhotně snižuje ochotu soudů shledat žalované odpovědnými za spáchání tak zavržených činů.<sup>62</sup>

#### B. Přinejlepším formální, určité ne materiální pojetí rovnosti

Výzkum, který právě předkládám, byl původně částí delší analýzy vývoje práva na rovnost a antidiskriminačního práva, a díval se tedy i na období státního socialismu.<sup>63</sup> Pracovní hypotéza, se kterou jsem přistupovala k analýze dokumentů týkajících se období po roce 1989, byla taková, že budu svědkyní formálního pojmání rovnosti jako možné reakce na materiální a transformativní přístup k třídní a socioekonomické rovnosti typický pro období státního socialismu (odstranění soukromého vlastnictví, homogenizace mezd atd.).<sup>64</sup> Částečně se tato hypotéza potvrdila. V řečnické rovině, obzvláště je-li předmětem parlamentních debat, je celý koncept a projekt rovnosti znevažován a napadán z důvodu svého propojení s minulostí. Například při projednávání prvního návrhu antidiskriminačního zákona poslanec Marek Benda (ODS) zesměšňoval to, co chápal jako třídně založenou ochrannou legislativu: „[Existují] radikální hnutí, která v marxistickém duchu *dělí* společnost znovu na nějaké skupiny a třídy. Tentokrát jsou to třídy tu mužů a žen, tu jiné barvy pleti, tu jiného vyznání, tu něčeho dalšího.“<sup>65</sup> Během téže rozpravy poslanec Josef Janeček (KDU-ČSL) uvedl, že „představa, že donutíme všechny, aby vykonávali za

<sup>61</sup> Tuto trojčlennou analýzu popírání problému nerovnosti pohlaví přebírám od Debory Rhode. RHODE, D. *Speaking of Sex: Denial of Gender Inequality*. Cambridge 1997. Pro podrobnější analýzu problému v ČR viz HAVELKOVÁ, *Gender Equality*, str. 113–116 a 282–285.

<sup>62</sup> Viz výše diskusi v části I.A.

<sup>63</sup> HAVELKOVÁ, *Gender Equality*.

<sup>64</sup> Tamtéž, kapitola 4.

<sup>65</sup> Rozprava Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR ke sněmovnímu tisk č. 866 na 41. schůzi 4. funkčního období dne 10. února 2005 (zdůrazněno autorkou).

současných podmínek stejné kariéry a stejné práce, je představa hezká. Tyto myšlenky jsme slyšeli před rokem 1989 a také se realizovaly“.<sup>66</sup>

Z mých jinde publikovaných analýz právní úpravy rovnosti v období státního socialismu jasně vyplývá, že jsou tyto výroky fakticky nesprávné.<sup>67</sup> Po krátkém transformativním období v 50. letech, kdy se stát skutečně snažil prosadit větší rovnost mezi pohlavími (a to tak jako tak především ve veřejné sféře), se mnohé jeho politiky i právní úprava v konkrétních oblastech přeorientovaly na relativně tradiční přístup, který rozdíl mezi pohlavími spíše posiloval. Prorodinná a na podporu mateřství orientovaná politika, která byla po roce 1989 převzata z normalizační éry, byla politikou rozdílnosti spíše než politikou rovnosti. Ženy nebyly vedeny k tomu, aby byly „stejně“. Pokud něco bývalý režim utužil, pak to byly genderové rozdíly.<sup>68</sup> Navíc se oba poslanci spletli, když tvrdili, že v Česku je dobré povědomí o antidiskriminačních právech. Jak jsem rozvedla jinde,<sup>69</sup> skutečné právo na ochranu před diskriminací za státního socialismu neexistovalo, obzvláště ne ve vztahu k charakteristikám, jako je pohlaví nebo rasa.

Český postsocialistický vztah k rovnosti je však složitější; nejde jen o odmítání materiálního pojetí rovnosti. Velice často je popřen i základní požadavek formální rovnosti z důvodu, že omezuje svobodu a právo na výběr. Senátor Miroslav Škaloud (ODS), neformální mluvčí pravicových odpůrců antidiskriminačního zákona, uvedl: „Nelze pochybovat, že je správné zakázat nejen ve veřejné, ale i v soukromé sféře *projevy nenávisti a nabádání k útokům* vůči jiným osobám, což může někdo chápat jako diskriminaci. Tento problém ale má řešit a také řeší trestní právo. Všechny ostatní diskriminace v soukromém styku jsou však součástí lidské svobody – *svobody rozlišovat*. [...] Podstatou soukromé sféry je právě rozhodování o tom, s kým se sdružím a s kým ne, s kým se stýkám a s kým ne, s kým uzavřu smlouvu a s kým ne.“<sup>70</sup>

Vojtěch Šimíček, soudce Ústavního soudu, zopakoval obdobný postoj naposledy ještě v roce 2015: „Jistě, nezpochybnitelným úkolem práva je odstraňovat neodůvodněné rozdíly. *Nemá však mít ambici zasahovat do ryze soukromých vztahů*: určovat, koho mám zaměstnat a na jakých pozicích, [...] s kým mohu uzavřít nájemní smlouvu, jak má být složena kandidátka do voleb [...].“<sup>71</sup>

Obě stanoviska jako by vycházela ze stejného přístupu, založeného na odmítání jakýchkoliv zásahů do rozlišování a diskriminace, snad jen s výjimkou „projevů nenávisti nebo podněcování k útoku“, které by typicky spadaly do sféry trestního práva.

Jde o poměrně krajní pohled, který je ale sdílen alespoň některými soudci a soudkyněmi. Ústavní soud povětšinou akceptoval svou roli spočívající v zamezování projevům neodůvodněného rozlišování a libovůle. Obecné soudy se mnohem více zdráhají převzít na sebe povinnost přezkoumávat rozhodnutí zaměstnavatelů, pronajímatelů či poskytovatelů zboží a služeb. Proto lze říci, že české soudy nepřijímají dokonce ani formální pojetí rovnosti ve vztahu k chráněným důvodům s otevřenou náručí.

Pokud jde o rovnost v materiálním smyslu, platí, že čím více „materiální“ je určité opatření nebo ustanovení, tím méně jsou postsocialističtí zákonodárci a soudci nakloněni tomu jej přijmout a následně prosazovat. Přenesení důkazního břemene soudy nejprve zpochybňovaly jako protiústavní a jeho následná chybná aplikace ze strany obecných soudů vyžadovala opakované intervence Ústavního soudu. Nepřímá diskriminace je v Česku interpretována a aplikována mnohem úžeji, než požaduje právní úprava EU a Úmluva. Ústavní soud rovněž naznačil, že bude-li mu předložena stížnost směřující k přijetí pozitivních opatření<sup>72</sup> ve prospěch znevýhodněné skupiny, nepřistoupí k ní jinak, než jak přistupuje k posouzení jakéhokoliv jiného zákonem stanoveného rozlišování.<sup>73</sup> Jinými slovy, Ústavní soud přislíbil

<sup>66</sup> Rozprava Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR ke sněmovnímu tisk č. 866 na 41. schůzi 4. funkčního období dne 10. února 2005 (zdůrazněno autorkou).

<sup>67</sup> HAVELKOVÁ, B. Tři stadia genderu v socialistickém právu. In: Havelková, H. – Oates-Indruchová, L. (eds.). *Vyvláštěný hlas. Proměny genderové kultury české společnosti 1948–1989*, Praha 2015.

<sup>68</sup> Tamtéž.

<sup>69</sup> HAVELKOVÁ, B. Resistance to Anti-Discrimination Law in Central and Eastern Europe – a Post-Communist Legacy? *German Law Journal*, 2016, č. 4, str. 627–656.

<sup>70</sup> ŠKALOU, M. Antidiskriminační zákon – více škody nežli užítku. In: *RNDr. Miroslav Škaloud* [online]. 2006. Dostupné na <<http://www.skalous.net/clanky/stanoviska/tridena-stanoviska/pravo/antidiskriminacni-zakon-vice-skody-nezli-uzitku-26-1-2006/>> (zdůrazněno autorkou). Senátor Škaloud pronesl obdobné výroky během projednávání návrhu antidiskriminačního zákona (tisk č. 201) v Senátu na 9. schůzi 5. funkčního období dne 26. ledna 2006.

<sup>71</sup> ŠIMÍČEK, V. Lidská práva na rozcestí. In: Přibáň, J. a kol. (eds.). *Lidská práva. (Ne)smysl české politiky?*, Praha 2015, str. 149–150 (zdůrazněno autorkou).

<sup>72</sup> Ve smyslu čl. 3 směrnice 2006/54/ES (přepřacované znění).

<sup>73</sup> Nález ÚS ze dne 23. března 2010, sp. zn. Pl. ÚS 8/07, uveřejněný pod č. 135/2010 Sb., odst. 83, *obiter dicta*. Pro silněji vyjádřené stanovisko viz nálezy Ústavního soudu Slovenskej republiky ze dne 18. října 2005, sp. zn. PL. ÚS 8/04-202, uveřejněný pod č. 539/2005 Sb., v němž slovenský Ústavní soud shledal ustanovení zákona, které připouštělo pozitivní opatření, v rozporu s ustanoveními slovenské Ústavy

zaujmout takový postoj k rovnosti, který nerozlišuje mezi opatřeními a ustanoveními, jež nerovnost prohlubují, a těmi, která se snaží nerovnost zmírnit.

Materiální pojetí rovnosti, protože zohledňuje kontext, přitom umožňuje dát odpověď na dvě důležité otázky: (i) jak zacházet se dvěma lidmi, kteří nejsou zcela totožní, jsou však srovnatelní, a (ii) jak určit, které charakteristiky jsou relevantní pro jejich srovnání. České soudy na tyto otázky (zejména pokud je osobou, s níž je hůře zacházeno, žena) nedokážou odpovědět. Právě pojmům stejnosti, rozdílnosti a srovnání se věnuje následující část.

### C. Jsou ženy příliš vnímány jako příliš odlišné?

Výše uvedené odmítnutí antidiskriminačního práva z úst poslance Janečka odráželo dvě v české společnosti obecně rozšířené pozice: představu, že rovnost je totéž co „stejnost“, a následné odmítnutí rovnosti. Jinak řečeno, Janečkova slova jsou obhajobou odlišnosti. Biologický determinismus, z něhož vychází představa, že charakter, schopnosti a role žen jsou přirozeně odlišné, a jenž podceňuje vše „ženské“, vede k automatickému přijetí nerovnosti a diskriminace žen ve společnosti jako něčeho normálního a pochopitelného. Toto je tradiční přístup k chápání pohlaví, který v českém kontextu přežil období státního socialismu, navzdory relativně rozšířené představě, že období státního socialismu smazalo rozdíly mezi pohlavími.<sup>74</sup> V postsocialistickém období se propojil s novým pojmáním svobody volby, kdy jsou negativní následky určitých životních rozhodnutí (například rozhodnutí žen mít děti) chápány jako ospravedlňující negativní dopady.<sup>75</sup> Navzdory hlubokému vnitřnímu rozporu (buď je něco přirozené, nebo existuje svobodná volba mezi více alternativami – těžko obojí) obojí působí vedle sebe a vzájemně se doplňuje ve snaze legitimovat a ospravedlnit ve společnosti přetrvávající nerovnost a diskriminaci. Zaprvé, jak je zjevné z výše popsaných sporů týkajících se diskriminace v odměňování, druhy práce, které jsou typicky vykonávány ženami (pediatrie vs. chirurgie), nebo i obecně stejně vymezené pracovní

úkony, pokud je vykonává žena (případy předchůdce či předchůdkyně vs. nástupce či nástupkyně), jsou odměňovány méně. Skutečnost, že se tento rozdíl v odměňování opírá o chápání hodnoty a kvality práce žen a mužů jako odlišných, soudy nevidí, a tudíž ji kriticky nerozebírají. A co se týká volby mateřství, pokud se pro něj ženy rozhodnou, soudy ji vykládají tak, že se dobrovolně zařadily do situace „odlišnosti“, v důsledku čehož jsou chápány jako nenaplňující požadavek srovnatelnosti.<sup>76</sup>

Ve skutečnosti si nelze nevšimnout neochoty českých soudů přistoupit v rámci odůvodnění rozsudku k věcnému přezkumu srovnatelnosti. Zdá se, že soudy považují za nemyslitelné, že by postavení mužů a žen, kterým jsou nevyhnutelně přisuzovány odlišné charakteristiky a které nevyhnutelně činí odlišná životní rozhodnutí, mohlo přesto být srovnatelné nebo že by odlišné zacházení s nimi mohlo být chybné, nelegitimní a protiprávní. Případ *Čaušević* je toho dobrým příkladem. Když soud rozhodující v prvním stupni uvedl, že „nepovažoval ‚kvalitu‘ uchazečů, tj. jejich odbornost, praxi, atd., za rozhodné skutečnosti pro právní posouzení [...], protože] nelze objektivně stanovit, že někdo je pro výkon určité funkce vhodnější než jiný“,<sup>77</sup> přiznal tím vlastní pochybnosti o tom, že je taková analýza vůbec možná. Z případů týkajících se diskriminace v odměňování za práci vyplývají obdobné poznatky.<sup>78</sup>

Tyto případy rovněž dokazují, že otázka odlišnosti je nahlížena optikou buď/anebo. Pokud by v daných případech bylo zachyceno více skutkových okolností, bylo by možné uznat, že mezi srovnávanými muži a ženami byly určité rozdíly, které by ospravedlňovaly určitou odlišnost v odměňování. Je však jisté, že jakékoliv rozdíly mezi nimi by nemohly být tak velké, aby ospravedlňovaly natolik rozdílné zacházení, jakého se dostalo žalobkyním.

### D. Individualizace diskriminace

Neštěstím situace postsocialistických států včetně Česka je, že zatímco v mnoha západních liberálních demokraciích dochází od 60. let 20. století k identifikaci a kritice

zakotvujícími právo na rovnost. Komentář viz HAVELKOVÁ, B. Burden of Proof and Positive Action in Decisions of the Czech and the Slovak Constitutional Courts – Milestones or Mill-Stones for Implementation of EC Equality Law? *European Law Review*, 2007, roč. 32, č. 5, str. 686.

<sup>74</sup> HAVELKOVÁ, *Tři stadia*.

<sup>75</sup> HAVELKOVÁ, *Gender Equality*.

<sup>76</sup> Viz zejm. rozsudek Krajského soudu v Plzni ve věci *E. K. proti řediteli policie* ze dne 28. května 2009, sp. zn. 30 Ca 44/2007-49.

<sup>77</sup> Rozsudek OS pro Prahu 1 ve věci *V. S. proti SPGroup* ze dne 14. března 2005, sp. zn. 23 C 11/2003-70 (zdůrazněno autorkou).

<sup>78</sup> Viz zejm. rozhodnutí nižších soudů v případě *V. S. proti SPGroup*, jak jsou shrnuta v usnesení NS ve věci *V. S. proti SPGroup* ze dne 6. listopadu 2007, sp. zn. 21 Cdo 3069/2006.

nerovného genderového řádu (patriarchátu), tyto debaty v naší společnosti zatím neproběhly. Socialistický stát byl vůči jejich existenci slepý z ideologických a epistemologických důvodů<sup>79</sup> a občanská hnutí, která by toto téma nastolila „zdola“, byla potlačena.<sup>80</sup> Tato zaslepenost usnadňovala důvěru ve státním socialismem (vy)budovaný spravedlivý svět, což napomáhalo apriornímu skepticizmu vůči možnosti, že by někdo byl vystaven diskriminaci. Toto nazírání poněkud překvapivě přežilo rok 1989. Velká část české právní obce si ani dnes nepřipouští existenci patriarchátu. Nepřipouští si ani možnost, že právo samo i naše uvažování o právu a společnosti je nevědomky formováno ideologií, která nachází a zdůrazňuje rozdíly mezi pohlavími a přisuzuje pohlavím a jejich domnělým charakteristikám rozdílné hodnoty. V důsledku toho neberou soudy ani velmi rozdílné zacházení s muži a ženami zaměstnavatelem jako indicii diskriminace. Mnozí čeští soudci a soudkyně považují vnímání žalující strany za subjektivní, emocionální a nepravděpodobné. Žaloby, které by například ve Spojeném království nebo v rámci EU vzbuzovaly podezření a vedly bez pochyb k přenesení důkazního břemene, nemají v českém kontextu zdaleka stejný účinek. Lze to doložit například tím, jak vyvedení z míry jsou postsocialističtí soudci při rozhodování případů nepřímé diskriminace na základě rasy z představy, že normy většinové populace nemusejí nutně být neutrální pro každého jedince.<sup>81</sup>

Selanec v obdobném duchu poukázal na to, jak nepřímá diskriminace ohrožuje egalitářské sebezpojetí středoevropských společností, které tyto zdědily z éry socialistického státu: „Odhalením předsudku zabudovaného v údajně objektivních pravidlech poukazuje nepřímá diskriminace na to, že sexismus nebo rasismus se nevyskytují jen na individuální úrovni. Naopak jsou hluboce zakořeněné ve strukturách každodenních společenských vztahů. V důsledku toho je údajně rovnostářská společnost odhalena jako společnost vysoce hierarchická.“<sup>82</sup>

Socialistický stát si ideologicky zakládal na tom, že vytvořil spravedlivou a rovnou společnost, takže takového nástroje, jako je

antidiskriminační právo, nebylo třeba. V post-socialistické éře je převažující ideologický diskurz takový, že každý má pro sledování svých osobních životních cílů stejnou startovní pozici. Jak uvádí Selanec, postsocialistické společnosti „jsou obzvláště citlivé vůči nařčení, že systematicky udržují určité společenské skupiny, zejména ženy, ve znevýhodněném společenském postavení. Podle jejich názoru jestli je něco, pro co lze ocenit jejich socialistickou minulost, pak je to skutečnost, že socialismus zanechal všechny společenské skupiny ve víceméně rovném společenském postavení. [...] Tyto právní systémy jen obtížně přijímají fakt, že do struktur jejich každodenního života může být zabudován sexismus nebo rasismus. Proto setrvávají u názoru, že se tento typ diskriminace vyskytuje sporadicky a není systémovou záležitostí“.<sup>83</sup>

Parlamentní proslov poslance Bendy, který jsem citovala výše, vychází z této představy. Když varuje před tím, že antidiskriminační právo rozdělí společnost, jednoduše staví na předpokladu, že žádné rozdělení a nerovnosti neexistují a naopak to bude samotné antidiskriminační právo, které je teprve vytvoří.

Slepota vůči strukturálním základům diskriminace či jejich apriorní popření vede k *individualizaci* jejich jednotlivých projevů. Pokud diskriminační jednání chápeme jako nepropojené excesy, jsme k jejich existenci skeptičtější. Kdybychom naopak připustili rozšířenost fenoménu diskriminace, nebyly by pro nás jednotlivé žaloby tak překvapivé a chápali bychom je (empiricky správně) jako příklady rozšířených struktur nerovnosti, a nikoli jako popření naší (empiricky chybné) představy o genderově neutrální, spravedlivé a rovné společnosti.

K individualizaci dochází zaprvé na straně žalobkyň. Ty jsou vnímány jako „kverulantky“<sup>84</sup> a potížistky. To lze doložit rozsáhlým posuzováním osobnosti žalobkyň v případech týkajících se obtěžování ze strany soudů v rozsudcích.<sup>85</sup> Nebo je jim přinejmenším přičítáno, že je jejich pohled na namítanou diskriminaci „subjektivní“ a chybný. K individualizaci dochází i na straně žalovaných. Projevuje se v hledání přímé, výslovné a úmyslné nesnášenlivosti či nevráživosti.

<sup>79</sup> HAVELKOVÁ, *Gender Equality*, kapitola 5.

<sup>80</sup> Genderově relevantními otázkami se sice zabývali experti i expertky, nikoli ale za použití analytických nástrojů „genderu“ a „genderového řádu“. Viz blíže HAVELKOVÁ, H. – OATES-INDRUCHOVÁ, L. *Expropriated Voice*. In: Havelková, H. – Oates-Indruchová, L. (eds.). *The Politics of Gender Culture under State Socialism: An Expropriated Voice*, Oxford 2014.

<sup>81</sup> Tento názor se zrcadlí v rozhodování ESLP. Viz HAVELKOVÁ, *Judicial Scepticism*.

<sup>82</sup> SELANEC, c. d., str. 362.

<sup>83</sup> Tamtéž, str. 280 a 282.

<sup>84</sup> Takto označila v soukromé konverzaci s autorkou svou klientku jedna advokátka, která ji zastupovala v případě obtěžování.

<sup>85</sup> Viz např. rozsudek OS pro Prahu 1 ve věci A. B. *proti Ministerstvu zahraničních věcí* ze dne 6. září 2007, sp. zn. 27 C 90/2004-123, pro diskusi viz HAVELKOVÁ, *Gender Equality*, str. 187.

Když soudy takové chování nenajdou, dovedí, že nešlo o diskriminaci, a rozhodují v neprospěch žalobkyň.

#### IV. Závěry a výhledy

Právo na rovnost a ochranu před diskriminací zůstává v Česku i nadále iluzí, navzdory zakotvení nových ustanovení do právní úpravy. V rozhodování Ústavního soudu je ústavně zaručené právo na rovnost zřídka kdy aplikováno ve spojení se zvlášť chráněnými důvody, jako je pohlaví. Obecné soudy ve velkém odmítají provádět přezkum diskriminačního jednání a zjednávat nápravu tam, kde k němu došlo, a to i v případech přímé diskriminace. Právo na rovnost není doposud pojímáno jako legitimní nástroj směřující k eliminaci přetrvávajícího společenského znevýhodnění žen.

V návaznosti na období státního socialismu státu je v právní úpravě zakotvené odlišné („lepší“) zacházení obecně považováno za přijatelné ve vztahu k ochraně tradiční genderové role mateřství.<sup>86</sup> Ochranná legislativa je nicméně terčem útoku v podobě žalobních návrhů uplatňovaných ze strany mužů (zejména před Ústavním soudem<sup>87</sup>). Odlišné (horší) zacházení se ženami je naopak často přijímáno, buď jako přirozený důsledek jejich biologické odlišnosti, nebo jako ospravedlnitelný důsledek jejich individuálního rozhodnutí stát se matkami. Naopak zcela nepřijatelná je představa zakotvení preferenčního zacházení v podobě pozitivních (afirmativních) opatření, která by ženám umožnila lepší postavení také mimo rodinu. Stejně jsou na tom opatření směřující k proaktivnímu překonávání strukturálních předsudků, jako např. doktrína nepřímé diskriminace nebo přenesení důkazního břemene.

Převažuje tak zvláštní kombinace formálního pojetí rovnosti, které jde v případě pohlaví ruku v ruce s tolerováním odlišného zacházení. Paradoxem je, že diskriminační zacházení, se kterým se setkávají obecné soudy, se zdá být téměř přijatelnější než legislativa zakotvující zvýhodnění žen, tak jak ji přezkoumal a v některých případech rušil Ústavní soud. Znatelná je také nesnášenlivost vůči pozitivním opatřením, která mají za cíl napravovat systémové znevýhodnění – tedy

k dalšímu typu opatření, kde je kritérium pohlaví použito pro přidělení výhody (například preference v přijetí do zaměstnání) namísto nevýhody.

Jinde<sup>88</sup> jsem ukázala, že postsocialistické Česko nedrží krok se západní Evropou, pokud jde o etapu vývoje, do které dospělo právo na rovnost a ochranu před diskriminací. Zatímco západní Evropa již převážně opustila etapu formálního „rovného zacházení“, která kladla důraz na formální aspekty antidiskriminačního práva (zejména zákaz rozdílného zacházení), směrem k materiálnímu a transformativnímu pojetí rovnosti, v němž dochází ke stále hlubšímu propojení mezi právem na rovnost a sociální politikou, Česko prodělalo opačný vývoj. Období státního socialismu vycházelo z materiálního chápání rovnosti a bylo v tomto ohledu socioekonomicky transformativní. Naopak právo nebyť diskriminováno/a bylo uzákoněno teprve po roce 1989 a téměř výlučně z důvodu členství v EU. Došlo tak ke vzniku určitého mýtu o rovnosti jako zaprvé socialistické nespravedlnosti a zadruhé jako již dosažené, v důsledku kterého je velmi obtížné docílit správného pojetí a účinné implementace antidiskriminačního práva.

S ohledem na to, jak špatně se antidiskriminačnímu právu daří, je možné si klást otázku, zda tento právní projekt zcela neopustit. Tato otázka je normativní a zodpovědět ji komplexně není cílem tohoto textu. Zaslouží si však alespoň dvě stručné poznámky. Zaprvé, antidiskriminační ustanovení dávají poškozeným osobám určitá práva a prostředky nápravy. Tento „individualizovaný“ rozměr antidiskriminačního práva a jeho prosazování ve sporném soudním řízení je na Západě kritizován,<sup>89</sup> protože nevede k větším systémovým změnám a není zárukou, že dojde k faktickému omezení nerovnosti ve společnosti. Tato kritika je platná ve vztahu k formálnímu pojetí rovnosti, nikoliv však k pojetí materiálnímu.<sup>90</sup> Uplatňování doktrín, jako je nepřímá diskriminace či přenesení důkazního břemene, či přijetí pozitivních opatření k řešení systémového znevýhodnění může vést k systémovým změnám v rozhodovacích procesech zaměstnavatelů a dalších osob a institucí, kterým je stanovena povinnost rovného zacházení. Zadruhé a možná

<sup>86</sup> HAVELKOVÁ, *Gender Equality*, kapitola 6.

<sup>87</sup> Tamtéž, str. 212–224.

<sup>88</sup> HAVELKOVÁ, *Resistance*, str. 627–656.

<sup>89</sup> FREDMAN, S. *Women and the Law*. Oxford 1997, str. 368–379.

<sup>90</sup> Dokonce i publikace, které slibují zpochybnit význam rovnosti pro feministický projekt, přinejlepším odhalují obtíže vyplývající z formálního pojetí rovnosti, nikoliv však její materiální koncepce. Viz např. HUNTER, R. (ed.). *Rethinking Equality Projects in Law: Feminist Challenges*. Oxford 2008.

především, i „individuální“ antidiskriminační právo může sehrát důležitou komunikační (*expressive*), vzdělávací a popularizační úlohu. Žalobkyním přináší přinejmenším zadosťučnění spočívající v tom, že bezpráví, které na nich bylo spácháno, bude pojmenováno a odsouzeno. V rámci soudního procesu lze také odhalit, za jakých konkrétních okolností k diskriminaci dochází a z čeho pramení, např. z nevědomých genderových předpokladů v případě přímé diskriminace nebo z obecného androcentrismu, který se často projevuje cestou nepřímé diskriminace. Řízení

před soudem může dále poskytnout fórum, na němž budou rozebrány škodlivé následky diskriminace, ať už půjde o materiální škodu, spočívající v omezení životních možností (nepřijetím do zaměstnání, nízkým příjmem, absencí kariérního postupu), nebo nemateriální újmu, spočívající v ponížení, které pramení z faktu, že člověk není posuzován ve své individualitě a plné komplexitě, ale primárně podle svého pohlaví. Zejména v postsocialistických zemích tak má antidiskriminační právo před sebou velké epistemologické a morální poslání.

## Krise hodnot a soudobé právo

FILIP HORÁK\*

### *The Crisis of Values and Contemporary Law*

**Summary:** *The aim of this article is to discuss the deepening crisis of axiological core of western civilization's legal system. First, this problem is examined through three stories analyzing the evolution of western thought. Second, a specific analysis of the development of thinking about the most important values creating the basis for western legal systems, specifically dignity, justice, liberty and equality, is conducted. The goal here is to highlight the fact, that these values have become empty shells fillable with any content, which makes them an unsuitable basis for law. Finally, the article points out, that attempts to axiomatize these values are not a solution but rather an enlargement of the problem. As an alternative, the new approach towards values based on their empirical functional analysis combined with the philosophical teleological approach is introduced.*

**Keywords:** *crisis of values, axiology, functional analysis, empty shells*

Tento článek se pokouší poukázat na poměrně komplexní axiologický problém stojící v samotném centru našeho politického, morálního a právního myšlení a uvádějící toto myšlení do stále hlubší krize, jež se pak odráží v reálném fungování lidské společnosti a jejích normativních systémů. Cílem článku je vyprávět příběh vývoje filozofického myšlení o člověku a společnosti a analyzovat axiologické změny, kterými si toto myšlení zejména v posledním století prošlo, a jejich vliv především na fungování právního systému.

Počátek příběhu můžeme situovat do antického světa, kde proběhl známý filozofický obrat, jenž snesl objekt myšlení z nebeských výšin dolů do lidského světa. K původně

jediné filozofické disciplíně, zvané dnes ontologie či metafyzika, tak postupně přibývaly další, jež stále více souvisely s člověkem. Gnozeologie neboli noetika již potřebovala člověka jako subjekt, který poznává svět kolem sebe. Logika je ve svém nejjednodušším smyslu nástroj, který člověk při svém myšlení používá. Konečně etika a politická či právní filozofie jsou systémy myšlení, jejichž samotným objektem jsou lidské záležitosti.

Tento filozofický posun k člověku je na jednu stranu možné hodnotit velmi pozitivně, neboť učinil samotné filozofické myšlení užitečnějším. Jeho výsledky je možné využívat v reálném světě. Na stranu druhou však kontakt s člověkem filozofické myšlení

\* Autor působí jako interní doktorand na katedře ústavního práva PF UK. E-mail: horakfil@prf.cuni.cz. ResearcherID: E-9069-2019. Tento článek byl finančně podpořen SVV projektem č. 260363 s názvem „Aktuální problémy ústavního práva“.