

Ochrana menšin zranitelných v rámci demokratické normotvorby*

JANA ONDŘEJKOVÁ

PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY KARLOVY, KATEDRA POLITOLOGIE A SOCIOLOGIE

The Protection of Minorities Disadvantaged in the Process of Democratic Law-making

Summary: *The article is based on the study of Bruce Ackerman: Beyond Carolene Products and analyses which minorities deserves special attention within the law-making processes. It deals with the issue of applicability of the current theoretical and constitutional doctrines related to the interests' representation in law-making. The concern is also focused on the efficiency of 'quick solutions' by the supreme courts vis-a-vis slower advancements built on the expressed interests of minorities to claim their rights through individual or collective means.*

Key words: *minorities, law-making, prejudice, access to education*

Téma ochrany menšin bývá tradičně zpracováno z různých úhlů pohledu: právní zakotvení postavení menšin a menšinových práv v historii a v současnosti v mezinárodněprávních dokumentech a národním právu¹ nebo problematika antidiskriminačních opatření.² Z psychologického hlediska např. předsudky a stereotypy vůči menšinám ve společnosti,³ z hlediska sociologického otázky tzv. sociologie menšin.⁴ Na pomezí vícero oborů se nacházejí studie zabývající se multikulturalismem.⁵

Politologie se menšinám specificky věnuje mj. ve dvou směrech – v prvním, spíše formálním vymezení, v souvislosti s teoriemi demokracie, kde již označení vláda většiny implikuje existenci menšin(y), a ve druhém, obsahovém, v souvislosti s nacionalismem, etnickými konflikty⁶ nebo jako tzv. menšinová politika.⁷ Tyto přístupy bývají různě kombinované do studií svou povahou spíše deskriptivních (zprávy o stávající právní úpravě a situaci menšin) nebo normativních (možnosti zlepšení postavení znevýhodněných menšin zejména skrze novou právní úpravu pozitivních opatření).

Následující text se pokusí po vzoru statě Bruce Ackermana⁸ za využití výše uvedených poznatků analyzovat, které menšiny zasluhují v normotvorných procesech zvláštní pozornost, a nakolik lze pro ochranu těchto menšin využít stávající teoretickoprávní a ústavněprávní doktríny týkající se zajištění reprezentace zájmů v normotvorném procesu. Demokracie bývá často charakterizována jako vláda lidu, nebo vláda většiny. O přesnější definici se pokoušeli různí politologové a teorie demokracie můžeme velmi zhruba rozčlenit na dvě skupiny: proce-

durální a substanciální, tj. zaměřené na cíle.⁹ Avšak i ta nejminimalističtější koncepce, podle které „demokracie je systém, v němž strany prohrávají volby“¹⁰ předpokládá, že momentální politické menšiny se mohou stát většinou, resp. její součástí.

Co však s menšinami, jež v demokratickém politickém procesu z různých důvodů nejsou

* Článek je zpracován v rámci projektu UNCE „Výzkumné centrum pro lidská práva“ č. 204006/2012. Za přečtení a cenné připomínky k článku děkuji JUDr. Pavlu Ondřejkovi, Ph.D. Poděkování patří rovněž Pavle Nehasilové za pomoc s dohledáním některých pramenů.

¹ Viz např. PETRÁŠ, R.: *Problematická koncepce menšin v Listině základních práv a svobod*. In: GERLOCH, A. – ŠTURMA, P. a kol.: *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století*. Praha, 2011, s. 155 a násl.; R. Petráš se tématu menšin dlouhodobě obsérně věnuje. Z jeho publikací, jež nejsou uvedeny v tomto článku, zmíníme např. *Problémy právního postavení menšin*. In: *Aktuální problémy právního postavení menšin v České republice*. Praha, 2010 nebo *Cizinci ve vlastní zemi: dějiny a současnost národnostního napětí v Evropě*. Praha 2012.

² V češtině vyšlo např. FREDMAN, S.: *Antidiskriminační právo*. Praha, 2007, BOBEK, M. – BOUČKOVÁ, P. – KÜHN, Z.: (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha 2007, nebo BOUČKOVÁ, P. et al.: *Antidiskriminační zákon*. Komentář. Praha, 2010.

³ Srov. KOSEK, J.: *Právo (n) předsudek: historické, filozofické, sociálně psychologické, kulturní a právní souvislosti stereotypů a předsudků*. Praha, 2011, nebo BOUKALOVÁ, H.: *Vybraná témata týkající se menšin z pohledu psychologie*. *Acta Universitatis Carolinae Iuridica* 1/2013, s. 103 a násl.

⁴ Viz např. VOUTAT, B. – KNUESSEL, R.: *La question des minorités. Une perspective de sociologie politique*. *Politix* 38/1997, s. 136 a násl., nebo BRYANT, C. D. – PECK, D. L.: *21st century sociology: a reference handbook* [online]. Thousand Oaks 2007.

⁵ Srov. příspěvky v publikaci SCHEU, H. Ch. a kol.: *Migrace a kulturní konflikty*. Praha 2011.

⁶ Např. BARŠA, P. – STRMISKA, M.: *Národní stát a etnický konflikt*. Brno 1999.

⁷ Podrobněji viz FIALA, P. – MAREŠ, M. – STRMISKA, M.: *Organizace etnických menšin a prosazování jejich zájmů*. Sborník prací Fakulty sociálních studií Brněnské univerzity. *Sociální studia* 9/2003, s. 65 a násl.

⁸ ACKERMAN, B.: *Beyond Carolene Products*. *Harvard Law Review* 4/1985, s. 713 a násl.

⁹ HLOUŠEK, V. – KOPEČEK, L. – ŠEDO, J.: *Politické systémy*. Brno 2011, s. 16 a násl.

¹⁰ PRZEWORSKI, A. dle HLOUŠEK, V. – KOPEČEK, L. – ŠEDO, J.: *Politické systémy...*, s. 27.

s to získat relevantní¹¹ postavení? Od konce 20. století upozorňuje Fareed Zakaria na závažné důsledky nedorozumění, kdy se pod pojmem demokracie rozumí automaticky liberální (konstitucionální) demokracie.¹² Ve svobodných a regulérních volbách však mohou (i opětovně) zvítězit politikové, kteří omezují základní práva vybraných skupin občanů. Pod pojmem neliberální demokracie si většinou představíme zejména státy jako Argentinu osmdesátých let, mečiarovské Slovensko, Sierru Leone nebo Bělorusko. Nicméně podobný potenciální problém byl identifikován již v první polovině 20. století v USA.

Carolene products – Footnote Four

V roce 1938, krátce po kapitulaci před politikou New Deal prezidenta Roosewelta, se Nejvyšší soud Spojených států amerických pokusil znovu upevnit své postavení konstrukcí ucelené doktríny přísného přezkumu ústavnosti. V rozhodnutí *Carolene products*, které se sice týkalo regulace obchodu mezi jednotlivými státy, uvedl v poznámce č. 4: „předsudky proti odděleným a izolovaným menšinám mohou být takovou zvláštní okolností, která závažným způsobem zmenšuje působení těch politických procesů, na které se obvykle spoléhá při ochraně menšin, a která proto může mít za následek odpovídající přísnější soudní přezkum [ústavnosti aktu poškozujících takové „oddělené a izolované“ menšiny]“.¹³

V této souvislosti je nutno zdůraznit, že na rozdíl od Evropy, kde pojem menšina s sebou nese určitou historickou zátěž spojenou se vznikem mezinárodněprávních závazků k ochraně národnostních menšin po 1. světové válce,¹⁴ v USA vedl rostoucí důraz na formální rovnost občanů k obecnějšímu vymezení menšinových skupin. Které menšiny mohl mít Nejvyšší soud na mysli? Zajisté černochoy,¹⁵ ale v judikatuře najdeme i případy ochrany usazených cizinců a výslovné zmínky o nemožnosti vytvoření definitivního nebo ustáleného seznamu zranitelných menšinových skupin.¹⁶

Bruce Ackerman již v osmdesátých letech upozorňoval, že je nutné původní koncepci přerpracovat s ohledem na nové skupiny zranitelných menšin, jako jsou oběti diskriminace na základě pohlaví nebo sexuální orientace, náboženského vyznání, majetku (v praxi spíše jeho nedostatku nebo obecně sociální exkluze), případně pro nás možná překvapivě nemanželské děti.¹⁷ Dalšími faktory mohou být věk nebo zdravotní postižení.¹⁸ Znevýhodněné skupiny totiž mnohdy vykazují spíše opačné charakte-

ristiky než ty uvedené v rozhodnutí *Carolene products* – nejsou odděleny a izolované, nýbrž anonymní anebo rozptýlené. Jejich nižší potenciál zapojení do politických procesů je pak dán mj. náklady spojenými s překonáním anonymity anebo vzdálenosti (geografické i lidské) mezi jednotlivými příslušníky znevýhodněných skupin. Nemusejí se nutně vyznačovat tzv. nezměnitelnými rysy (jako je rasa nebo národnost), ani být bezpodmínečně předmětem předsudků, které by je *apriori* znevýhodňovaly v politickém procesu. Klíčové je, že se jedná o skupiny dostatečně početné, aby bylo zřejmé jejich znevýhodnění ve srovnání s jinými obdobně početnými skupinami, které však handicapem politického vlivu netrpí.¹⁹ Obvykle navíc nebývají ani nepřímými beneficienty většinově zaměřené legislativy.²⁰

Nejvyšší soud USA nicméně od vydání rozhodnutí *Carolene products* postupoval značně restriktivně a svou judikaturu vedl spíše k nepřiznávání ústavní ochrany novým skupinám, redukováním již zahrnutých skupin a omezováním pravomocí Kongresu při ochraně skupin prostřednictvím úpravy občanských práv (*civil rights*).²¹ Na základě kasuistiky v současnosti existují vybrané skupiny a zapovězené důvody, které na straně Nejvyššího soudu vedou auto-

¹¹ Netýká se to všech menšin, viz např. v České republice věřící katolické církve nebo členové židovské obce, ale obecněji i úzkých zájmových skupin jako např. provozovatelé výherních loterií a automatů nebo vlastníci velkých průmyslových podniků, kteří, vědomi významných dopadů právní úpravy na jejich činnost, jsou s to dlouhodobě ovlivňovat legislativu bez ohledu na výsledky voleb. Kromě historických nebo osobních souvislostí je možné tyto situace analyzovat i s pomocí teorie her, srov. ROY, J. A.: *Carolene Products: A Game-Theoretic Approach*. *Brigham Young University Law Review* 1/2002, s. 53–110.

¹² Původně článek *The Rise of Illiberal Democracy* publikován v časopisu *Foreign Affairs* 6/1997, který byl autorem rozpracován mj. v knize *Budoucnost svobody*. Academia, Praha 2012.

¹³ překlad Z. Kühna na blogu *jinepravo.blogspot.com*, v originalu: „[P]rejudice against discrete and insular minorities may be a special condition... curtail[ing] the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and [so] may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Mj. na této úvaze vybudoval svou teorii přezkumu ústavnosti J. H. Ely v knize *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge 1980.

¹⁴ WAGNEROVÁ, E. a kol.: *Listina základních práv a svobod*. Komentář. Praha 2012, s. 539.

¹⁵ Doktrína „separate but equal“ potvrzena v rozhodnutí ve věci *Plessy v. Ferguson* z roku 1896 byla v otázce práva na vzdělání překonána 16 let po rozhodnutí ve věci *Carolene products* rozhodnutím ve věci *Brown v. Board of Education* z roku 1954. V šedesátých letech následovaly antidiskriminační zákony.

¹⁶ ACKERMAN, B.: *Beyond Carolene Products...*, s. 716, pozn. č. 5.

¹⁷ CHEMERINSKY, E.: *Constitutional law: principles and policies*. 4. vyd. New York 2011, s. 797.

¹⁸ Koncepce diskriminace se neustále vyvíjí a některé tvrzené diskriminační důvody jsou považovány za sporné, např. nárok na stravu, která je v souladu s náboženským vyznáním nebo světónázorem ve školním stravování (v rozsudku Nejvyššího správního soudu ČR čj. 2 Aps 3/2010 - 112 z 5. 11. 2011 konkrétně řešené veganské jídlo).

¹⁹ ACKERMAN, B.: *Beyond Carolene Products...*, s. 721.

²⁰ ACKERMAN, B.: *Beyond Carolene Products...*, s. 735, zejm. poznámka pod čarou č. 40.

²¹ YOSHINO, K.: *The New Equal Protection*. *Harvard Law Review* 2011, s. 748.

maticky k přísnějšímu přezkumu ústavnosti.²² Jiným skupinám nebo zásahům je vyhrazen „pouze“ tzv. *intermediate scrutiny* nebo *rational basis test*.

Selektivnost přístupu k menšinám

Zajímavé je, že přes všechny historické odlišnosti existuje v Evropě podobně selektivní přístup. Na rozdíl od USA však jeho základem není primárně snaha odlišení různých znevýhodnění, nýbrž relevantní právní základ.

Nejlépe chráněny se zdají být menšiny v právních vztazích, ve kterých svá práva mohou odvodit z právního řádu Evropské unie. Jedná se zejména o migrující pracovníky a jejich rodinné příslušníky, ale i další osoby pokryté předpisy, kterými se zavádí rovné zacházení mezi vybranými skupinami osob (zejména muži a ženami) anebo mají za cíl odstranit diskriminaci na základě rasy, etnického původu a dalších. Důvodem je zejména poměrně efektivní aplikace evropského práva podepřená rozhodnutími Evropského soudního dvora.

Dále existuje řada mezinárodněprávních dokumentů různého stáří a věcné působnosti: konkrétně k ochraně národnostních a etnických menšin např. Evropská úmluva o ochraně lidských práv a její protokol č. 12 o všeobecném zákazu diskriminace, Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, Rámcová úmluva o ochraně národnostních menšin, Evropská charta regionálních a menšinových jazyků.²³

Samostatnou skupinu představují ústavy členských států, kde např. u právního postavení národnostních menšin můžeme najít dle R. Petráše několik koncepcí: 1) menšiny nejsou vůbec uznány, 2) menšiny jsou v podstatě ignorovány, 3) omezení na obecné vymezení práv menšin, 4) existence rozsáhlé právní úpravy, 5) menšinová samospráva.²⁴

Společné všem těmto přístupům však je, že jsou to většinou jednotlivé státy, které si pro účely aplikace konkrétních pravidel pojem menšiny definují a že i mezi uznanými menšinami existují v praktickém využití práv značné rozdíly.²⁵ Přes posun od historického významu pojmu menšina²⁶ proto můžeme nadále pozorovat setrvávání na selektivní kategorizaci a podmínce výslovného uznání určité skupiny za menšinu. Dále se projevuje důraz na tzv. negativní, neboli nediskriminační opatření, která mají menšinám zaručit formální rovnost s odpovídající většinou. Za třetí, případná pozitivní opatření zvláště určená pro menšinové skupiny, souvisí spíše s historickým vývojem a mezinárodními vztahy, resp. jejich širší prosazování se mnohdy setkává s nesouhlasem většiny.²⁷

Optikou *Footnote Four* a její následné analýzy B. Ackermanem lze nicméně identifikovat různé skupiny, které se zdají být systematicky znevýhodňovány v normotvorném procesu: oddělenými a izolovanými menšinami, předsudky proti kterým mohou ovlivnit politický proces (z důvodu politické nevěle vyvolané obavami ze ztráty popularity, nebo dokonce většinovým rozhodnutím v referendu), resp. skupinami dostatečně početnými na to, aby bylo zřejmé jejich znevýhodnění ve srovnání s jinými obdobně početnými skupinami, které však handicapem politického vlivu netrpí, mohou být např. migranti, azylanti nebo skupiny vnímané většinou veřejnosti z různých důvodů jakou „problémovou“. V jejich případě existuje větší pravděpodobnost úspěchu za použití argumentace individuálními právy, než skrze působení na politickou reprezentaci s cílem obecného řešení otázek specifických pouze pro tyto menšiny.

Příklad z České republiky – zablokovaná opatření ve prospěch vzdělávání romských dětí

Bruce Ackerman nicméně uzavírá svůj článek tím, že pouhá, byť korektní, aplikace rozhodnutí *Carolene products* pro ochranu takto identifikovaných menšin ve Spojených státech nepostačuje. Je nutné propracovat hodnotové argumenty, které by „bránily předsudkům vůči rasovým a náboženským menšinám.“²⁸ Přeneseno do České republiky, lze jako zranitelné identifikovat např. některé skupiny zdravotně postižených či romskou a muslimskou menšinu. Zvláštní předsudky se pojí zejména s druhou a třetí uvedenou skupinou. Vzhledem ke speci-

²² Srov. CHERMERINSKY, E.: *Constitutional law: principles and policies...*, s. 687 a násled.

²³ WAGNEROVÁ, E. a kol.: *Listina základních práv a svobod...*, s. 539 a násled.

²⁴ PETRÁŠ, R.: *Problematická koncepce menšin v Listině základních práv a svobod...*, s. 161.

²⁵ Pro uprchlíka nebo migranta pobývajícího ve státě EU se naděje na dlouhodobý pobyt v EU a práva s ním spojená podstatně zvýší, pokud se mu podaří v jeho rodině vytvořit tzv. evropský prvek. Na osobu mluvící menšinovým jazykem se budou vztahovat jiná oprávnění v závislosti na tom, zda bude mít občanství EU a využije svou svobodu pohybu v rámci Unie anebo zůstane ve státě, jehož je občanem (např. polsky mluvící Slováci). Obdobná situace je i u LGBT občanů EU a, dovedeno do důsledků, i u žen zvyrodných v členských státech, které mají zavedenou nějakou formu kvót.

²⁶ Srov. posudek Stálého dvora mezinárodní spravedlnosti z roku 1930 ve věci řecko-bulharských komunit, dostupný na http://www.icj-cij.org/pclj/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bul_gares_Avis_consultatif.pdf

²⁷ Zvlášť pak v tomto kontextu vyniknou švýcarská referenda o imigraci a zákazu stavby minaretů u měsit nebo místní referendum v Au-Heerbrugg, jehož výsledkem je zákaz nošení šátku na základních školách. Na širší kontext uvedených referend mě upozornil doc. Dr. iur. Harald Christian Scheu, Mag. phil., Ph.D., kterému i tímto děkuji.

²⁸ ACKERMAN, B.: *Beyond Carolene Products...*, s. 746.

fičnosti problematiky šátků, jež nezahalují obličej, si zde dovolím poukázat na práci D. Bartoně²⁹ a v dalším textu se zaměřím pouze na romskou menšinu.

Existují různé studie, jež se snaží popsat historicky anebo kulturně podmíněné zvláštnosti romské menšiny.³⁰ Z hlediska většinové normotvorby je však klíčové, že Romové sami nepředstavují politicky relevantní skupinu. Podle odhadu I. Gabala, na který se odvolávají i koncepční dokumenty vlády ČR, se počet Romů pohybuje kolem 250 000,³¹ což představuje přibližně 2,4 % obyvatel (pro srovnání, k polské národnosti se v roce 2011 přihlásilo 39 096 obyvatel).³² Politické strany přímo orientované na romské etnikum jsou zcela irelevantní na celostátní i komunální úrovni.³³ Ačkoli z toho nevyplývá, že by Romové nebyli reprezentováni neromskými politiky,³⁴ je nutné si uvědomit, že naopak protiromská rétorika má značný mobilizační potenciál, což lze spatřovat nejen v souvislosti s Dělnickou stranou sociální spravedlnosti, různými pochody, nebo i prohlášeními politiků. Předsudky vůči příslušníkům romského etnika je možné prokázat i empiricky, např. z hlediska výběru uchazečů na volná pracovní místa.³⁵

Zatímco v soukromoprávních vztazích lze nediskriminační přístup prosazovat pouze částečně, v oblasti pracovního práva platí zákaz diskriminace jednoznačně. O to více nerovnost vystupuje do popředí v případě základního práva na vzdělání – přístupu do většinového systému školství.³⁶ V roce 2007 rozhodl Velký senát Evropského soudu pro lidská práva, že v České republice dochází k systematické diskriminaci romských dětí, když „proces přijímání romských dětí do škol nebyl doplněn o záruky..., které by zajistily, že stát při uplatnění své diskreční pravomoci v oblasti vzdělávání přihlédne ke zvláštním potřebám těchto dětí plynoucím z jejich znevýhodněného postavení... Výsledkem tohoto procesu navíc bylo, že stěžovatelé byli zařazeni do škol pro děti s mentálními postiženími, jejichž učební osnovy byly nižší úrovně než na běžných školách, a kde byli stěžovatelé izolováni od žáků z většinové populace. V důsledku toho se jim dostalo vzdělání, které ještě zhoršilo jejich obtíže a ohrozilo jejich následný osobní rozvoj, místo aby jim pomohlo řešit jejich skutečné problémy, začlenit se do běžných škol a rozvinout dovednosti, jež by usnadnily jejich život mezi většinovým obyvatelstvem. Vláda sama nepřímou přiznala, že pracovní příležitosti žáků, kteří navštěvovali zvláštní školy, jsou omezenější.“³⁷

Podle Amnesty International, vláda pod tlakem speciálních pedagogů vyškrtla ze Strategie

boje proti sociálnímu vyloučení v letech 2011–2015³⁸ plán postupné proměny zvláštních „praktických“ základních škol na obyčejné. Kromě nedostatku finančních i personálních prostředků však realizaci tohoto záměru brání i skutečnost, že ne všichni ředitelé „obyčejných“ škol (a dodejme i rodiče dětí do těchto škol zapsaných) jsou ochotni přistoupit na myšlenku, že „pokud dítě skutečně nemá žádné postižení, tak je úkolem školy poskytnout mu v rámci dostupných možností co nejlepší podmínky pro rozvoj jeho potenciálu.“³⁹

Podrobnou analýzu, jak většinové předsudky snižují efektivitu i již dosažené právní úpravy, provedla Pavla Boučková, která v jejím závěru konstatuje: „Ať již zvolíme jakýkoliv model inkluzivního vzdělávání, závisí jeho úspěch na přijetí adresáty... Nepochota majoritních rodičů posílat své děti do škol vnímaných jako romské, a naopak odchod romských dětí ze škol majoritních, může přivést jakoukoliv koncepci inkluzivního vzdělávání vniveč a zakonzervovat systém segregovaných škol, ať se již v nich bude vyučovat podle jakéhokoliv vzdělávacího programu.“⁴⁰

Závěr

Joseph Alois Schumpeter v knize Kapitalismus, socialismus a demokracie napsal: „Přenesme se do hypotetické země, kde na základě demokratického rozhodnutí dochází k perzekuci křesťanů, upalování čarodějnic a vyvražďování Židů. Zcela jistě nebudeme takové praktiky schvalo-

²⁹ BARTOŇ, D.: *Svoboda náboženského vyznání v kontextu evropského a mezinárodního práva*. Doktorská disertační práce, Praha 2012, dostupné na: http://www.academia.edu/4163055/Svoboda_n%C3%A1bo%C5%BEmensk%C3%A9ho_vyzn%C3%A1n%C3%AD_v_kontextu_evropsk%C3%A9ho_a_mezin%C3%A1rodn%C3%ADho_pr%C3%A1va

³⁰ Srov. PETRÁŠ, R. a kol.: *Menšiny a právo v České republice*. Praha 2009.

³¹ Koncepce romské integrace na období 2010–2013, dostupné na www.vlada.cz, s. 9.

³² Údaj Českého statistického úřadu, dostupný přes <http://www.scltani.cz/>

³³ FIALA, P. – MAREŠ, M. – STRMISKA, M.: *Organizace etnických menšin a prosazování jejich zájmů...*, s. 77–78.

³⁴ Viz kritiku substantivního pojetí reprezentace od J. Kysely: *Ústava mezi právem a politikou*. Praha 2014, s. 108–109.

³⁵ MAREK, T.: *Je Jiří Dvořák lépe zaměstnatelný než Demeter Lakatoš?* Bakalářská práce VŠE, Praha, 2012. Dostupné z: http://www.vse-lee.cz/files/useruploads/studentske_prace/tom%C3%A1%C5%A1_marek.pdf.

³⁶ K právu na vzdělání srov. např. WAGNEROVÁ, E. a kol.: *Listina základních práv a svobod...*, s. 677 a násl.

³⁷ Bod 207 rozhodnutí, neoficiální překlad do českého jazyka dostupný na webu Ministerstva spravedlnosti <http://portal.justice.cz/Justice2/soubor.aspx?id=57398>, podobně rozhodl Evropský soud pro lidská práva i ve věci Horváth a Kiss proti Maďarsku, stížnost č. 11146/11, rozsudek ze dne 29. 1. 2013.

³⁸ http://www.aspcr.cz/sites/default/files/strategie-2011-2015_2.pdf

³⁹ *Šest let po vydání rozsudku D.H. a ostatní proti ČR - jak ven ze slepé uličky?* <http://www.amnesty.cz/z841/sest-let-po-vydani-rozsudku-dh-a-ostatni-proti-cr-jak-ven-ze-slepe-ulicky>

⁴⁰ BOUČKOVÁ, P.: Nesnesitelná těžkost výkonu rozhodnutí: výkon rozsudku ESLP postihujícího segregaci ve vzdělávání. In: BOBEK, M. a kol. *Dvacet let Evropské úmluvy v České republice a na Slovensku*. Praha 2013, s. 209–210.

vat jen proto, že k nim dochází ve shodě s demokratickými zásadami.⁴¹ Na výše uvedených příkladech můžeme demonstrovat, že i ve skutečných rozvinutých demokraciích existují zranitelné menšiny, jejichž deklarovaná základní práva nenacházejí odezvu ve většinovém zákonodárství.

Kromě hodnocení spravedlnosti udržovaného stavu, kde může nastat rozpor mezi většinovým vnímáním spravedlivého a teoretickými koncepcemi,⁴² lze na problému pohlížet i z institucionálního hlediska, neboli který státní orgán (kombinace několika orgánů) je nejlépe disponován k jeho řešení.⁴³ V zastupitelské demokracii představuje klíčový orgán parlament. V případě převahy většinových předsudků vůči určité menšině je však (i vzhledem k obavám o ztrátu voličské popularity) pravděpodobnost zavedení legislativy, která by důsledky těchto předsudků odstranila, velmi malá. Bez vnějšího tlaku lze spíše pozorovat udržování statu quo.⁴⁴ Dodejme, že ještě výrazněji se protimenšinové postoje mohou projevit v případě forem přímé demokracie.⁴⁵

V určitém smyslu alibistickým je proto přesunutí odpovědnosti za nepopulární rozhodnutí na orgány, jež nejsou přímo demokraticky odpovědné – mezinárodní organizace a soudy. Právě mezinárodní právo bylo po dlouhou dobu více či méně efektivním zdrojem ochrany práv jednotlivců a menšin.⁴⁶ Konkrétní posouzení dodržení závazku ochrany základních práv, jakož i případné sankce za jejich porušení však náleží soudům. Ty mohou ke stížnostem přistupovat individuálně a přiznávat rozhodnutí za nezákonná rozhodnutí, způsobení škody neoprávněným zásahem do práv nebo nařizovat jiné finanční sankce.⁴⁷ Ekonomická nevýhodnost dalšího pokračování diskriminačního systému by v dlouhodobějším hledisku mohla přispět ke změně zavedené praxe i přes hrozbu momentální polarizace společnosti.

V případě neúspěchu těchto individuálních opatření nezbyvá než posoudit problém jako systémový a zkoumat možnosti zbylých orgánů: ústavních a mezinárodních soudů. Nutno ovšem předeslat, že v případě ochrany menšin (navíc vystavených značným předsudkům ze strany většiny) je jejich rozhodování z definice protivětšinové.⁴⁸ Ústavním soudům, jimž bývá namnoze přiznána pouze role negativních zákonodárců, při snaze o překonání absence určité komplexnější legislativní úpravy nebo i jen identifikované mezery v právu, hrozí obvinění ze soudcovského aktivismu. Mezinárodní soudy, ač ani ony nejsou před tímto obviněním chráněny, mohou však navíc určitým způsobem sankcionovat samotný stát za neprovedení zá-

vazků vyplývajících z mezinárodního práva (prostřednictvím řízení o pilotním rozsudku před Evropským soudem pro lidská práva, anebo pokutou za porušení evropského práva v případě porušení základních práv spadajících do jurisdikce Soudního dvora Evropské unie).

Tím by se však ochrana zranitelných menšin v demokracii mohla dostat až do krajního extrému ochrany zranitelných menšin před demokracií. Před efektivitou „rychlých řešení“ skrže nejvyšší soudy, která v případě propracované doktríny může působit jako o něco méně efektivní hrozba, je proto nutno zvažovat i vhodnost pomalejších řešení postavených na projeveném zájmu menšin o prosazování svých práv individuální (uplatňování práv v krajním případě i stížnostmi nebo před soudy) či kolektivní cestou (v rámci občanské společnosti nebo snahou o politickou participaci na místní i celostátní úrovni).

41 SCHUMPETER, J. A.: *Kapitalismus, socialismus a demokracie*. Brno 2004, s. 260.

42 Např. RAWLS, J.: *Teorie spravedlnosti*. Praha 1995.

43 Srov. KOMESAR, N. K.: *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago 1994.

44 Viz i projednávanou novelu školského zákona, tisk 288, 7. volební období, dostupný na www.psp.cz.

45 Srov. výše uvedená švýcarská referenda nebo aktuální slovenské referendum, jehož otázky byly i předmětem přezkumu Ústavního soudu SR jako sp. zn. PL. ÚS 24/2014, dostupné na www.concourt.sk.

46 Srov. vývoj mezinárodních dokumentů upravujících ochranu lidských práv od Všeobecné deklarace lidských práv přes mezinárodní paktů o občanských a politických právech a hospodářských, sociálních a kulturních právech a další úmluvy na půdě OSN nebo regionálních mezinárodních organizací.

47 Konkrétně na příkladu přístupu romských dětí k většinovému vzdělání lze uvažovat o kombinaci náhrady újmy způsobené diskriminací, která by učinila segregační přístup pro většinové školy neefektivním, stejně jako o náhradě neoprávněně čerpaných příspěvků u škol pro mentálně postižené děti, které budou přijímat děti bez takové diagnózy, jakož i pokutování propojených poradenských center, která děti do „zvláštních“ škol doporučují spíše za účelem naplnění kapacity než kvůli vyrovnání znevýhodnění (na tento problém upozorňuje P. Boučková v příspěvku *Nesnesitelná těžkost výkonu rozhodnutí...*, s. 206).

48 V podrobnostech viz knihu R. Procházky *Lud a sudcovia v konstitučnej demokracii*. Plzeň 2011 a komentář J. Broze Ústavodárná moc a ústavní soudnictví v díle Radoslava Procházky. In: KYSELA, J., ONDŘEJKOVÁ, J. a kol.: *Jak se píše o soudech a soudcích*. Praha 2012, s. 90 a násl. Pojem „protivětšinového“ soudního rozhodování navazuje na knihu A. Bickela *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics* z roku 1962.