



MICHAL BOBEK
PAVLA BOUČKOVÁ
ZDENĚK KÜHN
(EDS.)

Rovnost a diskriminace



Popsaný mechanismus se nám nemusí líbit, můžeme jej považovat za reziduální poddanství, avšak bylo by pošetilé nebrat jej na vědomí. Ostatně měnit chování „soukromníků“ tvořících veřejnost není naše ambice. Co by však ambicí být mělo, je působení na chování elit, neboť skrze naznačené externality se jejich neúcta k právu, projevená v jednotlivém případě, dotýká nakonec nás všech a ne jen těch, jimž bylo původně adresováno soudní rozhodnutí. Už proto je dobré podporovat myšlenku odpovědnosti státu za škodu způsobenou politickou elitou v důsledku nepodrobení se soudnímu rozhodnutí. Zdá se totiž, že pekuniární zájmy jsou tím nejsilnějším motivem pro uvedení věcí do pohybu. To ostatně demonstruje i „happy end“ případu Brown.

Zákon o občanských právech z roku 1964 umožňoval krácení příspěvků z federálních fondů na programy z nich financované v případě vyskytující se rasové diskriminace. Zákon z roku 1965 o vzdělávání v obecných školách a školách druhého stupně poskytoval velkou finanční podporu z federálních zdrojů v obecnosti chudým jižanským školním okrskům. Kombinace federálních finančních zdrojů a úpravy obsažené v zákoně o občanských právech dala federální exekutivě do rukou efektivní zbraň, která nastartovala desegregaci, a to v okamžiku, který se jevil exekutivě jako příznivý z hlediska jejích zájmů. A tak 18 let po přijetí rozhodnutí ve věci Brown, ve školním roce 1972–73 navštěvovalo v jedenácti státech bývalé Konfederace více než 91 % afro-amerických dětí nesegregované školy. Co nezmohlo samo soudní rozhodnutí, dosáhly federální dolary. Ale spíš by bylo možná na místě říci, že soudní rozhodnutí vydláždilo cestu, po níž se mohly federální dolary přikutálet.

Bylo tedy rozhodnutí ve věci Brown „správné“? Šlo v něm o výklad ústavy nebo o její dotváření, tedy o tvorbu práva? Je vůbec soud, byť nejvyšší či ústavní legitimován k takovému postupu? Kdo a podle jakého referenčního kritéria by měl hodnotit rozhodnutí soudu? Vzrušující otázky, z nichž na jednu každou lze nalézt mnoho odpovědí, které budou mít jedna každá dokonale logickou strukturu a přesto se budou míjet. Blíží se tedy racionalita práce nejvyšších soudních instancí spíše klauzuře analytických státovědců a týmž směrem zaměřených filosofů, anebo jde spíš o nalézání usmíření mezi reálně si konkurujícími zájmy, do něhož soudce promítá, ať si to přiznává či nikoli, svou představu o spravedlnosti utvářenou jeho zkušeností, zastávanou politickou filosofií a dalšími faktory? Odpovědi na tyto otázky by mohla přinést publikace z autorského okruhu podepsaného pod titulem, který dostáváte právě do rukou.

Brno, prosinec 2006

Eliška Wagnerová

OBSAH

Předmluva	V
Biografie autorů	XIX
Autoři kapitol	XXII
Přehled citované judikatury	XXIII
Seznam používaných zkratk	XXXIX
Přehled zkrácených citací	XLV
Úvod	XLVII
I. Rovnost jako právní problém	1
1. Rovnost – kdy, kde, jak a pro koho?	4
2. Rovnost a jiné hodnoty	7
3. Základní typy rovnosti	10
3.1. Rovnost formální – „Stejněmu stejně, odlišnému odlišně“	11
3.1.1. Hrušky s jablky aneb věčný problém srovnatelnosti	12
3.1.2. Všem stejně špatně?	14
3.2. Rovnost materiální – „Stejněmu stejně, odlišnému odlišně, a to de iure i de facto“	17
3.3. Rovnost příležitosti – „Všichni na stejnou startovní čáru...“	18
3.4. Rovnost výsledků – „Všem stejně v cíli...“	19
4. Pozitivní opatření	22
4.1. Ospravedlnění pozitivních opatření	28
4.2. Škála pozitivních opatření	30
II. Diskriminace v teoretickém a srovnávacím kontextu	33
1. Úvodem	35
2. Pojem diskriminace	37
3. Přímá diskriminace	43

3.1. Klasická přímá diskriminace v evropském a srovnávacím pohledu	43	2. Role soudů v prosazování rovnosti a zákazu diskriminace	95
3.2. Přímá diskriminace a „podezřelá“ kritéria	47	2.1. Přezkum ústavnosti jako korekce většinového politického procesu: Poznámka pod čarou č. 4	99
4. Nepřímá diskriminace	52	2.2. Většinová a kritická morálka	101
4.1. Nepřímá diskriminace subtyp 1: příklady příliš široké normy a práva na vytvoření výjimky	56	3. Dosavadní zkušenosti ve střední a východní Evropě	103
4.2. Nepřímá diskriminace subtyp 2: příklady diskriminačních důsledků navenek neutrální výjimky z obecné právní úpravy	58	4. Limity soudní moci v oblasti antidiskriminačních opatření	108
4.3. Nepřímá diskriminace a další právní disciplíny	59	4.1. Ekonomická analýza práva	108
4.4. Problémy srovnatelnosti	60	4.2. Praktické příklady limitů soudního rozhodování	112
5. Diskriminace a problematika poznávání faktů soudem	62	5. Horizontalita působení ústavního zákazu diskriminace	115
5.1. Smysl přesunutí důkazního břemene	62	5.1. Přímá aplikovatelnost ústavního zákazu diskriminace	116
5.2. Příklady aplikace přesunu důkazního břemene	64	5.2. Odmítnutí přímé aplikovatelnosti zákazu diskriminace	117
6. Shrnutí	67	5.3. Nepřímý horizontální účinek základních práv	118
III. Výjimky z principu rovného zacházení; hranice legitimního rozlišování a protiprávní diskriminace	69	5.4. Doktrína „Státní akce“ v USA	120
1. Pojem diskriminace a rozlišování	71	6. Význam německé koncepce pro českého právníka aneb nakolik je jednoduché právo opravdu jednoduché	121
2. Kdy a jak rozlišovat?	72	V. Rovnost a zákaz diskriminace v právu Evropských společenství	123
3. Obecně zakázaná kritéria rozlišování	74	1. Úvod	125
4. Obecně nepřipustné/zakázané rozlišování může být i legitimní	77	2. Prameny práva	125
4.1. Podstatné a určující požadavky na zaměstnání	78	2.1. Požadavky práva ES upravené v primárním právu	126
4.2. Ustanovení na ochranu žen	81	2.2. Požadavky práva ES upravené v sekundárním právu	129
4.3. Platby a převody činěné státem v kontextu sociálního pojištění	82	2.2.1. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se rovnosti na základě pohlaví	130
4.4. Opatření nezbytná pro veřejnou bezpečnost	83	2.2.2. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se rovnosti na základě rasy nebo etnického původu	135
4.5. Opodstatněnost rozdílů v zacházení na základě věku	83	2.2.3. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se dalších diskriminačních důvodů	137
4.6. Přiměřené uspořádání pro zdravotně postižené osoby	84	2.2.4. Směrnice o zákazu diskriminace v širším slova smyslu	139
4.7. Rozdíly v zacházení na základě státní příslušnosti	85	2.3. Judikatura Soudního dvora	141
4.8. Rozdílné zacházení v případě práce pro církevní organizace	86	3. Konkrétně k základním institutům antidiskriminačních směrnic	143
4.9. Ozbrojené síly	87	3.1. Pojem zaměstnání a povolání	144
4.10. Severní Irsko	88	3.2. Formy diskriminace v oblasti zaměstnání a povolání	145
5. Zhodnocení	89	3.3. Druhy diskriminace	147
IV. Rovnost, diskriminace a meze aktivity moci soudní	91	3.4. Další instituty směřující k naplnění zásady rovného zacházení	150
1. Možnosti postupu proti diskriminaci	94		

4. Promítnutí požadavků práva ES v oblasti zákazu diskriminace do právního řádu ČR	151	3. Pozitivní opatření	197
VI. Rovnost a zákaz diskriminace v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva	155	4. Prostor zákonodárce	199
1. Článek 14 – Zákaz diskriminace	158	5. Shrnutí přístupu Ústavního soudu	202
1.1. Základní rysy ochrany proti diskriminaci podle čl. 14 Úmluvy	159	VIII. Rovnost a zákaz diskriminace před českými (obecnými) soudy	203
1.1.1. Čl. 14 jako subsidiární ustanovení	161	1. Současná právní úprava zákazu diskriminace v České republice	205
1.1.2. Čl. 14 jako autonomní ustanovení	162	2. Přetrvávající nedostatky soudní ochrany před diskriminací	207
2. Kritéria ESLP při hodnocení stížností na porušení čl. 14	163	2.1. Nedostatečné definice diskriminace v hmotném právu	207
2.1. Spadá namítané porušení čl. 14 do sféry některého z dalších práv, které Úmluva zaručuje?	163	2.2. Omezující rámec ochrany osobnosti	209
2.2. Došlo k rozdílnému zacházení?	165	3. Důkazní břemeno	211
2.3. Sledovalo dotčené zacházení legitimní cíl?	166	4. Strategická litigace a testing	214
2.4. Byla užitá opatření ve vztahu k legitimnímu cíli přiměřená?	166	5. Návrh antidiskriminačního zákona a soudní ochrana před diskriminací	217
2.5. Zašlo rozdílné zacházení za hranici volného uvážení daného státu?	168	6. Shrnutí	219
3. Povinnosti státu plynoucí z čl. 14	169	IX. Diskriminace na základě pohlaví	221
4. Další ustanovení Úmluvy zajišťující ochranu před diskriminací	170	1. Stručný historický úvod	224
4.1. Článek 5 Protokolu č. 7 – Rovnost mezi manželi	171	2. Ženy a muži na trhu práce a v politickém procesu	229
4.2. Protokol č. 12, článek 1 – Všeobecný zákaz diskriminace	171	3. Proč je tak složité dosáhnout faktické rovnosti?	230
5. Stížnosti proti ČR týkající se čl. 14	172	3.1. Pohlaví/Gender	230
VII. Rovnost a zákaz diskriminace v judikatuře Ústavního soudu ČR	175	3.1.1. Vliv stereotypů na postavení žen	232
1. Ústavní zakotvení	177	3.1.2. Kdy má právo „chránit“ ženy?	233
1.1. Rovnost účastníků řízení	179	3.1.3. Povolání „pro ženy“ a povolání „pro muže“	234
2. Podstata rovnosti	181	3.1.4. Zohlednění rodinné situace žen	236
2.1. Akcesorita	182	3.2. Feministické strategie: stejnost či rozdílnost?	238
2.1.1. Rovnost akcesorická	182	3.2.1. Argument stejnosti	238
2.1.2. Rovnost neakcesorická	183	3.2.2. Rozdílnost	239
2.2. Rovnost jako relativní kategorie	185	3.3. Odůvodnění nerovnosti v odměňování	241
2.2.1. Omezení ve veřejném zájmu	185	4. Právní úprava	242
2.2.2. Kriterium objektivního a rozumného ospravedlnění	187	4.1. Diskriminace v odměňování	242
2.2.3. Proporcionalita	190	4.1.1. Stejná práce a práce stejné hodnoty	244
2.3. Problém srovnatelnosti (komparátoru)	194	4.1.2. Odměna	245
		4.1.3. Nepřímá diskriminace	246
		4.2. Sexuální obtěžování a obtěžování z důvodu pohlaví	248
		4.2.1. Obtěžování z důvodu pohlaví	249
		4.2.2. Sexuální obtěžování	250

5. Výhled	251	2.1. Soudní dvůr ES: pozitivní opatření v komunitárním právu	320
X. Diskriminace z důvodu sexuální orientace	253	2.2. Soudní dvůr ES: nepřímá diskriminace žen v odměňování – „jobsharing“	324
1.1. Znevýhodnění	255	2.3. Soudní dvůr ES: přístup žen do armády	328
1.2. Komparátor	258	2.4. Soudní dvůr ES: nepřímá diskriminace daňového rezidenta	331
1.3. Hledání funkčních hodnot	258	2.5. Soudní dvůr ES: transsexuál v systému důchodového zabezpečení	334
2. Trestní postih homosexuálních pohlavních styků	259	3. Evropský soud pro lidská práva	337
3. Diskriminace v přístupu k ekonomické činnosti	263	3.1. ESPLP: diskriminace ve výkonu práva na vzdělání na základě příslušnosti k jazykové menšině	337
4. Statusové výluky homosexuálních svazků	265	3.2. ESPLP: diskriminace ve svěřeni dítěte do péče jednoho z rodičů z důvodu jeho náboženského vyznání	340
4.1. Svazky osob stejného pohlaví	265	3.3. ESPLP: v opodstatněných případech má stát povinnost zajistit odpovídající rozdílné zacházení	342
4.2. Manželství a registrované partnerství	267	3.4. ESPLP: právní úprava statutu transsexuálních osob	344
4.3. Soukromoprávní důsledky „statusových výluk“	273	3.5. ESPLP: umístění dětí romského původu do zvláštních škol	347
4.4. Veřejnoprávní důsledky „statusových výluk“	274	4. České soudy	351
4.5. Rodičovská práva, adopce a výchova dětí	277	4.1. Ústavní soud ČSFR: zvýšení daňové povinnosti důchodcům	351
4.6. Reprodukční práva	278	4.2. Ústavní soud ČR: rovnost a právní jistota v případech autorizovaných architektů	354
5. Nábožensky motivovaná morální hodnocení homosexuality	280	4.3. Ústavní soud ČR: důkazní břemeno v případech rasové diskriminace	358
XI. Diskriminace z důvodů náboženství	283	4.4. Ústavní soud ČR: důchodové pojištění a diskriminace mužů pečujících o dítě	361
1. Náboženské symboly ve veřejném prostoru	287	4.5. Nejvyšší správní soud ČR: k diskriminaci spotřebitele při platbě kartou v obchodě	365
1.1. „Odchod starých“	287	4.6. Nejvyšší soud ČR: zeď v Matiční ulici	369
1.2. „Příchod nových“	292	4.7. Vrchní soud v Praze: zásah do osobnostních práv může spočívat v rasové diskriminaci	373
1.2.1. Spolková republika Německo	292	4.8. Vrchní soud v Praze: důkazní břemeno ve věcech ochrany před diskriminací	376
1.2.2. Francie	295	4.9. Městský soud v Praze: k rovnosti odměňování	379
1.2.3. Anglie	296	5. Německá spolková republika	383
1.2.4. Evropský soud pro lidská práva	299	5.1. Spolkový ústavní soud: ústavnost registrovaného partnerství	383
2. Proměnné	302	5.2. Spolkový ústavní soud: výše důchodů válečných obětí ve starých a nových spolkových zemích	389
2.1. Kontext rovnosti	303	5.3. Spolkový ústavní soud: učitelka s muslimským šátkem	392
2.2. Kontext menšin	305		
2.3. Kontext vzdělávání	305		
2.4. Kontext kontextu	306		
3. Tolerance nebo rovnost?	308		
XII. Rovnost a zákaz diskriminace v soudní judikatuře	309		
1. Mezinárodně-právní základy	313		
1.1. Stálý soudní dvůr mezinárodní spravedlnosti: menšinové školy v Albánii	313		
1.2. Mezinárodní soudní dvůr (odlišné stanovisko soudce Tanaky): apartheid je v rozporu s mezinárodně-právním zákazem diskriminace	316		
2. Soudní dvůr Evropských společenství	320		

6. Spojené království Velké Británie a Severního Irska	396	7. Důchod pro Christiane	462
6.1. Odvolací výbor Sněmovny lordů: s turbanem či bez?	396	8. Do zpuštělé školy ne!	463
6.2. Odvolací výbor Sněmovny lordů: diskriminace mezi osobami podezřelými z terorismu	399	Rejstřík	465
6.3. Odvolací výbor Sněmovny lordů: diskriminace Romů na pražském ruzyňském letišti	403		
7. Spojené státy americké	407		
7.1. Nejvyšší soud USA: rasová segregace je zakázanou diskriminací	407		
7.2. Nejvyšší soud USA: nepřímá diskriminace je nezbytně spjata s úmyslem diskriminovat	409		
7.3. Nejvyšší soud USA: k aplikaci testu racionality	414		
7.4. Nejvyšší soud USA: střední přezkum při vyrovnávací akci na základě pohlaví	416		
7.5. Nejvyšší soud USA: zvyhodňování nedostatečně zastoupených rasových menšin v přístupu ke vzdělání	417		
8. Kanada	424		
8.1. Nejvyšší soud Kanady: je požadavek státního občanství jako podmínka výkonu advokacie diskriminační?	424		
8.2. Nejvyšší soud Kanady: diskriminace na základě věku při penzijním pojištění	429		
8.3. Nejvyšší soud Kanady: k diskriminaci a pozitivním povinnostem vlády při výplatě podpory v nezaměstnanosti	433		
9. Jihoafrická republika	437		
9.1. Ústavní soud JAR: trestní postih sodomie je neústavní	437		
9.2. Ústavní soud JAR: povinnost státu zabezpečit důstojné životní podmínky	441		
9.3. Ústavní soud JAR: povinnost vlády zajistit dostupnost léků proti HIV	445		
XIII. Případové studie	451		
1. Rovnost a vyrovnávací opatření	453		
2. Je zákaz práce žen v podzemních dolech v rozporu s komunitárním právem?	454		
3. Lustruji, lustruješ, lustrujeme	456		
4. Žáci zvláštních škol	457		
5. Miss České republiky chce být letuškou	459		
6. Penze jen pro plné úvazky	460		

5. Diskriminace a problematika poznávání faktů soudem

5.1. Smysl přesunutí důkazního břemene

Všechny právní systémy při aplikaci zákazu diskriminace čelí problému, že diskriminující subjekt není natolik otevřený, aby o diskriminaci hovořil přímo. „Triviální“ případy typu, že si osoba X umístí na dveře své restaurace nápis „Cikánům vstup zakázán“, jsou vzácné. Pouze v takovémto výjimečném případě navenek projeveného záměru diskriminovat nepředstavuje závěr, že to, co se stalo, je vskutku diskriminací, závažnější problém.

Častější bude situace, kdy k diskriminaci sice došlo, ovšem subjekt, který se diskriminačního jednání dopustil, o tom nehovoří a ani to výslovně nepřipustí. V takovémto případě se žalobce pravidelně dostane do obtížně řešitelné důkazní situace, neboť by musel nejen prokázat, co se v jeho případě stalo, ale též diskriminační důvod samotný (tedy proč se to stalo). Například žalobce – v restauraci neobsloužený Rom – by musel prokázat, že žalovaný provozovatel restaurace neobsluhuje i jiné Romy, což by bylo pravděpodobně dostatečné k prokázání diskriminačního motivu neobsloužení. Z praktického hlediska by to ovšem bylo velmi obtížné, ne-li dokonce nemožné¹⁶⁴ (ledaže by se žalobce vybavil detektivní agenturou). Naopak pro žalovaného bude jednodušší prokázat skutečnost odůvodňující legitimní pohnutku jeho na první pohled diskriminačního jednání.

Tyto úvahy byly poprvé aplikovány ve Spojených státech amerických. Podle judikatury Nejvyššího soudu USA z počátku 70. let postačí prokázat diskriminaci toliko na tzv. první pohled (*prima facie*), a je pak na žalovaném, aby prokázal, že ve skutečnosti o diskriminaci nešlo, neboť s žalobcem bylo zacházeno odlišně z legitimních důvodů.¹⁶⁵ Žalobce v pracovní právní věci namítající rasovou diskriminaci má podle tohoto právního názoru důkazní povinnost prokázat *prima facie* diskriminaci, což může učinit tím, že dokáže, že

1. patří do rasově minoritní skupiny;
2. že se ucházel o dané místo a byl pro toto místo dostatečně kvalifikován;

¹⁶⁴ Srov. náleze ÚS ze dne 26. 4. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 37/04 (č. 419/2006 Sb.), který v odstavci 73 hovoří o tom, že „požadavek, aby strana žalující musela prokázat, že byla diskriminována právě a výlučně pro svůj rasový (etnický) původ, a nikoli z důvodu jiného, je zcela zjevně nesplnitelný, neboť prokázat motivaci (pohnutku) žalované strany je z povahy věci vyloučeno.“ Tento požadavek asi „zcela“ nesplnitelný není, ale byl by to pro žalobce úkol velmi obtížný.

¹⁶⁵ *McDonnell Douglas Corporation v. Green*, 411 U.S. 792 (1973), na s. 807. Srov. také *St. Mary's Honor Center v. Hicks*, 509 U.S. 502 (1993).

3. byť byl pro dané místo kvalifikován, zaměstnavatel jej odmítl;
4. zaměstnavatel hledal pro dané místo zaměstnance i poté, co byl žalobce odmítnut.

Všimněme si, že nestačí jen to, že bylo odlišně zacházeno s osobou určité rasy, ale k této zkušenosti musí přistoupit některé další argumenty. Pokud jsou tyto skutečnosti prokázány, musí žalovaný zaměstnavatel prokázat, že o diskriminaci nešlo, neboť více důkazů žalobce prostě snést nemůže. V daném případě argumentoval zaměstnavatel předchozí protiprávní činností žalobce proti žalovanému. Nejvyšší soud dovodil, že pokud by tímto způsobem žalovaný postupoval proti jakékoliv osobě bez rozdílu barvy pleti, uspěje žalovaný se svým tvrzením, že o diskriminaci ve smyslu zákona o občanských právech z roku 1964 nešlo. Žalobce může eventuálně prokázat, že daný důvod byl jen záminkou pro jeho odmítnutí, zde jej však již opět tíží důkazní břemeno.¹⁶⁶

Obdobně evropská úprava přesunu důkazního břemene požaduje přesunutí důkazního břemene jen co se týče skutečností, k nimž nemůže mít žalobce rozumný přístup ani jimi nemůže rozumně disponovat.¹⁶⁷ Jak uvedla Komise, ačkoliv „v normálních případech je břemeno důkazní na žalobci,“ jeví se v antidiskriminačních sporech nezbytným přesunout důkazní břemeno na žalovaného, neboť ten, narozdíl od žalobce, disponuje relevantními informacemi.¹⁶⁸ Žalovaný samozřejmě nemusí prokazovat, že nediskriminoval (s ohledem na negativní fakt by to bylo obdobně nemožné, jako kdyby měl žalobce prokázat pohnutku diskriminovat na straně žalovaného), ale jen to, že jeho rozhodnutí je založeno na takových důvodech, které s ohledem na svůj charakter s vysokou mírou pravděpodobnosti nemohou skrývat diskriminační motiv.¹⁶⁹

Již deset let před přijetím směrnic o přesunu důkazního břemene Soudní dvůr ES rozhodl, že v zájmu zachování principu rovnosti odměňování mezi mužem a ženou bude někdy nutné přesunout důkazní břemeno.¹⁷⁰ Některé evropské státy ovšem znaly přesun důkazního břemene v diskriminačních

¹⁶⁶ Výborná srovnávací analýza je v článku *Haskovec, J. A Beast of a Burden? The New EU Burden-of-Proof Arrangement in Cases of Employment Discrimination Compared to Existing U.S. Law*. 14 *Trans. L. & Contemp. Probs.*, s. 1069 (2005).

¹⁶⁷ Směrnice Rady 97/80/ES, čl. 4; směrnice Rady 2000/43/ES, čl. 8; směrnice Rady 2000/78/ES, čl. 8. Blíže viz dále, kapitola V.

¹⁶⁸ Viz *Proposal for a Council Directive implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*, COM/99/0566 (předloženo 25. 11. 1999).

¹⁶⁹ Srov. k tomu rozhodnutí španělského Ústavního tribunálu č. 136/1996 (cituje Adriana Lozada v její zprávě o Španělsku, *Bull. L. Issues in Gender Eq.* No. 1/2005, s. 69, dostupné na http://europa.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/index_en.htm).

¹⁷⁰ Poprvé ve věci 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss* [1989] ECR 3220.

sporech dávno před těmito rozhodnutími Soudního dvora. To je příklad Německa, jehož úprava byla pravděpodobně též hlavní inspirací pro pozdější evropské směrnice o přesunu důkazního břemene, nebo Španělska, kde bylo rozhodnutí o přesunu důkazního břemene učiněno v roce 1981 Ústavním tribunálem, podle něhož specifika diskriminační kauzy znemožňují aplikaci obvyklých pravidel o důkazním břemenu.¹⁷¹

V angloamerickém deliktním právu (*tort law*) se obdobné úvahy již dlouho prosazují v nejrůznějších institucích, a to zcela běžně i ve věcech, které se diskriminace vůbec netýkají. Hovoří se o tzv. doktríně *res ipsa loquitur*, předpokládající, že určité skutečnosti může mnohem snazším způsobem prokázat žalovaný, neboť ten je má ve své dispozici, a bylo by nesmyslné požadovat na žalobci, aby je prokazoval on. Obecně se obdobné tendence prosazují též v právu německém či v právu jiných evropských států, kde všude dochází k větší flexibilitě v přístupu k důkaznímu břemenu.¹⁷²

5.2. Příklady aplikace přesunu důkazního břemene

V „restauračním“ příkladu uvedeném v předchozí části postačí prokázat, že žalobce romského původu nebyl v dané restauraci obsloužen, čímž je dán *prima facie* důkaz diskriminace. V tomto stádiu nastupuje aplikace přesunutého důkazního břemene ve smyslu § 133a odst. 2 OSŘ: nyní bude na žalovaném provozovateli restaurace, aby dokázal, že žalobce nebyl diskriminován. Možný důkaz může být dán například tak, že žalobce žalovanému již několikrát nezaplatil, působil v restauraci výtržnosti, případně se jinak nepřístojně choval, popřípadě že byla vskutku všechna místa rezervována, přičemž naopak jiné Romy žalovaný bez problémů obsluhuje. Prokázalo-li to, žalovaný ustojí na základě § 133a OSŘ přesunutého důkazního břemene a ve sporu uspěje.¹⁷³

Uvedený případ s restaurací je poměrně triviální. Mnohem komplikovanější budou úvahy soudu v komplexních antidiskriminačních sporech v oblasti

¹⁷¹ K Německu viz Bull, L. Issues in Gender Eq. No. 1/2005, s. 32; kauzu španělského Ústavního tribunálu č. 38/1981 zmiňuje Adriana Lozada v její zprávě o Španělsku, tamtéž, s. 68.

¹⁷² K právu USA srov. Restatement (Second) of Torts, § 328D. *Res Ipsa Loquitur*; k Německu srov. např. klasické rozhodnutí Spolkového soudního dvora ze dne 26. 11. 1968, které je počátkem německého práva odpovědnosti výrobce za škodu způsobenou vadným výrobkem, a které cestou soudcovského práva přesunulo důkazní břemeno o tom, že se výrobce nedopustil při výrobě vadného výrobku nedbalosti, právě na výrobce, neboť poškozený by neměl k takovýmto údajům rozumný přístup. Viz BGHZ 51, 91. Srov. NJW 1969, s. 269 (anotace Uwe Diederichsen) = JZ 1969, 387 (anotace Erwin Deutsch).

¹⁷³ Srov. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 17. 8. 2004, č.j. 1 Co 321/2003-196, a anotaci tohoto rozhodnutí dále, bod XII.4.8.

pracovního práva, typicky např. v situacích, kdy žalobce nebyl povýšen, přičemž takovéto rozhodnutí zaměstnavatele bylo podle žaloby diskriminační. V Evropě má s těmito spory pravděpodobně největší zkušenosti Velká Británie, ostatně již s ohledem na pestré etnické složení svého obyvatelstva. Také proto, že britské kauzy aplikují (nepřímo) evropské právo, jsou zajímavé též pro českou situaci.

Obecně se považuje v Británii za vůdčí princip pro přesun důkazního břemene tzv. *Barton test*, který je soustavně britskými soudy aplikován, a který byl potvrzen též britským Odvolacím soudem.¹⁷⁴ Podle tohoto testu je

1. úkolem žalobce prokázat taková fakta, na základě kterých by v situaci, kdy by tato fakta nebyla adekvátně vysvětlena žalovaným, mohl soud dovést, že se zaměstnavatel dopustil diskriminačního aktu. Pokud taková fakta prokázána nebudou, žalobce neuspěje.
2. Při rozhodování, zda tato fakta byla či nebyla prokázána, je nutno pamatovat na to, že jen zcela výjimečně lze dohledat přímý důkaz diskriminace.
3. Při prokazování *prima facie* diskriminace není nutné dosáhnout jistoty, ale postačí určitá míra pravděpodobnosti.
4. Po přesunutí důkazního břemeno k prokázání, že (slovy směrnice) „nedošlo k porušení zásady rovného zacházení“, postačí, aby žalovaný zaměstnavatel prokázal, že je pravděpodobnější, že k diskriminaci nedošlo, než že k ní došlo. Musí být tedy pravděpodobné, že diskriminační faktor nehrál při rozhodování zaměstnavatele žádnou roli, a že jeho rozhodnutí je založeno na důvodech nemajících s diskriminací nic společného.
5. Protože rozhodná fakta budou obvykle v dispozici zaměstnavatele, lze na žalovaném zaměstnavateli požadovat přesvědčivé důkazy, a to zejména v situaci, kdy se při svém rozhodování odchýlil od svých vlastních interních pravidel.

Příkladem velmi rozumné aplikace těchto obecných doktrín je kauza rozhodnutá odvolacím pracovním tribunálem v květnu 2006.¹⁷⁵ V dané věci byla žalobkyně, britská černoška, zaměstnána od dubna 2003 na pozici finanční kontrolorky. V roce 2004 prošel její zaměstnavatel reorganizací, na jejímž základě byla z devíti míst finančních kontrolorů v dané oblasti rušena čtyři

¹⁷⁴ Test se nazývá podle rozhodnutí odvolacího pracovního tribunálu (*Employment Appeal Tribunal*) v kauze *Barton v Investec Securities Ltd* [2003] I.C.R. 1205, byl potvrzen v únoru 2005 rozhodnutím Odvolacího soudu (*Court of Appeal, Civil Division*) v kauze *Igen Ltd (Formerly Leeds Careers Guidance) and Others v Wong* [2005] 3 All E.R. 812, [2005] I.C.R. 931, také dokument WestLaw 2005 WL 353346 (citován podle systému WestLaw, k testu *Barton* viz zejm. odst. 14).

¹⁷⁵ *Network Rail Infrastructure Ltd v. Ms A Griffiths-Henry* [2006] I.R.L.R. 865, 2006 WL 1994687 (rozhodnuto 23. 5. 2006).

místa. V listopadu 2004 zaměstnavatel žalobkyni oznámil, že po proběhlém konkursu v soutěži s osmi bílými muži neuspěla, a jako druhá nejhorší kandidátka byla (společně s dalšími třemi muži) propuštěna. Odvolací tribunál k odvolání zaměstnavatele řešil dvě zásadní otázky: opodstatněnost přesunu důkazního břemene, a následně pak otázku, zda žalovaný zaměstnavatel unesl své důkazní břemeno, že nediskriminoval.

Odvolací tribunál nejprve souhlasil se závěrem prvostupňového soudu o přesunu důkazního břemene. K přesunu podle tribunálu nepostačí pouhý fakt, že žalobkyně jako žena a černoška nebyla vybrána, ale je třeba její tvrzení podložit dalšími důkazy. Těmi bylo to, že její kvalifikace byla v zásadě rovnocenná kvalifikaci úspěšných kandidátů, a že daný konkurs trpěl některými formálními pochybeními (např. vedoucí konkursu nevěnoval všem kandidátům stejný čas). Požadavky na přesun důkazního břemene by neměly být příliš náročné, protože je to žalovaný zaměstnavatel, kdo disponuje relevantními daty.

Pokud pak zaměstnavatel v druhé fázi, po přesunu důkazního břemene, vysvětlí, proč učinil ten výběr, který učinil, a pokud důvody jeho výběru nemají nic společného s diskriminací, ve své věci uspěje. Pokud např. konkurs v této věci sám trpěl určitou chaotičností, neznamená to bez dalšího diskriminaci. Protože soud prvního stupně v dané věci dovedl diskriminaci jen proto, že konkurs byl zatížen určitou mírou subjektivity, odvolací tribunál zrušil jeho rozhodnutí a vrátil mu věc k dalšímu projednání. Iracionalita nebo určitá míra subjektivity výběru kandidátů totiž nezakládá v každém případě nutně diskriminaci, pokud žalovaný vysvětlí (nediskriminační) důvody pro jeho rozhodnutí.¹⁷⁶

Příklad britských soudů nám dává poměrně vhodnou ukázkou rozumné aplikace přesunu důkazního břemene v oblasti pracovněprávních sporů. Poselství britské judikatury je dvojí.

1. Soudy poměrně nenáročnými požadavky na přesun důkazního břemene reflektují smysl tohoto institutu, tedy skutečnost, že určitými důkazy nemůže žalobce rozumně disponovat.
2. Soudy akceptují též to, že není na nich, aby nahrazovaly svou právní argumentací rozhodovací úvahy zaměstnavatele, eventuálně aby se mu snažily vnutit takovou strategii výběru zaměstnanců, která je (pohledem soudců) jediné „objektivní“ a vylučující jakoukoliv pochybnost o diskriminaci. Soudy musí respektovat podnikatelský

¹⁷⁶ Tamtéž, odst. 22–32. Shodně kauza *Igen Ltd* cit. v pozn. č. 174, odst. č. 48–51. Podle kauzy *Igen Ltd* diskriminaci nezakládá pouhé iracionální nebo obtížně vysvětlitelné jednání zaměstnavatele. Pokud je jednání žalovaného zaměstnavatele iracionální, může to být samozřejmě významný argument pro žalující stranu, neboť tato iracionalita či navenek nepochopitelné jednání může maskovat skrytou diskriminaci. Iracionalitu však lze vysvětlit i jinak, a pak nelze hovořit o diskriminaci, neboť zaměstnavatel postupuje iracionálně vůči všem zaměstnancům.

úsudek zaměstnavatele, a poskytnout mu jistou míru uvážení. Přesun důkazního břemene tedy neznamená odsouzení žalované strany k jisté prohře, ale jen požadavek, aby žalovaná strana rozumnými a přesvědčivými argumenty vysvětlila nediskriminační povahu svého rozhodnutí. Pouze pokud se to žalované straně nepodaří, spor prohraje a soud diskriminaci v skutku dovede.

6. Shrnutí

Fenomén posledních pěti desetiletí euroatlantické civilizace přinesl extenzi aplikace zákazu diskriminace. Jedním z důvodů, proč „otec-zakladatel“ kontinentálního ústavního soudnictví Hans Kelsen odmítal soudcovskou aplikaci abstraktních pojmů a principů, jako je demokracie, právní stát, svoboda nebo právě rovnost, byl Kelsenův předpoklad, že užívání takovýchto otevřených pojmů v ústavní judikatuře by vážně narušilo rovnováhu mocí ve státě a dalo by ústavnímu soudnictví téměř „absolutní moc“.¹⁷⁷

V této kapitole netvrdíme, že řešení tohoto dilematu spočívá v návratu ke kelsenovskému modelu morálního skepticismu a ústavní justice omezené jen na formalistické rozhodování,¹⁷⁸ ale spíše v reflexi nebezpečí přílišného soudního inženýrství rozumným sebeomezením justice (*judicial self-restraint*) ve vztahu k řešení komplexních společenských otázek. Soudy by měly otevřeně akceptovat různou závažnost jednotlivých kritérií rozlišování, a svou hlavní pozornost směřovat do problematiky kvalifikovaných diskriminačních kritérií. Naopak v situaci „obyčejného“ rozlišování na základě jiných než kvalifikovaných kritérií by měl pravidelně dostat přednost

¹⁷⁷ Viz Kelsen, H. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1929), přetištěno in: Klecatsky, H. Marcic, R. Schambeck, H. (eds.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Band 2, Wien: Europa Verlag, 1968, s. 1813 násl., 1818 násl., s. 1853. Srov. také Procházka, R. *Dobrá vůle, spravodlivý rozum. Hodnoty a principy v soudní praxi*. Bratislava: Kalligram, 2005, zejména kap. II, kde autor tvrdí, že vytvoření kontroly ústavnosti vede k tomu, že identifikace „skutečně dobrého“ probíhá finálně v rámci abstraktní kontroly ústavnosti.

¹⁷⁸ Srov. kriticky úvahy předního kelsenovského experta Stanley L. Paulsona, *On Hans Kelsen's Role in the Formation of the Austrian Constitution*. In: Kravietz, W. Summers, R. S. Weinberger, O. (eds.) *Georg Henrik von Wright, The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification*. Festschrift for Aulus Aarnio. Berlin: Duncker & Humblot, 2000, s. 385 násl., na s. 394–5 („Pokud ale jdeme v našem uvážování dále, a chápeme-li konstitucionalizaci tak, že nereprezentuje jen požadavky legality, ale také „konstitucionalizaci“ základních hodnot, zejména se zřetelem na ústavní ochranu základních práv, je těžké, abychom se neubránili závěru, že Kelsen nám ve jménu svého morálního skepticismu bere něco z toho, co nám předtím jako kontrolu ústavnosti nabídl.“).

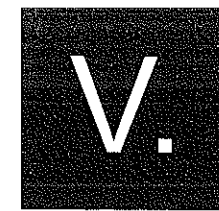
je doménou soudů ústavních. Tomuto falešnému dělení se snaží centralizované ústavní soudy čelit setrvalou judikaturou opakující právně politicky požadavek, že aplikace ústavních kautel je též úlohou obecných soudů.³³¹ Povšimněme si, že narozdíl od evropských právníků američtí právníci nespátují v otázkách přímé aplikace ústavy v soukromoprávních vztazích nějaký větší problém. Vystačí si dost dobře bez této doktríny v situaci, kdy jsou ústavní kautely provedeny běžným zákonodárcem. Tak je tomu i v situaci zákazu diskriminace na základě rasy nebo pohlaví, což je upraveno zákonem o občanských právech z roku 1964. Otázka horizontality základních práv pak ztrácí podle amerických právníků větší význam.³³²

Tento dosti velký rozdíl proti německé koncepci je však dán odlišným pojetím práva v USA a v kontinentální Evropě: zatímco americká právní kultura je bytostně spjata s vlivem právního realismu, evropská právní kultura zůstala vždy přinejmenším zčásti v pozicích zákonného pozitivismu. Zákonný pozitivismus a s ním spjatá dogmatická teorie interpretace práva pak musí být modifikována složitě konstruovanými doktrínami (jak by asi mnozí podotkli, kvazipolitického) působení ústavního práva.³³³ Naopak Američané žádných takovýchto komplexních doktrín nemají zapotřebí, neboť si jsou velmi dobře vědomi právně realistické povahy aplikace *veškerého* práva.

³³¹ Čímž se snaží zpětně dosáhnout alespoň částečné decentralizované kontroly ústavnosti – srov. *Stone Sweet, A. Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe.* Oxford: Oxford University Press, 2000, na s. 117 a 122 an. V českém kontextu srov. kupř. náleze ze dne 15. 3. 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03 (*Vondráčková v. Rejžek*), Sb. n. u., sv. 36, č. 57, s. 605, kde Ústavní soud obecným (civilním) soudům vytknul, že nevzaly dostatečně v potaz ústavní dimenzi sporu (konflikt svobody slova a ochrany osobnosti). Srov. komentář k tomuto rozhodnutí *Bobek, M. Helena*, kontakt na mafiány a nové obrysy svobody slova v judikatuře Ústavního soudu. *Soudní rozhledy*, 2005, č. 10, s. 357–364.

³³² Viz např. *Tushnet, M. The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Effect*, in: *Sajo, A. Uitz, R. (eds.) The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism.* Utrecht: Eleven International Publishing, 2005, s. 167–182.

³³³ Zajímavou ukázkou obtíží, které s sebou tento přístup nese v souvislosti s přijímáním antidiskriminační legislativy v Německu, lze nalézt např. v článku *Sommeregger, G. The Horizontalization of Equality: The German Attempt to Promote Non-Discrimination in the Private Sphere via Legislation*, *Sajo, A. Uitz, R. (eds.) The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism.* Utrecht: Eleven International Publishing, 2005, s. 33–53, zejm. s. 51–52.



ROVNOST A ZÁKAZ DISKRIMINACE V PRÁVU EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ

1. Úvod	125
2. Prameny práva	125
2.1. Požadavky práva ES upravené v primárním právu	126
2.2. Požadavky práva ES upravené v sekundárním právu	129
2.2.1. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se rovnosti na základě pohlaví	130
2.2.2. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se rovnosti na základě rasy nebo etnického původu	135
2.2.3. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se dalších diskriminačních důvodů	137
2.2.4. Směrnice o zákazu diskriminace v širším slova smyslu	139
2.3. Judikatura Soudního dvora	141
3. Konkrétně k základním institutům antidiskriminačních směrnic	143
3.1. Pojem zaměstnání a povolání	144
3.2. Formy diskriminace v oblasti zaměstnání a povolání	145
3.3. Druhy diskriminace	147
3.4. Další instituty směřující k naplnění zásady rovného zacházení	150
4. Promitnutí požadavků práva ES v oblasti zákazu diskriminace do právního řádu ČR	151

Základní literatura: *Barnard, C.* EC Employment Law. Second Edition. Oxford University Press, 2000; *Blahož, J.* Rovnoprávnost mužů a žen ve sjednocující se Evropě se zvláštním zřetelem na tuto otázku v České republice. Právník, 2003, č. 4, s. 321–341; *Craig, P.* EU Administrative Law. Oxford : Oxford University Press, 2006 (kapitola 15 – Equality); *Ellis, E.* EU Anti-Discrimination law. Oxford University Press, 2005; *Ellis, E.* The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality. CML Rev. (2000), sv. 37, s. 1403–1426; *Mohn, A. S.* Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht. Kehl, Strassbourg, Arlington : N. P. Engel Verlag, 1990; *Prechal, S.* Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes. CML Rev. (2004), sv. 41, s. 533–551; *Schiek, D.* Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From Kalanke and Marschall to Badeck. The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Volume 16/3, 251–275, 2000; *Waddington, L., Bell, M.* More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives. CML Rev. (2001), sv. 38 (3), s. 587–611; *Whelanová, M.* Pracovní a sociální právo ES a s ním spojená adaptace a transpozice do českého práva. Právní rozhledy (příloha Evropské právo), 2002, č. 9, s. 5–11

1. Úvod

Problematika zákazu diskriminace tvoří v současné době v právu ES poměrně obsáhlou oblast, která se silně odráží jak v legislativní činnosti jednotlivých členských států EU, tak v jejich aplikační praxi. Tato kapitola proto podává výklad o uvedené problematice, její právní úpravě, vývoji zejména v judikatuře Soudního dvora a způsobu zapracování této problematiky do českého právního řádu.

Vzhledem k obsáhlosti problematiky zákazu diskriminace se tento příspěvek nezaměřuje na oblast volných pohybů, tj. oblast zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti tak, jak je upraven zejména v čl. 12 SES.

2. Prameny práva

Ustanovení týkající se zákazu diskriminace je možno najít jak v primárním právu (Smlouvě), tak v právu sekundárním (směrnících ES) i zmíněné judikatuře Soudního dvora.

2.1. Požadavky práva ES upravené v primárním právu

Smlouva byla v počátcích – a následně i po několik desítek let – zaměřena pouze na rovnost na základě státní příslušnosti a na rovnost na základě pohlaví. Přestože v poslední době došlo k významnému posunu z hlediska chápání diskriminace, tj. zákaz diskriminace byl rozšířen i na jiné diskriminační důvody, stále platí, že tyto dvě uvedené oblasti jsou nejrozvinutějšími oblastmi antidiskriminačního práva.

Základním ustanovením rovnosti na základě pohlaví se stal čl. 141 SES (dříve čl. 119 SES), který mj. stanoví, že „každý členský stát zajistí uplatnění zásady stejné odměny mužů a žen za stejnou nebo rovnocennou práci“. Uvedený článek, který původně působil v této Smlouvě založené na naplnění principu jednotného trhu poněkud nekonzistentně, do ní byl do vložen kvůli obavám Francie před sociálním dumpingem.³³⁴ Francie totiž na rozdíl od jiných států tehdy uplatňovala zejména v souvislosti s rozvinutým textilním průmyslem na severu země ve svém právním řádu zakotvenou zásadu rovného odměňování mezi muži a ženami; vzhledem k tomu, že v rámci vznikajícího jednotného trhu by mohla tato zásada způsobit komparativní nevýhodu, prosadila Francie její zakotvení přímo do Smlouvy. Účel zásady uvedený v čl. 141 SES byl proto původně chápán v ekonomickém smyslu, tj. zajištění jednotných podmínek pro všechny tehdejší členské státy.

Judikatura Soudního dvora však dovodila, že čl. 141 má dvojitý charakter, a to jak ekonomický, tak sociální. V rozsudku ve věci *Defrenne*³³⁵ se mj. uvádí, že „[...] toto ustanovení (tj. čl. 141 SES – pozn. aut.) tvoří součást cílů Společenství, které není pouze ekonomickým sdružením, ale které je stejně tak zaměřeno na to, aby byl společnými kroky zajištěn sociální rozvoj a aby bylo usilováno o stále zlepšování životních a pracovních podmínek jejich obyvatel, jak je zdůrazněno v preambuli Smlouvy“³³⁶ a že „tento dvojitý cíl, který je jak ekonomický tak sociální, poukazuje na to, že princip rovného odměňování tvoří součást základů Společenství“.

Čl. 141 dále definuje, co se rozumí stejnou odměnou mezi muži a ženami; v odstavci 2 tohoto článku je stanoveno, že „odměnou [...] se rozumí obvyklá základní či minimální mzda nebo plat a veškeré ostatní dávky, které zaměstnavatel přímo nebo nepřímo, v hotovosti nebo v naturáliích vyplácí

pracovníkovi z titulu pracovního poměru“. Jinými slovy, odměnou ve smyslu čl. 141 SES jsou veškeré výhody peněžité hodnoty, které zaměstnanec obdrží přímo nebo nepřímo od svého zaměstnavatele v souvislosti s výkonem práce. Do rozsahu tohoto pojmu tedy spadají nejenom mzda nebo plat a různé příplatky, ale i výhody mající naturální povahu, jako například služební automobil, zlevněné stravování nebo proplácení jízdného, nebo i jiné související výhody ocenitelné v penězích (např. vysílání zaměstnanců na služební cesty, kurzy, apod.).

Velký význam čl. 141 SES pro aplikační praxi spočívá v tom, že má tzv. přímý účinek. Teorie přímého účinku byla vyvinuta judikaturou Soudního dvora, a zahrnuje – zjednodušeně řečeno – právo dovolávat se přímo příslušného ustanovení komunitárního práva. Přímý účinek čl. 141 tedy dává jednotlivcům velmi silnou zbraň tehdy, pokud není aplikována zásada rovného odměňování na základě pohlaví a ve vnitrostátním právu ani neexistují dostatečné mechanismy k jejímu vynucení.

Přímý účinek čl. 141 SES byl potvrzen již v rozsudku ve věci *Defrenne*. V tomto rozsudku se jednalo o případ letušky pani Defrenne, která nedostávala stejnou odměnu za práci jako její mužští kolegové – stewardi. Belgický pracovní soud se Soudního dvora dotazoval, zda čl. 141 SES zavádí do národního právního řádu každého členského státu princip, podle kterého mají muži i ženy dostávat rovnou odměnu za stejnou práci, a zda mají zaměstnanci právo domáhat se nezávisle na jakémkoliv ustanovení národního práva v řízení před národními soudy dodržování tohoto principu. Odpověď na tuto otázku byla kladná. Soud ve svém výroku uvedl, že muži a ženy se mohou odvolávat na princip stanovený v čl. 141 SES a že soudy mají povinnost zajistit jednotlivci ochranu práv vyplývajících z tohoto ustanovení, a to zejména v těch případech diskriminace, které mají původ v právních předpisech nebo v kolektivních smlouvách, a rovněž v případech, kdy muži a ženy nedostávají rovnou odměnu za stejnou práci konanou ve stejném podniku nebo službách, a to jak soukromých, tak veřejných.

Jak vyplývá z výše uvedeného, čl. 141 SES se mohou soukromé osoby v prvé řadě dovolávat vůči státu, resp. jeho orgánům (tzv. vertikální přímý účinek), což je možno si představit zejména v případě, kdy by princip rovnosti v odměňování na základě pohlaví nedodržel orgán státní správy (pojem „stát“ je ovšem ve smyslu práva ES nutno vykládat v širokém slova smyslu, tj. do rozsahu tohoto pojmu patří i např. orgány veřejné správy či orgány, kterým byla orgány veřejné správy a za jejich dohledu dána pravomoc poskytovat veřejné služby).³³⁷ Čl. 141 ve výkladu podaném rozsudkem

³³⁴ Z přednášky prof. Briana Berscussona, King's College, London přednesené na Semináři o Evropském pracovním právu v Praze pořádaném Českou advokátní komorou dne 12.–13. 10. 2001.

³³⁵ Věc 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455.

³³⁶ Tamtéž, bod 10 rozsudku.

³³⁷ Viz Prechal, *S. Directives in EC Law, Second, Completely Revised Edition*. Oxford University Press, 2005, s. 58–61; věc C-188/89, *A. Foster and others v British Gas plc* [1990] ECR I-3313.

ve věci *Defrenne* však směřuje i k tzv. horizontálnímu přímému účinku, tj. možnosti soukromé osoby (typicky zaměstnanec) dovolávat se přímého účinku čl. 141 SES i vůči jiné soukromé osobě (typicky zaměstnavateli). Odpovědnost za naplňování tohoto článku tedy nese pouze stát a jeho orgány ve výše uvedeném širokém smyslu, ale i osoby soukromého práva, které podléhají právu tohoto státu.

To, že je rovnost na základě pohlaví nosným pilířem komunitárního práva, dokazují i další ustanovení Smlouvy, která stanoví základní úkoly a cíle Společenství; v čl. 2 SES se stanoví, že „*úkolem Společenství [...] je [...] podporovat rovné zacházení mezi muži a ženami*“, čl. 3 odst. 2 pak uvádí, že „*ve všech činnostech [...] podporuje Společenství rovné zacházení s muži a ženami*“. Tyto základní cíle přitom nemají pouze povahu proklamativních prohlášení, ale jsou „živoucími“ obecnými principy, na které je odkazováno a které jsou naplňovány při provádění komunitárních politik.³³⁸

I přes význam oblasti rovnosti mezi muži a ženami v komunitárním právu je však nutno zdůraznit, že v posledních letech se Společenství orientuje i na jiné diskriminační důvody, než kterým je důvod spočívající v pohlaví osoby.

Amsterodamskou novelizací Smlouvy, která vstoupila v platnost dne 1. 5. 1999, byl do této Smlouvy vložen nový čl. 6a, následně a doposud stále označovaný podle nového číslování za čl. 13 SES. Tento článek je vlastně zmocňovacím ustanovením k přijímání opatření k potírání diskriminace i z některých jiných důvodů než je pohlaví. Toto ustanovení konkrétně stanoví, že „*[...] Rada může na návrh Komise a po konzultaci s Evropským parlamentem učinit jednomyslně opatření k potírání diskriminace z důvodu pohlaví, rasového nebo etnického důvodu, víry nebo světového názoru, invalidity, věku nebo sexuální orientace*“. Jinými slovy, po vložení tohoto článku do Smlouvy dalo Společenství jasně najevo, že předmětem jeho zájmu nebude pouze úzce vymezený zájem na boji s diskriminací na základě pohlaví, čímž došlo k významnému posunu v oblasti zákazu diskriminace. Z povahy ustanovení čl. 13 SES vyplývá, že výčet důvodů, pro které je na úrovni Společenství zakázána diskriminace, je taxativní. Nebylo by ovšem překvapující, pokud by Soudní dvůr tento výčet rozšířil, jak už to stejně v minulosti i ve věcech zákazu diskriminace učinil.³³⁹ Pro možné rozšíření výčtu důvodů svědčí i skutečnost, že čl. 21 Charty základních

³³⁸ Viz např. Evropská sociální agenda schválená Evropskou radou v Nice dne 7. až 9. 12. 2000, Official Journal L 157, 30. 5. 2001, s. 4–12 nebo rozhodnutí Rady ze dne 12. 7. 2006 o hlavních směrech politik zaměstnanosti členských států, Úř. věst. L 205, 6. 8. 2005, s. 21–27, zejm. hlavní směr č. 17.

³³⁹ Srov. věc C-13/94, *P v S a Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143, kterým byla ještě před přijetím čl. 13 SES ustanovení o zákazu diskriminace z důvodu pohlaví rozšířena i na transsexuální osobu.

práv Evropské unie z konce roku 2000 stanoví diskriminační důvody pouze demonstrativně.³⁴⁰ I přestože je Charta základních práv Evropské unie v zásadě politickým dokumentem, který vzešel z jednání Evropské rady v Nice, mohl by se Soudní dvůr při své rozhodovací praxi o tento dokument významně opřít.

2.2. Požadavky práva ES upravené v sekundárním právu

Podrobnější úpravu antidiskriminačního práva nalezneme v sekundární legislativě, konkrétně směrnicích ES. Směrnice jsou právní akty, které jsou podle čl. 249 SES závazné pro každý stát, kterému jsou určeny, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba forem a prostředků se ponechává vnitrostátním orgánům. Charakteristickým rysem směrnice tudíž je, že musejí být promítnuty (transponovány) do právních řádů členských států EU tak, aby byl přesně zachován cíl stanovený směrnicí a přitom aby bylo využito legislativních zvyklostí příslušného členského státu. Pravdou však je, že antidiskriminační směrnice z poslední doby jsou ve velké míře natolik konkrétní (viz např. definice různých forem diskriminace), že členský stát prakticky nemá možnost volby ve využití „forem a prostředků“ daných vnitrostátním právem pro jejich transpozici. Naopak – chce-li řádně směrnicí promítnout – nezbude mu v mnohých případech nic jiného, než se při tvorbě transpozičního předpisu velmi pozorně přidržívat textu směrnice.³⁴¹

Antidiskriminační směrnice je možno rozdělit do několika skupin. Předně je možno vymezit směrnice, které se přímo zabývají problematikou zákazu diskriminace (tzv. směrnice o zákazu diskriminace v užším smyslu). Tyto směrnice je dále možno třídit podle toho, kterého diskriminačního důvodu se týkají.

Antidiskriminační právo ES však dále obsahuje i směrnice, které sice přímo problematiku zákazu diskriminace z důvodu uvedeného v čl. 13 SES neupravují, nicméně velmi významně cílí spočívajícímu v zákazu diskriminace napomáhají. Tyto směrnice je možno označit za tzv. směrnice o zákazu diskriminace v širším slova smyslu, a bude o nich pojednáno níže.

³⁴⁰ „*Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur [...]*“, „*Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour [...]* shall be prohibited“.

³⁴¹ *Prechal*, s. 73–78.

Pro obě skupiny směrnic však platí, že jsou tzv. minimálními směrnicemi,³⁴² tedy že členský stát se může od příslušných ustanovení směrnic odchýlit, avšak pouze tak, že zavede nebo zachová úpravu, která je příznivější pro osoby, k jejichž ochraně směrnice směřují. Dále je pro všechny tyto směrnice typické, že jejich implementace nesmí být důvodem pro snížení již poskytované úrovně ochrany v členských státech.

2.2.1. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se rovnosti na základě pohlaví

V případě rovnosti na základě pohlaví je možno mezi směrnice, které se přímo zabývají problematikou zákazu diskriminace, zařadit v první řadě směrnici Rady 75/117/EHS ze dne 10. 2. 1975 o sblížení právních předpisů členských států týkajících se provedení zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy³⁴³ a směrnici Rady 76/207/EHS ze dne 9. 2. 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky,³⁴⁴ ve znění novely 2002/73/ES.³⁴⁵

Na prvním místě uvedená směrnice, která je z časového hlediska první směrnicí v této oblasti, přímo navazuje na čl. 141 SES a blíže konkretizuje jeho dopady. V čl. 1 podrobněji rozvádí, co se míní principem rovného odměňování, a to tak, že pro stejnou práci nebo práci, které je přiručena stejná hodnota, bude odstraněna ve všech aspektech a podmínkách odměňování jakákoliv diskriminace z důvodů pohlaví. Odstraňování diskriminace zahrnuje jak odstraňování diskriminačních ustanovení z právního řádu členského státu (tj. činnost směřující k legislativní činnosti státu), včetně nutnosti uznat za neplatná taková ustanovení smluv či kolektivních smluv, která se příčí zásadě rovného odměňování,³⁴⁶ tak i aktivní činnost směřující k zavedení této zásady do praxe, včetně vytváření efektivních nástrojů k jejímu naplnění. Musí být zejména zajištěno, aby jednotlivci měli k dis-

pozici dostatečné právní nástroje k dosažení svých nároků soudní, případně i jinou cestou.

Na druhém místě uvedená směrnice 76/207/EHS přijatá na základě čl. 235 SES (čl. 308 dnešního číslování) upravuje principy rovného zacházení mezi muži a ženami v přístupu do zaměstnání včetně služebního postupu, v přístupu k odborné přípravě a v pracovních podmínkách. Po podstatné novelizaci směrnicí 2002/73/ES dnes obsahuje podrobné definice jednotlivých forem diskriminace (přímé a nepřímé diskriminace včetně obtěžování, sexuální obtěžování nebo návozu k diskriminaci – srov. čl. 2). Navíc novelou byla do věcného rozsahu směrnice zahrnuta i oblast samostatné výdělečné činnosti, resp. povolání obecně (srov. čl. 3).³⁴⁷ Novela 2002/73/ES dále významně posunula celou materii směrem k aktivnímu naplňování politiky rovného zacházení, což se odráží např. v povinnosti členských států aktivně přihlížet k cíli rovnosti mezi muži a ženami či v povinnosti členských států podněcovat zaměstnavatele k přijetí opatření, která zabrání všem formám diskriminace na pracovišti, zejména obtěžování a sexuálnímu obtěžování.

Směrnice 76/207/EHS ve znění své novely však rovněž připouští určité odchylky ze zásady rovného zacházení, přesněji řečeno obecně uvádí, jaké jednání nebude považováno za diskriminační, rozhodne-li se členský stát příslušného ustanovení využít. Podmínky k naplnění tohoto ustanovení jsou dány tehdy, pokud rozdílné zacházení založené na vlastnostech spojených s pohlavím osoby, které se týká přístupu k zaměstnání³⁴⁸ nebo k odborné přípravě, je dáno povahou profesní činnosti, nebo pokud z podmínek jejího výkonu vyplývá, že tyto vlastnosti představují podstatný a rozhodující profesní požadavek, je-li jeho cíl oprávněný a požadavek přiměřený.³⁴⁹ Jako příklad naplňující tuto výjimku je možno uvést kupř. požadavek na mužherce na roli Hamleta či požadavek na ženu-uklízečku dámských sprch během provozní doby plaveckého bazénu.

Směrnice 76/207/EZS, a to i ve znění novely, rovněž stanoví, že „*touto směrnicí nejsou dotčena ustanovení týkající se ochrany žen, zejména pokud jde o těhotenství a mateřství*“. Dané ustanovení se stalo předmětem interpretační činnosti Soudního dvora, neboť z pochopitelných důvodů členské státy, v případě, že z určitých činností vylučovaly ženy, ospravedlňovaly

³⁴² Srov. Král, R. Transpozice a implementace směrnic ES v zemích EU a ČR. Praha: C. H. Beck, 2002, zejm. s. 76–82.

³⁴³ Official Journal L 45, 19. 2. 1975, s. 19–20; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 01, s. 179 (dále též „směrnice o stejné odměně“ či „směrnice 75/117“).

³⁴⁴ Official Journal L 39, 14. 2. 1976, s. 40–42; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 01, s. 187 (dále též „směrnice o rovném zacházení“ či „směrnice 76/207“).

³⁴⁵ Official Journal L 269, 5. 10. 2002, s. 15–20; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 04, s. 255.

³⁴⁶ Srov. věc C-33/89, *Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg* [1990] ECR I-02591. Toto ustanovení směrnice má bezpochyby velmi silný dopad zejména v těch členských státech EU, ve kterých má kolektivní vyjednávání a kolektivní smlouvy vzniklé na jeho bázi velký vliv na pracovní právo daného státu, zejména tam, kde kolektivní smlouvy nahrazují právní předpisy – srov. věc C-143/83, *Komise v Dánsko* [1985] ECR 427.

³⁴⁷ Vzhledem k této skutečnosti je nutno poznamenat, že znění směrnice je nekonzistentní, neboť již ve svém čl. 1 zmiňuje pouze přístup k „zaměstnání“, tedy závislé činnosti. Teprve z dalších článků je zřejmé, že diskriminace se týká oblasti povolání jako celku, a že zahrnuje i výkon jiné než závislé činnosti.

³⁴⁸ Přestože směrnice mluví pouze o přístupu k zaměstnání (*employment*), i zde je zřejmé, že uvedenou výjimku musí být možno použít i na oblast povolání (*occupation*).

³⁴⁹ Směřování jednání, které nebude považováno za diskriminaci podle směrnice, pouze na oblast přístupu do zaměstnání a odbornou přípravu, nikoliv též na další oblasti, zavedla až novela 2002/73/ES, která tudíž oproti původnímu znění danou „výjimku“ zúžila.

své jednání nutností jejich ochrany. Podle judikatury Soudního dvora, která se dotýkala problematiky práce žen v policejních složkách či v armádě,³⁵⁰ je však uvedené ustanovení dovolávající se ochrany žen možno využít pouze tehdy, pokud je ochrana zaměřena na biologický stav ženy a založena na zvláštním vztahu, který je vytvořen mezi ženou a jejím dítětem. Uvedené ustanovení tedy není aplikovatelné pro účely obecné ochrany žen, ale směřuje pouze k ochraně žen těhotných, kojících, resp. žen, které jsou krátce po porodu.

Co se týče ostatních ustanovení směrnice 76/207/EHS, v platném znění, jsou tato obdobná ustanovením dalších antidiskriminačních směrnic v užším smyslu, které byly přijaty po roce 2000. Směrnice se významně zaměřuje na dopady v aplikační praxi.³⁵¹ Výslovně se zde však stanoví, že žena na mateřské dovolené, a v některých případech i muž, má rovněž právo vrátit se po skončení mateřské dovolené ke své práci nebo na rovnocenné pracovní místo za okolností a podmínek, které pro ně nejsou nepříznivější, a mít prospěch ze zlepšení pracovních podmínek, na které by měli nárok v průběhu své nepřítomnosti.

V souvislosti s touto směrnicí stojí dále za povšimnutí její čl. 8a, vložený novelou 2002/73/ES. Tento článek stanoví povinnost členských států vytvořit subjekt nebo subjekty na podporu rovného zacházení na základě pohlaví. Přestože směrnice nestanoví výslovně, že se musí jednat o nezávislé subjekty (přívlastek „nezávislý“ byl z návrhu směrnice během schvalovací procedury vypuštěn), je z kontextu zřejmé, že by tento měl být nadán značnou mírou autonomie, neboť má poskytovat mj. nezávislou pomoc obětem diskriminace. Vzhledem k tomu, že požadavek na vytvoření tohoto subjektu

³⁵⁰ Srov. např. věc C-222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651.

³⁵¹ Důkazem je stanovení povinnosti členských států zavést do svých vnitrostátních právních řádů taková opatření, aby se poškozená osoba mohla domoci skutečné a účinné náhrady škody, přičemž stanovení pevného horního limitu pro náhradu škody je s určitými výjimkami zakázáno (srov. věc C-14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891 a věc C-79/83, *Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH* [1984] ECR 1921). Klade se rovněž důraz na zapojení nevládních organizací do antidiskriminačních sporů či na úpravu zákazu pronásledování, tj. zákazu nepříznivých zacházení ze strany zaměstnavatele jako odvety za stížnost či jiné právní řízení týkající se zásady rovného zacházení (opomíjen je však zákaz pronásledování v oblasti samostatné výdělečné činnosti, např. pokud k takovému jednání přikročí profesní komora v reakci na stížnost osoby vykonávající nezávislé povolání). Směrnice se zaměřuje rovněž na dostatečné informování zaměstnanců o zásadě rovného zacházení a jejím naplňování. V oblasti legislativní směrnice stanoví povinnost členských států (kromě povinnosti řádně transponovat směrnici) zrušit právní předpisy, které jsou v rozporu se zásadou rovného zacházení, resp. učinit kroky, aby mohla být zneplatněna ustanovení kolektivních smluv, vnitřních předpisů, individuálních smluv či profesních předpisů, která jsou diskriminačního charakteru. Obdobně jako další směrnice z oblasti zákazu diskriminace, které jsou novějšího data, umožňuje i novela 2002/73/ES členským státům zachovat nebo přijímat tzv. pozitivní opatření, a to s poukazem na čl. 141 odst. 4 SES.

požadují i některé jiné směrnice, bude o něm ještě pojednáno dále v kapitole 3.4.

Mezi směrnice z oblasti zákazu diskriminace na základě pohlaví v užším slova smyslu je dále nutno zahrnout v oblasti procesního práva velmi důležitou směrnicí Rady 97/80/ES ze dne 15. 12. 1997 o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví.³⁵² Tato směrnice, kromě toho, že jako první stanovila po vzoru judikatury Soudního dvora definici nepřímé diskriminace, upravuje přesun důkazního břemene ze žalobce na žalovaného ve sporech týkajících se diskriminace (srov. čl. 4).³⁵³ Tento přesun důkazního břemene se však musí uskutečnit, pouze pokud byly před soudem nebo jiným kompetentním orgánem žalobcem (tj. stranou, která tvrdí, že vůči ní nebyla uplatněna zásada rovného zacházení) uvedeny skutečnosti, ze kterých lze dovodit, že k diskriminaci (přímé nebo nepřímé) došlo.³⁵⁴ Pokud tedy žalobce tyto skutečnosti uvede, je na žalovaném, aby prokázal, že k diskriminaci z jeho strany nedošlo.³⁵⁵

Problematika rovnosti mezi muži a ženami je poměrně podrobně upravena i na poli sociálního zabezpečení, a to jak v oblasti zákonného systému,³⁵⁶ tak v oblasti zaměstnaneckého systému sociálního zabezpečení.³⁵⁷

³⁵² Official Journal L 14, 20. 1. 1998, s. 6–8; v češtině ZV ÚV, kap. 5, sv. 03, s. 264.

³⁵³ Zde vyvstává otázka, nakolik je směrnice 97/80/ES aplikovatelná i na další formy diskriminace, jako je obtěžování nebo sexuální obtěžování, které právní předpisy ES zakotvily až po přijetí této směrnice. S ohledem na čl. 19 ve spojení s čl. 2 odst. 2 směrnice 2006/54/ES, která je přepracovanou verzí většiny směrnic z oblasti zákazu diskriminace na základě pohlaví, se domníváme, že ustanovení o obráceném důkazním břemenu se vztahuje i na nové formy diskriminace. Z praktického hlediska se však jeví naplňování zejm. obráceného důkazního břemene u sexuálního obtěžování jako problematické, neboť v mnohých případech, vzhledem k intimnímu projevu takového chování, nebude žalobce schopen prokázat, že skutečnosti nasvědčující tomu, že k diskriminaci došlo, skutečně nastaly.

³⁵⁴ Směrnice však dovoluje přijmout přísnější úpravu v této oblasti – srov. čl. 4 odst. 2.

³⁵⁵ Uvedené ustanovení má tudíž zřejmě sloužit k zamezení šikanózních projevů, kdy by byl žalovaný nucen vyvracet tvrzení o jeho jednání nebo skutečnostech týkajících se jeho osoby, které se zjevně nestaly. V tomto smyslu působí zbytečně přísně § 133a OSŘ, který stanoví, že „skutečnosti tvrzené o tom, že účastník byl přímo nebo nepřímo diskriminován na základě svého pohlaví, rasového nebo etnického původu, náboženství, víry, světového názoru, zdravotního postižení, věku anebo sexuální orientace, má soud ve věcech pracovních za prokázané, pokud v řízení nevyšel najevo opak“. Na druhou stranu není možno takové ustanovení v českém právu považovat za neslučitelné se směrnicí 97/80/ES, neboť, jak uvedeno v předchozí poznámce, dovozuje tato směrnice zavést důkazní pravidla, která jsou pro žalobce příznivější. Srov. nález ÚS ze dne 26. 4. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 37/04, publikováno pod č. 419/2006 Sb, a anotaci tohoto rozhodnutí dále v bodě XII.4.3. Srov. také analýzu důkazního břemene výše, bod II.5.

³⁵⁶ Směrnice Rady ze dne 19. 12. 1978 o postupném zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti sociálního zabezpečení (79/7/EHS), Official Journal L 6, 10. 1. 1979, p. 24–25; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 01, s. 215.

³⁵⁷ Směrnice Rady ze dne 24. 7. 1986 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy v systémech sociálního zabezpečení pracovníků (86/378/EHS) a její novela 96/97/ES, Official

Jak je patrné z pojednání o jednotlivých směrnících, je problematika zákazu diskriminace v oblasti rovnosti mezi muži a ženami poměrně nepřehledná. Proto Společenství přistoupilo k vypracování nové úpravy, tzv. přepracovaného znění (*recast version, refonte, Neufassung*) výše uvedených směrnic. Přepracované znění má za cíl ujednotit a zpřehlednit současnou právní úpravu a zapracovat i platnou judikaturu Soudního dvora EHS tak, aby výsledný celek co nejpřesněji odrážel aktuální stav komunitárního práva. Jeho účelem tedy není zavádět novou úpravu v této oblasti, i když vzhledem k nové systematizaci není možno určité posuny vyloučit. Zmíněné přepracované znění bylo schváleno nedávno směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES ze dne 5. 7. 2006 o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání,³⁵⁸ přičemž transpozice této směrnice se musí ve členských státech uskutečnit do 15. 8. 2008, resp. ve výjimečných případech do 15. 8. 2009. Staré směrnice, které se staly podkladem pro přepracované znění, tj. směrnice 75/117/EHS, 76/207/EHS, 2002/73/ES, 97/80/ES, 86/378/EHS, 96/97/ES, však zůstávají v platnosti až do 15. 8. 2009, a do té doby tedy mohou vyvolávat účinky samy o sobě, tj. bez návaznosti na novou směrnici 2006/54/ES.³⁵⁹

Do oblasti rovnosti na základě pohlaví je nutno dále zařadit i jednu směrnici zaměřenou výlučně na oblast samostatné výdělečné činnosti.³⁶⁰ Tato směrnice je dnes částečně překonána směrnicí 2002/73/ES, která dopadá obecně na oblast povolání. Pokud by se však k dopadům této směrnice vyslovil Soudní dvůr, mohl by její význam stoupnout.

Journal L 225, 12. 8. 1986, p. 40–42; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 01, s. 327, a Official Journal L 46, 17. 2. 1997, p. 20–24; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 03, s. 232. I přes neexistenci institucí zaměstnavatelského penzijního pojištění v ČR jsou uvedené směrnice pro ČR relevantní, neboť jsou svázány s čl. 141 SES a obecně se týkají případů, kdy zaměstnavatel poskytuje určité výhody sociálního charakteru svým zaměstnancům (např. příspěvek na důchod).

³⁵⁸ Úř. věst. L 204, 26. 7. 2006, s. 23–36.

³⁵⁹ Z časového hlediska se jedná o poněkud nedomyšlenou konstrukci. Směrnice 2006/54/ES totiž přebírá ustanovení „starých“ antidiskriminačních směrnic, a tak by dnem zajištění plné transpozice nové směrnice v členském státě měla být pro tento členský stát ukončena platnost „starých“ směrnic. V opačném případě nastane situace, že ač členský stát řádně transponuje novou směrnici do 15. 8. 2008, stále budou platit (a budou muset být řádně transponovány) „staré“ směrnice, které však nová úprava překonává. Takový přístup samozřejmě může způsobit aplikační i legislativní potíže.

³⁶⁰ Směrnice Rady ze dne 11. 12. 1986 o uplatňování zásady rovného zacházení pro muže a ženy samostatně výdělečně činné, včetně oblasti zemědělství, a o ochraně v mateřství (86/613/EHS), Official Journal L 359, 19. 12. 1986, p. 56–58; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 01, s. 330. Směrnice dopadá jak na osoby samostatně výdělečně činné, tak na jejich manžele, kteří mají statut spolupracujících osob. Směřuje k odstraňování diskriminačních ustanovení nebo praktik zejména v souvislosti se zahajováním a provozováním samostatně výdělečné činnosti, a to včetně finančních zvýhodnění, která jsou s touto činností i nepřímo spojena. Zejména musí být zajištěno, že zřízení podniku manželi nebude více restriktivní, než zřízení podniku osobami mimo manželský svazek.

Mezi směrnice z oblasti rovnosti na základě pohlaví je v neposlední řadě možno zařadit i v nedávné době přijatou směrnici Rady 2004/113/ES ze dne 13. 12. 2004, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s muži a ženami v přístupu ke zboží a službám a jejich poskytování,³⁶¹ jejíž lhůta pro transpozici uplyne dnem 21. 12. 2007. Zboží a služby je podle bodu 11 preambule k této směrnici nutno chápat ve významu, který byl těmto termínům přisouzen podle Smlouvy, tj. v hospodářském významu. V každém případě se musí jednat o takové zboží nebo služby, které jsou nabízeny veřejnosti (srov. čl. 3).³⁶² Přínosem směrnice 2004/113/ES je, že se snaží pojmut tuto širokou problematiku a zaměřit se zejména na oblast nejproblematictější, a to na oblast pojišťovacích služeb. Podle čl. 5 uvedené směrnice totiž mají členské státy povinnost zajistit, aby ve všech nových smlouvách uzavřených nejpozději po 21. 12. 2007 nevedlo použití pohlaví jako faktoru při výpočtu výše pojistného a pojistného plnění pro účely pojištění a souvisejících finančních služeb u jednotlivých pojištěnců k rozdílu ve výši pojistného a v pojistném plnění.³⁶³ Přestože je možno do určité míry připustit opt-out z uvedené zásady, neboť členské státy mohou rozhodnout „o povolení přiměřených rozdílů ve výši pojistného a pojistného plnění u jednotlivých pojištěnců, je-li pohlaví určujícím faktorem při hodnocení rizika založeném na příslušných a přesných pojistně-matematických a statistických údajích“, neměla by uvedená odchylka vést k vyloučení této zásady jako celku. V neposlední řadě je nutno zmínit, že i tato směrnice počítá s vytvořením subjektu (subjektů) na podporu rovného zacházení (čl. 12). K tomu blíže viz kapitola 3.4.

2.2.2. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se rovnosti na základě rasy nebo etnického původu

Úpravu zákazu diskriminace z důvodu rasy nebo etnického původu nalezneme ve směrnici Rady 2000/43/ES ze dne 29. 6. 2000, kterou se zavádí

³⁶¹ Úř. věst. L 373, 21. 12. 2004, s. 37. Tato směrnice není zahrnuta do přepracované verze antidiskriminačních směrnic z oblasti rovnosti na základě pohlaví.

³⁶² Domníváme se však, že z povahy zákazu diskriminace jakožto obecného principu by měl vyplývat zákaz diskriminace i v těch oblastech, které se přímo hospodářských záležitostí nedotýkají. Příkladem je možno uvést přístup k veřejně nabízené službě sociálního charakteru, která není poskytována za úplatu (např. sociální bydlení). Rovněž je s podivem, že se směrnice neuplatní na obsah sdělovacích prostředků a reklamy ani na celou oblast veřejného i soukromého vzdělávání. K významu pojmů zboží a služby u rasové směrnice srov. *Ellis*, s. 256.

³⁶³ Ve výši pojistného nebo pojistného plnění se projevuje rozdílné zacházení z důvodu pohlaví např. tehdy, když v oblasti životního pojištění jsou využívány odlišné úmrtnostní tabulky pro muže a ženy vycházející z obecně delší doby dožití žen. K tomu srov. rovněž čl. 6 odst. 2 směrnice 2000/78/ES.

zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ.³⁶⁴ Tato směrnice byla přijata na základě čl. 13 SES a je jí možno přiznat prvenství hned ve dvou ohledech: je první směrnicí, která upravuje vztahy překračující rámec oblasti zaměstnání a povolání, a první směrnicí, která nedopadá na oblast ochrany před diskriminací z důvodu pohlaví, která byla do roku 2000 výlučným předmětem zájmu Společenství.

Z pohledu legislativního zpracování uvedené směrnice do vnitrostátních právních řádů členských států se jedná o poměrně složitou směrnici. Její věcný rozsah je totiž tak široký, že zahrne nejrůznější oblasti úpravy právních vztahů. Kromě oblasti zaměstnání a povolání tato směrnice zakazuje diskriminaci z důvodu rasy nebo etnického původu také v oblasti sociální³⁶⁵ a zdravotní, v oblasti vzdělávání, a dále i obecně v oblasti přístupu ke zboží a službám³⁶⁶ včetně jejich poskytování, se zvláštním důrazem na rovný přístup a poskytování bydlení, které je k dispozici veřejnosti.

Co se týče jednotlivých institutů upravených směrnicí 2000/43/ES, tvoří tyto obvyklou strukturu, která se objevuje ve směrnicích přijatých v oblasti zákazu diskriminace po roce 2000 – kromě zákazu přímé a nepřímé diskriminace, obtěžování a navádění k diskriminaci je zde upraveno pronásledování (čl. 9), povinnost týkající se šíření informací a podpory sociálního dialogu (čl. 10 až 12) či možnost zavedení pozitivních opatření (čl. 5). Důraz je kladen i na dostatečné sankční procedury (čl. 15) i vymahatelnost práv osob při porušení zásady zákazu diskriminace, k čemuž směřuje i klasická konstrukce obráceného důkazního břemene (čl. 7 a 8). Samozřejmě není opomenuta ani povinnost odstraňovat neslučitelnosti z vnitrostátních právních řádů, resp. zneplatnit smlouvy nebo vnitřní předpisy odporující zásadě rovného zacházení.

³⁶⁴ Official Journal L 180, 19. 7. 2000, p. 22–26; v češtině ZV ÚV, kap. 20, sv. 01, s. 23 (dále též „rasová směrnice“ či „směrnice 2000/43“).

³⁶⁵ Oblast sociální je nutno vykládat v širokém slova smyslu. Sama směrnice mluví o sociálních výhodách a sociální ochraně včetně sociálního zabezpečení, což již samo o sobě poukazuje na snahu zákonodárce postihnout velkou skupinu právních vztahů. Pokud se však vezme v potaz i judikatura Soudního dvora, jsou dopady takto vymezených oblastí nedozírné. Tak např. do rozsahu pojmu „sociální výhody“ podle čl. 7 nařízení 1612/68 je nutno podle judikatury za určitých okolností zařadit i volbu jednacího jazyka před soudem. Srov. věc C-274/96, *Horst Otto Bickel and Ulrich Franz* [1998] ECR I-7637).

³⁶⁶ Vzhledem k tomu, že některé ve směrnici vyjmenované oblasti, které tvoří věcný rozsah působnosti dané směrnice, mají samy o sobě povahu poskytování zboží nebo služby (zejm. oblast zdravotnictví – srov. věc C-158/96, *Raymond Kohl v Union des caisses de maladie* [1998] ECR I-1931), má obecné zakotvení oblasti přístupu ke zboží a službám, resp. jejich poskytování, do jisté míry charakter „sběrného ustanovení“. Jeho význam je však nepochybný v případě poskytování takových služeb, jako jsou služby bankovní či pojišťovací, nebo v případě výslovně zmíněného bydlení. K otázce, zda pojem zboží a služby musí být vykládán pouze v ekonomickém slova smyslu, zastáváme v případě této směrnice stejný názor, jak uvedeno výše ke směrnici 2004/113/ES.

Co se týče přípustných „výjimek“ ze zásady rovného zacházení, tedy případů rozdílného zacházení z důvodu rasy nebo etnického původu, které není podle směrnice 2000/43/ES považováno za diskriminaci, upravuje tyto čl. 4 směrnice. Je zde stanoveno, že diskriminací nebude míněn případ, kdy „z povahy profesní činnosti nebo z podmínek jejího výkonu vyplývá, že tyto charakteristiky představují podstatný a určující profesní požadavek, je-li jeho cíl legitimní a požadavek přiměřený“. Za povšimnutí zde stojí porovnání uvedeného ustanovení s obdobným ustanovením ve směrnici 2002/73/ES, neboť rasová směrnice nezužuje tuto odchylku pouze na oblast přístupu k zaměstnání (povolání) včetně odborné přípravy.

V neposlední řadě je nutno ke směrnici 2002/43/ES poznamenat, že i tato zavádí povinnost členských států zřídit subjekt (subjekty) na podporu rovného zacházení z důvodu rasy nebo etnického původu.

2.2.3. Směrnice o zákazu diskriminace v užším slova smyslu týkající se dalších diskriminačních důvodů

V rámci této skupiny je nutno zmínit směrnici Rady 2000/78/ES ze dne 27. 11. 2000, kterou se stanoví obecný rámec pro rovné zacházení v zaměstnání a povolání.³⁶⁷ Tato směrnice upravuje zákaz diskriminace s ohledem na „zbytkovou skupinu“ diskriminačních důvodů podle čl. 13 SES, tj. z důvodu náboženského vyznání či víry, zdravotního postižení, věku nebo sexuální orientace. Na rozdíl od směrnice 2000/43/ES se však opět zaměřuje pouze na oblast zaměstnání a povolání.

Co se týče práv a povinností stanovených směrnicí 2000/78/ES, tak i zde jsou upraveny instituty, které se objevují ve směrnicích přijatých v oblasti zákazu diskriminace po roce 2000 a jsou prakticky analogické se směrnicí 2000/43/ES – v tomto tedy odkazujeme na třetí odstavec předchozí kapitoly. Směrnice 2000/78/ES je však specifická zejména co do rozsahu odchylek, které umožňuje členskému státu v případě některých diskriminačních důvodů přijmout. V tomto smyslu jsou nejvíce exponovanými důvody pro ospravedlnitelné rozdílné zacházení důvod spočívající ve zdravotním postižení, věku³⁶⁸ či náboženském vyznání osoby.

Co se týče průřezově připuštěných rozdílů v zacházení na základě věku, stanoví směrnice 2000/78/ES mnohé odchylky ve svém čl. 6. Obecně platí, že rozdílné zacházení na základě věku bude opodstatněné, pokud bude objektivně zdůvodněno legitimními účely a pokud prostředky k jejich dosa-

³⁶⁷ Official Journal L 303, 2. 12. 2000, s. 16–22; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 04, s. 79.

³⁶⁸ Plošně směrnice dovoluje členským státům, aby stanovily, že v oblasti diskriminace na základě zdravotního postižení a věku nebudou směrnici aplikovat na ozbrojené síly (*armed forces*). Je otázkou, nakolik by se tato odchylka dala použít i na jiné ozbrojené složky než armádu, např. příslušníky policie či celníky.

hování budou nutné a přiměřené. Možnost úpravy těchto odchylek ve vnitrostátním právu se pak odráží zejména při stanovení určitého minimálního nebo maximálního věku pro výkon určité činnosti (např. stanovení maximálního věku pro výkon funkce soudce, stanovení minimálního věku pro výkon činnosti profesionálního řidiče nákladních automobilů) a má v zásadě ochranný charakter vůči osobám vykonávajícím tuto činnost, resp. vůči osobám, které jsou příjemci výstupů z této činnosti.

Speciální úprava pro osoby se zdravotním postižením³⁶⁹ je obsažena v čl. 5 směrnice. Zaměstnavatelé jsou povinni přijmout vhodná opatření, která dané zdravotně postižené osobě umožní přístup k zaměstnání, jeho výkon nebo postup v zaměstnání nebo jí umožní absolvovat odborné vzdělávání, pokud tato opatření nebudou znamenat pro zaměstnavatele neúměrné břemeno. Vyžaduje se tedy aktivní spoluúčast zaměstnavatelů na vytváření takového pracovního prostředí, které pomůže postižené osobě začlenit do pracovního života.³⁷⁰ Nenaplnění požadavků uvedených v čl. 5 směrnice je považováno za nepřímou diskriminaci.

Odchytky pro církve a jiné veřejné nebo soukromé organizace, jejichž etika je založena na náboženském vyznání nebo víře, upravuje směrnice v čl. 4 odst. 2. Je tedy umožněno, aby tyto organizace vyžadovaly u pracovních činností v nich vykonávaných, že určité osoby z důvodu povahy těchto činností nebo z důvodu souvislostí, které se těchto činností týkají, budou určitého náboženského vyznání nebo víry (např. že katolický kněz bude katolík). Určitou pojistkou pro vyvážení této derogace je však požadavek, aby se tento rozdíl v zacházení uplatňoval s přihlédnutím k ústavním ustanovením a zásadám členských států, jakož i k obecným zásadám právních předpisů Společenství, a aby neospravedlňoval diskriminaci na jiném základě.³⁷¹

Co se týče požadavků na zaměstnání, upravuje i směrnice 2000/78/ES možnost připustit odchylky týkající se povahy práce, a to opět v případech, kdy z důvodu povahy pracovní činnosti nebo z podmínek jejího výkonu vyplývá, že tyto vlastnosti představují podstatný a určující profesní požadavek, je-li cíl legitimní a požadavek přiměřený. Na rozdíl od směrnice 2002/73/ES z oblasti rovnosti na základě pohlaví tedy ani tato směrnice (stejně jako rasová směr-

nice) nezužuje uvedenou odchylku pouze na oblast přístupu k zaměstnání (povolání) včetně odborné přípravy.³⁷²

2.2.4. Směrnice o zákazu diskriminace v širším slova smyslu

Mezi směrnice o zákazu diskriminace v širším slova smyslu je možno zařadit směrnice, které sice přímo problematiku zákazu diskriminace z důvodu uvedeného v čl. 13 SES neupravují, nicméně velmi významně cíli spočívajícímu v zákazu diskriminace napomáhají. Spadají sem v současné době výlučně směrnice, které se v širších souvislostech dotýkají problematiky zákazu diskriminace na základě pohlaví.

Do uvedené skupiny je možno předně zařadit směrnici Rady 96/34/ES ze dne 3. 6. 1996, o rámcové dohodě o rodičovské dovolené uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS.³⁷³ Obsahem této směrnice je rámcová dohoda, tj. vlastně kolektivní smlouva uzavřená mezi sociálními partnery.³⁷⁴ Cílem rámcové dohody je sladit rodičovské a pracovní povinnosti zaměstnaných rodičů a zajistit jejich rovná práva při péči o děti. Proto se upravuje institut tzv. rodičovské dovolené, tj. pracovní volno z důvodu péče o dítě, na které mají rodiče nárok za podmínek stanovených v dohodě.³⁷⁵

Další směrnice, které je možno zařadit do uvedené skupiny, upravují zaměstnávání osob na částečný úvazek (směrnice Rady 97/81/ES ze dne 15. 12. 1997 o rámcové dohodě o částečném pracovním úvazku uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS) a zaměstnávání osob na dobu určitou (směrnice Rady 1999/70/ES ze dne 28. 6. 1999 o rámcové dohodě o pracovních poměrech na dobu určitou uzavřené mezi organizacemi UNICE, CEEP a EKOS).³⁷⁶ Obě mají opět charakter kolektivní smlouvy.

Tyto směrnice mají za cíl ochránit postavení osob, jež využívají uvedených specifických forem zaměstnání. Je nutné zmínit, že těmito osobami jsou zejména v případě práce na částečný úvazek ženy, které obvykle přebírají hlavní břemeno péče o děti nebo staré osoby, a které se tudíž kvůli jiným

³⁶⁹ K pojmu zdravotní postižení srov. věc C-13/05, *Chacón Navas*, dosud nepublikován.

³⁷⁰ Směrnice v tomto případě mluví pouze o zaměstnavatelích ve vztahu k zaměstnancům. Podle našeho názoru by však cílem tohoto ustanovení mělo být i analogické stanovení povinnosti jiným subjektům, např. profesním organizacím (komorám) poskytujícím odborné vzdělávání svým členům či orgánům veřejné správy vyřizujícím žádosti o přístup k povolání.

³⁷¹ Zákaz diskriminace na jiném základě, např. na základě pohlaví, by tudíž mohl do určité míry otevřít např. otázku kněží – žen v katolické církvi.

³⁷² V tomto případě se domníváme, že je širší pojetí odchylky u směrnice 2000/78/ES obhajitelné, a to zejména v případě rozdílného zacházení na základě věku a zdravotního postižení. Tyto důvody jsou totiž natolik specifické, že je nutno akceptovat širěji pojatý rozdílný standard práv a povinností (např. těžce zdravotně postižená osoba nutně musí mít zajištěny jiné pracovní podmínky při výkonu obdobné práce, jakou vykonávají její zdraví kolegové).

³⁷³ Official Journal L 145, 19. 6. 1996, s. 4–9; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 02, s. 285. Zkratky označují názvy organizací zaměstnanců a zaměstnavatelů.

³⁷⁴ K možnostem využívat dohody sociálních partnerů v právních aktech orgánů Společenství srov. čl. 139 SES.

³⁷⁵ Minimální délka rodičovské dovolené je poměrně krátká – pouze 3 měsíce.

³⁷⁶ Official Journal L 14, 20. 1. 1998, s. 9–14; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 03, s. 267. Official Journal L 175, 10. 7. 1999, s. 43–48; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 03, s. 368.

povinností nemohou z objektivních důvodů plně věnovat pracovním záležitostem.

V případě zaměstnávání osob na částečný úvazek platí hlavní zásada, že se nesmí s těmito osobami zacházet jinak, než se srovnatelnými zaměstnanci pracujícími na plný úvazek, ledaže rozdílné zacházení je objektivně zdůvodnitelné. Kde je to vhodné, měl by být dodržován princip poměrnosti.³⁷⁷ Zaměstnavatelé by se také měli v maximální možné míře snažit vyhovět zaměstnancům, kteří žádají o kratší úvazek, resp. o prodloužení svého kratšího úvazku na plný.

Cílem úpravy zaměstnávání na dobu určitou je zamezit zneužívání spočívajícímu v tom, že místo trvalého pracovního poměru budou s osobami uzavírány pouze opakované smlouvy na dobu určitou, které nezajišťují dostatečnou ochranu zaměstnanců. I zde dále platí zásada zákazu diskriminace vyžadující, aby se zaměstnanci pracujícími na smlouvu na dobu určitou se nezacházelo jinak, než se srovnatelnými zaměstnanci pracujícími na smlouvu na dobu neurčitou, ledaže rozdílné zacházení je objektivně zdůvodnitelné. Rovněž zde platí, že je-li to vhodné, má se uplatnit princip poměrnosti.

Mezi směrnice o zákazu diskriminace v širším slova smyslu je dále nutno zařadit směrnici Rady 92/85/EHS ze dne 19. 10. 1992 o zavádění opatření pro zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci těhotných zaměstnankyň a zaměstnankyň krátce po porodu nebo kojících zaměstnankyň (desátá směrnice ve smyslu čl. 16 odst. 1 směrnice 89/391/EHS),³⁷⁸ která je významná z hlediska interpretace „výjimek“ ze zásady rovného zacházení.³⁷⁹ K tomu viz výše kapitola 2.2.1.

³⁷⁷ Nebylo by tedy obvykle např. přípustné, aby se z rozhodnutí zaměstnavatele mohly odborného vzdělávání zúčastňovat pouze osoby pracující na plný úvazek. Naopak je objektivně zdůvodnitelné, aby osoby pracující na částečný úvazek byly, podle rozsahu svého úvazku, odměňovány poměrnou částí odměny, na kterou mají nárok osoby pracující na plný úvazek.

³⁷⁸ Official Journal L 348, 28. 11. 1992, s. 1–8; v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 02, s. 110.

³⁷⁹ K zajištění ochrany práv těchto žen slouží instituty zákazu rizikových prací nebo omezení určitých prací (např. noční práce), institut mateřské dovolené, omezení možnosti propouštění či zachování práv vyplývajících ze zaměstnání. V tomto případě hraje hlavní úlohu rovina odměňování, tj. musí být zajištěno, aby ženy požívající zvláštní ochrany podle směrnice měly zachovánu mzdu nebo plat nebo aby měly nárok na dávky, které vyrovnají snížení platu způsobené nemožností vykonávat určité práce či pobytem na mateřské dovolené (srov. např. vyrovnávací příspěvek v těhotenství a mateřství, § 42 zákona č. 187/2006 Sb., o nemocenském pojištění).

2.3. Judikatura Soudního dvora

Judikatura Soudního dvora je významným pramenem antidiskriminačního práva, neboť podstatným způsobem doplňuje, dotváří a vykládá primární i sekundární právo ES. Zvláštní „přitažlivost“ judikatury v oblasti zákazu diskriminace pak autoři spatřují v tom, že ovlivnila náhled na komunitární právo jako celek, tj. nejen samotnou oblast zákazu diskriminace. Judikaturou z oblasti zákazu diskriminace na základě pohlaví byla podstatně ovlivněna doktrína tzv. přímého účinku a vytvořena doktrína tzv. nepřímého účinku směrnic (eurokonformního výkladu).³⁸⁰

Ohledně problematiky přímého účinku je nutno v první řadě odkázat na výše zmíněný rozsudek ve věci *Defrenne*, kterým byl potvrzen horizontální a vertikální přímý účinek čl. 141 SES. Kromě toho se judikatura Soudního dvora zabývala i přímým účinkem ustanovení směrnice.³⁸¹ V tomto kontextu je významný zejména rozsudek ve věci *Marshall*,³⁸² který uznal za diskriminační situaci, kdy bylo dosažení důchodového věku rozdílné pro muže a ženy výpovědním důvodem. Význam tohoto rozsudku však spočívá hlavně v tom, že potvrdil vůči státu za přímo účinná (vertikální přímý účinek) některá ustanovení směrnice 76/207/EHS, konkrétně její čl. 5 odst. 1, který upravuje obecnou povinnost zaručit mužům i ženám stejné podmínky bez diskriminace z důvodu pohlaví v pracovních podmínkách včetně propouštění. Soudní dvůr konstatoval, že je-li ustanovení směrnice bezpodmínečné a dostatečně přesné,³⁸³ může se jednotlivec takového ustanovení dovolávat vůči státu, který opomněl implementovat směrnici do národního práva ve lhůtě stanovené směrnicí nebo směrnicí neimplementoval správně. Bylo by v rozporu se závazným charakterem směrnice podle čl. 189 SES (dnes čl. 249), kdyby z nenaplnění směrnice mohl těžit členský stát, který nesplnil svou povinnost vyplývající z komunitárního práva.³⁸⁴

Antidiskriminační směrnice nového data obsahují značné množství ustanovení, která jsou jasná, bezpodmínečná a zakládají dostatečná práva osobám, které tvrdí, že byly postiženy diskriminačním jednáním, takže je možno

³⁸⁰ K eurokonformnímu výkladu viz *Prechal*, s. 180 a násl. či *Drake*, *S. Twenty years after Von Colson: the impact of „indirect effect“ on the protection of the individual's Community rights*. E.L.Rev. (2005), sv. 30, s. 329–348.

³⁸¹ Srov. zejm. *Ellis*, s. 45 a násl.

³⁸² Věc 152/84, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)* [1986] ECR 723.

³⁸³ Tamtéž, bod 52 a násl. rozsudku.

³⁸⁴ K přímému účinku dalších ustanovení antidiskriminačních směrnic viz věc *C-271/91, M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367 či věc *222/84, Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651. Blíže viz *Barnard*, *C. EC Employment Law, Second Edition*. Oxford University Press, 2000, s. 254–257.

usuzovat, že i většina ustanovení těchto nových směrnic je přímo účinná. V případě neexistence dostatečných vnitrostátních opatření transponujících směrnice ES v oblasti zákazu diskriminace (což je současný stav) lze předpokládat, že se budou jednotlivci domáhat svých práv přímo na základě ustanovení směrnic.³⁸⁵

Jako první rozsudky zabývající se nepřímým účinkem směrnic jsou uváděny rozsudky ve věci *Von Colson*³⁸⁶ a *Harz*.³⁸⁷ Uvedenými rozsudky byla stanovena obecná povinnost státu, zejména soudů, vykládat národní právo transponující směrnice ve světle těchto směrnic,³⁸⁸ a to i bez existence přímo účinných ustanovení směrnic. Při aplikaci vnitrostátního práva by tudíž veřejné orgány měly vždy postupovat tak, aby byl zachován cíl a účel příslušných směrnic, které se daného případu týkají, tedy interpretovat vnitrostátní právo v souladu s jejich ustanoveními.

Dále byla těmito rozsudky potvrzena obecná zásada, že sankce za porušení práva ES musejí být ve vnitrostátním právu upraveny jako dostatečně účinné, odrazující, ale i přiměřené a že povinnosti vyplývající ze směrnic musejí být penalizovány nikoli horším způsobem, než stanoví vnitrostátní právo v obdobných případech. Zmíněné rozsudky se totiž týkaly mj. problematiky dostatečného odškodnění osob postižených diskriminací.³⁸⁹

Z hlediska potvrzení konceptu tzv. nepřímé diskriminace je stěžejní rozsudek ve věci *Bilka Kaufhaus*,³⁹⁰ který se týkal případu německé firmy, jež zpřístupňovala systém zaměstnaneckého penzijního pojištění pouze svým zaměstnancům pracujícím po určitou dobu na plný úvazek. Žalobkyně, paní Weber, která nemohla čerpat výhody z tohoto systému, protože pracovala na částečný úvazek, argumentovala čl. 119 (čl. 141) SES s tím, že požadavek minimální doby práce na plný úvazek pro zapojení do systému zne-

výhodňuje ženy, které jsou mnohem častěji než muži nuceny z důvodu péče o rodinu a děti uzavírat takové kratší úvazky. Soudní dvůr se přiklonil na stranu žalobkyně v hlavním řízení a uvedl, že čl. 119 SES je porušen společností, která vylučuje zaměstnance pracující na částečný úvazek ze svého systému zaměstnaneckého penzijního pojištění, pokud takové vyloučení dopadá na mnohem větší počet žen než mužů, ledaže tento podnik prokáže, že vyloučení je založeno na objektivně zdůvodnitelných faktorech, které nejsou spojeny s diskriminací na základě pohlaví. Na základě tohoto rozsudku a dalších rozsudků, které se zaměřovaly zejména na znevýhodnění žen pracujících na částečný úvazek,³⁹¹ pak byla do směrnic týkajících se zákazu diskriminace vložena definice nepřímé diskriminace. Tou se rozumí situace, kdy existuje navenek neutrální jednání, které však diskriminuje ve svých důsledcích. Nepřímou diskriminaci je však možno ospravedlnit, pokud pro zavedení určitého nepřímo diskriminačního opatření existuje skutečná potřeba a prostředky k jeho dosažení jsou vhodné a nezbytné.

Judikatura Soudního dvora významně rozšířila princip zákazu diskriminace i do oblastí, které byly považovány za tradičně ponechané k úpravě národnímu právu členského státu EU. Důkazem toho jsou rozsudky ve věci *Sirdar a Kreil*,³⁹² které se dotýkají působení žen v armádě. Těmito rozsudky bylo členským státům zakázáno z práce v armádě obecně vylučovat ženy, a to i s poukazem na nutnost jejich ochrany.

3. Konkrétně k základním institutům antidiskriminačních směrnic

Směrnice z oblasti rovnosti mají principiální charakter. Proto jejich dopady nalezneme ve velké skupině právních vztahů. Počet českých právních předpisů, kterých se směrnice z oblasti zákazu diskriminace přímo dotýkají, je tak velmi vysoký. Tento závěr podporuje skutečnost, že v oblasti rovnosti

³⁸⁵ Co se týče horizontálního přímého účinku antidiskriminačních směrnic, je možno poukázat na věc C-144/04, *Werner Mangold* [2005] ECR I-09981, kterým byl u směrnice 2000/78/ES připuštěn i tento přímý účinek ve vztahu zaměstnanec–zaměstnavatel, tedy ne vztahu jednatel–stát. Ke kritice tohoto rozsudku viz *Horizontal direct effect—A law of diminishing coherence?* Editorial Comments. CML Rev. (2006), sv. 43, s. 1–8.

³⁸⁶ Věc C-14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891.

³⁸⁷ Věc C-79/83, *Dorit Harz v Deutsche Tradax GmbH* [1984] ECR 1921.

³⁸⁸ Z bodu 26 rozsudku ve věci *Von Colson*: „Povinnost členských států vytlývajících ze směrnice dosáhnout výsledku předvídaného směrnicí a jejich povinnost podle článku 5 Smlouvy (pozn. autorů: dnešní čl. 10 Smlouvy) přijmout všechna obecná nebo zvláštní opatření, aby bylo zajištěno splnění této povinnosti, je závazná pro všechny orgány členského státu včetně soudů v mezích jejich pravomoci.“

³⁸⁹ Vyplývá z nich, že ač důsledkem nedodržení zákazu diskriminace v přístupu k zaměstnání není povinnost uzavřít pracovní smlouvu s diskriminovaným kandidátem, neměly by sankce být limitovány pouze nominální výší náhrady škody, která nemá dostatečně odrazující charakter.

³⁹⁰ Věc 170/84, *Bilka – Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

³⁹¹ Např. věc C-243/95, *Kathleen Hill and Ann Stapleton v The Revenue Commissioners and Department of Finance* [1998] ECR I-3739, věc C-96/80, *J. P. Jenkins v Kinsgate (Clothing productions) Ltd.* [1981] ECR 911, věc C-77/02, *Erika Steinicke v Bundesanstalt für Arbeit* [2003] ECR I-09027, věc C-285/02, *Edeltraud Elsner-Lakeberg v Land Nordrhein-Westfalen* [2004] ECR I-5861.

³⁹² Věc C-273/97, *Angela Maria Sirdar v The Army Board and Secretary of State for Defence* [1999] ECR I-7403 a věc C-285/98, *Tanja Kreil v Bundesrepublik Deutschland* [2000] ECR I-69. K uvedenému tématu viz *Langer, J. Case C-273/97, Angela Maria Sirdar v. The Army Board, Secretary of State for Defence. Case C-285/98 Tanja Kreil v. Germany.* CML Rev. (2000), sv. 37 (6), s. 1433–1444.

rasové (směrnice 2000/43/ES) a rovnosti na základě pohlaví (2004/113/ES) došlo k rozšíření věcného rozsahu antidiskriminačního práva ES i do oblasti přístupu ke zboží a službám včetně jejich poskytování, která má blíže nespécifikovatelný dosah.

3.1. Pojem zaměstnání a povolání

Hlavními pojmy antidiskriminačních směrnic jsou pojmy zaměstnání a povolání, které je nutno vykládat v širokém slova smyslu, a to tak, aby jim byl přisouzen komunitární význam.³⁹³ Pojem zaměstnání je tudíž nutno vymezit jako veškerou závislou činnost, tj. výkon práce ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti.

Uvedené vymezení může z hlediska českého práva narážet na výkladové obtíže.³⁹⁴ Dle dříve platné úpravy v zákoníku práce (do prosince 2006) se za zaměstnance považovala osoba pracující na základě pracovní smlouvy nebo dohod o provedení práce. Na rozšíření vymezení pojmu „zaměstnanec“ a „pracovněprávní vztah“ by mohla mít nesporný vliv nová definice pracovněprávního vztahu, neboť nový zákoník práce s účinností od 1. 1. 2007 k vymezení okruhu pracovněprávních vztahů užívá pojmu „závislá práce“.³⁹⁵ Konstrukce předvídaná směrnicemi ES totiž do pojmu zaměstnání zahrnuje i jiné formy výkonu závislé práce, zejm. výkony funkcí, které nemusí být založeny na existenci pracovní smlouvy.³⁹⁶ Chráněnými osobami, které budou vykonávat zaměstnání ve smyslu směrnic ES, tak musejí být kromě zaměstnanců, resp. státních zaměstnanců i např. příslušníci bezpečnostních sborů (policisté, hasiči, celníci) či vojáci z povolání,

³⁹³ Srov. např. věc 53/81, *D. M. Levin v Staatssecretaris van Justitie* [1982] ECR 1035.

³⁹⁴ Srov. dále *Whelanová, M.* Pracovní a sociální právo ES a s ním spojená adaptace a transpozice do českého práva. Právní rozhledy (příloha Evropské právo), 2002, č. 9, s. 5–11.

³⁹⁵ Srov. §1 písm. a) ZPr 2006: „*Tento zákon upravuje právní vztahy vznikající při výkonu závislé práce mezi zaměstnanci a zaměstnavateli; tyto vztahy jsou vztahy pracovněprávními.*“

³⁹⁶ Je však otázkou, nakolik je možno či nutno pojem zaměstnání interpretovat v souladu s judikaturou Soudního dvora, která vykládá pojem zaměstnání v souvislosti volným pohybem pracovníků (srov. judikatura k čl. 7 odst. 2 nařízení 1612/68). Antidiskriminační směrnice totiž nejsou směrnicemi z oblasti volného pohybu osob, a tudíž jejich dopady nebyvají spojeny s přeshraničním prvkem, který oblast volných pohybů předpokládá. Zatímco totiž např. ve věci C-344/87, *I. Betray v Staatssecretaris van Justitie* [1989] ECR 1621, Soudní dvůr rozhodl, že posuzovaná placená činnost, která byla poskytována státem jako součást programu pro drogově závislé, není „*skutečně a vážně vykonávanou činností*“, a proto nemá povahu výkonu práce podle nařízení 1612/68, je možno předpokládat, že pro účely naplnění zásady zákazu diskriminace by stejná činnost byla označena za zaměstnání podle antidiskriminačních směrnic, resp. že by naplnila znaky zákazu diskriminace v přístupu ke službám a jejich poskytování, které je však omezeno pouze na rasovou rovnost a rovnost na základě pohlaví.

soudci i ústavní činitelé, členové zastupitelstev působící na základě zákona o obcích, odsouzení, kteří pracují ve výkonu trestu odnětí svobody, osoby vykonávající veřejně prospěšné práce nebo dobrovolníci, kteří pomáhají při odstraňování následků živelných pohrom. Přestože je zřejmé, že určité formy diskriminace je možno u některých činností vyloučit (např. v případě volených zastupitelů v obcích zřejmě v případě řádně provedených voleb odpadne existence diskriminace z důvodu přístupu do zaměstnání, v případě výkonu dobrovolnické činnosti, která je vykonávána bez nároku na mzdu nebo plat,³⁹⁷ zase odpadne diskriminace v odměňování), dopad uvedených směrnic nelze plošně vyloučit ani ve specifických případech.

Obdobně extenzivně je nutno vykládat i pojem povolání, kterým se obecně míní jakýkoli přístup k určité činnosti a její výkon prováděný za úplatu. Pod široký pojem povolání tedy spadá i pojem zaměstnání. Antidiskriminační směrnice však vysloveně „vypichují“ oblast zaměstnání, a proto je možno se domnívat, že evropský zákonodárce měl pod pojmem povolání na mysli v prvé řadě veškerou jinou ekonomickou činnost, než je činnost závislá. Pod pojem povolání tedy spadne zejména výkon výdělečné činnosti prováděný osobami samostatně výdělečně činnými, v českých poměrech podle živnostenského zákona (č. 455/1991 Sb.). Do této skupiny však bezpochyby spadnou i jiné formy výkonu činnosti, na které se vztahují zvláštní zákony a které jsou vyloučeny z rozsahu působnosti živnostenského zákona, jako např. lékaři, advokáti, architekti či zemědělci.

3.2. Formy diskriminace v oblasti zaměstnání a povolání

Antidiskriminační směrnice, které se zabývají oblastí rovnosti v zaměstnání a povolání, upravují konkrétně, jakých jednotlivých případů se zákaz diskriminace dotkne. Tyto případy budeme dále nazývat formami diskriminace. Formy diskriminace jsou poměrně jasně upraveny pro oblast zaměstnávání. Co se týče oblasti povolání, je nutno zejména směrnicí 2002/73/ES vyznačit určitou pojmovou nejednotnost, na kterou bylo upozorněno na několika místech tohoto příspěvku výše. Proto je nezbytné řádně zrekapitulovat jednotlivé formy diskriminace a ozeřmit jejich dopady zvlášť pro oblast zaměstnávání a zvlášť pro oblast povolání.

³⁹⁷ § 5 odst. 4 zákona č. 198/2002 Sb.

Na prvním místě směrnice zakazují diskriminaci v přístupu k zaměstnání, a k samostatné výdělečné činnosti³⁹⁸ včetně kritérií výběru a podmínek nábora. Uvedená forma diskriminace se tedy vztahuje jak na zaměstnání, tak na povolání, a je nutno zdůraznit, že v oblasti zaměstnávání je ve srovnání s ostatními formami diskriminace formou nejčastější, neboť v tomto stádiu dochází k největšímu množství porušení práva na ochranu před diskriminací. Co se týče kritérií výběru a podmínek nábora, tvoří zde významnou podskupinu zákazů diskriminační inzerce, tj. inzeráty typu „na funkci manažera přijmeme pouze muže do 40 let věku“, apod.

Další forma diskriminace se týká postupu v zaměstnání, tj. např. případu, kdy by na funkci manažera podniku nebyl vybrán objektivně nejlepší kandidát z toho důvodu, že by byl Asiat. Uvedená forma diskriminace se ze své povahy, vzhledem k nutné existenci nadřízeného subjektu, který povyšuje, uplatní pouze v oblasti zaměstnávání (zejména při výkonu funkcí) a nezasáhne tudíž oblast samostatné výdělečné činnosti.

Formou diskriminace je i nerovné zacházení v přístupu a účasti na odborném vzdělávání, poradenství či rekvalifikaci. Tato forma diskriminace dopadá na oblast zaměstnání i povolání. V případě zaměstnání je situace jasná – je možno si představit např. situaci, kdy zaměstnavatel umožňuje účast na odborných seminářích převážně mužům, protože ti v brzké době neodejdou na mateřskou dovolenou, jak se obvykle stává u jejich mladých kolegů. V oblasti povolání by v úvahu přicházela třeba situace, kdy by na seminář pořádaný komorou byli selektivně pozváni pouze určití účastníci, např. věkově starší osoby s tím, že mladí kandidáti zatím nemají dostatečné zkušenosti, aby jim bylo nutno sdělovat myšlenky rozvíjené na semináři.

Další významnou skupinu tvoří zákaz diskriminace v pracovních podmínkách včetně podmínek propouštění. Tato forma diskriminace směřuje k ochraně osob pracujících v závislém vztahu, a proto se a priori uplatní v oblasti zaměstnání. Význam tohoto zákazu v oblasti povolání si je však také možno představit, např. tehdy, pokud by určitá osoba byla vyloučena z členství v komoře nebo by jí byla odebrána licence nutná pro výkon určité činnosti z diskriminačních důvodů uvedených ve směrnici.

Velmi významnou oblastí je dále zákaz diskriminace v odměňování, o kterém již, mj. v souvislosti s čl. 141 SES, bylo pojednáno výše. Tato forma diskriminace se uplatní v oblasti zaměstnávání, neboť výše odměny za vykonanou práci u osob samostatně výdělečně činných závisí na konkrétních smluvních podmínkách odvislých od tržních podmínek. V určitých případech si je však možno představit i uplatnění této formy diskriminace v podnikatelských vztazích, např. pokud by státní subjekt na drobné opravy

³⁹⁸ Není příliš konzistentní, když směrnice obecně hovoří o zaměstnání a povolání, ale pak v určitém konkrétním případě zmíní pouze samostatnou výdělečnou činnost.

budov využíval dva podnikatelské subjekty, a za stejnou kvalitu provedených oprav by jeden podnik odměňoval lépe než podnik jiný, který by byl vlastněn a pro který by pracovaly převážně osoby pocházející z východu, např. Ukrajinci nebo Vietnamci.

Nakonec je nutno zmínit ještě jednu formu diskriminace, kterou je diskriminace v přístupu a členství v profesních organizacích nebo organizacích zaměstnanců nebo zaměstnavatelů včetně výhod poskytovaných těmito organizacemi. V oblasti povolání tento případ může hodně souviset s formou diskriminace v přístupu a účasti na odborném vzdělávání či poradenství (toto vzdělání či poradenství bezpochyby bude mít charakter výhody poskytované organizacemi), resp. se samotným přístupem k povolání, je-li podmínkou výkonu povolání povinné členství v profesní organizaci. V oblasti zaměstnávání je možno si představit zejména diskriminaci zaměstnanců působících rovněž v odborových organizacích nebo jiných organizacích majících za cíl ochranu práv zaměstnanců.

3.3. Druhy diskriminace

Antidiskriminační směrnice přijaté v roce 2000 a letech následujících stanoví, jakým způsobem se diskriminace může projevovat. Hovoříme tak o druzích diskriminace. Základním druhem diskriminace je diskriminace přímá, kterou se míní situace, zachází-li se s jednou osobou méně příznivě než se zachází, zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci na základě příslušného diskriminačního důvodu. Ospravedlnit rozdílné zacházení v případech přímé diskriminace je možné pouze v případě vysloveně upravených výjimek ve směrnici – např. z důvodu povahy práce (přímou diskriminací tedy nebude třeba nepřijetí muže – tanečnicka do ženské taneční skupiny) či z důvodu ochrany žen těhotných, kojících nebo žen krátce po porodu.³⁹⁹

Pro určení, zda došlo k přímé diskriminaci, je také důležité, aby jednotlivé situace, které byly posouzeny různě, byly srovnatelné.⁴⁰⁰ V této souvislosti Soudní dvůr ve věci *A. G. Lawrence*⁴⁰¹ vyslovil teorii tzv. jednoho zdroje (*single source*), tj. že srovnatelnost je nutno posuzovat v návaznosti na přítelatelnost diskriminačního jednání jednomu zdroji, ze kterého se diskri-

³⁹⁹ Viz věc 222/84, *Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR I 1651.

⁴⁰⁰ To implikuje i situaci, kdy jsou různé situace posuzovány stejným způsobem.

⁴⁰¹ Věc C-320/00, *A. G. Lawrence and Others v Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group and Mitie Secure Services Ltd*. [2002] ECR I-07325. Srov. také výklad učiněný výše v bodě IV.4.2.

minace odvíjí. Znamená to tedy, že není možno srovnatelnost posuzovat ve vztahu dvou zcela od sebe oddělených zaměstnavatelů, ale že je na druhé stranu možno srovnatelnost posuzovat u různých zaměstnavatelů, kteří jsou vůči sobě vzájemně propojeni prostřednictvím nadřízeného subjektu (např. srovnatelnosti je možno se dovolávat s ohledem na různě odměňované práce stejného druhu vykonávané v různých dceřiných společnostech spadajících pod jednu mateřskou společnost).

Vedle diskriminace přímé byly judikaturou Soudního dvora identifikovány znaky diskriminace nepřímé.⁴⁰² Definice nepřímé diskriminace se pak začaly objevovat i v antidiskriminačních směrniciích, podle kterých se za nepřímou diskriminaci považuje situace, kdy je v důsledku zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo zvyklosti osoba na základě některého z diskriminačních důvodů v porovnání s jinými osobami obzvláště znevýhodněna (*particular disadvantage*). Jedná se tedy o případ, kdy určitý požadavek sice není výslovně založen na nějakém diskriminačním důvodu, nicméně poškozují určitou skupinu osob ve svých důsledcích.⁴⁰³

Nepřímou diskriminaci je možno na rozdíl od diskriminace přímé ospravedlnit legitimním cílem, jsou-li prostředky k dosažení uvedeného cíle přiměřené a nezbytné. Jako kritérium směřující k nepřímé diskriminaci tak je možno příkladmo uvést, kromě již zmiňovaného požadavku výkonu práce na plný úvazek, např. požadavek minimální výšky pro uchazeče o určitá zaměstnání. Tento požadavek totiž může kromě osob zdravotně postižených nepřímou diskriminovat např. Asiaty, kteří jsou obecně nižší vzrůstem. Záleželo by však samozřejmě na konkrétních okolnostech, zda by takový požadavek na výšku nebyl v daném případě nutný a přiměřený (to by bylo dáno např. tehdy, pokud by práce byla spojena s nutností dosáhnout na určitá bezpečnostní zařízení nacházející se z technických důvodů v určité výšce, či mohlo být dáno tehdy, pokud by se jednalo o práci, jejímž základem by bylo dosažení určitého harmonického uměleckého efektu).

Do budoucna tedy bude zajímavé, jak bude nepřímá diskriminace chápána v judikatuře Soudního dvora na základě směrnic přijatých po roce 2000. Po právní stránce s ohledem na posuny v judikatuře bude zejména vhodné sledovat, jak Soudní dvůr bude interpretovat požadavek na „zvláštní znevýhodnění“ spojený s existencí nepřímé diskriminace, a na nakolik zůstane „věrný“ v oblasti rovnosti mezi muži a ženami doposud zastávané tezi,

že pro vznik nepřímé diskriminace⁴⁰⁴ musí být postižen „mnohem větší počet žen než mužů“, ⁴⁰⁵ „mnohem vyšší procento zaměstnankyň než zaměstnanců“⁴⁰⁶ či „značně více žen než mužů“.⁴⁰⁷

Všechny směrnice z oblasti rovnosti přijaté od roku 2000 dále považují za druh diskriminace i tzv. obtěžování, kterým se míní nežádoucí chování související s některým z diskriminačních důvodů, které má za účel nebo za následek narušení důstojnosti osoby a vytvoření zastrašujícího, nepřátelského, ponižujícího, pokořujícího nebo urážlivého prostředí. Vedle obtěžování je nutno ještě upozornit na tzv. sexuální obtěžování, za které je považováno obtěžování sexuální povahy, tj. nežádoucí chování sexuální povahy vyjádřené verbální, neverbální nebo fyzickou formou, které má za účel nebo za následek narušení důstojnosti osoby a vytvoření zastrašujícího, nepřátelského, ponižujícího, pokořujícího nebo urážlivého prostředí.

Obtěžováním tedy mohou být např. různé posměšky na adresu zdravotně postižené osoby nebo osoby s jinou barvou pleti, či urážky na adresu určité osoby, která je příslušníkem jiného etnika. Není vyloučen ani souběh obtěžování na základě pohlaví a sexuálního obtěžování; zatímco k sexuálnímu obtěžování nejčastěji dochází při nevídaném osahávání ženy mužem v zaměstnání, resp. při spojování některých výhod v zaměstnání s poskytnutím sexuálních služeb, k obtěžování na základě pohlaví může dojít např. tehdy, kdy si mužští kolegové ve společných kancelářích vyvěšují bez sexuálního podtextu vůči svým kolegyním obrázky nahých žen či pokud jsou urážlivým způsobem hodnoceny schopnosti žen v pracovních oblastech, jež jsou obvykle doménou mužů.

V neposlední řadě je druhem diskriminace také navádění k diskriminaci. To může mít jak charakter horizontální, tak vertikální. Horizontální charakter má navádění tehdy, když je prováděno na úrovni stejně postavených subjektů, tj. pokud jedna osoba přesvědčuje, utvrzuje nebo podněcuje osobu druhou k tomu, aby tato diskriminovala třetí osobu (takovou situaci si je možno představit zejména mezi zaměstnanci). Vertikální charakter navádění má, je-li prováděno ve vztahu nadřízenosti a podřízenosti, kde je podřízené postavení druhého využito k diskriminaci třetí osoby (tzv. pokyn k diskriminaci).

⁴⁰² Srov. výše, bod 2.3. této kapitoly a dále pak obecný výklad k pojmu nepřímé diskriminace v bodě II.4.

⁴⁰³ Jak je uvedeno výše, považuje se podle směrnice 2000/78/ES za nepřímou diskriminaci i neprovedení zvláštních opatření pro osoby se zdravotním postižením, která je možno s ohledem na konkrétní situaci od zaměstnavatele vyžadovat.

⁴⁰⁴ K nejednotným formulacím v oblasti nepřímé diskriminace, které se objevují v judikatuře Soudního dvora, viz *Barnard*, s. 208 až 226.

⁴⁰⁵ Věc *Bilka Kaufhaus*, cit. výše, pozn. č. 390.

⁴⁰⁶ Věc *Hill*, cit. výše, pozn. č. 391.

⁴⁰⁷ Věc *Elsner-Lakenberg*, cit. výše, pozn. č. 391.

3.4. Další instituty směřující k naplnění zásady rovného zacházení

Kromě výše uvedeného obsahují antidiskriminační směrnice úpravu dalších institutů, určených k „boji proti diskriminaci“ podle cíle a účelu těchto směrnic. Na prvním místě jde o institut procesního charakteru, obrácené důkazní břemeno. O něm jsme již pojednali výše a na tomto místě se jím již nebudeme zabývat.

Antidiskriminační směrnice, resp. v případě rovnosti mezi muži a ženami sama Smlouva⁴⁰⁸ dále dávají členskému státu možnost zavést tzv. pozitivní opatření (nebo též pozitivní akce). Těmi jsou opatření dočasného charakteru, jejichž účelem je zachovávat nebo přijímat kroky pro předcházení nevýhod souvisejících s kterýmkoli z diskriminačních důvodů. Pozitivní opatření tudíž mají za cíl vyrovnávat nevýhody určité skupiny osob (žen, Romů, apod.) pramenící zejména ze společenských předsudků vůči této skupině. Podstatné však je, že z pohledu práva ES na tuto hraniční oblast nesmějí pozitivní opatření vést k diskriminaci jiné skupiny osob.⁴⁰⁹

Soudní dvůr se přípustností či nepřípustností pozitivních opatření již ve své judikatuře zabýval, avšak pouze ve vztahu k jejich zavádění vůči ženám. V této souvislosti považujeme za názorné porovnání rozsudků ve věci *Badeck a Abrahamsson*.⁴¹⁰ V prvním případě byl hesenský zákon o rovných právech pro muže a ženy ve veřejné správě, který upravoval pozitivní opatření ve prospěch žen, označen za slučitelný s právem ES (směrnicí 76/207/EHS), neboť automaticky a bezpodmínečně nezvýhodňoval ženy v těch případech, kdy ženy a muži byli kvalifikováni stejně, a podřizoval rozhodování o výběru kandidátů na určité posty objektivnímu vyhodnocování, které bralo v úvahu specifickou osobní situaci všech kandidátů. Ve druhém případě výběru profesora hydrosférických věd, kdy se postupovalo podle švédského zákona o rovnosti, však neuznal tento výběr za pohybující se v dovoleném rámci. Švédský zákon totiž umožňoval vybrání horšího kandidáta, který má dostatečnou kvalifikaci, pokud rozdíl v kvalifikaci mezi tímto kandidátem a lépe kvalifikovaným kandidátem opačného pohlaví není natolik výrazný, aby bylo použití tohoto postupu v rozporu s požadavkem objektivit při ustanovování do funkce. Soudní dvůr se v tomto druhém případě vyslovil tak, že kandidátovi podreprezentovaného pohlaví smí být zaručena přednost před kandidá-

⁴⁰⁸ Čl. 141 odst. 4 SES.

⁴⁰⁹ Z tohoto důvodu není správné používat termín „pozitivní diskriminace“, neboť při zavádění pozitivních opatření k diskriminaci jiných dojit nesmí.

⁴¹⁰ Věc C-158/97, *Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* [2000] ECR I-1875, věc C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I-5539.

tem opačného pohlaví pouze tehdy, když oba kandidáti mají rovnocenné nebo v podstatě vyrovnané zásluhy.⁴¹¹

Velmi důležitou součástí některých antidiskriminačních směrnic je i požadavek institucionálního charakteru. Členské státy jsou totiž pro účely naplňování směrnice 2002/73/ES, resp. 2006/54/ES a 2004/113/ES (oblast rovnosti na základě pohlaví) a pro účely naplňování směrnice 2000/43/ES (oblast rasové a etnické rovnosti) povinny zřídit subjekt nebo subjekty na podporu rovného zacházení. Přestože charakteristickým rysem těchto subjektů nemusí být nezávislé postavení samo o sobě (jaké má v našich poměrech např. Nejvyšší kontrolní úřad), musejí tyto subjekty provádět poskytování nezávislé pomoci obětem diskriminace, připravovat nezávislé studie týkající se diskriminace, zveřejňovat nezávislé zprávy a podávat doporučení k jakékoli otázce související s diskriminací. Jejich postavení tudíž ve svém důsledku musí vyzařovat prvky nezávislosti. V současné době Česká republika žádný takový subjekt nemá, svého času se však uvažovalo o zřízení zvláštního Centra pro rovné zacházení či o rozšíření působnosti Veřejného ochránce práv na celou antidiskriminační oblast. Takové rozšíření pravomocí Veřejného ochránce práv však nelze považovat za systémové, neboť úkoly spojené s jeho funkcí směřují vůči moci veřejné. Naopak úkoly spojené s prováděním antidiskriminačních směrnic směřují zejména do oblasti soukromého práva, kde se bude na prvním místě nutné zabývat spory vyplývajícími z pracovněprávních vztahů.

4. Promítnutí požadavků práva ES v oblasti zákazu diskriminace do právního řádu ČR

Již před vstupem České republiky do Evropské unie měla Česká republika povinnost sblížovat své vnitrostátní právo s právem Evropských společenství. Tato povinnost vyplývala z čl. 69 Asociační dohody,⁴¹² který stanovil, že Česká republika vyvine úsilí k zajištění postupné slučitelnosti svých právních předpisů s právními předpisy Společenství.

⁴¹¹ Jinými slovy z uvedených rozsudků vyplývá, že přednost podreprezentovanému pohlaví může být dána pouze tehdy, pokud muž i žena mají stejnou kvalifikaci a pokud ostatní kvality kandidátů (hledisko jeho vhodnosti a schopnosti umožňující přihlédnout např. k délce praxe, ale i ke schopnostem získaným péčí o děti a rodinu) jsou při objektivním vyhodnocování, které bere v úvahu specifickou osobní situaci kandidátů, vyrovnané.

⁴¹² Přesný název Evropská dohoda zakládající přidružení mezi Českou republikou na jedné straně a Evropskými společenstvími a jejich členskými státy na straně druhé, publikovaná ve Sbírce zákonů pod č. 7/1995 Sb.

Z tohoto důvodu bylo přikročeno k transpozici antidiskriminačních směrnic již v roce 1997, kdy se začala připravovat novela zákona o zaměstnanosti reflektující zákaz diskriminace v přístupu do zaměstnání včetně zákazu diskriminační inzerce. Přestože prvopočátky české antidiskriminační legislativy z dnešního pohledu není možno považovat za ideální, jednalo se v tehdejší době o poměrně zlomový moment, např. proto, že se poprvé dostal i do našeho právního řádu zákaz nepřímé diskriminace.

Na zákon o zaměstnanosti navázaly v roce 1999 až 2000 přípravy obsáhlé novelizace zákoníku práce, která byla schválena pod č. 155/2000 Sb. Zákoník práce ve znění této novely zapracovával velké množství směrnic ES z oblasti pracovněprávní, tedy nejenom antidiskriminační směrnice. I přesto však byl výsledek poměrně zdařilý; zákoník práce transponoval zejména směrnice 76/207/EHS a 75/117/EHS, vyložil pojem odměňování ve smyslu čl. 141 SES, upravoval zákaz nepřímé diskriminace, byl bez liberalizačních důvodů, stanovil nároky pro osoby postižené diskriminací a zákaz odvetných opatření. Pokusil se dokonce o první ustanovení zakazující sexuální obtěžování. Z tohoto důvodu posloužila úprava v zákoníku práce jako vzor pro další právní úpravy, jako byl zákon o vojácích z povolání (č. 221/1999 Sb.), zákon o bezpečnostních sborech (č. 361/2003 Sb.) či služební zákon (č. 218/2002 Sb.).

Je však nutno podotknout, že původní úpravy neobsahovaly podrobné instituty, které se objevily ve směrnicích z roku 2000, resp. přijatých po roce 2000. Přijetím těchto směrnic tudíž bylo nutno opět novelizovat jak zákoník práce, tak upravit i další zákony (zejména zákony o služebních poměrech) v rozsahu dle nových směrnic (tj. doplňoval se např. zákaz obtěžování či navádění k diskriminaci). Předmětem novelizací byla rovněž oblast odměňování, tedy zákony o mzdě a platu, které upravily kritéria pro posouzení stejné práce nebo práce stejné hodnoty (práce srovnatelné složitosti, namáhavosti, odpovědnosti, s ohledem na obtížnost pracovních podmínek, schopnosti, tj. dosahované pracovní výsledky a výkonnost osoby). Konkrétních změn se dočkal i občanský soudní řád, do kterého byla zapracována zásada obráceného důkazního břemene.

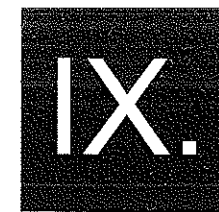
V souvislosti s novými antidiskriminačními směrnicemi, zejména rasovou směrnicí 2000/43/ES, však začalo být zřejmé, že je nadměrně obtížné implementovat celou oblast antidiskriminačního práva formou neustálých novel jednotlivých zákonů. Dotčena totiž už nebyla pouze oblast zaměstnání, ale i oblast povolání a poskytování služeb nejrůznějšího charakteru, jejíž plná implementace by vyústila v „otevírání“ několika desítek zákonů. Navíc bylo problematické najít zákon, který by „unesl“ úpravu spočívající ve vytvoření subjektu na podporu rovného zacházení ve smyslu některých antidiskriminačních směrnic. Proto se nakonec po určité době váhání přistoupilo k tvor-

bě zcela nového zákona, kterým byl návrh zákona o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o rovném zacházení (antidiskriminační zákon). Tento zákon měl postavit úpravu zákazu diskriminace tak, jak požaduje právo ES či mezinárodní dokumenty, a měl být jakýmsi zastřešujícím zákonem v této oblasti, jenž by obsahoval i úpravu institucionální. Přestože návrh uvedeného zákona, který z hlediska plnění závazků vyplývajících z členství České republiky v Evropské unii vyhovoval požadavkům, které byly na Českou republiku kladeny, nakonec po značných diskusích schválila vláda ČR, neprošel uvedený návrh legislativním procesem v parlamentu. Snaha o jednotnou úpravu antidiskriminační oblasti tedy byla v plném rozsahu zmařena.

V současné době, pomíneme-li Komisi ES zahájená řízení o porušení Smlouvy vůči České republice z důvodu nedostatečné transpozice antidiskriminačních směrnic v předepsané časové lhůtě, se tedy antidiskriminační právo v českém právním řádu vyznačuje mnoha nedostatky. Je předně velmi nesourodé a neprovázané,⁴¹³ neboť kvůli značné roztržitosti nemůže navázat na jasné jednotné daný systém. Proto také jakýkoliv průřezový posun v právu ES, ať již daný sekundární legislativou či judikaturou, může způsobit značné problémy. České antidiskriminační právo dále ani nepokrývá celý rozsah úpravy v právu ES (neexistuje např. subjekt na ochranu před diskriminací nebo není upraven zákaz diskriminace v oblasti povolání či v oblasti přístupu a poskytování zboží a služeb). Nejsou navíc využívány ani všechny možnosti odchýlení, které dává právo ES – to se týká zejména zákazu diskriminace na základě věku, kdy je česká úprava přísnější, než nutně musí být. Z těchto důvodů je proto nutno vyslovit přání a víru, že jednotná úprava antidiskriminačního práva, která by odrážela evropské i mezinárodní standardy v této oblasti, bude co nejdříve znovu na programu.

⁴¹³ V tomto smyslu působí až komicky, když nově přijatý zákoník práce (č. 262/2006 Sb.) ve svém § 17 odkazuje na nepřijatý antidiskriminační zákon, který přebral do té doby v zákoníku práce upravená antidiskriminační ustanovení.

jí za současné právní úpravy velké šance na úspěch. Nebýt projektů strategické litigace a organizovaných testingů, počet soudních sporů a příznivých rozsudků k problematice diskriminace by byl minimální. Instituty předpokládané návrhem antidiskriminačního zákona by nepochybně posílily právní ochranu obětí diskriminace. Nejednalo by se jen o budování dalšího byrokratického aparátu, ale především o prostředky doplňující a zlepšující soudní ochranu obětí diskriminace, která by nikdy neměla být jen ochranou formální.



DISKRIMINACE NA ZÁKLADĚ POHLAVÍ

1. Stručný historický úvod	224
2. Ženy a muži na trhu práce a v politickém procesu	229
3. Proč je tak složité dosáhnout faktické rovnosti?	230
3.1. Pohlaví/Gender	230
3.1.1. Vliv stereotypů na postavení žen	232
3.1.2. Kdy má právo „chránit“ ženy?	233
3.1.3. Povolání „pro ženy“ a povolání „pro muže“	234
3.1.4. Zohlednění rodinné situace žen	236
3.2. Feministické strategie: stejnost či rozdílnost?	238
3.2.1. Argument stejnosti	238
3.2.2. Rozdílnost	239
3.3. Odůvodnění nerovnosti v odměňování	241
4. Právní úprava	242
4.1. Diskriminace v odměňování	242
4.1.1. Stejná práce a práce stejné hodnoty	244
4.1.2. Odměna	245
4.1.3. Nepřímá diskriminace	246
4.2. Sexuální obtěžování a obtěžování z důvodu pohlaví	248
4.2.1. Obtěžování z důvodu pohlaví	249
4.2.2. Sexuální obtěžování	250
5. Výhled	251

Základní literatura: Boučková, P. Právní rámec podpory rovného zacházení a rovných příležitostí. In Pavlík, P. (ed.) Stínová zpráva v oblasti rovného zacházení a rovných příležitostí žen a mužů. Praha : Gender Studies, 2004, s. 33 a násl.; Ellis, E. EU Anti-Discrimination Law. Oxford : Oxford University Press, 2005; Fredman, S. Women and the Law. Oxford : Clarendon Press, 1997; Gender Studies, o.p.s. Právní postavení žen v České republice. Praha : Gender Studies, 1998; Havelková, B. Právní věda – člověk v právním státě. In Smetáčková, I., Vlková, K. (eds.) Gender ve škole – Příručka pro výuku OV, ON, a ZSV. Praha: Otevřená společnost, 2005, s. 45–52; Havelková, B. National monitoring report on equal opportunities for women and men in the Czech Republic. In Equal Opportunities for Women and Men: Monitoring Law and Practice in New Member States and Accession Countries of the European Union. Budapest : Open Society Institute, 2005 (přístupné na www.soros.org/women); MacKinnon, C. Sex equality. New York : Foundation Press, 2001; MacKinnon, C. Women's lives, men's laws. Cambridge, Mass. : Belknap Press of Harvard University, 2005; Marksová-Tominová, M. (ed.), Gender Assessment of the Impact of EU Accession on the Status of Women and the Labour Market in CEE. Praha : Gender Studies, o.p.s., 2003; Právní postavení žen v České republice. Acta Universitatis Carolinae (Juridica, 3–4). Praha : Karolinum, 1996; Renzetti, C. M., Curran, D. J. Ženy, muži a společnost. Praha : Karolinum, 2003

Právní zakotvení rovnosti mezi muži a ženami a zákaz diskriminace z důvodu pohlaví je reakcí na určité projevy nerovnosti ve společnosti. Abychom byli schopni antidiskriminační právo chápat, měli bychom vědět, jak vzniklo, na jaké nerovnosti ve společnosti reaguje a znát mechanismy způsobující nerovnost a umožňující diskriminaci. Následně nás bude zajímat jaké možnosti nám právo pro boj proti diskriminaci z důvodu pohlaví nabízí.

Podle tohoto myšlenkového postupu je vystavěna následující kapitola. Začne krátkým historickým přehledem vývoje právního, resp. faktického postavení žen v moderní společnosti, představena bude interakce mezi vývojem práva a ženským hnutím. Zadruhé budou nastíněny přetrvávající nerovnosti na trhu práce, které se zatřetí pokusíme vysvětlit. Obzvláštní pozornost zde bude věnována rozdílu mezi pojmy pohlaví a gender. Jak fungují stereotypy o pohlavích a genderové stereotypy si ozřejmíme na příkladu třech výjimek z principu rovného zacházení: zvláštní ochraně žen, pohlaví jako požadavku pro výkon určitých povolání, a zohlednění rodinné situace žen mj. pro účely pozitivních opatření. Dále nastíníme diskuzi feministické právní teorie, zda má právo zdůrazňovat spíše stejnost či odlišnost mužů a žen, a zabývat se budeme odůvodněními nerovnosti mezi muži a ženami na příkladu diskriminace v odměňování.

Začtvrté představíme právní úpravu dvou z hlediska postavení žen na trhu práce velmi důležitých institutů: zákazu diskriminace v odměňování a zákazu obtěžování (sexuálního a obtěžování z důvodu pohlaví).

Závěrem učiníme několik poznámek k antidiskriminačním soudním sporům.

1. Stručný historický úvod

Historický úvod do postavení žen v právu se může zdát nadbytečným. Říkáme si, že nespravedlnosti a nedokonalosti, které v právu existovaly dříve, již byly odstraněny. Co si neuvědomujeme je, že přesně tento názor převládá před dvěma lety, kdy byl ženám zapovězen přístup k vyššímu vzdělání, sto lety, kdy ženy neměly volební právo, šedesátí lety, kdy rodinné právo podporovalo ženy mužům, či deseti lety, kdy mohly být prakticky beztrestně znevýhodňovány v pracovněprávních vztazích. Na následujícím historickém exkurzu si zaprvé ukážeme, že přestože právo vnímáme jako neutrální, nestranné, nadřazené jednotlivcům i společnosti a spravedlivé, není vždy takové – je možné jej dále přehodnocovat a zdokonalovat. Historie nám zadruhé ukazuje, že k mnohým změnám právní úpravy by nebylo bývalo přistoupeno, nebýt aktivit ženského hnutí.

V 19. století se situace českých žen v habsburské monarchii výrazně nelišila od situace žen na západě Evropy: ženy nebyly plnohodnotnými subjekty práva. Obdobně jako na západě Evropy vzniklo v českých zemích ženské hnutí,⁶²² které usilovalo zejm. o zrovnoprávnění žen a mužů v manželství, zajištění plných majetkových práv a rovného přístupu ke vzdělání, a zejména o zaručení pasivního a aktivního volebního práva (tzv. první vlna feminismu⁶²³). Těchto práv bylo postupně dosahováno: roku 1897 byl dívkám umožněn přístup ke vzdělání⁶²⁴ a všeobecné volební právo pro muže i ženy bylo ústavně⁶²⁵ zakotveno v roce 1920. V oblasti trhu práce vzniká v druhé

⁶²² Emancipační agendu měl v Českých zemích druhé poloviny 19. stol. například Americký klub dam (1862–1906), Ženský výrobní spolek (1871), Spolek pro ženské studium Minerva (1890), či Výbor pro volební právo žen (1905). K vývoji ženského hnutí v českých zemích viz např. *Uhrová, E.* Kam kráčely feministky. In *Alty a soprány* (kapesní atlas ženských iniciativ). Praha: Gender Studies Centre, 1994, s. 17 a násled.

⁶²³ Časové období od konce 18. století do konce první poloviny 20. století. Mezi hlavní představitelé patří John Stuart Mill či Olympe de Gouge.

⁶²⁴ Dívky ze studia (v Předlitavsku) vyloučilo roku 1878 ministerské nařízení ze 6. 5. 1878, přístup jim umožnil výnos ministerstva z 23. 3. 1897. První žena byla ještě téhož roku přijata na filozofickou fakultu, následovala medicína roku 1900. Na právnickou fakultu byla první žena přijata až v roce 1919. Blíže viz *Lenderová, M.* K hříchu i k modlitbě. Žena v minulém století. Praha: Mladá fronta, 1999.

⁶²⁵ Rovnost mužů a žen byla proklamována již v prohlášení nezávislosti Republiky československé z 18. 10. 1918, známém jako Washingtonská deklarace: „Ženy budou postaveny

polovině 19. a první polovině 20. století zejména ochranné zákonodárství; ochrana žen a dětí je úzce spojena (zákaz práce žen v období šestinedělí,⁶²⁶ zákaz noční práce a maximální pracovní doba,⁶²⁷ aj.).

S nástupem komunismu byly veškeré spolky a skupiny zabývající se ženskými otázkami umlčeny.⁶²⁸ Když se v 60. letech 20. století v USA a západní Evropě konstituuje druhá vlna feminismu, neprobíhá v tehdejší Československu o feminismu a genderových otázkách téměř žádná veřejná diskuze.⁶²⁹ Na západě druhá vlna feminismu již nesdílí optimismus první vlny, že právo je neutrální, a že budou-li ženy účastny jeho tvorby (jako poslankyně) a aplikace (jako právničky), nebudou jím již dále znevýhodňovány. Feministky druhé vlny si uvědomují, že právo se musí specificky zaměřit na mnoho doposud netematizovaných oblastí, které determinují faktické postavení ženy, jako jsou sexuální násilí či reprodukční práva. Do této doby spadá přijímání první antidiskriminační legislativy.⁶³⁰

V komunistickém Československu dochází mezitím k velmi zajímavému vývoji, označovanému jako „modernizace bez osvobození“.⁶³¹ Ženy byly, jak jsme již zmínili, zbaveny svobody shromažďovací a svobody projevu, a jakékoli diskuze o problémech nerovnosti byly vyloučeny – z ideologického hlediska tento problém neměl existovat, a tudíž jej nebylo možné diskutovat. Na druhé straně došlo k modernizaci ženského postavení: rovnost mužů a žen byla součástí státní ideologie,⁶³² přístup žen ke všem povoláním byl zaručen, politická participace žen na lokální i vrcholné úrovni byla zajištěna kvótami, společné vzdělávání a přístup žen ke vzdělání se staly samozřejmostí. Byla vybudována síť jeslí, školek a družin, což ženám umožnilo být současně matkami a pracovat na plný úvazek. Pracujícím matkám bylo

politicky, sociálně a kulturně na roveň mužům.“ V ústavní listině z roku 1920 se požadavek rovnosti promítl do § 106: „*Výsady pohlaví, rodu a povolání se neuznávají.*“

⁶²⁶ Císařský patent č. 227/1859 ř. z.

⁶²⁷ Např. zákon č. 91/1918 Sb. z. a n. o osmihodinové době pracovní

⁶²⁸ Od roku 1948 dochází v Česku i na Slovensku ke slučování ženských spolků, které vrcholí založením Československého svazu žen v roce 1950. I ten byl záhy zrušen a byl obnoven až v roce 1967. *Uhrová*, cit. výše, pozn. č. 622, s. 23–24.

⁶²⁹ Namátkou lze najít zajímavé diskuze o vztazích muže a ženy, například články Heleny Klímové v letech 1962–1970 do Literárních novin k problematice rodiny a mezilidských vztazích, či diskuzi nad českým překladem knihy Simone de Beauvoir *Druhé pohlaví* tamtéž. Téma diskuzí o vztazích muže a ženy v období komunismu nebylo dosud bohužel blíže zpracováno.

⁶³⁰ Například britské Equal Pay Act 1970 a Sex Discrimination Act 1975.

⁶³¹ European Commission, Report: *Waste of talents: Turning private struggles into a public issue. Women and Science in the Envisage countries*, http://europa.eu.int/comm/research/science-society/pdf/enwise_report2_fulltext-120704.pdf, 2003; (navštíveno 15. 1. 2006).

⁶³² Promítla se mj. do Ústavy 9. května (ústavní zákon č. 150/1948 Sb.) jejíž § 1 odst. 2 uváděl: „*Muži a ženy mají stejné postavení v rodině i ve společnosti a stejný přístup ke vzdělání i ke všem povoláním, úřadům a hodnostem.*“ Obdobné ustanovení obsahovala též Ústava 1960 (ústavní zákon č. 100/1960 Sb.) čl. 20 odst. 3: „*Muži a ženy mají stejné postavení v rodině, v práci i ve veřejné činnosti.*“

zajištěno místo při odchodu na mateřskou dovolenou, svobodné matky byly podporovány sociálními dávkami, atd.⁶³³ Liberalizováno bylo též rodinné a reprodukční právo – roku 1949 byla zakotvena stejná práva manželů v rodině,⁶³⁴ od roku 1955 mohlo být manželství rozvedeno na návrh jednoho z manželů, aniž by bylo zkoumáno, kdo zavinil rozvrat manželství,⁶³⁵ interrupce byla legalizována roku 1957.⁶³⁶

V oblasti trhu práce tak totalitní stát na jedné straně usiloval o rovnost. Politiky jako zakotvení práva na práci pro všechny⁶³⁷ (tedy i ženy s dětmi, staré ženy, atd.) či snaha zajistit hlídání dětí umožnily vysokou participaci žen na trhu práce. Tyto politiky měly ale dva hlavní nedostatky. Zaprvé chyběla možnost brát se autonomně za svá práva, neboť scházela antidiskriminační ustanovení. Vysvětlení je nasnadě – rovná práva byla dána shůry, a tedy jakákoliv občanská aktivita byla podle takového pojetí buď nepotřebná (pokud usilovala o totéž, co již bylo občanům shůry poskytnuto), nebo škodlivá, pokud usilovala o něco jiného, než co pod rovností rozuměl komunistický režim. Navíc jediným zaměstnavatelem v období let 1948–1989 byl komunistický stát prostřednictvím socialistických organizací.⁶³⁸ Jak mohlo být přijato zákonné opatření, které by pracovníkům umožnilo vystupovat proti diskriminaci? Navíc, kdo by se obrátil s žalobou na diskriminaci proti socialistické organizaci, tedy totalitnímu státu? Ani komunistický režim se ostatně nikdy zcela neoprostil od tradičních představ o rolích mužů a žen: péče o děti byla v rámci mateřské dovolené umožněna pouze ženám, zakázána byla noční práce žen či zaměstnávání žen určitými pracemi, např. těžebními pracemi pod zemí,⁶³⁹ či takovými, které by ohrožovaly jejich mateřské „poslání“⁶⁴⁰ (sic). Tato právní úprava je základem dodnes

⁶³³ Viz výše, pozn. č. 631.

⁶³⁴ Zákon o právu rodinném, zákon č. 265/1949 Sb., který vstoupil v účinnost k 1. 1. 1950; zrušil ustanovení o muži jako hlavě rodiny, dle kterého muž řídil domácnost, určoval bydliště, rozhodoval o dětech, a jemuž byla manželka povinna poslušností a pomocí. Je třeba poznamenat, že práce na novém rodinném zákoně a boj za jeho přijetí spadá do období před únorem 1948, kdy se o něj zasazovala mj. Milada Horáková.

⁶³⁵ Zákon č. 61/1955 Sb., o změně předpisů o rozvodu, kterým se mění zákon č. 265/1949 Sb., o rodině.

⁶³⁶ Zákon č. 68/1957 Sb., o umělému přerušení těhotenství, který umožnil provedení potratu se souhlasem ženy a po předchozím povolení interrupční komise (z důvodů zdravotních nebo jiných zvláštního zřetele hodných).

⁶³⁷ Ústava 9. května (ústavní zákon č. 150/1948 Sb.) § 26 odst. 1: „Všem občanům přislouží právo na práci.“ Ústava 1960 (ústavní zákon č. 100/1960 Sb.) čl. 20 odst. 3: „Všichni občané mají právo na práci a na odměnu za vykonanou práci podle jejího množství, jakosti a společenského významu.“

⁶³⁸ Ustanovení § 8 zákona 65/1965 Sb., zákoníku práce, v původním znění.

⁶³⁹ Tento zákaz obsahuje české právo dodnes: § 150 zákona č. 65/1965 Sb., zákoníku práce, a najdeme jej i v novém zákoníku práce č. 262/2006 Sb., který vstoupil v účinnost k 1. 1. 2007 (§ 238).

⁶⁴⁰ Bývalý § 150 odst. 2 zákoníku práce (ve znění platném do 30. 9. 2004).

přetrvávajícího modelu v ČR, ve kterém ženy pracují na plný úvazek a současně pečují o domácnost a děti.

K přijímání antidiskriminačních ustanovení v ČR dochází až v pozdním období transformace – první euronovela zákoníku práce byla přijata v roce 2000.⁶⁴¹ Je nutné poukázat na skutečnost, že těmto změnám právní úpravy opět nepředcházela vážnější společenská diskuze: veřejnost v ČR nejenomže přišla o celou druhou vlnu feminismu, ale navíc feminismus a s ním spojený diskurs zůstává v ČR nepochopenou terra incognita. O rovnosti mužů a žen přetrvávají v české veřejnosti hluboké předsudky.⁶⁴² Motivací pro přijetí změn byly zejména povinnosti vyplývající z Asociční dohody⁶⁴³ a zájem na brzkém přístupu k EU.⁶⁴⁴ Antidiskriminační opatření v českém právu, vzhledem k nepřijetí návrhu antidiskriminačního zákona,⁶⁴⁵ dosud chrání ženy jen v pracovněprávních vztazích.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ Zákon č. 155/2000 Sb., zmíněny by měly být další související novelizace – druhá euronovela zákoníku práce zákon č. 46/2004 Sb., o antidiskriminační ustanovení byla doplněna celá řada dalších předpisů: služební zákon č. 218/2002 Sb. či zákon o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů zákon č. 361/2003 Sb. (ani jeden ale dosud nevstoupil v účinnost). V roce 2003 byl přijat euronormní zákon č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, novelizován byl též zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, aj. Bliže viz výše, kapitola V.

⁶⁴² Poněkud paradoxní je, že mnohé političky a veřejně činné ženy dokonce nelení zdůraznit, že nejsou feministkami, aby se tak vyčlenily ze skupiny, která je obecně vnímána s despektem. Senátor Kubera vyjádřil pravděpodobně většinovou představu o feminismu takto: [Ženy jsou] „svěprávně, ochráni se samy, ale na druhou stranu chtějí být obletovány, chtějí slyšet, že mají dnes krásný účes, krásnou sukni nebo kalhoty – bokovky, které jim sice zničí ledviny, ale ony obětují všechno pro to, jen aby se nám líbily. Proto nemohu v žádném případě podpořit naši paternalistickou ochranu a touhy neukojených feministek, kterým harassment nikdy nehrozí. To je na tom velmi pikantní a zvláštní. Nemohu je jmenovat, protože bych se dopustil toho, čeho se dopustit nechci, ale můžete si je na internetu prohlédnout – ty aktérky, které jsou v těchto směrech aktivní, těm se opravdu nemůže nic stát, nikdo je nikdy obtěžovat nebude.“ Viz diskusi v Senátu PČR, nad novelou zákoníku práce č. 46/2004 Sb., 10. 12. 2003, www.senat.cz.

⁶⁴³ Evropská dohoda zakládající přidružení mezi Českou republikou na jedné straně a ES a jejich členskými státy na straně druhé, Sdělení MZV č. 7/1995 Sb.

⁶⁴⁴ To lze ilustrovat vládními intervencemi (zastupoval ji místopředseda vlády a ministr spravedlnosti Pavel Němec) při projednávání návrhu antidiskriminačního zákona v Poslanecké sněmovně i Senátu ČR: „Jenom bych připomněl, čím se tento zákon zabývá. Tento zákon se zabývá vlastně implementací mezinárodních závazků České republiky, kterými je Česká republika vázána, a zavádí je do právního řádu České republiky.“ Zákon představil 10. 2. 2005 v prvním čtení v Poslanecké sněmovně, dne 26. 1. 2006 jej obhajoval na jednání Senátu a opět na jednání Poslanecké sněmovny dne 15. 3. 2006: viz stenozáznam na www.psp.cz a www.senat.cz, stránky navštíveny 16. 3. 2006. Bliže k přijímání antidiskriminačního zákona viz Havelková, B. Právo a rovnost mužů a žen. In Pavlík, P. (ed.) Stínová zpráva v oblasti rovného zacházení a rovných příležitostí žen a mužů, 2006. Praha: Nadace Open Society Fund, 2006, s. 30–44 (k dispozici též na webových stránkách <http://www.otevrenaspolecnost.cz>, navštíveno 1. 11. 2006).

⁶⁴⁵ Senát jej zamítl a v Poslanecké sněmovně se na schůzi dne 23. 5. 2006 nenašla absolutní většina pro jeho přijetí.

⁶⁴⁶ Ani to již není od 1. 1. 2007 pravda – nový zákoník práce, zákon č. 262/2006 Sb., odkazuje, co se týče zákazu diskriminace, na zvláštní zákon (antidiskriminační zákon). Ten ale nebyl

Západní feministické právničky⁶⁴⁷ rozeznávají tři základní fáze vývoje postavení žen v právu: zaprvé období dosažení rovnosti před zákonem – v pracovním právu je ve stejné době přijímáno ochranné zákonodárství (19. stol. a první polovina 20. století) –, zadruhé období legislativy zakotvující zákaz diskriminace (od 60. let 20. století), a zatřetí období přijímání úprav jdoucích nad zákaz diskriminace – vyžadujících aktivní podporu rovnosti či její zajištění (úplný konec 20. století). V právu ES jsou výrazem třetí fáze čtyři Směrnice, přijaté v letech 2000, 2002 a 2004.⁶⁴⁸

Příkladem konkrétních opatření třetí generace je kladení důrazu na dostupnost a účinnost prostředků právní ochrany (zajištění skutečné a účinné náhrady, aktivní žalobní legitimace pro občanská sdružení specializující se na diskriminaci, či přesun důkazního břemene), institucionální zabezpečení (vybrání veřejnoprávního subjektu, který bude pověřen podporou, rozbořem, sledováním a prosazováním rovného zacházení), umožnění a využívání pozitivních opatření, gender mainstreaming,⁶⁴⁹ aj. Je důležité si uvědomit, že zatímco v západních společnostech uplynulo mezi přijetím legislativy zakazující diskriminaci a aplikací aktivní politiky rovnosti přes třicet let, ve kterých se staly zřejmými limity pouhého zákonného zákazu diskriminace,⁶⁵⁰ do ČR dorazily ve formě evropských směrnic společně jako již velmi sofistikovaný a propracovaný soubor norem. Toto může způsobovat problémy při aplikaci práva, například s ohledem na dosud neznámé instituty (nepřímá diskriminace, přesun důkazního břemene, sexuální obtěžování, pozitivní opatření, gender mainstreaming).⁶⁵¹ Zejména s ohle-

do 1. 1. 2007 přijat. Stav pracovněprávních antidiskriminačních norem se tak v některých ohledech vrací do stavu před rokem 2000 (byť samozřejmě evropské právo je přímo účinné, což ovšem samo nemůže nutnost vnitrostátní implementace plně nahradit).

⁶⁴⁷ Sandra Fredman rozeznává tři fáze vývoje postavení žen v právu: dosažení rovnosti před zákonem, zákazu diskriminace a úpravy pozitivní povinnosti podporovat rovnost (Fredman, s. 6), Maria V. Ballestrero, komentující z hlediska pracovního práva, rozlišuje zaprvé období ochranného zákonodárství, anti-diskriminačního zákonodárství, a aktivní politiky rovnosti (Ballestrero, M. V. Dalla tutela alla parità [Od ochrany k rovnosti]. Bologna : Mulino, 1979).

⁶⁴⁸ Blíže viz výše, kapitola V.

⁶⁴⁹ „Gender mainstreaming“ je metodou, kdy je veškeré veřejné rozhodování, včetně souvisejících činností (analýzy, vyhodnocování), podřizováno požadavku, aby konečný výsledek napomohl vyrovnat příležitosti žen a mužů. Vztahuje se zejména na státní správu.

⁶⁵⁰ Sandra Fredman upozorňuje například na nedostatečnost systému, kdy jednotlivec sám musí vystoupit proti diskriminaci. Mezi problémy sporného soudního řízení řadí zaprvé pasivitu soudu, který jen se jen omezeně zajímá o zjištění všech relevantních faktů, zadruhé předpoklad rovnosti účastníků, který neodpovídá realitě, a zatřetí individualistický charakter sporu, kdy „vítěz bere vše“ (viz Fredman, S. Women and the Law. Oxford : Clarendon Press, 1997, s. 367 a násl.).

⁶⁵¹ Srov. analýzu v článku Rodin, S. Diskurz a autorita v evropské a postkomunistické právní kultuře. Právník sv. 145, č. 8, 2006, s. 873–892 (srov. např. aplikaci Feyerabendovy koncepce „řízené výměny“ na přebírání předem daných v EU utvořených významů v kontextu postkomunistických států).

dem na původ antidiskriminačního zákonodárství v právu ES, si pak mnoho lidí klade otázku, zda je v českém prostředí takovéto úpravy třeba.⁶⁵²

2. Ženy a muži na trhu práce a v politickém procesu

Ženy v současnosti vydělávají o čtvrtinu méně než muži. Tento rozdíl se v čase téměř nemění. V roce 2005 vydělala průměrná žena měsíčně o 3 700 Kč méně než muž, v kategorii zákonodárců, vedoucích a řídicích pracovníků to bylo o 10 811 Kč méně.⁶⁵³

Mzdy (v Kč) mužů a žen a jejich vzájemný poměr za roky 1996–2005

Rok	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Průměrné mzdy										
Muži	12 245	14 166	15 323	16 109	17 251	18 481	20 404	21 983	23 044	24 271
Ženy	9 449	10 730	11 036	11 793	12 641	13 755	15 217	16 404	17 256	18 221
Poměr (%)	77,2	75,7	72,0	73,2	73,3	74,4	74,6	74,6	74,9	75,1

zdroj: strukturální mzdová statistika 1996–2005; údaje do roku 2001 jsou vypočtené odlišnou metodikou⁶⁵⁴

Nezaměstnanost žen je vyšší než nezaměstnanost mužů: v roce 2004 byla míra nezaměstnanosti žen 9,9 % a mužů 7,0 %.⁶⁵⁵ Výrazná je stále i segregace podle pohlaví:⁶⁵⁶ ženy tvoří téměř 100 % pracovníků v povoláních souvisejících s výchovou a péčí o především malé děti, zdravotnických profesích střední úrovně, kancelářských pracích středně-technického rázu a tvoří též

⁶⁵² Blíže k otázce specifik české společnosti s ohledem na implementaci antidiskriminační legislativy EU viz např. Havelková, B. Effectiveness of the transposed EU equality law in the Czech Republic, Croatian YB Eur. L. Pol., sv. 2, s. 299–310 (2006).

⁶⁵³ Český statistický úřad, Ministerstvo práce a sociálních věcí ČR. Ženy a muži v datech. Praha : ČSÚ a MPSV ČR, 2005, s. 70 a 76.

⁶⁵⁴ Odpověď Ing. Dalibora Holého, ředitele odboru statistiky zaměstnanosti a mezd Českého statistického úřadu, ze dne 15. 9. 2006, na dotaz autorky.

⁶⁵⁵ Český statistický úřad, Ministerstvo práce a sociálních věcí ČR. Ženy a muži v datech. Praha : ČSÚ a MPSV ČR. Praha, 2005, s. 52.

⁶⁵⁶ Horizontální segregace je koncentrace žen a mužů ve specifických odvětvích a povoláních (například muži ve stavebnictví či těžkém průmyslu a ženy ve zdravotnictví či školství) a s tím související odlišné finanční ohodnocení. Vertikální segregace je rozvrstvení žen a mužů na různých pozicích v zaměstnání. Muži mnohem častěji dosahují vyšších postů, které jsou lépe odměňovány. Viz též Roos, P. A., Gatta, M. L. The Gender Gap in Earnings. In: Powell, G. M. Gender and Work, Sage Publications: Thousand Oaks, 1999, s. 106–110.

obsahu strojů v textilním průmyslu. Téměř bez zastoupení jsou mezi obsluhou a řízením technických zařízení a strojů včetně motorových vozidel, dělnických profesích z oboru stavebnictví a těžebních činností.⁶⁵⁷

Podle výzkumu nedávno provedeného Sociologickým ústavem Akademie věd ČR se přibližně čtvrtina Čechů setkala se sexuálními obtěžováními na pracovišti, ať již osobně, nebo když šlo o někoho jiného (obtěžování zaregistrovalo 27 % žen a 20 % mužů). Z toho jsou v naprosté většině případů za oběti sexuálního obtěžování označeny ženy a za iniciátory muži.⁶⁵⁸

Ženy jsou výrazně méně účastny politického rozhodování na nejvyšší úrovni. V Senátu je jich cca 12 %, ⁶⁵⁹ mezi hejtmany není ani jedna žena. Od roku 1989 do voleb 2006 se v českých vládách vystřídal pouze devět ministrů. ⁶⁶⁰ V „podzimní“ vládě ODS na sklonku roku 2006 byly mezi 14 ministry 2 ženy. ⁶⁶¹ Je otázkou, zda nadpoloviční počet žen v české justici vyjadřuje odchylku od těchto trendů nebo naopak chápání justice jako „méně důležitého“ orgánu. ⁶⁶²

Výše uváděná přetrvávající *de facto* nerovnost mezi muži a ženami tedy musí tedy mít hlubší základ. K možným vysvětlením nerovnosti se nyní obrátíme.

3. Proč je tak složité dosáhnout faktické rovnosti?

3.1. Pohlaví/Gender

Jedním ze základních rozdílů mezi diskriminací například z důvodu rasového nebo etnického původu a diskriminací z důvodu pohlaví je, že zatímco

⁶⁵⁷ Český statistický úřad, Ministerstvo práce a sociálních věcí ČR. Ženy a muži v datech. Praha : ČSÚ a MPSV ČR, 2005, s. 68.

⁶⁵⁸ Křížková, A., Maříková, H. a Uhde, Z. (eds.) Sexualizovaná realita pracovních vztahů. Analýza sexuálního obtěžování v České republice. Praha : Sociologický ústav, 2006, s. 36 a 44.

⁶⁵⁹ Český statistický úřad, Ministerstvo práce a sociálních věcí ČR. Ženy a muži v datech. Praha : ČSÚ a MPSV ČR, 2005, s. 96.

⁶⁶⁰ Dagmar Burešová, Vlasta Štěpová, Květoslava Kořínková, Vlasta Parkanová, Zuzana Rothová, Petra Buzková, Marie Součková, Milada Emerová, Dana Běrová. Viz blíže Havelková, H. Jako v loterii: politická reprezentace žen v ČR po roce 1989. In Hašková, H., Křížková, A., Linková, M. Mnohohlasem. Praha : Sociologický ústav AV ČR, 2006, s. 30.

⁶⁶¹ Miroslava Kopicová a Milena Vícenová.

⁶⁶² Srov. Schultz, U. Shaw, G. (eds.), Women in the World's Legal Professions. Oxford : Hart Publishing, 2003 (kniha dospívá k závěru, že čím renomovanější a mocensky silnější justice – jako země common law nebo Německo – tím méně žen – soudkyň).

žádný rozumný člověk si dnes nedovolí tvrdit, že mozek Roma je zásadně jiný než mozek bělocha, z oprávněného strachu, že by byl označen z rasistu, naprostá většina lidí relativně bez diskuze přijímá fakt, že mozek ženy je jiný než mozek muže, jinak funguje, atd. Muži a ženy totiž jsou skutečně biologicky odlišní, a před právem tak stojí velká otázka, které z těchto rozdílů uzнат a proti kterým vystoupit.

Z hlediska feministické teorie je důležité rozlišovat dva pojmy: pohlaví a gender [džendr]. Pohlaví jsou biologické vlastnosti, které jsou u žen jiné než u mužů. ⁶⁶³ Genderem rozumíme: „sociálně utvářený soubor vlastností, chování, zájmů, vzhledu atd., který je v určité společnosti spojován s obrazem ženy nebo muže [...] Ideální ženské a mužské charakteristiky tedy nevyplývají z biologické přirozenosti žen a mužů, nýbrž jsou vytvářeny společností a reprodukovány prostřednictvím socializace [...] Gender má ve většině společností úlohu organizačního principu. To znamená, že sociální realita je strukturována podle dělení osob, činností, prostorů atd. na ženské a mužské. Toto genderové dělení sice usnadňuje organizaci společenského života, omezuje však zároveň způsob a hranice individuálního uplatnění jednotlivých lidí.“⁶⁶⁴

Pro antidiskriminační právo je zejména důležité, že jak o pohlaví tak o genderu existují ve společnosti stereotypy – zjednodušené či iracionální představy o skutečnosti. Subjekty právních vztahů (zaměstnavatelé, poskytovatelé služeb, atd.) často nezjišťují vlastnosti jednotlivce, ale při posuzování jeho kvalit se řídí svými stereotypními názory na danou skupinu. Ženy jsou tak znevýhodněny dokonce dvakrát – zprv proto, že je u nich automaticky předpokládána absence určitých kvalit (tzv. skleněný strop⁶⁶⁵), a zadruhé skrze automatické předpokládání těchto kvalit u mužů (tzv. skleněný výtah⁶⁶⁶). Z hlediska antidiskriminačního práva je důležité si uvědomit,

⁶⁶³ Ani určení biologického pohlaví není bezproblémové, předpokládáme totiž soulad tří hledisek: 1) genetické (chromozomální) výbavy, 2) hormonů, 3) vnějších a vnitřních pohlavních orgánů. Ukazuje se ale, že tyto úrovně nemusí být ve shodě, a že existují jedinci s odlišným chromozomálním, hormonálním a genitálním pohlavím. Jedná se pak o muže nebo ženu? Srov. např. Smetáčková, I., Vlková, K. (eds.) Gender ve škole – Příručka pro výuku OV, ON, a ZSV. Praha : Otevřená společnost, 2005, s. 18, či Renzetti, C. M., Curran, D. J. Ženy, muži a společnost. Praha : Karolinum, 2003.

⁶⁶⁴ Smetáčková, I., Vlková, K. (eds.) Gender ve škole – Příručka pro výuku OV, ON, a ZSV. Praha : Otevřená společnost, 2005, s. 10.

⁶⁶⁵ Skleněný strop označuje neviditelné bariéry, se kterými se ženy setkávají zejména při kariérim postupu. Jedná se o umělé překážky založené jak na osobních předpojatostech nadřizovaných, tak i na organizačních procesech, do kterých se promítají genderové stereotypy. Viz též Smetáčková, Vlková cit. výše, pozn. č. 664.

⁶⁶⁶ Skleněným výtahem rozumíme mechanismy, které „vezou“ muže vzhůru po kariérim žebříčku mnohem rychleji a na vyšší pozice, než by odpovídalo jejich vzdělání, věku a praxi. Viz též Smetáčková, Vlková, pozn. č. 664.

že jsou-li stereotypy o ženách důvodem pro jejich znevýhodnění, máme co do činění s diskriminací.

3.1.1. Vliv stereotypů na postavení žen

Jak genderové stereotypy ovlivňují postavení žen na trhu práce, si lze demonstrovat na příkladu výhradního spojení žen s mateřskou rolí. Zaměstnavatelé často ženu do zaměstnání nepřijmou, nebo zvolí nevýhodnou, překerní formu zaměstnání (pracovní smlouvu na dobu určitou), protože předpokládají, že mladá žena v reprodukčním věku bude chtít mít děti. I když je žena přijata, je méně odměňována. Při případném těhotenství je to pak ona, kdo, mj. z důvodu obvykle nižšího platu než má partner, zůstane doma na rodičovské dovolené (v 99% případů na ni v ČR nastupují ženy⁶⁶⁷). Kariéerní výpadek z důvodu mateřství pak způsobí zbrzdění postupu a přístupu k lépe placeným pozicím. Do hry zde vstupují jak předsudečná rozhodnutí zaměstnavatele („žena je v prvé řadě matkou“), představy společnosti o ženské roli („ženy nemají ambice se ucházet o obecně lépe placené posty či práce v určitých sektorech“), tlak okolí či partnera (v otázce odchodu na rodičovskou dovolenou) a často i sebelimitace žen („jaká bych byla matka, kdybych se nestarala o své dítě v prvních letech jeho života?“).

Jiným příkladem jsou stereotypy o ženách v politice, kde k bariérám větší účasti patří zaprvé „obraz ‚české ženy‘ jako ‚povznesené‘ nad nějaký vnější formální zápas s muži o procenta a nacházející své společenské poslání v jiných velkých věcech“, jako je láska a oběť ovšem v soukromé sféře.“⁶⁶⁸

Zadruhé je od politiků očekáváno „tradičně femininní chování, paradoxně více, v čem vyšší pozici se žena ocitá... Političky samy si nejen hlídají femininní obraz, ale zdá se, že to mnohým z nich také reálně brání důrazněji se prosazovat do funkcí.“⁶⁶⁹ Tento „tradicionalisticko-komunistický model kariérové ženy spojený s rezignací na vyšší (a zejména otevřeně) ambice“⁶⁷⁰ omezuje svobodné rozhodování žen a brání jejich plnohodnotnému uplatnění.

Jak jsme si ukázali, teoretické dělení na pohlaví a gender rozlišuje mezi vlastnostmi, které jsou ženám a mužům skutečně biologicky dané, a které pohlavím jen ze zvyku připisujeme. Ať již se jedná o biologické pohlaví či gender, je v právní praxi zejména nutno se vyvarovat zaprvé stereotypních závěrů o mužích a ženách, a zadruhé vztahování existujících skupinových charakteristik na jednotlivce.

⁶⁶⁷ Český statistický úřad a Ministerstvo práce a sociálních věcí ČR, Ženy a muži v datech. Praha: ČSÚ a MPSV ČR, 2003, s. 58.

⁶⁶⁸ Havelková, cit. výše, pozn. č. 660, s. 37.

⁶⁶⁹ Tamtéž.

⁶⁷⁰ Tamtéž.

Kde číhá riziko užití předsudku či generalizace, si v následujícím textu ukážeme na situacích, kdy právo umožňuje či předvídá rozdílné zacházení s muži a ženami. Pro přehlednost strukturujeme následující text podle třech výjimek z principu rovného zacházení, jak je obsahuje čl. 2 Směrnice 76/207/EHS (směrnice o rovném zacházení):⁶⁷¹ ustanovení týkající se ochrany žen; možnost vyloučit ženy z výkonu povolání, kde je pohlaví jeho podstatným a rozhodujícím požadavkem; a zohlednění specifické rodinné situace žen v rámci pozitivních opatření.⁶⁷²

3.1.2. Kdy má právo „chránit“ ženy?

V pracovněprávní oblasti se ochranné zákonodárství v posledních letech, v souladu s požadavky práva ES, omezuje na ochranu žen spojenou pouze s biologickou odlišností. Příkladem budiž nahrazení vyhlášky Ministerstva zdravotnictví z roku 1997, která zakazovala určité práce a pracovní podmínky všem ženám (sic), těhotným ženám, matkám do konce devátého měsíce po porodu a mladistvým,⁶⁷³ vyhláškou č. 288/2003 Sb., která omezuje pouze zaměstnávání těhotných a kojících žen, a matek do konce devátého měsíce po porodu.⁶⁷⁴ Odstraněna byla ustanovení, která předpokládala určitou ženskou roli, zejména mateřskou: formulace § 150 ZPr 1965, která ženám zapovídala „práce, které jsou pro ně fyzicky nepřiměřené nebo škodí jejich organismu, zejména práce, které ohrožují jejich mateřské poslání“, byla nahrazena novým zněním: „Ženy nesmějí být též zaměstnávány pracemi, které ohrožují jejich mateřství.“⁶⁷⁵ Tento vývoj dopadá pozitivně i na muže – institut mateřské dovolené, původně umožňující péči o malé dítě pouze

⁶⁷¹ Čl. 2 Směrnice 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky zakotvuje v odst. 1 princip rovného zacházení, odst. 2 umožňuje ženy vyloučit z výkonu určitých povolání, odst. 3 umožňuje ochranu žen zejména z důvodu těhotenství a mateřství a odst. 4 umožňuje členským státům přijmout pozitivní opatření.

⁶⁷² V následujícím textu nejsou daná ustanovení vykládána vyčerpávajícím způsobem – slouží pouze jako základní struktura pro výklad.

⁶⁷³ Vyhláška Ministerstva zdravotnictví č. 261/1997 Sb, kterou se stanoví práce a pracovní podmínky, které jsou zakázány všem ženám, těhotným ženám, matkám do konce devátého měsíce po porodu a mladistvým, a podmínky, za nichž mohou mladiství výjimečně tyto práce konat z důvodu přípravy na povolání.

⁶⁷⁴ Zcela v souladu s evropským právem – zejména s čl. 2 odst. 3 směrnice o rovném zacházení, který jako jednu z výjimek z principu rovnosti pohlaví považuje ochranu žen, zejména těhotenství a mateřství, a Směrnicí Rady 92/85/EHS o zavádění opatření pro zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví při práci těhotných zaměstnankyň a zaměstnankyň krátce po porodu nebo kojících zaměstnankyň. V češtině ZV ÚV, kap 05, sv. 2, s. 110.

⁶⁷⁵ K novelizaci došlo ještě za účinnosti zákona č. 65/1965 Sb., zákonem č. 436/2004 Sb., který vstoupil v účinnost k 1. 1. 2005. V ZPr 2006 se totožná formulace nachází v ustanovení § 238, odst. 2 věta první.

matkám, byl rozdělen na mateřskou dovolenou, přiznávanou zaměstnankyni „v souvislosti s porodem a péčí o narozené dítě ... po dobu 28 týdnů“ (§ 157 odst. 1 ZPr 1965, resp. § 195 odst. 1 ZPr 2006) a rodičovskou dovolenou pro matku či otce k „prohloubení péče o dítě“ do dovršení třech let věku dítěte.

3.1.3. Povolání „pro ženy“ a povolání „pro muže“

Podle ustanovení § 16 odst. 3 ZPr 2006 a § 4 odst. 3 zákona o zaměstnanosti se „za diskriminaci nepovažuje rozdílné zacházení z [chráněného – pozn. aut.] důvodu [...], pokud z povahy pracovních činností nebo souvislostí vyplývá, že tento důvod představuje podstatný a rozhodující požadavek pro výkon práce, kterou má zaměstnanec vykonávat, a který je pro výkon této práce nezbytný; cíl sledovaný takovou výjimkou musí být oprávněný a požadavek přiměřený“. Typickým a z hlediska kvalifikace bezproblémovým příkladem porušení nároku, aby pohlaví bylo podstatným a rozhodujícím požadavkem povolání, jsou stereotypní inzeráty o přijímání mužů na místa manažerů a děvčat jako *au-pair*, jako by se vůdčí schopnosti, či asertivita vyskytovaly jen u mužů a pečovatelské schopnosti jen u žen. Kdy je ale skutečně legitimní jedno pohlaví z výkonu povolání vyloučit?

Generální advokát La Pergola se ve svém Stanovisku k případu *Kreil* vyslovuje pro úzký výklad ustanovení: „Podle mého názoru by měl být rozsah výhrady [podstatného a rozhodujícího požadavku pro výkon práce podle čl. 2 odst. 2 Směrnice 76/207/EHS – pozn. aut.] určen odkazem na vlastní požadavky povolání, které činí pohlaví rozhodujícím faktorem pro danou činnost; jako příklad uveďme povolání zpěvaček a zpěváků, herců a hereček, tanečniců a tanečnic či modelek a modelů.“⁶⁷⁶

Na případech řešených Soudním dvorem nicméně vidíme, že Soud tento přístup nesdílí. V případě *Johnston*⁶⁷⁷ odpovídal Soud na otázku, zda je vyloučení policistek z práce ve zbrani při potlačování násilných nepokojů v Severním Irsku v souladu s komunitárním právem. Soud rozhodl, že „z povahy pracovních činností“ nevyplývá, že by musely být vykonávány muži, vyplývá to ale ze souvislostí: „[...] nemůžeme vyloučit možnost, že v situaci vážných vnitřních nepokojů by mohlo nošení zbraní ženami vytvořit dodatečné nebezpečí jejich zabití a že [nošení zbraní policistkou – pozn. aut.] by tak mohlo jít proti požadavku veřejného pořádku.“⁶⁷⁸ Soud

nijak nevysvětlil, proč by nebezpečí zabití pro ženy mělo být větší než nebezpečí pro muže.

Obdobně Soud argumentoval v případě *Sirdar*,⁶⁷⁹ který se týkal vyloučení žen z bojových jednotek britské námořní pěchoty. Velká Británie argumentovala, že jednotky jsou založeny na principu interoperability, tedy že každý člen královské námořní pěchoty musí být schopen vykonávat své specifické úkoly a zároveň být v kterémkoliv momentu schopen boje, a že tento princip vyžadoval vyloučení žen, neboť mužští vojáci by mohli být v pokušení ženy bránit, a protože by se ženy mohly ukázat nezpůsobitelnými pro ofensivní přímý boj. Soud přijal tento stereotypní argument, a to aniž by se zajímal o to, zda je prokazatelný, či je založen na pouhých předsudcích.

Obdobné případy nalezneme též v judikatuře Nejvyššího soudu USA. V případě *Dothard v. Rawlinson*⁶⁸⁰ stanovily předpisy mužské věznice se zvýšenou ostrahou v Alabamě, že ženy nesmějí být zaměstnávány na pozicích dozorců, kde přicházejí do přímého kontaktu s vězni. Nejvyšší soud přijal argumentaci zaměstnavatele, že kvůli prostředí v této věznici, které se podobá džungli, ve které panuje bezuzdné násilí a pachatelé sexuálních trestných činů nejsou odděleni od zbytku vězňů, je legitimní vyloučit ženy z pozic dozorců: „[...] ženina schopnost udržet pořádek [...] by mohla být přímo snížena jejím ženstvím“.⁶⁸¹ Za tímto rozhodnutím nelze než cítit romantický ochranný pud, který ovšem ve výsledku připravuje ženy o pracovní příležitosti, aniž by se jich někdo ptal, zda jsou určitá rizika ochotny podstoupit. Na jeden obzvláště problematický aspekt rozhodnutí upozornil již soudce Marshall ve svém odlišném stanovisku: „*Toto* [rozhodnutí – pozn. aut.] konzervuje jeden z nejzákeřnějších starých mýtů – že ženy, ať již chtějí či nechťejí, jsou svádívními objekty sexuální touhy.“⁶⁸²

Posledním příkladem budiž britský případ *Page v. Freight Hire*,⁶⁸³ ve kterém zaměstnavatel neumožňoval ženám, řidičkám tahačů, vozit náklad obsahující dimethylformamid, který byl podle upozornění nebezpečný pro ženy v reprodukčním věku. *Employment Appeal Tribunal* uznal, že ochrana zdraví je legitimním cílem a rozdílné zacházení nequalifikoval jako diskriminaci. Obdobně jako v případě *Dothard v. Rawlinson* nebylo nebezpečí pro muže vůbec bráno v potaz (a to přesto, že podle dokumentace výrobce existovalo).

Jak poukazuje Sandra Fredman, soudy často volí jednodušší variantu, vyloučení žen, než aby se zabývaly tím, jestli by minimální standardy pro

⁶⁷⁶ Stanovisko generálního advokáta La Pergoly ve věci C-285/98, *Tanja Kreil v. SRN* [2000] ECR I-69, bod 16.

⁶⁷⁷ Věc 222/84, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651.

⁶⁷⁸ Tamtéž, bod 27.

⁶⁷⁹ Věc C-273/97 *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* [1999] ECR I-7403, [2000] ECR I-69. Blíže viz anotaci rozhodnutí níže v bodě XII.2.3.

⁶⁸⁰ *Dothard v. Rawlinson* 433 U.S. 321 (1977).

⁶⁸¹ Tamtéž, s. 335.

⁶⁸² Tamtéž, s. 343.

⁶⁸³ *Page v. Freight Hire* [1981] I. C. R. 299 (EAT).

obě pohlaví nebyly vhodnějším řešením⁶⁸⁴ (zlepšení podmínek v alabamských věznicích či zvýšená ochrana zdraví při manipulaci s dimethylformamidem).

Na výše uvedených případech si můžeme ukázat, jak fungují stereotypy a generalizace v oblasti diskriminace. Některá soudní rozhodnutí se při zkoumání „*povahy pracovních činností*“ opírají o fyzické vlastnosti, jako je například síla. Je-li ale třeba síly, pak by bylo správné ji poměřit u jednotlivců a nikoli vztahovat průměrné charakteristiky pohlaví (ženy jsou v průměru menší a váží méně než muži, v průměru mají menší fyzickou sílu) na jednotlivce, o kterém to vůbec nemusí platit. I ta rozhodnutí, která pracují s reprodukčními schopnostmi činí obecné závěry („ženy chtějí, mají, nebo budou mít děti“), které se nemusí vztahovat na jednotlivce.

Velmi složitá je aplikace výjimky požadavku povolání na základě „*situace*“, ve které je činnost vykonávána. Zde jsou často nepodložené předpoklady o tom, jak bude reagovat třetí strana, tedy vězni, demonstrant při pouličních nepokojích, či protivník v boji, použity pro odůvodnění vyloučení žen. Současně je třeba poukázat na fakt, že situace, ve které je činnost vykonávána, a reakce třetí strany, mohou být důležitými argumenty pro vyhrazení určitých povolání či výkonu specifických činností ženami. Jak jinak než s ohledem na situaci a příjemce služby odůvodníme požadavek, aby byly oběti domácího násilí či znásilnění vyslýchány policistkami ženského pohlaví, či aby sociální pracovníce v ubytovacím zařízení pro oběti obchodu se ženami byly pouze ženy?

3.1.4. Zohlednění rodinné situace žen

V předchozím textu jsme se zabývali zejména otázkou, kdy a jak činit rozdíl na základě biologických vlastností mužů a žen. Nyní se obrátíme k otázce, zda je vhodné zdůraznit i společenské rozdíly. Je legitimní rozeznat faktické obtíže, např. nestandardní průběh kariéry způsobený péčí o dítě, se kterými se ženy setkávají, ne proto, že by to bylo inherentně ženské, ale protože takto funguje naše společnost?

V rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Hill and Stapleton*⁶⁸⁵ byla pro Soud podpůrným argumentem pro zajištění ochrany pracovníků sdílejících pracovní místo nutnost umožnit ženám sladění rodinného a profesního života: „*Je zřejmé [...], že přibližně 83 % těch [žen – pozn. aut.], které se rozhodly pro jobsharing tak učinily proto, aby mohly sladit své povinnosti rodinné a pracovní, které nutně zahrnují i péči o děti [...]* Ochrana žen v rámci

rodinného života je princip, který právní řády členských států i Evropského společenství uznávají za přirozené doplnění principu rovnosti mezi ženami a muži.“ (odst. 41 a 42). Přestože se nám tato úvaha Soudu může jevit jako oprávněná a v daném kontextu důležitá pro zajištění faktické rovnosti pracovníků na plný úvazek a *job-sharers* v odměňování, bylo rozhodnutí kritizováno proto, že odráží tradicionalistické představy o rolích pohlaví a o organizaci rodinného života. V literatuře je poukazováno zejména na riziko tenké hranice mezi vnímáním faktu, že ženy zůstávají primárně odpovědnými za péči o děti, a učiněním závěru, že by to tak mělo být.⁶⁸⁶

Obdobnou otázkou se Soud zabýval v případě *Lommers*⁶⁸⁷ ve kterém holandské Ministerstvo zemědělství vyhradilo závodní hlídání dětí ženám, a pouze ve výjimečných případech umožňovalo hlídat děti mužských zaměstnanců. Soud měl posoudit, zda bylo opatření v souladu s komunitární právem, zejména obecným principem rovného zacházení obsaženým v čl. 2 odst. 1, a ustanovením umožňujícím přijetí opatření na podporu rovných příležitostí pro muže i ženy obsaženým v čl. 2 odst. 4 Směrnice 76/207/EHS. Generální advokát Alber ve svém stanovisku konstatuje, že tam, kde je možné stanovit kritérium nezávisle na pohlaví, by tak mělo být činěno (tzv. *gender-neutral measures* – v daném případě mohl být přístup teoreticky umožněn všem dětem, mohlo být zváženo kritérium sociální potřeby, počtu dětí v rodině, rodinný stav rodiče, apod. – pozn. aut.). Generální advokát i Soud ale shledali opatření slučitelným s požadavky komunitárního práva. Ministerstvo sledovalo legitimní cíl zvýšení mizivého zastoupení žen ve vyšších funkcích, a vybralo přiměřený prostředek pro jeho dosažení – vzhledem k tomu, že zcela zjevně nedisponovalo dostatečnými prostředky, nemohlo zpřístupnit závodní péči pro všechny děti.⁶⁸⁸ Jednalo se tedy dle Soudu o opatření na podporu rovných příležitostí pro muže i ženy, které přispívá k odstraňování stávajících nerovností ovlivňujících příležitosti žen.

Na případě *Lommers* je ještě lépe vidět riziko, že by opatření zohledňující tradiční dělbu rolí mohla tuto dělbu utužovat.⁶⁸⁹ V daném případě totiž na základě zjištění rozdílných povinností žen mimo profesní život došlo k jejich zvýhodnění a ke znevýhodnění mužů. Pokud by obdobnou politiku zvolil každý zaměstnavatel, znamenalo by to, že pouze ženy by pro „své“

⁶⁸⁶ *McGlynn, C., Farrelly, C. Equal Pay and the „Protection of Women within Family Life“.* European Law Review, 1999, roč. 24, s. 207.

⁶⁸⁷ Věc C-476/99 *Lommers v. Minister van Landbouw*, [2002] ECR I-2891.

⁶⁸⁸ Test slučitelnosti pozitivního opatření s komunitární právem zapovídá automatické dání přednosti ženě – vyžaduje mechanismus, který umožní zvážit všechny okolnosti situace muže (*saving clause, Öffnungsklausel*). Tento mechanismus v daném případě existoval, neboť Ministerstvo připouštělo ve zvláštních případech též děti svých mužských zaměstnanců.

⁶⁸⁹ Ve svém stanovisku se rizikem upevnění tradičních rolí (*rollenverfestigende Wirkung*) zabývá též generální advokát Alber, Stanovisko GA Albera ve věci C-476/99, *Lommers v. Minister van Landbouw* [2002] ECR I-2891, bod 10.

⁶⁸⁴ Viz též *Fredman, S. Women and the Law.* Oxford: Clarendon Press, 1997, s. 306 a násl.

⁶⁸⁵ Věc C-243/95, *Kathleen Hill and Ann Stapleton v The Revenue Commissioners and Department of Finance* [1998] ECR I-3739. Srov. anotaci rozhodnutí dále v bodě XII.2.2.

děti měly místa v jeslích. Tím by se z deskripce, tedy zjištění, že ženy častěji přerušují kariéru kvůli dětem, stala preskripce – ustanovení by motivovalo ženy být primárními pečovatelkami, protože pouze ony by měly možnost získat místo v jeslích. Při zohledňování rodinné situace je třeba zajistit, aby ženy nebyly uvrženy do bludného kruhu, kdy právo „betonuje“ jejich genderovou roli.

3.2. Feministické strategie: stejnost či rozdílnost?

Otázka, zda klást při prosazování ženských práv důraz na jejich stejnost a rovnost s muži či rozdílnost, která provází feministickou právní vědu⁶⁹⁰ více méně od 19. století, hýbala zejména diskusemi mezi feministkami druhé vlny.⁶⁹¹

3.2.1. Argument stejnosti

Stejnost, ve smyslu stejnosti lidství, tedy stejných potencialit (možností charakteru, inteligence, vloh) mužů a žen, je silný argument pro rovné zacházení. Tento argument byl důležitý zejména v 19. a první polovině 20. století pro to, aby ženy dosáhly na politická a majetková práva. Stal se též východiskem antidiskriminační legislativy.

Argument stejnosti mužů a žen a z ní pramenícího požadavku rovnosti má nicméně své hranice; na jeden limit antidiskriminačního práva založeného na principu rovnosti upozorňuje Sandra Fredman.⁶⁹² Pro rovnostní argumentaci je třeba mít srovnání. S kým? S muži. Ne vždy je ale možno najít ekvivalent u mužů, zejména s ohledem na reprodukční odlišnosti žen. Jak britské, tak americké soudy proto měly dlouho problém kvalifikovat diskriminaci z důvodu těhotenství jako diskriminaci, neboť nenalezly vhodný protějšek – těhotného muže.⁶⁹³ Následně byla pak situace těhotné ženy přirovnávána ke stavu dlouhodobě nemocného muže.⁶⁹⁴ Soudní dvůr záhy

⁶⁹⁰ Dnes je používán spíše pojem *legal gender studies*. Pro období, kdy velká část debaty o rovnosti/rozdílnosti probíhala, tedy zejména v 60.–80. letech 20. století, je pojem feministické právní vědy odpovídající. Pro úvod do problematiky viz např. *Holzleitner, E. Recht macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung.* Wien: Facultas Universitätsverlag, 2002.

⁶⁹¹ Diskuze se účastnily mj. Catharine MacKinnon, Selma Sevenhuijsen, či Carol Smart.

⁶⁹² *Fredman, S. Women and the Law.* Oxford: Clarendon Press, 1997, s. 183–193, 232 a násled., s. 306.

⁶⁹³ Velká Británie: *Turley v. Allders Stores Ltd.* [1980] ICR 66, USA: *Geduldig v. Aiello* 417 US 484 (1974).

⁶⁹⁴ Velká Británie: *Webb v. EMO* [1992] 2 All ER 43 (CA).

uznal, že diskriminace z důvodu těhotenství je diskriminací z důvodu pohlaví, označil těhotenství za jedinečný stav, a tím vyloučil srovnání s nemocným mužem.⁶⁹⁵ Toto následně zohlednila Směrnice 2002/73/ES, která novelizuje Směrnici 76/207/EHS.

Výtka Sandry Fredman je aplikovatelná rovněž v ČR – antidiskriminační právo se vůbec nepoužije, pokud nenajdeme srovnatelného muže. Diskriminaci v odměňování tak například nebudeme moci hojit ve vysoce segregovaných povoláních, kde se muži téměř nevyskytují, nebo v situaci, kde neexistuje reálný srovnatelný protějšek – z judikatury Soudního dvora vyplývá, že hypotetické či proporcionální srovnání není možné.⁶⁹⁶ Právo navíc není schopno zohlednit fakt, že ženy mají „druhou směnu“ doma, což jim znemožňuje pracovat v průměru tolik hodin jako pracují muži.⁶⁹⁷ Beze zmínky by neměl zůstat ani fakt, že tato „druhá směna“, tedy péče o domácnost a o závislé osoby, není vůbec ekonomicky ohodnocena.⁶⁹⁸

3.2.2. Rozdílnost

V některých situacích je ovšem důležité poukázat na rozdílnost. Někdy je třeba argumentovat rozdílností biologickou, například u těhotenství, někdy rozdílnou faktickou situací žen, co se týče péče o děti. Stejně jako argument stejnosti, má i použití argumentu rozdílnosti svá rizika. Lze namítat, že zdůrazňujeme-li biologické vlastnosti žen a nutnost je v některých obdobích chránit, jak činí ochranná pracovníprávní ustanovení, stigmatizujeme ženy jako stvoření primárně se zabývající reprodukcí a můžeme snadno sklouz-

⁶⁹⁵ Věc C-177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen (JV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941.

⁶⁹⁶ Věc 129/79, *Macarthy's Ltd. v. Smith* [1980] ECR 1275.

⁶⁹⁷ Negativní synergie mezi prací v domácnosti a mimo ni a jejich ohodnocením popisuje ekonomka H. Hartman: „Nízké mzdy činí ženy závislými na mužích, protože je pobíží k uzavření manželství. Vdané ženy musí pro své muže vykonávat domácí práce. Muži tudíž profitují jak z vysokých platů, tak i z dělby práce v domácnosti. Domácí dělba práce naopak zhoršuje pozici žen na pracovním trhu, a tak je hierarchická domácí dělba práce podporována pracovním trhem a naopak.“ Viz *Kimmel, M. S. The Gendered Society.* New York: Oxford University Press, 2000.

⁶⁹⁸ Jak poukazuje Mezinárodní organizace práce, ignorují makroekonomické ukazatele (například metodiky výpočtu HDP) „sektor péče“ a jeho význam pro ekonomické výsledky země. Viz blíže *Facts on women at work.* ILO, 2004. Je důležité dodat, že práce jako je vaření, čištění a péče o druhé, protože jsou tradičně vykonávány ženami v domácnosti, jsou výrazně feminizovány i ve sféře placené práce (uklízečky, zdravotní sestry, pečovatelky, atp.). Současně, protože ji ženy ve svých domovech vykonávají bez nároku na odměnu, je tato práce pak podceňována i je-li vykonávána za odměnu mimo domov.

<http://www.ilo.org/public/english/region/eurpro/budapest/download/womenwork.pdf> (navštíveno 1. 11. 2006).

nout k esencialismu.⁶⁹⁹ Uznáváme-li pak faktické rozdíly související s tradiční rolí žen, existuje výše vyložené riziko, že rozdíly budou normativně upevňovány.⁷⁰⁰ Hlavním úskalím zdůrazňování rozdílnosti je ale především fakt, že historická zkušenost ukazuje, že „jiné“ je často vnímáno jako „podřadné“, z čehož se vyvozuje, že se stejným se má zacházet stejně a s odlišným se smí zacházet hůř.

Jak dobře využít argumentu rozdílnosti, si můžeme ukázat na příkladu politického zastoupení žen. Jak jsme viděli, argument rovnosti umožnil ženám formálně přístup do politiky. Argument rozdílnosti je pak zásadním pro boj za vyšší faktické zastoupení žen v ní. S ohledem na výše vyložená rizika argumentu rozdílnosti je třeba odmítnout esencialistickou tezi, že ženy mají jako skupina určité „přirozené“ charakteristiky, kterých je v „mužské“ politice třeba. Legitimně, a genderově poučeně, lze ale argumentovat zaprvé rozdílností žen jako politické skupiny, a zadruhé jejich odlišnou občanskou zkušeností. Ženy jsou ve společnosti, ve které přetrvávají patriarchální⁷⁰¹ prvky, skupinou, nikoli biologickou, ale politickou: „V začátcích moderní společnosti byly ‚neobčankami‘, dnes jsou skupinou, která do politiky stále patří méně samozřejmě či automaticky než muži [...]“⁷⁰² Platnost toho tvrzení můžeme ověřit, aplikujeme-li symetricky zdánlivě rozumný výrok Václava Klause, že „nemá smysl cpát ženy do politiky za každou cenu“⁷⁰³ na muže: „nemá smysl cpát muže do politiky za každou cenu“ – takový výrok by působil absurdně, neboť muži se do politiky necpou, zcela automaticky do ní vplouvají. Druhým argumentem je odlišná zkušenost žen, které častěji než muži pečují o závislé jedince, tj. děti, přestárlé, nemocné nebo postižené příbuzné. Lze argumentovat, že tato odlišná občanská zkušenost by měla být zastoupena při politickém rozhodování.⁷⁰⁴

Jak jsme viděli na příkladu debat o politickém zastoupení, nejsou dnes oba principy stavěny proti sobě, a to ani v odborné diskuzi⁷⁰⁵ ani v právu. Jako vhodný příklad této syntézy může posloužit též českým zákonodár-

⁶⁹⁹ Esencialismus je přesvědčení, že rozdíly mezi ženami a muži jsou především vrozené a že ženy jsou přirozeně jiné než muži nejen v biologické, ale i emocionální oblasti. Jarkovská, L. Gender a společnost. In Smetáčková, Vlková cit. op., s. 27.

⁷⁰⁰ Nebezpečí argumentu rozdílnosti v oblasti posuzování síly, sexuality a reprodukčních funkcí bylo demonstrováno výše v souvislosti s případy *Dothard v. Rawlinson* a *Page v. Freight Hire* 433 U.S. 321 (1977).

⁷⁰¹ Patriarchát je podle Kate Miller „mocenský systém, který znevýhodňuje ženy prostřednictvím „společenských, politických a ekonomických institucí“ (Humm, M. The Dictionary of Feminist Tudory. Hempstead : Harvester Wheatsheaf, 1989, s. 159).

⁷⁰² Havelková cit. výše, pozn. č. 660, s. 28.

⁷⁰³ Tamtéž.

⁷⁰⁴ Tamtéž.

⁷⁰⁵ Pro nutnost použít oba principy se vyslovuje například Joan Scott. *Scott, J. W. Gender and the Politics of History*. New York : Columbia University Press, 1999, s. 172.

cem nedávno přijatá úprava boje proti domácímu násilí. Argument rovnosti je použit pro kriminalizaci násilí v rodině, protože ukazuje neudržitelnost dvojího standardu kriminalizace násilí na veřejnosti a nevšímání si násilí, děje-li se v soukromí.⁷⁰⁶ Koncepce rovnosti ale není schopná zohlednit ekonomickou, sociální a emocionální závislost obětí na pachateli, případně fakt, že na ženě jsou v rámci rodiny fakticky závislé děti. Proto se přistupuje k přijetí opatření jako je vykázní z bytu, zakládání azylových domů, speciální trénink pro policisty a policistky při zasahování v případech domácího násilí apod.,⁷⁰⁷ která reflektují rozdílnost situace mužů a žen.⁷⁰⁸

3.3. Odůvodnění nerovnosti v odměňování

Možné důvody rozdílu v odměňování mezi muži a ženami v České a Slovenské republice v období transformace analyzoval Štěpán Jurajda na průzkumu provedeném na více než 800 tisících zaměstnanců/kyň ve 2000 firmách. Podle Jurajdy lze rozdíly v odměňování rozdělit na tři části:

- část přičitatelnou rozdílným produktivním charakteristikám žen a mužů (rozdílné úrovni vzdělání a zkušeností, nižší účasti žen na školeních pořádaných zaměstnavatelem, rozdílným pracovním úsilím jako je ochota pracovat přesčas či jezdit na služební cesty – pozn. aut.),
- část vyplývající ze segregace trhu práce, kterou lze přičíst možným porušením principu rovného zacházení zaměstnavateli, a
- nevysvětlenou část, která představuje horní hranici částky upírané ženám v důsledku diskriminace v odměňování.⁷⁰⁹

Jurajda uvádí, že „[...] čistý vliv pohlaví na mzdy poté, co byl ošetřen vliv všech ostatních vysvětlujících proměnných, je přibližně 10 % v rozpočtovém sektoru a téměř 20 % v soukromém sektoru.“⁷¹⁰ Tento údaj sice obsahuje i rozdíly zapříčiněné mateřstvím, pravdou ale zůstává, že jeho nezanedbatelná část jde na vrub čisté diskriminaci.⁷¹¹

⁷⁰⁶ Ustanovení § 215a obsahující novou skutkovou podstatu „týrání osoby žijící ve společném bytě nebo domě“ bylo do zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona, vloženo zákonem č. 91/2004 Sb. s účinností k 1. 7. 2004.

⁷⁰⁷ Viz zákon č. 135/2006 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti ochrany před domácím násilím, nabyt účinnosti k 1. 1. 2007.

⁷⁰⁸ Blíže k problematice domácího násilí viz Voňková, J., Huňková, M. a kol. *Domácí násilí v českém právu z pohledu žen*. Praha : Profem, 2004.

⁷⁰⁹ Jurajda, Š. *Czech Gender Segregation and Wage Gap with Anti-Discrimination Legislation*. Praha : Cerge-EI, 2004, s. 1.

⁷¹⁰ Jurajda, Š. *Ženy versus muži na trhu práce: trocha empirie*. Praha : Česká společnost ekonomická, 2000, s. 10.

⁷¹¹ Údaje ČSÚ o poměru průměrných mezd mužů a žen, uvedené v úvodu této kapitoly, zachycují celkový rozdíly mezi mzdou a platy žen a mužů. Jurajda uvádí čistý vliv pohlaví na rozdíly

Toto dělení je užitečné z hlediska analýzy znevýhodnění žen. Antidiskriminační ustanovení se proti zaměstnavateli neuplatní tam, kde jsou ženy v horším postavení z vlastní volby (pracuje-li zaměstnankyně na poloviční úvazek, pobírá jen poloviční mzdu), či kde nemají potřebné produktivní charakteristiky (zejména vzdělání či praxe), či v důsledku určitých vlastností trhu práce, které jednotlivý zaměstnavatel nemůže ovlivnit (majitel textilní továrny není povinen zvedat mzdy švadlenám, aby se vyrovnaly pracovníkům vykonávajícím srovnatelnou práci v automobilovém průmyslu). Zaměstnavatel ale může porušit zákaz diskriminace, pokud zásadně přijímá ženy a muže pouze do určitých povolání (vnitropodniková horizontální segregace), systematicky ženy znevýhodňuje v kariéřním postupu (vnitropodniková vertikální segregace), či pokud jejich práci méně odměňuje. K porušení zákazu diskriminace může dojít nejen tak, že zaměstnavatel znevýhodňuje ženy, protože jsou ženy (přímá diskriminace), ale i pokud používá jiná kritéria, která ve svém důsledku ženy jako skupinu výrazně více znevýhodňují, aniž by toto jednání bylo objektivně odůvodněno (nepřímá diskriminace).⁷¹²

V následujícím textu se blíže zaměříme na právní úpravu diskriminace v odměňování a sexuální obtěžování, resp. obtěžování z důvodu pohlaví, které jsou často identifikovány jako dva z hlavních problémů, se kterými se ženy potýkají v rámci pracovněprávních vztahů.⁷¹³

4. Právní úprava

4.1. Diskriminace v odměňování

Zákoník práce upravuje rovnost v odměňování v § 110 odst. 1 a následně: „Za stejnou práci nebo za práci stejné hodnoty přísluší všem zaměstnancům u zaměstnavatele stejná mzda, plat nebo odměna z dohody.“ Stejně jako ustanovení § 3 zákona o platu⁷¹⁴ dále definuje pojmy stejné práce nebo práce stejné hodnoty. Tato ustanovení implementují v českém právu Směrnici

ve mzdách -- odhlíží tedy od okolností trhu práce (segregace) a rozdílné kvalifikace žen a mužů (vzdělání, praxe), které jsou objektivními, s pohlavím přímo nesouvisejícími, odůvodněními rozdílu ve mzdách.

⁷¹² Viz výše, kapitola II.

⁷¹³ Tyto dvě oblasti vyzdvihuje též *Fredman*, s. 33 a následně.

⁷¹⁴ Zákon č. 143/1992 Sb., o platu, ve znění pozdějších předpisů.

75/117/EHS⁷¹⁵ o stejné odměně pro muže a ženy. Povinnost rovné odměny pro muže i ženy je ale již od roku 1957 zakotvena též v primárním právu, článku 141 (bývalý čl. 119) Smlouvy o založení Evropského Společenství, který byl Soudním dvorem v roce 1976, v případě *Defrenne v. Sabena*,⁷¹⁶ označen za přímo horizontálně účinný, tedy účinný i mezi dvěma subjekty soukromoprávního vztahu, které se o něj mohou opřít před národním soudem.⁷¹⁷

Zákoník práce garantuje právo na rovné odměňování všem zaměstnancům, tedy osobám které vykonávají závislou práci pro zaměstnavatele, bez ohledu na to, je-li pracovněprávní vztah založen pracovní smlouvou, dohodou o provedení práce či dohodou o pracovní činnosti, zvolením či jmenováním [§ 1 písm. a), § 16 odst. 1 zákoníku práce].⁷¹⁸

V čl. 141 Smlouvy uvedený „pracovník“ (*worker*) je Soudním dvorem vykládán široce.⁷¹⁹ Nezávislé, zaměstnavateli zcela nepodřízené subjekty, do této definice sice nespádají⁷²⁰, rozhodujícím kritériem zde ale není právní povaha vztahu⁷²¹ v národním zákonodárství. Jak Soud shrnul v případě *Allonby*, „[...] fakt, že osoba je národním právem formálně klasifikována jako samostatně výdělečně činná, nevylučuje možnost, že taková osoba je pracovníkem ve smyslu článku 141 Smlouvy, jestliže její nezávislost reálně neexistuje a pouze maskuje pracovněprávní vztah ve smyslu článku [141 – pozn. aut.]“⁷²² Je důležité si tedy uvědomit, že i osoby samostatně výdělečně činné mají za výše zmíněných podmínek právo na stejnou odměnu

⁷¹⁵ Směrnice 75/117/EHS o sblížení právních předpisů členských států týkajících se uplatňování zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy (v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 1, s. 179).

⁷¹⁶ Věc 43/75 *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455.

⁷¹⁷ Blíže viz výše, kapitola V.

⁷¹⁸ Princip rovného odměňování je mimoto zakotven i v jiných předpisech upravujících poměry obdobné. Nalezneme jej například v § 152 zákona č. 218/2002 Sb., o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a o odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon) či v § 112 zákona č. 361/2003 Sb., o služebním poměru příslušníků bezpečnostních sborů, které jsou platné, ale dosud nevstoupily v účinnost.

⁷¹⁹ Pracovníkem je každá osoba, která po určitou dobu vykonává pro jinou osobu práci podle jejich pokynů a dostává za to odměnu, viz např. věc 66/85 *Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg* [1986] ECR 2121, bod 17.

⁷²⁰ Věc C-337/97 *C.P.M. Meeusen v. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep* [1999] ECR I-3289, bod 15.

⁷²¹ Věc C-256/01 *Debra Allonby v. Accrington and Rossendale College* [2004] ECR I-873, bod 70. Zjišťování skutečné povahy vztahu je nesmírně náročný úkol, Soud se obvykle dívá na volnost pracovníka utvářet si rozvrh, na místo výkonu práce, zkoumá obsah práce, aj. viz též věc C-357/89 *V. J. M. Raulin v. Minister van Onderwijs en Wetenschappen* [1992] ECR I-1027, bod 10.

⁷²² Věc C-256/01 *Debra Allonby v. Accrington and Rossendale College* [2004] ECR I-873, bod 71.

jako jejich kolegové v pracovněprávním vztahu. Pod působnost článku 141 Smlouvy tak jistě spadá například – mezi zaměstnavateli v některých odvětvích velmi rozšířená – praxe obcházení předpisů pracovněprávních, daňových, a sociálního zabezpečení najímáním živnostníků (tzv. švarcsystém⁷²³). Aby byl tento princip skutečně realizován v praxi, bude třeba jej nicméně specificky zakotvit v českém právu.⁷²⁴

4.1.1. Stejná práce a práce stejné hodnoty

Co je třeba rozumět stejnou prací a prací stejné hodnoty? Jako metoda srovnání se nabízí dvě možnosti. Zaprvé je možno práci posuzovat podle její hodnoty pro zaměstnavatele, vyjádřené jako výnos, který mu přináší, nebo jako cena, kterou by ho obstarání práce jinak stálo (například pomocí tzv. „outsourcingu“⁷²⁵). Takovéto pojetí ale kompletně podkopává cíl antidiskriminační úpravy v odměňování, neboť lze předpokládat, že kvůli segregaci bude tržní cena práce v povolání zastávaném ženami obecně nižší než u povolání zastávaných typicky muži. Zadruhé je možné posuzovat hodnotu práce podle jejího obsahu.⁷²⁶ I tato metoda má ale svá úskalí spočívající zejména ve stereotypech a neuvědomělých předsudcích. Například práce v automobilovém průmyslu, tradičně vnímaná jako těžká manuální práce, je odměňována výrazně lépe, než práce v textilním průmyslu vyžadující vysokou míru soustředění na detail a manuální zručnost.⁷²⁷

Metody hodnocení práce podle jejího obsahu využívá Soudní dvůr i český zákonodárce, když uvádí v § 4a odst. 1 zákona o mzdě a § 3 odst. 3 zákona o platu,⁷²⁸ že prací stejné hodnoty se rozumí „práce stejné nebo srovnatelné složitosti, odpovědnosti a namáhavosti, která se koná ve stejných nebo srovnatelných pracovních podmínkách, při stejných nebo srovnatelných pracovních schopnostech a pracovní způsobilosti zaměstnance a při stejné nebo srovnatelné pracovní výkonnosti a výsledcích práce“. Vyhodnoce-

⁷²³ Z důvodů daňových a sociálních odvodů je pro zaměstnavatele výhodnější zajišťovat výkon práce prostřednictvím pracovníků s živnostenským listem. Srov. rozhodnutí NSS k otázce zákonnosti tzv. „švarcsystému“, rozsudek ze dne 26. 5. 2005, sp. zn. 2 Afs 161/2004, č. 702/2005 Sb. NSS.

⁷²⁴ Činil tak návrh antidiskriminačního zákona, který nebyl při hlasování v Poslanecké sněmovně po vrácení Senátem na schůzi dne 23. 5. 2006 přijat.

⁷²⁵ Ústavní soud rozumí outsourcingem vytěsňování činností, které přímo nesouvisí s předmětem činnosti zaměstnavatele, jsou však pro jeho činnost potřebné. Zadaním těchto činností odborným firmám si zaměstnavatel vytváří prostor pro intenzivnější zaměření se na svou hlavní činnost (nález ÚS ze dne 31. 8. 2004, sp. zn. II.ÚS 69/03, Sb. n. u., sv. 34, č. 122, s. 263).

⁷²⁶ Odůvodňuje jej například v případě 129/79, *Macarthy's Ltd. v. Smith* [1980] ECR 1275.

⁷²⁷ *Ellis*, s. 102.

⁷²⁸ § 4a zákona č. 1/1992 Sb., o mzdě, ve znění pozdějších předpisů, a § 3 zákona č. 143/1992 Sb., o platu, ve znění pozdějších předpisů.

ni těchto kritérií a posuzování srovnatelnosti s vybraným komparátorem, je jednou z nejobtížnějších operací, které stojí před soudy při posuzování žalob na diskriminaci v oblasti odměňování.⁷²⁹

Je třeba si uvědomit, že k posuzování hodnoty práce dochází ve dvou momentech. Zaprvé při stanovení pravidel odměňování v podniku a za druhé *ex post facto* při rozhodování o diskriminaci v konkrétním případě soudem. Chce-li zaměstnavatel co nejefektivněji předejít žalobě na diskriminaci v odměňování, měl by vytvořit transparentní pravidla odměňování. Ta jsou důležitá zejména s ohledem na institut přesunu důkazního břemene, podle kterého to je zaměstnavatel, kdo bude muset prokazovat, že jej k rozdílnému odměňování vedly objektivní důvody. Jak zaměstnavatelé při tvorbě pravidel odměňování tak soudy při posuzování srovnatelnosti by se měli zejména vyvarovat genderových stereotypů, které svádí k tomu podceňovat některé „typicky ženské“ kvality (například sociální dovednosti) či pracovní podmínky typické pro ženská povolání (jednotvárnost, soustředění na detail).

4.1.2. Odměna

Co vše spadá pod pojem odměny? Podle čl. 141 odst. 2 SES, se odměnou rozumí: „obvyklá základní či minimální mzda nebo plat a veškeré ostatní dávky, které zaměstnavatel přímo nebo nepřímo, v hotovosti nebo v naturálních výplácích pracovníkovi z titulu pracovního poměru“. Soudní dvůr vykládá tento pojem velmi široce, a ve světle jeho judikatury je třeba interpretovat zákoník práce i zákon o platu⁷³⁰. Odměnou se rozumí mimo jiné plnění věrnostní a stabilizační povahy (například slevy na jízdě⁷³¹), placení příspěvků do systémů důchodového pojištění,⁷³² či odstupné.⁷³³ Přitom není rozhodné, zda je odměna poskytována po ukončení pracovněprávního vztahu,⁷³⁴ či v době nepřítomnosti zaměstnance (např. je-li žena na mateř-

⁷²⁹ K problémům srovnání hodnoty práce žalující ženy a vybraného protějšku viz dvě nedávné rozhodnutí českých soudů: rozsudek Obvodního soudu pro Prahu I ze dne 14. 3. 2005, č.j. 23 C 11/2003-70, a rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 1. 3. 2006, č. j. 13Co 399/2005-101, srov. anotaci této kauzy v bodě XII.4.9.

⁷³⁰ Ustanovení § 3 zákona č. 143/1992 Sb., o platu, ve znění pozdějších předpisů.

⁷³¹ Věc 12/81, *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1982] ECR 359.

⁷³² Věc 69/80, *Susan Jane Worringham and Margaret Humphreys v Lloyds Bank Limited* [1981] ECR 767.

⁷³³ Věc C-33/89, *Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg* [1990] ECR I-2591.

⁷³⁴ Věc 12/81, *Garland v. British Rail Engineering Ltd.* [1982] ECR 359.

ské či rodič na rodičovské dovolené⁷³⁵). Zákaz diskriminace v odměňování se vztahuje též na pravidla, kterými se odměňování řídí.⁷³⁶

4.1.3. Nepřímá diskriminace

Případy diskriminace v odměňování před Soudním dvorem se velmi často týkaly nepřímé diskriminace, obzvláště pak pracovníků na částečný úvazek. Nelze předpokládat, že by se tento trend vyskytl brzy v ČR. Zprv proto, že přestože je podíl žen na celkovém počtu osob zaměstnaných na částečný úvazek obdobný jako v zemích EU (ČR 77% žen, EU 80%), míra zaměstnanosti na částečný úvazek je podstatně nižší (ČR 4,9% zaměstnaných osob, EU 33,4%)⁷³⁷. Z druhé lze vzhledem k obecně nízké informovanosti o možnostech, které nabízí antidiskriminační zákonodárství, mít za to, že se ženy budou bránit v první řadě proti případům přímé diskriminace. Přesto vysvětlíme alespoň v obrysech aspekty nepřímé diskriminace, které jsou relevantní pro oblast odměňování.

V praxi nepřímá diskriminace vypadá tak, že zaměstnavatel

- rozdílně zachází s různými skupinami zaměstnanců,
- ve znevýhodněné skupině je více zastoupeno jedno pohlaví, a
- tento fakt není objektivně ospravedlnitelný.

Jak jsme již konstatovali, může být skupina tvořena pracovníky na částečný úvazek (*part-timers*), či pracovníky sdílejícími pracovní místo (*jobsharers*).⁷³⁸ Skupina může být ale vymezena podle povolání, odvětví či pracovní skupiny – skupiny tvořené ženami budou často determinovány segregací trhu práce.⁷³⁹ Jako příklad v ČR zde poslouží rozdíl v průměrném platu všeobecné zdravotní sestry (povolání do té míry feminizované, že ani nemá ekvivalentní název pro mužského zaměstnance), který činil ve čtvrtém čtvrtletí roku 2003 v České republice 19 900 Kč, a zdravotnického záchranáře (téměř výlučně muži), který dosahoval 21 200 Kč.⁷⁴⁰ To přesto, že nařízení vlády č. 469/2002 Sb., kterým se stanoví katalog prací a kvalifikační

⁷³⁵ Věc C-360/90, *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin v. Bötzel* [1992] ECR I-3589.

⁷³⁶ Věc C-243/95, *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance*, [1998] ECR I-3739.

⁷³⁷ *Fischlová, D.* Analýza rozdílů ve výši příjmů mužů a žen – návrh modelového postupu zjišťování podílu diskriminace. Praha: VÚPSV, 2002, s. 31.

⁷³⁸ Blíže viz věc C-243/95, *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance*, [1998] ECR I-3739.

⁷³⁹ V judikatuře Soudního dvora viz např. věc 127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, [1993] ECR 5535. Případ se zabýval výrazně nižšími odměnami logopedek (skupina tvořená převážně ženami) než klinických psychologů či lékárníků (převážně zaměstnanci mužského pohlaví).

⁷⁴⁰ Trexima. Kartotéka typových pozic. <http://ktp.istp.cz/charlie/expert2/act/overvw.act> (navštíveno 10. 5. 2004).

předpoklady a kterým se mění nařízení vlády o platových poměrech zaměstnanců ve veřejných službách a správě, stanoví rozmezí platových tříd pro zdravotní sestru 7–11 a pro zdravotnického záchranáře 5–10.⁷⁴¹

Míra, ve které musí být jedno pohlaví více zastoupeno, není Soudním dvorem přesně stanovena. Opatření má zasahovat „mnohem větší množství žen než mužů“ – v případě *Rinner-Kühn*⁷⁴² bylo ve znevýhodněné skupině zaměstnanců na částečný úvazek 89% žen.

Výhodiskem zkoumání, zda se jedná o nepřímou diskriminaci, je tedy fakt, že nerovnost zasahuje větší počet osob jednoho pohlaví, více žen než mužů. Jedná se o tzv. *prima facie* diskriminaci, u které je třeba analyzovat její důvody, aby bylo jasné, že neexistují ospravedlňující argumenty. Z hlediska procesního práva přechází v tento moment břemeno důkazní na zaměstnavatele.⁷⁴³

V případě *Bilka*⁷⁴⁴ argumentoval zaměstnavatel, který *prima facie* diskriminoval pracovníky zaměstnané na částečný úvazek, že se nemůže jednat o diskriminaci, je-li opatření dáno jeho ekonomickou potřebou. V tomto konkrétním případě chtěla společnost Bilka učinit plný úvazek pro zaměstnance atraktivnější, neboť jen jim mohla přikázat práci v pozdních odpoledních a v sobotu. Soudní dvůr v tomto případě stanovil kritéria pro posouzení objektivní ospravedlnitelnosti jednání zaměstnavatele národními soudy. Opatření musí:

- odpovídat skutečné potřebě podniku (legitimní cíl),
- být vhodná, a
- nezbytná k dosažení sledovaného cíle.

Požadavek legitimního cíle známe z jiných oblastí komunitárního práva; výjimečně pro oblast diskriminace z důvodu pohlaví je, že Soudní dvůr subsumuje pod „skutečnou potřebu podniku“ ekonomické zájmy a situaci na trhu práce.⁷⁴⁵ Vyhodnocení, zda zaměstnavatel sleduje legitimní cíl a zda pro jeho dosažení používá přiměřených prostředků, je na národních soudech. Ty nesmí připustit, aby existující faktické znevýhodnění žen bylo přijato jako ospravedlňující argument – aby se tedy horší vyjednávací pozice žen na trhu práce vrátila zadními vrátky v argumentaci zaměstnavatele.

⁷⁴¹ *Havelková, B.* Diskriminace žen v odměňování. Právo a zaměstnání, 2005, č. 1, s. 1–9.

⁷⁴² Věc 171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* [1989] ECR 2743.

⁷⁴³ Viz též náleží ÚS ze dne 26. 4. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 37/04, č. 419/2006 Sb., srov. anotaci tohoto rozhodnutí dále v bodě XII.4.3.

⁷⁴⁴ Věc 170/84, *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607.

⁷⁴⁵ Zde je třeba poukázat na určitou nekonzistentnost rozhodování Soudního dvora. Ekonomické odůvodnění přijímá např. v případě 127/92, *Enderby*, cit. výše pozn. č. 739, ve svém rozhodnutí ve věci C-243/95, *Hill*, cit. výše, pozn. č. 738, jej naopak odmítá.

le. Přijmout nelze argument, že si muž řekl o víc peněz,⁷⁴⁶ nebo že jsou ženy ochotny pracovat za méně. Judikatura též odmítá argument zvýšených nákladů,⁷⁴⁷ které zaměstnavatelé vzniknout kvůli odstranění diskriminačních pravidel ze systému odměňování.⁷⁴⁸

4.2. Sexuální obtěžování a obtěžování z důvodu pohlaví⁷⁴⁹

K 1. 3. 2004⁷⁵⁰ vstoupil v účinnost zákon č. 46/2004 Sb., novela zákoníku práce, která uvedla českou úpravu obtěžování do souladu se Směrnicí 2002/73/ES.⁷⁵¹ V důsledku této novely rozlišuje česká právní úprava napříště mezi obtěžováním a sexuálním obtěžováním, a do 31. 12. 2006 byly rovněž obě tyto formy v českém právním řádu definovány. Obtěžování z chráněných důvodů (mj. z důvodu pohlaví a sexuální orientace) a sexuální obtěžování se sice nadále považuje za diskriminaci a je zakázáno (§ 16 odst. 2 zákoníku práce), definováno již nadále právním předpisem není. Definice měl obsahovat Antidiskriminační zákon, který však nebyl přijat.

⁷⁴⁶ Srov. argumentaci Lorda Denninga v britském případě *Clay Gross Ltd v Fletcher* [1979] ICR 1.

⁷⁴⁷ Věc C-243/95, *Hill*, cit. výše, pozn. č. 738.

⁷⁴⁸ Blíže k této problematice viz *Havelková, B.* Nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví v judikatuře Soudního dvora Evropských společenství. *Právní rozhledy*, 2006, č. 6, s. 208–214.

⁷⁴⁹ Viz blíže *Havelková, B.* Právní úprava obtěžování z důvodu pohlaví a sexuálního obtěžování. In *Křížková, A., Maříková, H., Uhde, Z. (eds.)* Sexualizovaná realita pracovních vztahů. Analýza sexuálního obtěžování v České republice. Praha : Sociologický ústav, 2006, s. 95–106.

⁷⁵⁰ Zákon č. 155/2000 Sb. vtělil zákaz sexuálního obtěžování do § 7 odst. 2 ZPr 1965. Tato úprava měla několik nedostatků. Zaprvé se jednalo pouze o zákaz sexuálního obtěžování a nikoli o zákaz obtěžování z důvodu pohlaví či jiných vymezených diskriminačních důvodů, současně chyběla skutková podstata vytváření nepřátelského prostředí. Zadruhé bylo toto chování postížitelné pouze na pracovišti, což je místo, na kterém zaměstnankyně práci koná, a mohly vznikat výkladové problémy, došlo-li by k obtěžování při pracovních cestách nebo na jiném pracovišti v objektu zaměstnavatele. Zatřetí nebylo sexuální obtěžování označeno za porušení práv a povinností vyplývajících z rovného zacházení s muži a ženami, resp. zahrnuto pod pojem diskriminace. To znamená, že nebylo zjevné, zda může zaměstnankyně požadovat nápravu podle § 7 odst. 4 a 5 (upuštění od porušování, odstranění následků, přiměřené zadostiučinění, náhrada nemajetkové újmy v penězích) a zda se na sexuální obtěžování vztahuje přesun důkazního břemene vtělené v roce 2002 do § 133a OSŘ.

⁷⁵¹ Směrnice Rady 2002/73/ES kterou se mění směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky (v češtině ZV ÚV, kap. 05, sv. 4, s. 255).

4.2.1. Obtěžování z důvodu pohlaví

Obtěžování z důvodu pohlaví nemá sexuální podtext a jeho důvodem je pohlaví oběti. ZPr 1965 jej v § 1 odst. 8 definoval takto: „Obtěžováním se rozumí jednání, které je zaměstnancem, jehož se to týká, oprávněně vnímáno jako nevídané, nevhodné nebo urážlivé a jehož záměr nebo důsledek vede ke snížení důstojnosti fyzické osoby nebo k vytváření nepřátelského, ponižujícího nebo zneklidňujícího prostředí na pracovišti.“

Aby bylo možné označit jednání za obtěžování, musí tedy být kumulativně splněny tři znaky: zaprvé jednání, jehož důvodem je pohlaví, zadruhé jeho vnímání jako obtěžování dotčeným zaměstnancem (subjektivní podmínka), a zatřetí snížení důstojnosti či vytváření „nepřátelského prostředí“ (objektivní podmínka). K těmto znakům je třeba podat bližší výklad.

Jednání kvalifikovatelné jako obtěžování nabývá mnoha podob, obecně lze rozlišit tzv. „bullying“ – obtěžování jednotlivcem, či tzv. „mobbing“ – obtěžování skupinou. Výzkum Sociologického ústavu AV ČR⁷⁵² ukazuje, že jak ženy, tak muži, vnímají následující chování jako znevýhodňující či zhoršující pracovní komfort (podle četnosti výskytu⁷⁵³): klepy a pomlouvání; snižování výsledků práce pracovníka či pracovníce; snaha znepříjemnit pracovníkovi či pracovníci práci tak, aby odešel; přetěžování úkoly ve srovnání s ostatními; ponižování, vyhrožování, šikana, či zastrasování; zatajování informací; a izolace jednoho z členů, resp. členek týmu.⁷⁵⁴ Tento výčet dobře ilustruje, že ne každé obtěžování mezi pohlavími je sexuálním obtěžováním. Výše uvedená jednání nemající sexuální charakter jsou přesto zakázána, je-li jejich důvodem pohlaví, sexuální orientace oběti či jiný chráněný důvod.

Výše uvedená definice obtěžování opírá subsumpci jednání pod pojem obtěžování o jeho „vnímání“ obětí. Fakt, že iniciátor chápe jednání jako „normální“ nestačí – musí se nejprve „[...] ujistit, jak může být takové jednání vnímáno druhou osobou a až poté v případě oboustranného souhlasu jednání uskutečnit, nikoli naopak, když na základě genderových stereotypních vzorců předpokládáme pozitivní přijetí“.⁷⁵⁵ Problémem je samozřejmě otázka, které chování obtěžováním „již“ je, a které jím „ještě“ není. Proto je subjektivní podmínka „vnímání“ doplněna korektivem „oprávněnosti“, který vylučuje postih např. oboustranných intimních vztahů, nebo chování vyprovokovaného obětí obtěžování.

⁷⁵² *Křížková, A., Maříková, H., Uhde, Z. (eds.)* Sexualizovaná realita pracovních vztahů. Analýza sexuálního obtěžování v České republice. Praha : Sociologický ústav, 2006.

⁷⁵³ První tři položky uvádějí jak ženy tak muži, následuje pořadí četnosti uváděné ženami.

⁷⁵⁴ *Čermáková, M.* Znevýhodňování v práci: minulý, přítomný a budoucí rys pracovních vztahů. In: *Křížková, Maříková, Uhde*, cit. výše, pozn. č. 752 a násl.

⁷⁵⁵ Tamtéž, s. 25.

Zatřetí musí být splněna objektivní podmínka, která vyžaduje, aby záměr nebo důsledek jednání vedl buď ke snížení důstojnosti fyzické osoby, nebo k vytváření nepřátelského, ponižujícího nebo zneklidňujícího prostředí na pracovišti. Je důležité poukázat na fakt, že proti obtěžování může vystoupit i osoba, proti které jednání přímo nesměřuje, vytváří-li pro ni nepřátelské prostředí.

4.2.2. Sexuální obtěžování

Sexuální obtěžování bylo v ZPr 1965 definováno § 1 odst. 9: „*Sexuálním obtěžováním se rozumí jednání sexuální povahy v jakékoliv formě, které je dotčeným zaměstnancem oprávněně vnímáno jako nevhodné, nevhodné nebo urážlivé a jehož záměr nebo důsledek vede ke snížení důstojnosti fyzické osoby nebo k vytváření nepřátelského, ponižujícího nebo zneklidňujícího prostředí na pracovišti nebo které může být oprávněně vnímáno jako podmínka pro rozhodnutí, které ovlivní výkon práv a povinností vyplývajících z pracovněprávních vztahů.*“ Přestože někteří autoři uvádějí, že má být „motivováno sexuální pudem“,⁷⁵⁶ je třeba si uvědomit, že pohnutka či motivace jednání je právně irelevantní. Lze dokonce předpokládat, že motivace bude častěji mocenská než sexuální.⁷⁵⁷ Důležitý je sexuální charakter chování. Na rozdíl od obtěžování nesledujeme, zda byla oběť vybrána pro své pohlaví (či sexuální orientaci či jiný chráněný důvod), ale jakých prostředků iniciátor využívá. Pod sexuální obtěžování lze tedy subsumovat i obtěžování mezi osobami stejného pohlaví; sexuální orientace nerozhoduje. Některá rozhodnutí amerických soudů z poslední doby za obtěžování považují i agresí mužů vůči jiným heterosexuálním či homosexuálním mužům, například sexuálně podbarvené vtipy a urážky, „hecování“, dotyky na intimních místech, apod.⁷⁵⁸

Obdobně jako u obecné skutkové podstaty obtěžování je třeba kumulativní splnění tří podmínek.

Zprv musí být jednání sexuální povahy. Může mít podobu verbální (sexuální návrhy, nevhodné vtipy či poznámky sdělované přímo, ale též například prostřednictvím emailu), neverbální (například gestikulace nebo vystavová-

⁷⁵⁶ Matyášek, P. Zákaz diskriminace v pracovněprávních vztazích. Právní fórum, 2005, č. 3, s. 89 a násl.

⁷⁵⁷ Viz zejména feministická literatura k tématu, např. MacKinnon, C. Sexual Harassment of working women. New Haven : Yale University Press, 1979.

⁷⁵⁸ Argumentace amerických soudů je zajímavá z hlediska srovnávacího práva, ale není v našich podmínkách zcela použitelná, neboť právní základ zákazu obtěžování – zákaz diskriminace obsažený v Hlavě VII Zákona o občanských právech (Title VII of the Civil Rights Act) – je vystavěn jinak. Blíže viz Talbot, M. Men Behaving Badly, New York Times, 13. říjen 2002 či rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojených států amerických ve věci *Oncala v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 US 75 (1998).

ni fotografií či obrázků), či fyzickou (od doteků až po sexuální napadení). Podle průzkumu Sociologického ústavu AV ČR se čeští muži a ženy v současnosti nebo dříve setkali s následujícími formami sexuálního obtěžování (podle četnosti výskytu): sexuálně podbarvené vtipy, nářázky na soukromý život, sexuálně podbarvené řeči; ukazování erotických časopisů; sexuálně orientované poznámky; posílání lechtivých obrázků emailem; okukování; milostné vztahy mezi kolegy; nechtěný tělesný kontakt; milostné vztahy mezi podřízenými a nadřízenými; nabídky schůzky i přes nezájem; obtěžující telefonáty, emaily; sexuální návrhy a pobídky; pokus o znásilnění.⁷⁵⁹

Zadruhé musí být jednání dotčeným zaměstnancem oprávněně vnímáno jako nevhodné, nevhodné nebo urážlivé. Na příklad milostné vztahy na pracovišti mohou z pohledu třetích osob vytvářet nepřátelské či zneklidňující prostředí, partneři by ale při trvání vztahu s žalobou proti sexuálnímu obtěžování spíše neuspěli – nebyla by splněna podmínka „oprávněnosti“ vnímání jednání jako nevhodného, nevhodného či urážlivého.

Na rozdíl od obecného obtěžování rozeznáváme u sexuálního obtěžování tři druhy obtěžování, kromě snížení důstojnosti či vytváření „nepřátelského prostředí“ též obtěžování „něco za něco“, *quid pro quo*, kdy jednání může být oprávněně vnímáno jako podmínka pro rozhodnutí, které ovlivní výkon práv a povinností vyplývajících z pracovněprávních vztahů.

Přestože na obou stranách obtěžování (iniciátor – oběť) mohou stát obě pohlaví, z průzkumů vyplývá, že v naprosté většině případů jsou oběťmi sexuálního obtěžování ženy a iniciátory muži.⁷⁶⁰ Fakt, že obtěžovat mohou jak nadřízení (téměř vždy u sexuálního obtěžování *quid pro quo*), tak i kolegové (typicky při vytváření nepřátelského prostředí), neznamená, že by sexuální obtěžování v některý moment bylo zbaveno mocenského aspektu – i mezi kolegy je obtěžování vyjádřením obecné dominance mužů nad ženami.

5. Výhled

Bránit svá práva v případě diskriminace vyžaduje velké osobní hrdinství. Je třeba si uvědomit, že v řadě případů diskriminace existuje mezi ženou a zaměstnavatelem stále pracovněprávní vztah. Rozhodne-li se žena proti protizákonnému jednání vystoupit, ať již uvnitř firmy, podnětem u úřa-

⁷⁵⁹ Krížková, A. Co ještě není a co už je? Sexuální obtěžování v současných podmínkách pracovního trhu. In Krížková, Maříková, Uhde, cit. výše, pozn. č. 752, s. 39.

⁷⁶⁰ Tamtéž, s. 44.

du, resp. inspektorátu práce či žalobou, hrozí jí odvetná opatření ze strany zaměstnavatele, v případě ztráty místa ztížená možnost nalezení nového zaměstnání, a případně společenské stigma, zejména v případech medializace. Stranou nelze ponechat ani možnou finanční náročnost sporu.

Přes všechny tyto překážky stojící v cestě antidiskriminačním žalobám je třeba poukázat na výrazný nárůst počtu sporů: zatímco v letech 2000 až 2005 se vyskytly celkem pouhé dva soudní případy, jen v prvním pololetí roku 2006 české soudy pravomocně rozhodly v celkem devíti sporech o diskriminaci z důvodu pohlaví.

Pravomocná rozhodnutí soudů v občanskoprávních věcech – počet věcí

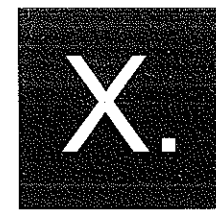
Typ sporu	2002	2003	2004	2005	1. pololetí 2006
spory z pr. poměru s motivem diskriminace na zákl. pohlaví (žen) a potlač. práv náležejících ženám podle § 149 až 161 ZP	0	0	0	1	4
skončení pracovního poměru v souvislosti s diskriminací na základě pohlaví	0	0	0	0	0
Mzdová diskriminace na základě pohlaví	0	1	0	0	5

Zdroj: Odbor informatiky a statistiky Ministerstva Spravedlnosti ČR⁷⁶¹

Přestože ze statistik nelze vyčíst, v kolika případech se jednalo o úspěšnou obhajobu práva, lze jen doufat, že i sám nárůst případů zvýší zájem široké i odborné veřejnosti o problematiku a dodá poškozeným potřebné sebevědomí k boji proti diskriminaci.⁷⁶²

⁷⁶¹ Statistika pravomocných rozhodnutí soudů v občanskoprávních věcech je přístupná na webové stránce Ministerstva spravedlnosti ČR: <http://portal.justice.cz/ms/ms.aspx?j=33&o=23&k=399> (navštíveno 28. 9. 2006)

⁷⁶² Rozhodnutí soudů, s výjimkou rozhodnutí tří českých vrcholných soudů a několika vybraných rozhodnutí dalších soudů, se v ČR neuveřejňují. S ohledem na finanční náročnost vedení sporu lze pochybovat, že některý ze zde uváděných antidiskriminačních případů k Nejvyššímu nebo Ústavnímu soudu dospěje. Bez publikace rozhodnutí v právnických časopisech, a bez jejich odborné analýzy, která bez publikace není možná, takováto rozhodnutí mají jen minimální smysl, protože podobu jejich odůvodnění nikdo nezná (kromě soudce – autora rozhodnutí, a obou stran řízení), a proto tedy nemohou ovlivňovat následující žaloby ani dát návod právním zástupcům, jak žaloby koncipovat a čeho se vyvarovat. O antidiskriminačních soudních sporech tak veřejnost informují pouze média. Ta mohou zprostředkovat základní informace o existenci právní úpravy a skutkovém stavu, a „rozvířit“ alespoň neobornou debatu, jako se tomu stalo v souvislosti s kauzou „Čaušević“ projednávanou v létě 2006 před Obvodním soudem pro Prahu 7 (sp. zn. 26 C 25/2006).



DISKRIMINACE Z DŮVODU SEXUÁLNÍ ORIENTACE

1.1. Znevýhodnění	255
1.2. Komparátor	258
1.3. Hledání funkčních hodnot	258
2. Trestní postih homosexuálních pohlavních styků	259
3. Diskriminace v přístupu k ekonomické činnosti	263
4. Statusové vyluky homosexuálních svazků	265
4.1. Svazky osob stejného pohlaví	265
4.2. Manželství a registrované partnerství	267
4.3. Soukromoprávní důsledky „statusových vyluk“	273
4.4. Veřejnoprávní důsledky „statusových vyluk“	274
4.5. Rodičovská práva, adopce a výchova dětí	277
4.6. Reprodukční práva	278
5. Nábožensky motivovaná morální hodnocení homosexuality	280

potvrzuje-li jeho obsah opakovaně vůli mezinárodního společenství, přispívá k jasnějšímu a rychlejšímu formulování obyčejových norem.

Dále se dovozuje existence pravidla nediskriminace jako obecné právní zásady, uznávané civilizovanými národy [čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu]. Stanovisko rozebírá, že mezi tyto zásady nepatří pouze určité základní právní principy (např. zásada *pacta sunt servanda*, atd.) ale mohou zahrnovat také „právní pravdy“ [*juridical truth* – citováno: *Bin Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1953, s. 24]. Poukazuje se přitom na mezinárodní charakter ochrany lidských práv. Existuje jenom jedno právo ochrany lidských práv, stejně platné v mezinárodním jako ve vnitrostátním kontextu. Pro zařazení mezi obecné právní zásady mluví i jeho přirozenoprávní charakter – jeho existence nezávisí na vůli států, je lidské bytosti vlastní a státy jsou povinny je respektovat jak v mezinárodní, tak ve vnitrostátní sféře.

Stanovisko odmítá tvrzení o nezbytnosti zavedení apartheidu jako prostředku zabráňujícímu vzniku konfliktu mezi různými rasovými skupinami. Zdůrazňuje pozitivní povinnost státu aktivně přispívat k omezení rasových předsudků, nikoliv je schvalovat a zaslužit se tak o jejich tvorbu a přetrvávání. Formuluje velice úzký prostor pro ospravedlnění rozlišování na základě rasy – cílem takového rozlišování musí být ochrana a blaho skupiny, o kterou se jedná, a opatření nesmí zasahovat do lidské důstojnosti jednotlivce. Stanovisko tak prakticky připouští pouze rozlišování rázu pozitivních opatření, za předpokladu, že nebudou zasahovat do lidské důstojnosti jednotlivců.

2. Soudní dvůr Evropských společenství

2.1. Soudní dvůr Evropských společenství: pozitivní opatření v komunitárním právu

Rozsudek Soudního dvora ES ze dne 11. 11. 1997 ve věci C-409/95, *Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363

Rovné zacházení s ženami a muži, kvalifikace uchazečů a zaměstnání, dání přednosti kandidátce ženského pohlaví.

Relevantní ustanovení:

- čl. 2 odst. 1 a 4 Směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky

Související rozhodnutí:

- věc 312/86, *Komise v. Francie* [1988] 6315
- věc C-450/93, *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* [1995] I-3051
- věc C-158/97, *Georg Badeck a další v. Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* [2000] ECR I-01875
- věc C-407/98, *Katarina Abrahamsson a Leif Anderson v. Elisabet Fogelqvist* [2000] ECR I-5539
- věc C-476/99, *H. Lommers v. Minister van Landbouw* [2002] ECR I-2891
- věc C-319/03, *Serge Briheche v. Ministre de l'Intérieur* [2004] ECR I-8807

K věci: Zákon spolkové země Severní Porýní – Vestfálsko o zaměstnancích ve veřejné službě (dále „zákon“) stanoví v § 25 (5), že „*Tam, kde je méně žen než mužů, zvláště pak ve vyšších třídách kariérního řádu, bude orgánem odpovědným za funkční postup dávana přednost ženám, a to i v případech stejné způsobilosti, schopnosti a profesionálního výkonu, pokud zvláštní důvody na straně individuálního (mužského) kandidáta nezvrátí tuto vyrovnanost v jeho prospěch.*“

Pan Marschall, učitel na základní škole Gesamtschule Schwerte, požádal o povýšení. Odpovědný okresní úřad však na funkci přijal kandidátku ženského pohlaví. Pan Marschall se obrátil se žalobou na správní soud v Gelsenkirchenu. Ten shledal, že výsledek řízení závisí na slučitelnosti sporného ustanovení zákona s čl. 2 odst. 1 a 4 Směrnice. Předmětná ustanovení směrnice zněla:

Čl. 2 odst. 1 „*Zásadou rovného zacházení ve smyslu následujících ustanovení se rozumí vyloučení jakékoli diskriminace na základě pohlaví buď přímo, nebo nepřímo s ohledem zejména na manželský nebo rodinný stav.*“

Čl. 2 odst. 4 „*Touto směrnici nejsou dotčena opatření na podporu rovných příležitostí pro muže i ženy, zejména odstraňování stávajících nerovností ovlivňujících příležitosti žen v oblastech uvedených v čl. 1 odst. 1.*“

Soud přerušil řízení a předložil Soudnímu dvoru předběžnou otázku, zda články 2 odst. 1 a odst. 4 Směrnice brání takovým předpisům vnitrostátního práva, které stanoví, že v oblastech veřejné služby, ve kterých je ve vyšších funkcích kariérních tříd zaměstnáno méně žen než mužů, musí být za předpokladu stejné kvalifikace (způsobilosti, schopnosti a výkonu) dávana při funkčním postupu přednost ženským kandidátkám před muži, pokud zvláštní důvody na straně mužského kandidáta nezvrátí původní rovnováhu v jeho prospěch.

Případ *Marschall* byl v pořadí již druhou předběžnou otázkou, ve které Soudní dvůr odpovídal na otázku, zda je vnitrostátní pozitivní opatření podporující ženy v přístupu k zaměstnání a v kariérním postupu v souladu s komunitárním právem. Poprvé se Soudní dvůr touto otázkou zabýval v případě *Kalanke*. V tomto případě zákon spolkové země Brémy stanovil, že jak pro přijímání, tak pro povyšování v oborech, kde je účast žen výrazně nízká – tzn., že ženy tvoří ani polovinu personálu v jednotlivých stupních v příslušných pracovních kategoriích – a současně má-li žena stejnou kvalifikaci jako mužský kandidát, musí být přednost dána ženě. Soudní dvůr shledal automatické dání přednosti ženě v rozporu s právem ES. Poukázal zejména na fakt, že Směrnice umožňuje opatření k dosažení rovnosti příležitostí a nikoli rovnosti ve výsledcích. Přípustná jsou tak podle něj pravidla, která směřují k tomu vylepšit konkurenceschopnost žen na trhu práce a umožnit jim profesní uplatnění za stejných podmínek, jako je tomu u mužů (bod 19 rozhodnutí ve věci *Kalanke*). Vnitrostátní pravidla, která zaručují ženám **absolutní a bezpodmínečnou přednost** při jmenování nebo povyšování, a tím garantují rovnost ve výsledku, jdou tak nad rámec podpory rovných příležitostí (bod 22).

Z rozhodnutí: Soudní dvůr ve svém rozhodnutí nejprve odkázal na rozhodnutí věci *Kalanke*. Shledal nicméně, že na rozdíl od zákona země Brémy v případě *Kalanke*, obsahuje ustanovení zákona Severního Porýní Vestfálska klauzuli o výjimkách z pravidla (*Öffnungsklausel*), která vylučuje automatickou přednost.

Soudní dvůr dále hodnotil, zda ustanovení odpovídá požadavku zlepšení rovných příležitostí mužů a žen ve smyslu článku 2 odst. 4 Směrnice. Na rozdíl od argumentace v případě *Kalanke* soud rozpoznal, že dání přednosti v přístupu k zaměstnání může kompenzovat stereotypní tendenci diskriminovat, která existuje, i když mají kandidáti stejnou kvalifikaci: „[...] i tam, kde jsou ženští a mužští kandidáti stejně kvalifikováni, muži bývají při povyšování zvýhodňováni především kvůli předsudkům a stereotypům, týkajícím se role a výkonnosti žen v zaměstnání a obavám, např., že ženy z důvodu péče o rodinu a domácnost přerušují častěji svou kariéru, že budou méně přizpůsobivé pracovní době nebo že budou častěji nepřítomné kvůli těhotenství, porodu a kojení. Z těchto důvodů pouhá skutečnost, že mužský a ženský kandidát jsou stejně kvalifikováni, neznamena, že mají oba stejnou šanci.“ (body 29 a 30)

Odlišení obou případů Soudní dvůr nakonec neučinil prostřednictvím širšího výkladu pojmu rovných příležitostí, ale opřel jej o tzv. „otevřicí klauzuli“ [„*Öffnungsklausel*“], tedy ustanovení, které poskytuje mužským kandidátům záruku, že jejich kandidatura bude podrobena objektivnímu hodnocení,

kteřé zahrnuje všechna zvláštní kritéria pro jednotlivé kandidáty, a že nedojde k automatickému dání přednosti.

Na předloženou předběžnou otázku Soudní dvůr odpověděl:

„Článek 2 odst. 1 a odst. 4 Směrnice nebrání ustanovení národního práva, které

- při stejné kvalifikaci, tedy vhodnosti, schopnosti a výkonu uchazečů rozdílných pohlaví,
- tam, kde je ve vyšších funkcích kariérních tříd v oblasti státní správy zaměstnáno méně žen než mužů,

dává při funkčním postupu přednost ženským kandidátkám, pokud zvláštní individuální důvody na straně mužského kandidáta nepřevažují v jeho prospěch, za předpokladu, že:

- v každém jednotlivém případě toto pravidlo poskytuje mužskému kandidátovi, který je stejně kvalifikovaný jako kandidátka ženského pohlaví, záruku, že jeho kandidatura bude předmětem objektivního hodnocení, do kterého budou zahrnuta všechna kritéria specifická pro kandidáta, a ženské kandidátce nebude dána přednost, pokud jedno nebo více z těchto kritérií převáží ve prospěch mužského kandidáta, pokud
- taková kritéria nejsou vůči ženským kandidátkám diskriminační.“

Soudní dvůr ve svém rozhodnutí nenásledoval stanovisko generálního advokáta Jacobse, podle nějž jsou ustanovení zákona v rozporu s ustanoveními Směrnice. GA poukazuje zejména na problém odlišení obou případů (*Kalanke* a *Marchall*) prostřednictvím otevírací klauzule vylučující automatickou přednost. Zprv konstatuje, že obdobná *Öffnungsklausel* existovala v jistém slova smyslu i v případě *Kalanke*. Zákonné ustanovení spolkové země Brémy totiž bylo nutné vykládat ve světle čl. 3 odst. 2 a 3 GG, který zakazuje diskriminaci z důvodu pohlaví – absolutní a bezpodmínečné dání přednosti tedy mělo své hranice i v případě *Kalanke*, protože ustanovení Směrnice o pozitivních opatřeních není povinné, dává členským státům na výběr, zda umožní přijímání pozitivních opatření či nikoli. Směrnice tu tedy nebrání aplikaci národních ústavních předpisů.

GA Jacobs zadržel poukazoval na problematičnost pojmu zvláštních individuálních důvodů na straně mužského kandidáta. Jaká to jsou kritéria? Pokud by byla například sociální situace otce živitele rodiny hodná zřetele, znamenalo by to, že proti ženám jsou opět používány stereotypní představy o jejich roli ve společnosti. Soudní dvůr, nejspíše v reakci na stanovisko GA, tuto výhradu zahrnul do svých úvah a do výroku. Přesto není vůbec jasné, jaká kritéria v osobě mužského kandidáta lze použít, aby jimi nedošlo

k diskriminaci žen. Má být zohledněna objektivní situace, nebo subjektivní charakteristiky kandidáta?

Komentář: Judikatura Soudního dvora vykládající institut pozitivních opatření se zabývá hned několika obecnými otázkami práva rovnosti, mj. rozdílem mezi formálním či materiálním pojetím rovnosti a rozdílem mezi rovností příležitostí a rovností ve výsledcích.

Měl zákonodárce na mysli formální či materiální rovnost, když konstruoval čl. 2 Směrnice? Generální advokát Tesaura ve svém stanovisku k případu *Kalanke* na tuto otázku odpovídá: „*Tato ustanovení [čl. 2 odst. 3, umožňující ochranu žen, zejména pokud jde o těhotenství a mateřství, a čl. 2 odst. 4, umožňující pozitivní opatření – pozn. aut.] nejsou ani tak výjimkami z principu zákazu diskriminace z důvodu pohlaví, jako ustanoveními, která zajišťují skutečnou účinnost principu rovnosti [...] Jedná se koneckonců jen o zdánlivou diskriminaci, když povolíme či přikážeme rozdílné zacházení k prospěchu či ochraně žen za účelem dosažení skutečné rovnosti v materiálním smyslu, nikoli k rovnosti formální, která by byla popřením požadavku rovnosti jako takové.*“ [Stanovisko GA, bod 17] Soudní dvůr se ve většině svých rozhodnutí ke konfliktu mezi rovností v materiálním smyslu a formální rovností bohužel nevyjadřuje a čl. 2 odst. 4 Směrnice vykládá úzce jako výjimku z principu rovnosti obsaženou v čl. 2 odst. 3 Směrnice.

Judikatura Soudního dvora se snaží vymezit pojmy rovnosti příležitostí a rovnosti ve výsledcích. Zatímco v případě *Kalanke* považuje Soud ještě dání přednosti ženě za rovnost ve výsledcích, neslučitelnou s čl. 2 odst. 1 a 4 Směrnice (bod 23, srov. též stanovisko GA Tesaura k případu *Kalanke*, bod 13, stanovisko GA Jacobse k případu *Marschall*, bod 31), v případě *Badeck* již nahlíží, že dání přednosti, v konkrétním případě rezervování poloviny míst v rámci školení státní správy ženám, otevírá nové příležitosti pro budoucnost: „*Vzdělání a kvalifikace jsou předpoklady pro úspěšnou účast na trhu práce.*“ (bod 48 rozsudku ve věci *Badeck*). Soudní dvůr tím uznává, že i zdánlivé zaručení výsledku může znamenat dání příležitosti.

2.2. Soudní dvůr ES: nepřímá diskriminace žen v odměňování – jobsharing

Rozsudek Soudního dvora ES ze dne 17. 6. 1998 ve věci C-243/95, *Kathleen Hill and Ann Stapleton v. The Revenue Commissioners and the Department of Finance* [1998] ECR I-3739

Rovné odměňování žen a mužů, nepřímá diskriminace, jobsharing, důvody ospravedlňující rozdílné zacházení.

Relevantní ustanovení:

- čl. 141 SES
- Směrnice 75/117/EHS o sblížení právních předpisů členských států týkajících se uplatňování zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy

Související rozhodnutí:

- věc 43-75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455
- věc 96/80, *J. P. Jenkins v. Kinsgate Clothing Productions Ltd.* [1981] ECR 911
- věc 170/84, *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz* [1986] ECR 1607
- věc 171/88, *Ingrid Rinner-Kühn v. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG* [1989] ECR 2743
- věc 262/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group* [1990] ECR 1889
- věc C-184/89, *Helga Nimz v. Freie und Hansestadt Hamburg* [1991] ECR I-297
- věc C-33/89, *Maria Kowalska v. Freie und Hansestadt Hamburg* [1990] ECR I-2591
- věc 127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health* [1993] ECR 5535
- věc C-400/93, *Specialarbejderforbundet i Danmark v. Dansk Industri jednající za Royal Copenhagen A/S* [1995] ECR I-1275
- věc C-320/00, *Lawrence and others v. Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group, Mitie Secure Services Ltd* [2002] ECR I-7325
- věc C-256/01, *Debra Allonby v. Accrington and Rossendale College* 2004 ECR I-873

K věci: Paní Hill a paní Stapleton společně pracovaly po dobu dvou let pro irskou státní správu. Každá z nich pracovala polovinu času osoby na plný pracovní úvazek a dělily se o jedno místo (tzv. *jobsharing*). Po dobu jejich společného výkonu práce se za každý rok každá z nich posunula výše o jeden platový stupeň. Problém nastal, když se paní Hill a Stapleton rozhodly změnit si pracovní úvazek z částečného na plný. Podle interní instrukce ministerstva, která stanovila, že dva roky práce *jobsharingu* odpovídají jednomu roku práce na plný úvazek, jim bylo pro účely výpočtu platového stupně započítáno o polovinu méně času, než by tomu bylo u zaměstnance pracujícího na plný úvazek. Tím se dostaly do horší pozice, než kdyby dále pracovaly na poloviční úvazek, a zároveň do horší pozice než ostatní pracovníci na plný úvazek se stejným množstvím odpracovaných let.

Ženy namítly, že tato instrukce nepřímo diskriminuje ženy, neboť mezi pracovníky, kteří se dělí o místo (*jobsharers*), výrazně převažují ženy. Irský pracovní soud, na který se obrátily s žalobou, řízení přerušil a Soudnímu dvoru položil dvě předběžné otázky. Zprvė, zda fakta případu naznačují, že došlo k *prima facie* nepřímé diskriminaci z důvodu pohlaví, a za druhé, zda může použité kritérium délky služby, vypočítané na základě skutečně odpracovaného času, takovouto *prima facie* diskriminaci ospravedlnit.

Čl. 141 odst. 1 a 2 SES stanoví:

„(1) Každý členský stát zajistí uplatnění zásady stejného odměňování mužů a žen za stejnou nebo rovnocennou práci.

(2) Odměnou ve smyslu tohoto článku se rozumí obvyklá základní či minimální mzda nebo plat a veškeré ostatní dávky, které zaměstnavatel přímo nebo nepřímo, v hotovosti nebo v naturáliích vyplácí pracovníkovi z titulu pracovního poměru.“

Z rozhodnutí: Soudní dvůr se zprvė zabýval otázkou, zda se u interních instrukcí stanovujících pravidla pro zařazení do vyššího platového stupně jedná o odměnu podle čl. 141 a Směrnice. Zde je třeba poukázat na fakt, že Soudní dvůr vykládá pojem odměny velice široce. Pod pojem odměny zahrnuje plnění jako jsou náhrady mzdy, odstupné, cestovní náhrady, výnosy z kapitálových podílů nebo obligací, odměna za pracovní pohotovost, plnění věrnostní a stabilizační povahy, podpora bydlení či poskytování služebního automobilu, právo na slevu jízdného, speciální dotace na dovolenou, odchodné pro vedoucí zaměstnance, příspěvky zaměstnancům na stravování, kulturu a sport, či příspěvky do penzijního připojištění atd. Z tohoto důvodu také Soudní dvůr odpověděl, že pokud daný systém určuje platový postup, spadá pod komunitární pojem odměny.

Zadruhé se zabývá otázkou, zda se jedná o *prima facie* nepřímou diskriminaci. Zásada rovného odměňování zapovídá aplikaci pravidla, které, přestože je formulováno neutrálně, znevýhodňuje mnohem větší množství mužů než žen, pokud není prokázáno, že důvodem tohoto pravidla nejsou objektivní faktory nesouvisející s diskriminací z důvodu pohlaví (bod 24, srov. např. též věc C-343/92, *De Weerd* [1994] ECR I-571, bod 33, či věc C-444/93, *Megner and Scheffel v Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz* [1995] ECR I-4741, bod 24). 99.2% administrativních asistentů a 98% všech pracovníků státní služby, kteří se dělí o pracovní místo, jsou ženy. Zdánlivě neutrální kritérium *jobsharingu* znevýhodňuje výrazně více ženy, a je tudíž *prima facie* diskriminací.

Předkládající irský pracovní soud se zadruhé ptal, zda diskriminace může být objektivně ospravedlněna. Irská státní služba odůvodňovala spornou interní instrukci tím, že odpovídá stálé praxi. Zde se jak GA La Pergola, tak

Soudní dvůr, pustili do analýzy vztahu mezi délkou praxe a platovým postupem: „Když zaměstnavatel učiní individuální rozhodnutí, je jistě v pořádku vzít v potaz délku praxe jako jeden z faktorů [...] Je možné, že delší zkušenost na dané pozici umožňuje zaměstnanci pracovat efektivněji. Nedůvěru nicméně vzbuzuje paušální použití kritéria délky praxe, kdy jej aplikujeme i na případy, ve kterých to není odůvodněno [...] Kritérium délky praxe musí být náležitě ospravedlněno, pokud jej používáme na celou řadu pracovních vztahů, u kterých rozhodně není prokázáno, že by se délka praxe rovnala schopnostem. Rozdílné zacházení s pracovníky na plný a částečný úvazek není odůvodněno, předpokládáme-li, ve zcela obecné rovině a pouze na základě poměrného měření, že pracovníci v jedné skupině si per se méně zaslouží platových výhod.“ (Stanovisko GA La Pergoly, bod 34). GA i Soudní dvůr zdůrazňují, že *jobsharer* může zkušenosti potřebné k výkonu zaměstnání nabyt stejně rychle jako pracovník na plný úvazek.

Irsko dále argumentovalo, že pravidlo umožňující při přestupu na plný úvazek započítání všech odpracovaných let by zvýhodňovalo ženy oproti jiným pracovníkům. Soud se s touto námitkou vypořádal rychle a jednoznačně – pokud *jobsharers* normálně postupují platovými stupni stejně rychle jako pracovníci na plný úvazek, proč by se jim měl při přechodu na plný pracovní úvazek krátit plat?

Ani poslední argument Irsko, že by změna v systému stanovícím platový postup pro pracovníky sdílející pracovní místa přinesla státnímu rozpočtu finanční zátěž, se u Soudního dvora nesetkal s pochopením: „diskriminace nemůže být ospravedlněna jen argumentem, že by její odstranění znamenalo zvýšené náklady“ (odst. 40).

Zajímavý je podpůrný argument Soudního dvora o nutnosti umožnit ženám sladění rodinného a profesního života: „Je zřejmé [...], že přibližně 83% těch [žen], které se rozhodly pro *jobsharing*, tak učinily proto, aby mohly sladit své povinnosti rodinné a pracovní, které nutně zahrnují i péči o děti [...] Ochrana žen v rámci rodinného života je princip, který právní řády členských států i Evropského společenství uznávají za přirozené doplnění principu rovnosti mezi ženami a muži.“ [body 41 a 42 rozhodnutí].

Soudní dvůr proto konstatoval, že článek 141 SES a Směrnice vylučují opatření, která znevýhodňují pracovníky sdílející pracovní místo v postupu do vyššího platového stupně, jsou-li v této skupině výrazně více zastoupeny ženy.

Komentář: Jedním z omezení komunitárního zákazu nepřímé diskriminace je, že zaměstnavatel může hájit diskriminující praktiky tím, že ukáže, že jsou objektivně odůvodněné. Objektivitu nabízených ospravedlňujících důvodů navíc zkoumají soudy členských států, což může vést k velmi roz-

dílným výsledkům napříč EU. Aniž bychom zde chtěli řešit otázku, jak zevrubně má Soudní dvůr odpovídat předkládacím soudům, je důležité poukázat na fakt, že relativně detailní argumentace ve věci *Hill*, kdy Soudní dvůr vystupuje proti tradičnímu stereotypu o rozdílných zkušenostech pracovníků na plný a částečný úvazek, je důležitou výzvou, aby zaměstnavatelé přehodnotili své odvěké představy o skupinách zaměstnanců. Soud zde naplňuje cíle zákazu nepřímé diskriminace tím, že vyzývá k přezkumu stereotypů ústících často v neúmyslnou diskriminaci žen.

2.3. Soudní dvůr ES: přístup žen do armády

Rozsudek Soudního dvora ES ze dne 11. 1. 2000 ve věci C-285/98, *Tanja Kreil v. Spolková republika Německo* [2000] ECR I-69

Aplikace komunitárního práva na organizaci ozbrojených složek, přístup žen do armády, výjimky z principu rovného zacházení, požadavky nutné pro výkon zaměstnání, povahy činnosti a podmínky výkonu činnosti, ochrana žen.

Relevantní ustanovení:

- Směrnice Rady 76/207/EHS o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky
- čl. 297 SES [koordinace kroků, které je členský stát nucen učinit při ohrožení veřejného pořádku]
- čl. 39 odst. 4 SES [neuplatnění svobody pohybu osob v oblasti státní správy]

Související rozhodnutí:

- věc 222/84, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651
- věc 318/86, *Komise v. Francie* [1988] ECR 3559
- věc C-273/97, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board, Secretary of State for Defence* [1999] ECR I-7403
- věc C-186/01, *Alexander Dory v. Spolková republika Německo* [2003] ECR I-2479

K věci: V roce 1996 požádala paní Tanja Kreil s odborným vzděláním v oboru elektroniky o dobrovolnou službu v Bundeswehru; jejím přáním bylo získat zde uplatnění v souladu se svou odbornou kvalifikací v oboru elektronické evidence zbraní. Její žádost byla náborovým střediskem Bundeswehru odmítnuta s odůvodněním, že ženy nemohou podle čl. 12a němec-

ké Ústavy zastávat vojenské hodnosti spojené se službou se zbraní. V praxi byly ženy přijímány pouze do zdravotnických a hudebních jednotek. Tanja Kreil podala proti tomuto rozhodnutí žalobu u správního soudu v Hannoveru, kde se domáhala rozhodnutí, že odmítnutí její žádosti z důvodů, jež jsou založeny výlučně na jejím pohlaví, je v rozporu s komunitárním právem. Správní soud dospěl k závěru, že k rozhodnutí případu je třeba výkladu Směrnice, a proto řízení přerušil a obrátil se na Soud s otázkou k předběžnému rozhodnutí: Je Směrnice, zejména její článek 2 odst. 2, v rozporu s příslušnými ustanoveními zákona o vojenské službě a nařízení o vojenských hodnostech, podle nichž ženy, které se hlásí jako dobrovolnice, mohou sloužit pouze ve zdravotních a hudebních oborech a jsou vyloučeny z jakékoliv formy služby se zbraní?

Směrnice čl. 2 odst. 2 „*Touto směrnicí není dotčeno právo členských států vyloučit z oblasti její působnosti ty pracovní činnosti, a popřípadě i vzdělávání k nim vedoucí, u nichž z důvodů jejich povahy nebo podmínek jejich výkonu představuje pohlaví pracovníka určující prvek.*“

Směrnice čl. 2 odst. 3 „*Touto směrnicí nejsou dotčena ustanovení týkající se ochrany žen, zejména pokud jde o těhotenství a mateřství.*“

Soudní dvůr se problematikou přístupu žen do armády zabýval již o rok dříve v případě *Sirdar*. Paní Sirdar sloužila od roku 1990 jako kuchařka oddílu pěchoty britské armády. V roce 1994 jí bylo nabídnuto místo u královské námořní pěchoty (*Royal Marines*). Když si ale velitelství uvědomilo, že se jedná o ženu, okamžitě ji odmítlo. Soud se v tomto případě musel zabývat otázkou, zda se komunitární právo vůbec uplatní na oblast armády. Členské státy argumentovaly, že čl. 297 SES je obecnou derogací aplikace komunitárního práva pokrývající opatření směřující k zajištění veřejného pořádku. Generální advokát La Pergola ve svém stanovisku i Soudní dvůr tento argument odmítli. Upozornili na skutečnost, že se členské státy mohou odchýlit od povinnosti ze Smlouvy, pouze pokud existuje ustanovení, které jim toto výslovně umožňuje. Stejně neúspěšný byl argument derogace prostřednictvím čl. 39 odst. 4 SES (výjimka státní správy z principu volného pohybu osob). GA poukázal na fakt, že chybí prvek překročení státních hranic, a Soudní dvůr poznamenal, že princip rovného zacházení s ženami a muži se uplatní ve všech oblastech, a to i ve státní správě. Komunitární právo je tedy aplikovatelné i na otázky náboru do armády. Co se týkalo práva přístupu pro ženy, Soud akceptoval britský argument, že jednotky musí být interoperabilní, tedy že každý člen královské námořní pěchoty musí být v kterémkoliv momentu schopen boje: „*vyloučení žen ze služeb ve speciálních bojových jednotkách pro účely zajištění efektivity útoku může být ospravedlněno důvody vycházejícími z povahy dotčených aktivit*“ [body 29–31 rozhodnutí ve věci *Sirdar*].

Z rozhodnutí: V případě *Kreil* již více méně nebyla aplikovatelnost komunitárního práva na ozbrojené složky předmětem sporu. Soudní dvůr přesto úvodem uznal právo členských států přijmout opatření vhodná k zajištění jejich vnitřní i vnější bezpečnosti a přijímat rozhodnutí ohledně organizace jejich ozbrojených složek (v obou věcech, *Sirdar i Kreil*, bod 15). Otázkou bylo, zda je čl. 12a německé Ústavy možno odůvodnit výjimkami obsaženými ve Směrnici, čl. 2 odst. 2 (možnost vyloučit činnosti, u nichž je pohlaví pracovníka určující prvek) a odst. 3 (ochrana žen, zejména těhotenství a mateřství).

Ve svých dřívějších rozhodnutích Soudní dvůr uznal, že pohlaví může být rozhodujícím požadavkem pro výkon povolání, např. v případě vězeňské stráže (*Komise v Francie*, body 11 až 18), určitých činností policie při potlačování vážných vnitřních nepokojů (*Johnston*, body 36 a 37) či ve speciálních bojových jednotkách armád (*Sirdar*, body 29 až 31). Dle Soudního dvora může být omezení přístupu ospravedlněno zejména zvláštní povahou činností, o které se jedná, nebo zvláštními souvislostmi, v nichž dochází k výkonu činnosti. GA La Pergola poznamenává, že čl. 2 odst. 2 Směrnice by měl být vykládán restriktivně, a je adekvátní jej aplikovat například v případech povolání herců a hereček, tanečníků a tanečnic či modelů a modelek. I v případě, že je omezení možné ospravedlnit, musí být splněny dvě podmínky.

(1) Jak vyplývá z čl. 9 odst. 2 Směrnice, je povinností členského státu pravidelně hodnotit výkon těchto činností a rozhodovat, zda vzhledem k sociálnímu rozvoji stále trvá potřeba odchýlení se od principu rovnosti pohlaví.

(2) Jakákoli výjimka z principu rovného zacházení musí být vykládána úzce, musí sledovat legitimní cíl a být vhodná a nezbytná k jeho dosažení. Zákaz přístupu žen k naprosté většině pozic v německé armádě však podmínku přiměřenosti nespĺňuje.

Argument německé vlády, že opatření směřuje k ochraně žen, a spadá tudíž pod výjimku obsaženou v čl. 2 odst. 3 Směrnice, Soud taktéž odmítl: „[tato výjimka] má chránit biologické charakteristiky žen a zvláštní vztah existující mezi ženou a jejím dítětem. Neumožňuje ženy vyloučit z přístupu k určitému povolání z důvodu, že je třeba jim zaručit větší ochranu před nebezpečím než mužům“ (bod 30, srov. též *Johnston*, bod 44).

K podpůrnému německému argumentu, že čl. 12a GG odpovídá politickému zájmu, aby ženy nebyly vystaveny nepřátelské palbě v boji, či aby se nestaly válečnými zajatci, GA La Pergola poznamenává, že něco takového nelze zaručit (Ústavou či mezinárodními úmluvami), ať již ženy slouží se zbraní či nikoli.

Směrnice tedy vylučuje aplikaci takových vnitrostátních ustanovení, jako jsou ustanovení německého zákona, která zakládají úplné vyloučení žen

z vojenských povolání zahrnujících službu se zbraní a která jim umožňují přístup pouze k zdravotnickým a hudebním službám.

Komentář: Judikatura Soudního dvora v oblasti přístupu žen k práci v ozbrojených složkách se vyznačuje relativní nechtí Soudu zasahovat do *domain reservé*, výsostných práv členských států při zajišťování vnitřní i vnější bezpečnosti. Posun, ke kterému došlo v případě *Kreil*, je spíše zdánlivý. Nedošlo k přehodnocení starší judikatury (*Johnston*, *Sirdar*); opatření zakazující přístup ženám k veškeré vojenské službě se zbraní bylo shledáno v nesouladu s komunitární právem pro svůj rozsah a nikoli obsah. V zásadě tak stále platí, že Soudní dvůr přijímá jako ospravedlnění vyloučení žen námitku hypotetického nebezpečí (viz případy *Johnston* a *Sirdar*), že by mužští vojáci, resp. policisté mohli být v pokušení své ženské kolegyně bránit, a že by se ženy mohly ukázat nezpůsobilými pro ofenzivní přímý boj.

2.4. Soudní dvůr ES: nepřímá diskriminace daňového nerezidenta

Rozsudek Soudního dvora ES ze dne 11. 2. 1995 ve věci C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker* [1995] ECR I-0225

Volný pohyb osob, rovné zacházení, daň z příjmu, právo členského státu stanovit daňovou povinnost, omezení tohoto práva.

Relevantní ustanovení:

- čl. 39 SES [volný pohyb pracovníků]
- směrnice Rady 77/799/EHS ze dne 19. 12. 1977, upravující vzájemnou spolupráci zainteresovaných úřadů a orgánů členských států v oblasti přímého zdanění (Official Journal 1977 L 366, s.15)

Související rozhodnutí:

- věc 152-73, *Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153
- věc C-175/88, *Klaus Biehl v Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg* [1990] ECR I-1779
- věc C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann v Belgique* [1993] ESD I-249

K věci: Pan Roland Schumacker, belgické národnosti a s trvalým bydlištěm v Belgii, byl od 15. 5. 1988 do 31. 12. 1989 zaměstnán v Německu. Mzda, kterou dostával v tomto zaměstnání, tvořila jediný příjem rodiny; ani pan Schumacker, ani jeho manželka neměli žádný jiný zdroj příjmu.

zjevně nesplnitelný, neboť prokázat motivaci (pohnutku) žalované strany je z povahy věci vyloučeno.“ (odst. 73)

Ústavní soud tedy napadené ustanovení nezrušil, neboť je toho názoru, že stávající právní úpravu občanského soudního řádu lze interpretovat tak, aby ji bylo možno považovat za souladnou se základním právem na spravedlivý proces zakotveným v čl. 6 odst. 1 Úmluvy a nezakládající diskriminaci ve smyslu čl. 14 Úmluvy. Upozornil však, že se jedná o hraniční případ, pročež by bylo krajně žádoucí, aby zákonodárce uvážil, zda transpozici směrnic Rady ES nelze pro adresáty příslušných procesních norem provést „*způsobem poněkud zřetelnějším*“.

Komentář: Ústavní soud se nejprve vypořádal s otázkou interpretace práva na spravedlivý proces ve vztahu k zásadě rovnosti zbraní (a kontradiktornosti), přičemž dospěl k závěru, že právo na spravedlivé projednání věci nelze oddělit od obecného požadavku rovnosti a nediskriminace. V další argumentaci pak zdůrazňuje, že Ústava ani Listina neupravují dokazování jako takové, čímž tedy toto spadá jaksi „mimo“ ústavně právní roviny, přesto však se otázkou důkazního břemene neodmítá zabývat. Uvádí totiž, že zásada rovnosti břemen, která jsou na účastníky řízení kladena, je obsažena v obecnější zásadě rovnosti zbraní a tím tedy i v právu na spravedlivý proces, jež samozřejmě do ústavněprávní roviny zasahuje (odst. 64).

Oproti tvrzení navrhovatele se Soud nedomnívá, že odlišnost v zacházení se stranou žalovanou v řízení podle § 133a odst. 2 OSŘ je diskriminační. Uznává sice, že „*z ryze formálního pohledu lze tvrdit, že strana žalovaná je v řízení, kde se aplikuje ustanovení § 133a odst. 2 OSŘ, ve srovnání se stranou žalovanou do určité míry zvýhodněna*“ (odst. 67), o diskriminaci v rozporu s ústavním pořádkem se však nejedná. Aby došel k tomuto závěru, aplikoval Soud test proporcionality. Podle tohoto testu zkoumal kritérium a) objektivního a rozumného ospravedlnění přijaté právní úpravy, tj. sleduje-li posuzované znevýhodnění legitimní cíl, a b) rozumného poměru (proporcionality) mezi legitimním cílem a prostředkem, jímž je tohoto cíle dosahováno.

Pokud jde o legitimnost cílů sledovaných napadeným ustanovením, má Soud tuto podmínku za splněnou především s ohledem na povinnost České republiky, jako členského státu Evropské unie, „*promítnout do svého právního řádu závazky vyplývající z příslušných evropských směrnic*“, nezbytnost „*přihlížet k měnícím se podmínkám ve smluvních státech a reagovat na jakýkoliv nově vznikající souhlas, pokud jde o standardy, jichž má být (v oblasti ochrany práv podle Úmluvy) dosaženo*“ a posledně legitimní východisko evropských antidiskriminačních směrnic, podle kterého osoby, které byly diskriminovány, by měly mít účinné prostředky právní ochrany. (odst. 71)

Ani druhé kritérium aplikovaného testu není podle Soudu porušeno, neboť ačkoliv podmínka, že strana žalující soudu „předloží“ skutečnosti nasvědčující tomu, že došlo k diskriminaci, není ve stávajícím znění ustanovení § 133a OSŘ dostatečně transparentně vyjádřena, je třeba přidržet se ústavně konformního výkladu, podle něhož (v souladu s evropskými antidiskriminačními směrnicemi a názorem Evropského střediska pro práva Romů, jež poskytlo poprvé v historii Soudu tzv. *amicus brief*) je nutné, aby strana žalující nejprve sama prokázala *prima facie* zásah; nepostačí tedy ničím nepodložené tvrzení o údajné diskriminaci. Přenesení důkazního břemene tak podle Soudu není (a nemůže být) ani úplné ani automatické. Poněkud zavádějící se však v této souvislosti jeví, pokud Soud v odst. 67 uvádí, že v případě dokazování v řízeních podle ustanovení 133a odst. 2 OSŘ, v nichž žalující strana tvrdí, že byla přímo či nepřímo diskriminována, se jedná o vyvratitelnou právní domněnku. Uvedené totiž koresponduje toliko s aspektem motivace osoby diskriminující. Jak Soud uvedl na jiném místě svého rozhodnutí (odst. 73), osoba údajně diskriminovaná „*musí tvrdit, že znevýhodňující zacházení bylo motivováno diskriminací na základě rasového nebo etnického původu. Tuto motivaci ovšem prokazovat nemusí, ta se v případě důkazu odlišného zacházení předpokládá*“, jinak ale oběť diskriminace „*musí nejen tvrdit, ale i prokázat, že s ní nebylo zacházeno obvyklým, tedy neznevýhodňujícím způsobem. Neprokáže-li toto tvrzení, nemůže v řízení uspět*.“ Zda lze i zde hovořit o vyvratitelné právní domněnce, je pochybné.

Bude zajímavé sledovat, jak se obecné soudy zhostí své úlohy při rozhodování žalob podle napadeného ustanovení. Je totiž zřejmé (a vyplývá to i z praxe), že v rozličných případech diskriminace, ať už v situacích podobných či odlišných od té, v níž se ocitli výše uvedení žalobci, je prokazování znevýhodňujícího zacházení velmi obtížné. Výjimkou jsou případy tzv. „*situačního testingu*“, kdy se příslušníci znevýhodněné skupiny záměrně vystavují potenciálně diskriminačním situacím s cílem ověřit, zda dojde k diskriminaci, přičemž jsou předem vybaveni k zajištění důkazní situace (např. svědky či nahrávacím zařízením).

4.4. Ústavní soud ČR: důchodové pojištění a diskriminace mužů pečujících o dítě

Nález pléna Ústavního soudu České Republiky ze dne 6. 6. 2006, *sp. zn. Pl. ÚS 42/04*, publikován pod č. 405/2006 Sb.

Zákonná podmínka, podle které muž pečující o dítě ve věku do čtyř let musí podat přihlášku k účasti na důchodovém pojištění do dvou let od skončení uvedené péče je diskriminační, protože ženy žádnou lhůtou omezeny nejsou.

Relevantní ustanovení:

- čl. 1 Listiny [rovnost v důstojnosti a právech]
- čl. 3 odst. 1 Listiny [základní práva a svobody bez diskriminace]
- čl. 30 odst. 1 Listiny [právo na hmotné zabezpečení ve stáří]
- čl. 14 Evropské úmluvy [zákaz diskriminace v užívání práv a svobod přiznaných Úmluvou]
- čl. 26 Mezinárodního paktu o občanských a politických právech, č. 120/1976 Sb. [rovnost před zákonem, zákaz diskriminace]
- § 5 odst. 3 zákona č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění, ve znění pozdějších předpisů

Související rozhodnutí:

- náleze ze dne 8. 10. 1992, sp. zn. Pl. ÚS 22/92, Sb. n. u. ÚS ČSFR, ročník 1992, č. 11, s. 40
- náleze ze dne 30. 6. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 4/95, Sb. n. u., sv. 3, č. 29, s. 215
- náleze ze dne 4. 6. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/96, Sb. n. u., sv. 8, č. 67, s. 163
- náleze ze dne 21. 1. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 15/02, Sb. n. u., sv. 29, č. 11, s. 87, publikováno též jako 40/2003 Sb.

K věci: Návrh na zrušení ustanovení § 5 odst. 3 věty druhé a třetí zákona o důchodovém pojištění a ustanovení § 6 odst. 4 písm. a), bod 11 zákona o organizaci a provádění sociálního zabezpečení podal Nejvyšší správní soud projedávající spor, ve kterém bylo okresní správou sociálního zabezpečení rozhodnuto, že žalobce nelze považovat za osobu v rozhodné době pečující o dítě ve smyslu § 5 odst. 1 písm. r) zákona o důchodovém pojištění z důvodu, že podal přihlášku k účasti na pojištění a současně návrh na zahájení řízení o době a rozsahu péče muže o dítě do čtyř let věku po uplynutí zákonem stanovené dvouleté lhůty.

Ustanovení § 5 odst. 3 zákona o důchodovém pojištění stanoví:

„Osobou uvedenou v odstavci 1 písm. r) se rozumí rodič dítěte, osoba, již bylo dítě svěřeno do pěstounské péče rozhodnutím soudu nebo již bylo dítě svěřeno do péče rozhodnutím příslušného orgánu, a manžel (manželka) rodiče dítěte, bylo-li dítě svěřeno druhému manželu do výchovy rozhodnutím soudu nebo zemřel-li druhý rodič, anebo není-li znám; rodičem se zde rozumí též osvojitel dítěte. Muž se považuje za osobu uvedenou v odstavci 1 písm. r), jen pokud podal přihlášku k účasti na pojištění nejpozději do dvou let od skončení péče o dítě; nepodal-li v této lhůtě tuto přihlášku, nelze ho považovat za osobu uvedenou v odstavci 1 písm. r). Ustanovení věty druhé

platí obdobně též pro osobu, která pečuje o dítě ve věku do 18 let, je-li dlouhodobě těžce zdravotně postižená vyžadující mimořádnou péči.“

[§ 5 odst. 1 písm. r) zákona zní: „Pojištění jsou při splnění podmínek stanovených v tomto zákoně účastny osoby pečující o dítě ve věku do čtyř let nebo o dítě ve věku do osmnácti let, je-li dlouhodobě těžce zdravotně postižená vyžadující mimořádnou péči.“]

Podle § 6 odst. 4 písm. a) bod 11 zákona o organizaci a provádění sociálního zabezpečení „Okresní správy sociálního zabezpečení rozhodují o době a rozsahu péče muže o dítě ve věku do čtyř let, péče o dítě ve věku do 18 let, je-li dlouhodobě těžce zdravotně postižená vyžadující mimořádnou péči, a péče osoby pečující osobně o převážně nebo úplně bezmocnou osobu nebo částečně bezmocnou osobu starší 80 let, jde-li o doby péče o tyto děti a bezmocné osoby po 31. prosinci 1995.“

Z rozhodnutí Ústavního soudu: Ústavní soud návrhu vyhověl a napadená ustanovení zrušil. „[...] napadené ustanovení – důsledně vzato – vyvolává neodůvodněnou nerovnost mezi subjekty zúčastněnými na důchodovém pojištění, který byl založen přijetím institutu povinného podání přihlášky k účasti na pojištění pro muže ve lhůtě do dvou let od skončení péče o dítě. V tomto směru [...] Ústavní soud neshledal žádný důvod, který by byl způsobilý rozumně vysvětlit nerovnost v přístupu k subjektům, nacházejícím se ve stejné situaci.“ [odst. 31]

„[...] Nelze proto než uzavřít, že zákonodárce přijetím napadeného ustanovení nezachoval povinnost stejného přístupu k subjektům práva a vytvořil rozdílné skupiny, z nichž jednu z ústavního hlediska nedůvodně diskriminoval. Došlo tedy zejména k porušení principu přiměřenosti mezi cílem zákona a zvolenými prostředky. Z postulátu rovnosti sice [...] nevyplývá požadavek obecné rovnosti všech se všemi, plyne z něj však požadavek, aby právo bezdůvodně nezvýhodňovalo ani neznevýhodňovalo jedny před druhými. V dané věci je nesporné, že požadavek poskytnutí stejných práv za stejných podmínek – s vyloučením neodůvodněných rozdílů – napadeným ustanovením respektován není, neboť zákonodárce bez ústavně akceptovatelných důvodů znevýhodnil ty subjekty, které, i když o dítě fakticky pečovaly, se mohou lehce ocitnout v situaci, kdy – ač jinak zákonné podmínky splňují – nebudou pojištění účastny na rozdíl od subjektů nacházejících se ve stejné situaci. Napadené ustanovení tak založilo podle názoru Ústavního soudu rozdíly, které dostatečně ústavně kvalifikovaným způsobem zdůvodněny být nemohou.“ [odst. 34]

Komentář: V tomto případě Ústavní soud v prvé řadě zdůrazňuje význam rovnosti lidských bytostí jako zásady, která pramení z „uznání hodnoty každé-

ho člověka [...] bez ohledu na jeho schopnosti, znalosti a „užitečnost“ [...] pro celek“ a jež je „základním stavebním kamenem našeho ústavního řádu“ [odst. 24] V následující argumentaci pak rekapituluje svou předchozí judikaturu, když jako vždy připomíná chápání rovnosti jako relativní kategorie vyžadující odstranění toliko neodůvodněných rozdílů za současného vyloučení libovůle (viz sp. zn. Pl. ÚS 22/92). Dokládajíc relativitu konceptu, cituje dále rozhodnutí sp. zn. Pl. ÚS 4/95, když uvádí, že má-li se nerovnost v sociálních vztazích dotknout základních lidských práv, „musí dosáhnout intenzity, zpochybňující, alespoň v určitém směru, již samu podstatu rovnosti“, k čemuž dochází zpravidla tehdy, je-li s porušením rovnosti spojeno i porušení jiného základního práva. [odst. 25] Teprve v závěru svého rozhodnutí Soud uvádí, že v dané věci je takovým právem právo na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří (čl. 30 odst. 1 Listiny).

S odkazem na rozhodnutí sp. zn. Pl. ÚS 15/02 Soud následně poukazuje na nutnost brát v úvahu měnící se obsah zásady rovnosti v právech a vyjmenovává kritéria pro posouzení, zda v konkrétním případě došlo k porušení zásady rovnosti, a to následovně: v případě jedinců, kteří se nacházejí ve stejné nebo srovnatelné situaci je třeba, aby pro rozdílné zacházení byly „objektivní a rozumné důvody“. Na podporu tohoto svého závěru Soud připomíná přístup Evropského soudu pro lidská práva a Výboru OSN pro lidská práva (konkrétní rozhodnutí však neuvádí). Vycházejíc z (blíže nespecifikovaných) mezinárodních dokumentů a judikátů, uvádí dále dvě kategorie rovnosti, a to jednak formální (rovné zacházení s formálně rovnými subjekty ve formálně stejných případech) a dále substantivní (formálně nerovné zacházení kompenzující „faktickou nerovnost“ a napomáhající nastolení „skutečné rovnosti“). Zde Soud přechází k argumentaci soustředěné na tzv. pozitivní diskriminaci (zvýhodněné zacházení se subjekty, které jsou fakticky „výrazně“ znevýhodněny), když uvádí, že prostředky na odstranění faktické diskriminace nejsou s principem rovnosti v rozporu, pokud je zvýhodňující přístup založen na objektivních a rozumných důvodech a pokud prostředky zákonodárcem zvolené k dosažení legitimního cíle jsou přiměřené.

Soud dále specifikuje obsah pojmu přiměřenost a to tak, že „opatření, omezující základní práva a svobody, nesmějí svými negativními důsledky přesáhnout klady, které představuje veřejný zájem na těchto opatřeních.“ [odst. 27] Aplikací testu proporcionality dospívá Soud k závěru, že kritérium legitimního cíle lze považovat za splněné, neboť napadená právní úprava byla přijata s cílem účelně hospodařit s veřejnými finančními prostředky. Když však přistupuje k vzájemnému poměrování v kolizi stojícího základního práva a veřejného zájmu, dospívá k závěru, že napadená ustanovení nemohou obstát. Je to zejména kritérium potřebnosti, které není splněno, neboť zákonodárce mohl zvolit jiný, základní právo méně omezující, pro-

středek. Kritérium vhodnosti opatření Soud pouze zmiňuje, ale z důvodu nadbytečnosti neaplikuje.

Za irelevantní považuje Soud argumenty MPSV, že zrušení napadeného ustanovení může přinést praktické komplikace. Stejně tak nebere v potaz předloženou statistiku, podle které jen malé procento mužů pečuje o dítě do čtyř let, a že je tedy praktické, aby to byli pouze muži, kdo musí čelit byrokratické zátěží, ve snaze zamezit dvojímu započítání doby péče o dítě. Soud v této souvislosti zdůrazňuje, že „základní právo či svobodu lze omezit pouze v případě mimořádně silného a řádně odůvodněného veřejného zájmu“, přičemž „v právním státě nelze výrazný zásah do základních práv nebo svobod a porušení principu rovnosti mezi pohlavími odůvodňovat v zásadě pouze jejich praktičností z hlediska zájmů a jednodušších postupů státních orgánů“. [odst. 29]

Co se týče budoucího vývoje napadené právní úpravy, naznačuje Soud, že opatření, které by odstranilo protiústavní diskriminaci tím, že by stanovilo stejné povinnosti mužům i ženám (podání přihlášky k účasti na pojištění a návrhu na zahájení řízení v zákonné lhůtě) není jedinou alternativou. Je toho názoru, že řešení lze nalézt v efektivním propojení informací, kterými disponují různé orgány. Soud však neprovedl žádné šetření ohledně konkrétních možností ani případné finanční zátěže vytvoření sofistikovaně propojeného informačního systému, neboť, jak uvádí, to není jeho úkolem. Mohlo by se zdát překvapivé, s jakou vehemencí se Soud postavil na stranu znevýhodněných mužů, když, jak vyplývá z podání Ministerstva práce a sociálních věcí, jsou tito zatíženi „dvěma jednoduchými úkony“, jež je možné učinit při jediné návštěvě okresní správy sociálního zabezpečení. Rozhodnutí se nicméně jeví jako správné s ohledem na rigorózní přístup Soudního dvora ES, podle jehož judikatury se s ohledem na důvod rozlišení na základě pohlaví poskytuje zákonodárci jen velmi omezený prostor pro uvážení.

4.5. Nejvyšší správní soud ČR: k diskriminaci spotřebitele při platbě kartou v obchodě

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 11. 4. 2006, č.j. 8 As 35/2005-51, dosud nepublikováno, přístupné na www.nssoud.cz

Platba hotovostí a platební kartou nejsou srovnatelné obchodní transakce. Pokud tedy obchodník za uskutečnění platby kartou požaduje, oproti

ni. Předstíraný zájem naopak vyjadřovaly osoby, které v testech hrály úlohu porovnatelů (tedy osob ověřujících, zda s nimi bude zacházeno výhodněji než s Romy). České soudy dosud neměly možnost zabývat se otázkou aktivní legitimace žalobce-testéra, který by takový úmysl pouze předstíral.

4.8. Vrchní soud v Praze: důkazní břemeno ve věcech ochrany před diskriminací

Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 17. 8. 2004, č.j. 1 Co 321/2003-196, ve věci *Jarmily Šenkové a ostatních proti Karlu Svobodovi*

Žalovaný v řízení prokázal, že nedošlo k neobsloužení žalobců z důvodu rasové diskriminace.

Relevantní ustanovení:

- § 11 a násl. ObčZ [ochrana osobnosti]
- § 133a OSŘ [přesun důkazního břemene ve věcech ochrany před diskriminací z důvodu rasového nebo etnického původu]

K věci: Skupina romských obyvatel z Náchoda a okolí na základě dohody s nevládní organizací v únoru 2002 navštívila restauraci Sport v Náchodě. Kromě využití služeb chtěli ověřit, zda v restauraci nedochází k diskriminaci Romů. Poté, kdy usedli a byli po nějakou dobu soustavně ignorováni, se dotázali obsluhy, a bylo jim řečeno, že obsloužení nebudou. Asi po dvaceti minutách před ně číšník postavil na stůl cedulku s nápisem „Rezervé“. Dva z nich se pokusili objednat si nápoje u pultu, ale bylo jim řečeno, že nebudou obslouženi. Důvodem je prý očekávaná návštěva fotbalistů. Kromě toho byly zmíněny údajné špatné zkušenosti s Romy. Pracovníci nevládní organizace se dostavili chvíli po první skupině a obsloužení byli. Obě skupiny společně přivolaly na místo policii a následně Romové podali proti provozovateli restaurace také žalobu na ochranu osobnosti. V době vedení řízení již vstoupilo v účinnost nové znění OSŘ provedené zákonem č. 151/2002 Sb. Podle doplněného druhého odstavce § 133a OSŘ skutečností tvrzené o tom, že účastník byl přímo nebo nepřímo diskriminován na základě svého rasového původu, má soud kromě jiného i v otázce poskytování služeb za prokázané, pokud v řízení nevyjde najevo opak. Faktický průběh incidentu byl mezi účastníky nesporný. Vyplynul celkem jednoznačně z policejního protokolu, výpovědi svědků i audionahrávky.

Žalovaný uváděl jako důvod neobsloužení rezervací, podrobnosti však byly již značně zmatené a navzájem si protirečily. Restaurace prý byla rezervována pro fotbalisty, jejich funkcionáře a příznivce. Na místě incidentu žalovaný policii uvedl, že stoly byly rezervovány od 14:00 pro firmu pana Rindta. Podle úředního záznamu sepsaného později téhož dne na policii žalovaný uvedl, že se dozvěděl před 14 hodinou od pana Rindta, že potřebuje rezervaci pro 20 lidí. Při jednání před Krajským soudem v Hradci Králové žalovaný tvrdil, že rezervaci měl objednanu jak pan Rindt, tak pan Goll. Pan Goll, vyslýchaný jako svědek, nepotvrdil, že by si toho dne objednával rezervaci pro fotbalisty. Ti mají rezervaci v pondělí, ve středu a v pátek. Den, kdy k incidentu došlo, byl čtvrtek. Také fotbalisté nechodí do restaurace v době oběda, kdy jsou v práci, ale až večer po tréninku. Pan Goll tvrdil, že měl v tu dobu rezervaci za účelem obchodního jednání se svými partnery. Svědek pan Rindt, který dům vlastní, tvrdil že má nárok na rezervaci podle nájemní smlouvy. Účelem je pracovní porada se zaměstnanci a subdodavateli. Číšník pan Maršík setrval na svém původním tvrzení, že obsluha měla příkaz zadat tři stoly pro pana Golla. V dodatečné výpovědi setrval na tom, že si myslel, že jde o rezervaci pro fotbalisty. Na druhou stranu ví, že fotbalisté chodí mezi 18:00 a 19:00 hodinou. Druhý číšník, pan Mikeš uvedl, že na účtence byli jako objednatelé rezervace uvedeni oba svědci, pan Goll i pan Rindt.

Krajský soud dospěl k závěru, že samo odmítnutí obsluhy je diskriminací spotřebitele. Každý by byl dotčen, kdyby přišel do restaurace, sedl si k volnému stolu, byl obsluhou ignorován a navíc po 15–20 minutách mu byl stůl označen rezervací. Pokud by obsluha skutečně nestihla včas stůl označit, měla situaci slušně vysvětlit, omluvit se a snažit se žalobce umístit k jinému stolu. S jistotou nebyla prokázána ani verze o rezervaci pana Rindta. Nikdo nepotvrdil, že by hosté údajné rezervace přišli. Z toho soud uzavřel, že i když byla jako důvod neobsloužení uvedena rezervace, nebyla s jistotou vylučující pochybnosti prokázána. Žalobci právem tvrdí, že s nimi bylo odlišně zacházeno (byli diskriminováni pro svůj etnický původ). Podle ustanovení § 133a OSŘ platí tato skutečnost v řízení za prokázanou, pokud nevyšel najevo opak. Žalovanému se důkaz opaku nezdařil. Krajský soud tedy uložil žalovanému zaslat všem žalobcům omluvu a každému z nich zaplatit částku 20 tis. Kč jako náhradu nemajetkové újmy a náklady řízení. Proti tomuto rozhodnutí se odvolali všichni účastníci, přičemž odvolání žalobců směřovalo proti výroku o nákladech řízení. Žalovaný navrhoval zamítnutí žaloby a namítal, že se soud nevypořádal s rozpory ve výpovědích žalobců. Naopak žalobci navrhovali potvrzení napadeného rozsudku a zdůrazňovali nesrovnalosti ve výpovědích žalovaného, i svědků.

Z rozhodnutí: Vrchní soud jako soud odvolací po doplnění dokazování (kdy soud prakticky provedl celé dokazování znovu) dospěl k odlišnému právnímu hodnocení věci než soud prvního stupně, pokud se týče úspěšnosti vyvrácení domněnky diskriminace žalovaným podle § 133a OSŘ „Podstatné pro posouzení věci je, zda žalobci nebyli obslouženi proto, že jsou Romové a bylo tak s nimi zacházeno odlišně, jak tvrdí oni, nebo, že nebyli obslouženi proto, že stůl byl rezervován, jak tvrdí žalovaný. Se soudem 1. stupně lze souhlasit, že ohledně toho, kdo rezervaci stolu u žalovaného zadal jsou rozpory [...] odvolací soud proto vychází v tomto směru z výpovědi žalovaného a číšníků [...] učiněné bezprostředně po incidentu [...] před Policií ČR, Obvodní oddělení Náchod, že rezervaci zadal svědek Rindl. Toto nebylo v řízení ničím vyvráceno a shora uvedené rozpory ve výpovědích před soudem prvního stupně jsou vysvětlitelné obvyklostí a četností rezervací v restauraci pro různé akce [...] Další okolností, která svědčí pro to, že důvodem neobsloužení žalobců byla právě rezervace stolu, k němuž si sedli, je to že u jiného stolu v téže době seděla „skupina Romů“, která byla obsloužena. Tuto skutečnost žalobci zcela pomínuli ve svém žalobním tvrzení a s výjimkou žalobce Juraje Galby ji neuvedli ani ve své výpovědi před soudem prvního stupně [...] Jak zjistil odvolací soud z doplňující výpovědi žalobců a svědků [...] ve stejné době, kdy nebyli obslouženi žalobci, byli u dalšího, nerezervovaného stolu obslouženi Romové [...] Tvrzení žalobců převzaté od svědka Pavla Vargy, že ten byl obsloužen jen proto, že měl se žalovaným v minulosti nějaký incident, nebylo v řízení prokázáno a nebyl k němu ani žádný důkaz nabídnut.

Z hlediska dané věci je však právně významné, že žalovaný v řízení prokázal, že žalobci nebyli vystaveni odlišnému zacházení, jestliže v době tvrzeného incidentu byli obslouženi v restauraci jiní Romové a jestliže, jak bylo zjištěno z doplňující výpovědi svědkyně Petry Lapáčkové, byli Romové v restauraci běžně obsluhováni [...] při hodnocení průběhu incidentu a jeho důvodů přihlížel odvolací soud i k rozporům ve výpovědi žalobců samotných [...] námitku žalobců, že k těmto rozporům došlo z důvodu časového odstupu od incidentu do jejich výslechu před soudem prvního stupně, pokládá odvolací soud za nedůvodnou již vzhledem k tomu, že žalobci byli na danou situaci připraveni, jestliže, jak sami uvádí, šli do restaurace se záměrem testovat, zda v ní nedochází k diskriminaci Romů. Ze shora uvedeného vyplývá, že žalovaný v řízení prokázal, že nedošlo k porušení „zásady stejného zacházení“ se žalobci, že k neobsloužení žalobců nedošlo z důvodu rasové diskriminace a nedošlo tak k zásahu do jejich osobnostních práv.“

Komentář: Rozhodnutí patří mezi první, v nichž bylo aplikováno ustanovení o tzv. „přesunu“ důkazního břemene. Rozhodnutí Krajského soudu v Hradci

Králové a rozhodnutí Vrchního soudu v Praze jako soudu odvolacího ukazují, že obecné soudy si vždy vykládaly ustanovení § 133a OSŘ shodně s pozdějším výkladem Ústavního soudu ve věci sp. zn. Pl. ÚS 37/04 (návrh na zrušení ustanovení § 133a odst. 2 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu). Tento tzv. „přesun“ je soudy chápán jednoznačně spíše jako „rozdělení“ důkazní povinnosti ve věcech ochrany před diskriminací, kdy žalobce prokazuje rozdílné zacházení, a důkazní povinnost žalovaného spočívá v úsilí vyvrátit zákonem předpokládanou domněnku, že důvodem tohoto odlišného zacházení byl rasový nebo etnický původ žalobce, a to zejména tak, že uvede jiný oprávněný důvod tohoto rozdílného zacházení. V uvedeném případě, kdy důvodem tvrzeným žalovaným byla rezervace pro jiné hosty, dospěly soud první a druhé instance každý k opačnému závěru, pokud se týče hodnocení skutkových okolností. Zatímco Krajský soud v Hradci Králové konstatoval, že žalovaný neunesl důkazní břemeno, když vyhodnotil důkazy o rezervaci jako rozporné a nepřesvědčivé, dospěl Vrchní soud ke zcela opačnému závěru a uzavřel, že žalovaný úspěšně prokázal, že k rasové diskriminaci nedošlo. Vrchní soud v Praze si provedl vlastně znovu dokazování. Rozhodujícím doplněním podporujícím jeho závěr, že důvodem neobsloužení skutečně byla rezervace a nikoliv etnický původ žalobců, potom byly důkazy svědčící pro to, že v restauraci byli Romové běžně obsluhováni. S tímto zjištěním zacházel soud jen jako s podpůrným argumentem. Diskriminační důvod zacházení s jednotlivcem by jinak samozřejmě nebylo možno vyvrátit pouze a jedině tím, že s jinými jednotlivci se diskriminačně nezacházelo. Ačkoliv se tedy nemusíme nutně ztotožnit se skutkovým hodnocením, k němuž dospěl soud prvního, nebo naopak druhého stupně, nelze ani jednomu z nich vytknout nedostatek logické dedukce nebo že by hodnocení důkazů spočívalo na nesprávném právním posouzení věci. Oba soudy přitom rozhodovaly podle stejných ustanovení ve stejném případě, a oba aplikovaly ustanovení § 133a z formálního právního hlediska stejně. Z uvedených důvodů ani nebylo ve věci podáno dovolání, ačkoliv bylo z formálního hlediska přípustné.

4.9. Městský soud v Praze: k rovnosti odměňování

Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 1. 3. 2006, č.j. 13 Co 399/2005-101, nepublikováno

Rovné odměňování žen a mužů za stejnou práci nebo práci stejné hodnoty, přímá diskriminace v odměňování, přesun důkazního břemene.

Relevantní ustanovení:

- čl. 141 odst. 2 SES [rovné odměňování mužů a žen]
- § 1 odst. 3 ZPr 1965
- § 4a odst. 2 zákona č. 1/1992 Sb., o mzdě, odměně za pracovní pohotovost a o průměrném výděлку
- § 133a OSŘ

Související rozhodnutí:

- nález ÚS ze dne 26. 4. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 37/04, č. 419/2006 Sb.

K věci: Žalobkyně má osmnáctiletou praxi ekonomky v bankovních institucích. Na konci srpna 1999 ukončila svůj předchozí pracovní poměr a k 1. září nastoupila na uvolněnou pracovní pozici ekonomky v makléřské společnosti. Když porovnávala svůj plat s platem, který pobíral na této pozici její předchůdce – muž v roce 1998 – zjistila poměrně výrazný rozdíl v objemu roční odměny. V roce 2001 jí dal zaměstnavatel výpověď z důvodu podle § 46 odst. 1 písm. c) zákoníku práce, kterou v jiném řízení žalobkyně napadla žalobou na určení neplatnosti. Kromě toho podala v roce 2003 proti svému bývalému zaměstnavateli také žalobu z důvodu platové diskriminace.

Ustanovení § 1 odst. 3 zákona č. 65/1965 Sb., zákoníku práce stanovilo:

„Zaměstnavatelé jsou povinni zajišťovat rovné zacházení se všemi zaměstnanci, pokud jde o jejich pracovní podmínky včetně odměňování za práci a jiných peněžitých plnění a plnění peněžité hodnoty, [...]“

Ustanovení § 4 odst. 1 zákona č. 1/1992 Sb., o mzdě stanovilo:

„Mzdu se rozumí peněžité plnění nebo plnění peněžité hodnoty (naturální mzda) poskytovaná zaměstnavatelem zaměstnanci za práci, a to podle její složitosti, odpovědnosti a namáhavosti, podle obtížnosti pracovních podmínek, pracovní výkonnosti a dosahovaných pracovních výsledků. Za mzdu se nepovažují další plnění poskytovaná v souvislosti se zaměstnáním, zejména náhrady mzdy, odstupné, cestovní náhrady, výnosy z kapitálových podílů (akcií) nebo dluhopisů a odměna za pracovní pohotovost.“

Ustanovení § 4a odst. 1 zákona č. 1/1992 Sb., o mzdě stanovilo:

„Podmínky pro poskytování mzdy musí být stejné pro muže a ženy. Zaměstnancům, kteří vykonávají stejnou práci nebo práci stejné hodnoty, přísluší stejná mzda. Stejnou práci nebo práci stejné hodnoty se rozumí práce stejné nebo srovnatelné složitosti, odpovědnosti a namáhavosti, která se koná ve stejných nebo srovnatelných pracovních podmínkách, při stejných nebo srovnatelných pracovních schopnostech a pracovní způsobilosti zaměstnance a při stejné nebo srovnatelné pracovní výkonnosti a výsledcích práce, a to v pracovním poměru ke stejnému zaměstnavateli.“

Ustanovení čl. 141 odst. 2 Smlouvy o založení Evropského společenství stanoví:

„Odměnou“ ve smyslu tohoto článku se rozumí obvyklá základní či minimální mzda nebo plat a veškeré ostatní odměny, jež zaměstnavatel přímo nebo nepřímo, v hotovosti nebo v naturáliích vyplácí zaměstnanci v souvislosti se zaměstnáním.

Rovnost odměňování mužů a žen bez diskriminace na základě pohlaví znamená, že:

(a) se odměna za stejnou práci vypočítává při úkolové mzdě podle stejné sazby;

(b) časová odměna za práci je stejná na stejném pracovním místě.“

V řízení před Obvodním soudem pro Prahu 1 žalovaná společnost namítala, že žalobkyně sice přebírala agendu po ekonomovi, který odešel do důchodu, ale nikdy ji nevykonávala v celém rozsahu. Podle žalované společnosti se náplň práce obou do určité míry lišila, kvantitativně i kvalitativně. Postupy odměňování za práci ve společnosti žalovaná vysvětlila tak, že platové ohodnocení se stanoví volnou úvahou podle odpovědnosti, složitosti a namáhavosti práce, podle stupně vzdělanosti, organizační náročnosti, míry odpovědnosti za škody, fyzické, smyslové a duševní zátěže. Dále uvedla, že platy měly určitou historii, zaměstnanci si je přinesli z předchozího zaměstnání. Obvodní soud se přiklonil na stranu žalované a žalobu zamítl. Proti jeho rozhodnutí podala žalobkyně odvolání k Městskému soudu v Praze, v níž napadenému rozhodnutí vytkala neúplnost řízení, nesprávný procesní postup zejména pokud jde o aplikaci ustanovení § 133a OSŘ o přesunu důkazního břemene, nesprávné skutkové a právní hodnocení.

Z rozhodnutí: *„Také pokud jde o platovou diskriminaci z důvodu pohlaví žalobkyně, dospěl odvolací soud ve shodě se soudem prvního stupně k závěru, že tato diskriminace nenastala. Je sice třeba připustit, že Ing. Galonek měl v době předcházející nástupu žalobkyně do funkce ekonomky vyšší plat než ona, nicméně v průběhu řízení také podle názoru odvolacího soudu vyšly najevo skutečnosti, které odlišné finanční ohodnocení práce žalobkyně a práce jejího předchůdce odůvodňují, a to bez ohledu na komparaci osob, o jejichž pohlaví se jedná. V tomto směru považuje odvolací soud obdobně jako soud prvního stupně za klíčové svědectví Ing. Štěpánka, který měl jako nadřízený Ing. Galonka a posléze jako nadřízený žalobkyně nepochybně nejlepší přehled o rozsahu jejich agendy a náplni jejich práce. Z jeho výpovědi bylo zjištěno, že žalovaná sice přebírala v zásadě celou agendu po Ing. Galonkovi, nicméně jejich práce se lišila od práce prováděné jejím předchůdcem zejména co do způsobu vykonávání, resp. co do kvalitativní stránky plněných úkolů.“*

„Práce žalobkyně byla také objemově nižší, než práce předchozího ekonomky, neboť docházelo k postupnému prodeji investičních fondů a tím ke snižování

ni počtu bankovních operací. Uvedený svědek poukázal i na to, že zatímco Ing. Galonek byl v době předcházející jeho odchodu z funkce ekonoma již velmi zkušeným a erudovaným pracovníkem, vykonávala žalobkyně po svém nástupu do této funkce řadu činností poprvé. [...] Z uvedeného vyplývá, že pracovní náplň byla kvalitativně a částečně též kvantitativně odlišná, a nelze odhlédnout ani od toho, že ing. Galonek pracoval ve společnosti žalovaného již několik let, během nichž získal vysokou erudici v jednotlivých činnostech, v důsledku čehož vykonával také funkci zástupce ředitele a byl činný rovněž v managementu.“

Komentář: Rozsudek představuje jedno z prvních rozhodnutí českých soudů ve věcech týkajících se rovného odměňování mužů a žen. Lze na něm demonstrovat některé obtíže, které souvisí s nedotaženou harmonizací českých a evropských právních předpisů a nepřítel velkou ochotou českých soudů k aplikaci evropského práva.

Komparátorem v daném případě je bývalý zaměstnanec, na jehož uvolnění místo žalobkyně nastoupila (Obdobně srov. např. věc 129/79, *Smith* [1980] ECR 1275). Soud porovnává pracovní výkony obou zaměstnanců (dokazování provedl svědeckou výpovědí) a jejich pracovní náplň. Žalobkyně tvrdí, že byly totožné, žalovaná společnost to popírá. Jisté je pouze to, že jde o stejnou pozici. Soud neodděluje objektivní faktory (předpoklady potřebné pro výkon práce na pracovní pozici) od subjektivních (výkony konkrétních porovnávaných pracovníků) a dospívá k závěru o odlišnosti práce obou ekonomů. Není divu, neexistují asi dva jednotlivci, jejichž konkrétní výkony a dovednosti by byly úplně stejné. Uvedený přístup je tak k uplatnění principu rovného odměňování těžko použitelný – fakt, že každý člověk je jedinečný, může pomoci zakrývat případnou platovou diskriminaci.

Soud má těžkou pozici již proto, že také definice zákona o mzdě směřuje objektivní a subjektivní kritéria hodnocení stejné práce. Ta ale neodpovídá definici stejné práce obsažené v čl. 141 odst. 2 Smlouvy SES, který vychází při hodnocení stejné práce striktně z objektivních kritérií (obsahu pracovního úkolu, nikoliv kvalit pracovníka, který jej zastává), a nezahrnuje některá plnění od zaměstnavatele, která je třeba zahrnout do pojmu odměna pro účely posouzení diskriminace z důvodu pohlaví.

Směšování objektivních a subjektivních kritérií nedovoluje soudu identifikovat nekonzistentnost v argumentaci žalovaného. Soud se ztotožňuje s tvrzením žalovaného o kvantitativní odlišnosti práce odváděné porovnávanými ekonomy. Rozsudek v první instanci zmiňuje, že žalobkyně měla sjednaný také vedlejší pracovní poměr u dceřinné společnosti žalované. Pracovní poměr sjednaný u žalované byl tedy pracovním poměrem hlav-

ním. Z rozsudku se nedozvíme, zda tedy porovnávaný ekonom pracoval na vyšší než celý pracovní úvazek, ale i pokud by tomu tak bylo, nešlo by na základě kvantitativního rozdílu o odlišnou práci, ale o stejnou práci na kratší pracovní úvazek, která by měla být odměňována poměrně (srov. např. věc 96/80, *Jenkins* [1981] ECR 911).

Soudní dvůr ES používá pro identifikaci stejné práce a práce stejné hodnoty rovněž objektivní kritéria, která nezahrnují osobní kvality jejího vykonavatele. Platový rozdíl odůvodněný výkonem zaměstnance by byl možný například změnou náplně práce. (K tomu srov. např. věc C-381/99, *Brunnhofner* [2001] ECR I-4961, body 48, 75, 77). Jak při stanovení odměny zohlednit kvalitativní subjektivní aspekt? Odměňování subjektivních výkonů jednotlivých zaměstnanců je možným důvodem neutrálním vůči pohlaví, jímž lze odůvodnit rozdíl v odměňování stejné práce. Ve světle judikatury Soudního dvora ES by ovšem některá odůvodnění uváděná žalovaným v anotovaném případě byla nepoužitelná. Zaměstnankyně musí být schopna identifikovat důvody rozdílu mezi svým platem a platem zaměstnance, který koná stejnou práci. Systém musí stanovit transparentní kritéria příplatků aplikovaná na všechny zaměstnance. Vysvětlení, že platy jsou stanoveny na základě „volné úvahy“ nebo že si je zaměstnanci „přinesli z předchozího zaměstnání“, by proto byly pravděpodobně shledány jako zcela nedostatečné (k tomu srov. např. věc 109/88, *Danfoss* [1989] ECR 3199). Zda takovým odůvodněním (či argumentem, že se nejednalo o stejnou práci) mohlo být pověření mužského zaměstnance dalšími funkcemi, jako je výkon funkce ředitele, nevíme. Soud se k podrobnému ověření objektivních požadavků na výkon práce v dané pozici nedostal.

5. Německá spolková republika

5.1. Spolkový ústavní soud: ústavnost registrovaného partnerství

Rozsudek německého Spolkového ústavního soudu ze dne 17. 7. 2002, sp. zn. 1 BvF 1/01, 1 BvF 1/01, publikováno jako BVerfGE 105, 313–365

Registrované partnerství, rovnost, zákaz diskriminace, ochrana manželství, ochrana dědického práva a vlastnictví.