

PRINCIP ROVNOSTI A ZÁKAZ DISKRIMINACE (NEJEN) VE SPRÁVNÍM PRÁVU

*Michal Bobek**

Může být důchodcům s trvalým bydlištěm na území určité obce poskytnuta sleva na jízdném, zatímco ostatním důchodcům je odepřena?¹ Může obchodník vyžadovat od osob platících platební kartou přírážku ke kupní ceně?² Může zákonodárce omezit výplatu starobního důchodu na případy, kdy oprávněný nepracuje v pracovněprávním vztahu sjednaném na dobu neurčitou?³

Všechny tyto a další otázky mají společného jmenovatele: jedním či hlavním důvodem namítané nezákonnosti je diskriminace. Argument zákazem diskriminace, respektive porušením ústavního principu rovnosti, se v poslední době objevuje v rámci řízení před správními soudy stále častěji. Z dosavadní judikatury, a to jak ústavní, tak správní, vyplývají značné problémy v uchopení tohoto neznámého institutu

Cílem tohoto článku je poskytnout stručný úvod do problematiky rovnost a zákaz diskriminace v kontextu správního práva. První část článku poukáže na problémy spojené s definicí principu rovnosti a představí základní způsoby jeho vnímání. Druhá část pak nabídne test diskriminačního jednání a krátce se zastaví u jeho jednotlivých podmínek.⁴

1. ROVNOST A ZÁKAZ DISKRIMINACE – NEODDĚLITELNÉ PRINCIPY?

Rovnost je společenským ideálem svého druhu. Často vzývána, málokdy popsána, nikdy vyobrazována. Každý z nás již někdy viděl nějakou tu sochu svobody či spravedlnosti, třímající pochodeň či váhy a meč. Co by třímala, v případě, že by existovala, socha rovnosti? Rovnost zůstává omezena na kategorii intuitivní; každý se domnívá, že ví, co je to rovnost, tedy přinejmenším do okamžiku, než je na toto téma položena netriviální otázka. Jestliže se tak stane, odpovědi se budou, především v konkrétním případě, lišit v závislosti na značném množství faktorů – od politického přesvědčení přes historickou zkušenost až po sexuální preference.

Rovnost není, ostatně jako mnoho jiných právních institutů, a priori pojmem právním. Vymezení či stanovení obsahu pojmu rovnosti v konkrétním případě je typickým příkladem okamžiku, kdy je pro účely právního diskurzu využíváno definice poskytnuté jiným normativním systémem. Konkrétní vymezení rovnosti je pak přirozeně určeno tím, co bylo našim referenčním kritériem.

V závislosti na proměnách norem mimoprávních normativních systémů v čase se pochopitelně mění i obsah pojmu rovnosti. Příkladem může být výklad 14. dodatku k ústavě Spojených států amerických Nejvyšším soudem USA. Text prvního odstavce tohoto dodatku, zaručující rovnost v zákonné ochraně všech osob, je od roku 1868 stejný: žádný stát nemůže někomu, kdo spadá do jurisdikce státu, odepřít stejnou zákonnou ochranu.⁵ V kontextu

* Autor je asistentem předsedy Nejvyššího správního soudu a doktorandem na Evropském univerzitním institutu. Myšlenky zde presentované představují výlučně jeho osobní názory. Kontakt: Michal.Bobek@eui.eu

¹ Srov. rozsudek NSS ze dne 20. 12. 2006, čj. 1 As 14/2006-68; č. 1162/2007 Sb. NSS či rozsudek NSS ze dne 16. 3. 2007, čj. 4 As 63/2005-69, www.nssoud.cz

² Rozsudek NSS ze dne 11. 4. 2006, čj. 8 As 35/2005-51, č. 956/2006 Sb. NSS.

³ Rozsudek NSS ze dne 28. 2. 2007, čj. 3 Ads 88/2006-72, č. 1160/2007 Sb. NSS.

⁴ Podstatná část tohoto článku čerpá z práce autora publikované v *Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.) Rovnost a diskriminace*. C. H. Beck: Praha, 2007.

⁵ „[...] Nor shall any state [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” Český překlad viz Listy federalistů, Olomouc: Univerzita Palackého 1995, str. 502.

rovnosti osob různé barvy pleti však toto ustanovení znamenalo v roce 1896 možnost segregovat osoby různé pleti ve veřejných prostorách, tedy režim známý pod eufemistickou zkratkou „*oddělení ale rovni*“.⁶ V padesátých letech minulého století však bylo identické ustanovení vyloženo jako ústavní příkaz desegregace, tedy začlenění osob jiné barvy pleti do většinových bílých škol.⁷ Konečně od 70. let minulého století⁸ až do dnešního dne⁹ je pak to samé ustanovení ústavním základem pozitivních opatření, tedy úmyslného zvýhodňování menšinových kandidátů v přístupu do škol.¹⁰

Do historicky nedávné doby nebyla ostatně ve střední Evropě ústavní zásada rovnosti chápána jako norma právní. V rakouské monarchii¹¹ stejně jako v I. Československé republice¹² byl ústavní požadavek rovnosti považován jen za pouhý apel na zákonodárce, pouhé programové prohlášení. Ústavní požadavek rovnosti tedy nebránil eventuální diskriminaci prováděné zákonodárcem, a měl význam jen pro praxi soudů a orgánů moci výkonné, aby „*tyto orgány, aplikující zákony, nečinily rozdílu, který zákon nečiní*.“¹³ Prvorepublikový Nejvyšší správní soud dokonce dovodil, že ústavní zásada rovnosti před zákonem nezakládá vůbec žádné subjektivní právo.¹⁴

Rovnost je typicky „výkladovou“ hodnotou,¹⁵ která předtím, než je vážena a balancována proti jiným hodnotám, musí nejdřív být vyložena a nabýt tvaru. První otázkou v kontextu rovnosti proto není „rovnost nebo x.“, ale spíše „co je to rovnost“. Tento výklad je přirozeně prováděn na pozadí sociálních, politických, historických a ekonomických faktorů, které jsou proměnlivé v místě a čase.

⁶ Tedy „*separate but equal*“ – *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷ *Brown v. Board of Education (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954) a myriády navazujících soudních rozhodnutí, nařizujících otevření škol a univerzit pro černé studenty, přepisující hranice školních obvodů, nařizující autobusovou dopravu černých dětí do škol v rezidenčních čtvrtích pro bílé atd.

⁸ *University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

⁹ Srov. naposledy *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

¹⁰ Pro vylíčení podobného vývoje obsahu pojmu rovnost ve Velké Británii za posledních 50 let z více subjektivního pohledu, viz *Baroness Hale of Richmond*, *The Quest for Equal Treatment*. [2005] Public Law (Autumn) 571.

¹¹ Viz *Pražák, J.* Rakouské právo veřejné. Díl 1, Právo ústavní. Část 3, Ústava říšská, Praha: Jednota právnická 1902, str. 42 - 43.

¹² Viz ustanovení § 106 odst. 1 a odst. 2 ústavní listiny z roku 1920: „(1) *Výsady pohlaví, rodu a povolání se neuznávají. (2) Všichni obyvatelé republiky Československé požívají v stejných mezích jako státní občané této republiky na jejím území plné a naprosté ochrany svého života i své svobody nehledíc k tomu, jakého jsou původu, státní příslušnosti, jazyka, rasy nebo náboženství. Úchyly od této zásady jsou přípustny jen, pokud právo mezinárodní dovoluje.*“, § 128 odst. 1 tamtéž: „*Všichni státní občané republiky Československé jsou si před zákonem plně rovni a požívají stejných práv občanských a politických nehledíc k tomu, jaké jsou rasy, jazyka nebo náboženství.*“ Kriticky k tomu *Krejčí, J.* Základní práva občanská a rovnost před zákonem, Praha: Orbis (nedatováno, kolem 1930), str. 165 násl. (ukazuje na odlišný přístup v Rakousku po roce 1918, v USA a ve Švýcarsku).

¹³ *Weyr, F.* Československé právo ústavní, Praha: Melantrich, 1937, str. 251.

¹⁴ „*Ustanovení I. věty 1. odst. § 128 ústavní listiny, že všichni státní občané jsou si před zákonem rovni, není právní normou zakládající subjektivní právo pro jednotlivce, nýbrž jen povšechnou zásadou, která nemá významu normativního a jejíž provedení jest zůstaveno zvláštním zákonům, kterými mají býti stanoveny stejné podmínky pro nabývání práv a uplatňování nabytých práv pro všechny státní občany. Zásadou tou jsou toliko vytknuty meze, jež nesmí zákonodárce překročiti, leč za šetření náležitostí pro změnu ústavy v listině ústavní stanovených [...] Z uvedené všeobecné zásady nemohou tedy stěžovatelé dovozovati žádného subjektivního práva.*“ In: nálezný NSS ze dne 17. 12. 1924. Boh. A č. 4241/24.

¹⁵ K výkladovým hodnotám srov. *Dworkin, R.* Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. [2004] 24 O. J. L. S. 1, na str. 8.

2. ZÁKLADNÍ TYPY ROVNOSTI

Jak již plyne z popsaného, rovnost je prchavý a stěží popsatelný ideál, který se brání jakékoliv systematizaci. Kdybychom se však o ni měli přesto pokusit, pak jednotlivé koncepce rovnosti by bylo možné rozdělit na:

- rovnost ve formálním smyslu („formální rovnost“)
- rovnost v materiálním smyslu („materiální rovnost“)
- rovnost příležitostí
- rovnost výsledků

Dříve než se pokusíme jednotlivé typy rovnosti blíže popsat, je vhodné učinit několik zpřesňujících poznámek. Za prvé, výše uvedené členění není přirozeně jediné možné. Není také zdaleka vyčerpávající. V právní filosofii nalezneme mnoho dalších typů rovností, které vznikají vztahem kategorie rovnosti na různé cíle a v různých kontextech: rovnost v přístupu ke zdrojům, rovnost dopadu, rovnost vlivu, rovnost moci a kupříkladu i rovnost „v neštěstí“.¹⁶

Dále nebývá jasné, zda lze rovnost příležitostí a rovnost výsledků považovat za samostatné kategorie či zda se jedná o podskupiny či variace materiální rovnosti. Z didaktických důvodů se nám však zdá vhodnější zabývat se oběma těmito kategoriemi samostatně. Jednotlivé kategorie se navíc v závislosti na úhlu pohledu prolínají nebo překrývají: kupříkladu zvláštní vzdělávání poskytované pouze dětem z problematických rodin je z pohledu jejich přístupu na trh práce opatřením snažícím se o rovnost příležitostí. Snahou je právě dostat tyto problematické děti na „stejnou startovní pozici“ jako děti, které podobný handicap nemají. Z pohledu poskytování vzdělávání ze strany státu se však jedná o rovnost výsledků: určité dobro je přístupné pouze vymezené skupině jednotlivců.

Jednotlivé typy rovnosti se vztahují vždy k určité společenské situaci. Nemají tedy univerzální platnost. Jinými slovy, hodnotová volba pro určitý typ rovnosti ve společenské situaci A neznamená, že stejný typ rovnosti je nutně aplikovatelný na situace B, C a D. Konečně je nutné zdůraznit, že naší snahou je představit jednotlivé typy rovnosti, nikoliv vynášet hodnotové soudy o tom, který z nich je „správný“ či „vhodný“ pro kterou situaci.

2. 1. ROVNOST FORMÁLNÍ

Formální rovnost je, již od dob Aristotelových,¹⁷ postavena na základní premise, že spravedlivě znamená všem stejně. Jedná se o hodnotu důslednosti a předvídatelnosti, která ctí jednotlivce tím, že mezi nimi nečiní rozdíly. Důslednost stejného zacházení je možné přiznat přirozeně pouze těm jednotlivcům, kteří jsou reálně „stejní“. Každé posuzování rovnosti, a to i v kontextu formální rovnosti, začíná výběrem vhodného prvku srovnání. Předmětem zájmu formální rovnosti jsou však pouze „stejní“, tedy okruh jednotlivců, které zahrneme do kategorie „stejní či srovnatelní“. Způsob zacházení s odlišnými však není předmětem zájmu formální rovnosti. Jaký je režim odlišných není určující; určující je pouze to, že je jiný. Náplní formální rovnosti jsou nicméně obě dimenze; stejnému stejně a odlišnému odlišně.

¹⁶ Pro popis prvních zmiňovaných typů rovnosti, srov. *Dworkin, R. Sovereign Virtue. The Theory and Nature of Equality.* Cambridge : Harvard University Press, 2000, především str. 184 – 210. „Rovnost v neštěstí“ bývá populární označení pro teorie distributivní spravedlnosti vyžadující především rovnost všech v negativních dopadech okolností, které jsou mimo dosah svobodné volby jednotlivce. Blíže viz např. *Hurley, S. L. Justice, Luck, and Knowledge.* Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2003.

¹⁷ „Morální rovnost znamená toto: s věcmi, které jsou stejné, by mělo být zacházeno stejně, zatímco s věcmi, které jsou odlišné, by mělo být zacházeno odlišně v poměru k jejich odlišnosti.“ In: *Aristoteles, Etika Nikomachova*, citováno dle anglického překladu *The Nicomachean Ethics*, books I-IX, London : Heinemann, 1934, kniha V., body V.3.1131a-1131b.

Zacházet s odlišným odlišně je logickou korelací požadavku zacházet se stejným stejně. Zacházíme-li se stejným odlišně anebo s odlišným stejně, negujeme počáteční výrok.

Formální rovnost je kategorií abstraktní a individualistickou; nebere v potaz pozadí jednotlivců, sociální původ či dynamiku vývoje. Je to rovnost „statická“, zmražená v čase a prostoru – omezuje se na rovné zacházení se všemi srovnatelnými jedinci v jeden časový okamžik. Stejně tak nebere v potaz reálný dopad aplikovaných ustanovení – pokud jsou určité osoby či situace shledány srovnatelnými, je dané ustanovení aplikováno bez ohledu na to, zda je jeho reálný dopad na jednotlivé jedince či skupiny odlišný. Formální rovnost se zajímá pouze o rovnost *de iure*; rovnost *de facto*, tedy srovnatelný dopad na situaci jednotlivých jedinců, je mimo dosah její pozornosti.

Formální rovnost se v praxi vyskytuje často v oblasti práva procesního: kupříkladu § 106 odst. 2 soudního řádu správního¹⁸ stanoví, že lhůta pro podání kasační stížnosti je dva týdny od doručení rozhodnutí soudu prvního stupně. Tato lhůta platí pro všechny stěžovatele stejně, bez ohledu na to, jaké jsou jejich reálné možnosti v této lhůtě kasační stížnost skutečně podat. Pravidlo je tak pro všechny stejné, a to i přesto, že skutečný dopad stejného pravidla může některého stěžovatele nebo skupinu stěžovatelů znevýhodňovat.

Formální rovnost vypadá na první pohled jako bašta objektivitu a racionality: neutrální pravidlo je vynucováno v případě všech osob stejně. Konsistence v principu formální rovnosti obsažená se navíc zdá jako hodnotově neutrální; stejné musí být podrobena stejnému režimu bez ohledu na preference jednotlivců. Podobný ideál je příliš krásný, než aby mohl být pravdivý. Ani formální rovnost není prostá hodnotových úsudků, které se vkrádají do na první pohled objektivních kategorií.

První z těchto hodnotových úsudků je učiněn již v okamžiku vytváření pravidla: jaké bude pravidlo jako takové? Bude svátkem pátek, sobota nebo neděle? Bude procesní lhůta týdenní, měsíční či šedesátidenní? Každé na první pohled neutrální pravidlo či právní ustanovení má nutně nějakou historii, kulturní pozadí a je výsledkem hodnotového úsudku. Druhý hodnotový úsudek je pak přijímán v okamžiku aplikace pravidla jako takového. Základem formální rovnosti je, jak již bylo uvedeno výše, stejné zacházení se stejnými. Tím však přirozeně problém spíše začíná, než aby byl vyřešen: co je stejné? Co je s čím srovnatelné? Úsudek o srovnatelnosti A s B je esencí hodnotového úsudku: Je žena srovnatelná s mužem? Je platba hotovostí srovnatelná s platbou kreditní kartou? Je víno srovnatelné s pivem pro účely zdanění?

Srovnatelné jsou prvky určité množiny, v případě kterých dojdeme k závěru, že společné prvky převládají nad odlišnými. S ohledem na toto zkoumání je však vhodné zdůraznit dvě okolnosti. Za prvé, při posuzování srovnatelnosti je klíčový účel, pro který srovnáváme, a množina vlastností, které bereme při srovnání v potaz. Jiná odpověď zazní v případě, že posuzujeme způsobilost nevidomého člověka pro písemný test psaný standardním způsobem a jiná v případě zkoušky ústní. Jinou odpověď s ohledem na srovnatelnost muže se ženou získáme, pokud je předmětem našeho zkoumání schopnost obou pracovat jako učitel biologie na střední škole nebo schopnost biologické reprodukce druhu. Stejně tak jinou míru srovnatelnosti hotovosti a kreditní karty dostaneme v případě, kdy je předmětem srovnatelnosti poskytnutí platby za odebrané zboží/službu a kdy zkoumáme srovnatelnost s ohledem na zákonnou povinnost prodávajícího daný typ platby přijmout. Obdobně jako v jiných oblastech lidského zkoumání, i v otázce srovnatelnosti nebývá klíčová odpověď, ale

¹⁸ Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále také s. ř. s.).

otázka, kterou si položíme. Navíc výběr našeho prvku srovnání určuje výsledek našeho zkoumání; pokud dojdeme k závěru, že A není srovnatelný s B, pak odlišné zacházení nemůže pojmově založit nerovnost a tedy ani diskriminaci.

Za druhé, srovnatelné prvky v rámci jedné množiny nejsou od okolního světa neprodyšně uzavřeny. Jednak může jeden prvek náležet do více množin srovnatelnosti: v závislosti na účelu zkoumání může kreditní karta a elektronický platební styk být v jednom ohledu srovnatelný s platbou v hotovosti, v jiném ohledu se šekem. Kategorie srovnatelnosti je navíc jednou z kategorií hodnotících společné znaky; kategorií užší je kategorie totožnosti, kategorií širší může být v kontextu hospodářského práva množina prvků, které jsou spolu v soutěži a kdy zvýhodnění jednoho je zároveň ochranným opatřením na úkor jiného, který nemusí být stejný či srovnatelný, je ale nepřímo znevýhodněn.¹⁹

Samostatný problém pak představuje výběr vhodného prvku srovnání (či komparátoru) v případech, kdy existuje komparátorů více či naopak neexistuje komparátor žádný. Příklady první situace jsou v dnešní společnosti stále početnější; identita jednotlivce již nebývá určována pouze jedním kulturním či společenským okruhem, ale okruhy několika, které se vzájemně překrývají. V takových případech bývá obtížné určit, s kým podobnou osobu srovnat. S kým lze kupříkladu srovnávat muslimskou ženu, která je zahalena šátkem? S muslimským mužem zahaleným šátkem? S křesťanskou ženou zahalenou šátkem? Co je komparátorem v případě trestního postihu análního sexuálního styku mezi homosexuálními muži? Anální styk heterosexuálního páru? Jiný způsob sexuálního styku mezi homosexuály?²⁰

Příkladem situace, kdy chybí jakýkoliv vhodný prvek srovnání, je kupříkladu také těhotenství ženy z pohledu pracovně-právní legislativy. K čemu lze pro účely výkonu práce a pobytu na pracovišti přirovnat těhotnou ženu? Původně bylo srovnání činěno se situací nemocného muže; oba jsou určitým způsobem omezení či nepřítomni na pracovišti. Podobné srovnání se však záhy stalo z politických a společenských důvodů neúnosné. Pro těhotné ženy tak byla stvořena naprosto samostatná kategorie, který není odvislá, tedy není srovnávána s žádnou jinou kategorií.²¹

Posledně zmiňovaný příklad pak odhaluje další z problémů výběru vhodného komparátoru, který je však již v přítomnosti ve výše uvedené fázi vytváření pravidla: o čí pravidlo či o srovnání s kým se jedná? Kritické teorie a z nich především feministický pohled²² namítají, že vzorem či srovnáním je vždy muž. To, co se zdá na první pohled formálně „objektivní“

¹⁹ Srov. kupř. článek 90 Smlouvy o založení Evropského společenství [zákaz ochranného nepřímého zdanění] a jiný okruh výrobků, předvídaný odstavcem 1 (užší okruh „srovnatelných“ výrobků) a odstavcem 2 (širší okruh výrobků, kdy poskytnutí výhody jednomu nepřímo znevýhodní výrobek jiný). Podobné koncentrické okruhy různé míry srovnatelnosti obsahuje též Všeobecná dohoda o clech a obchodu v ustanoveních III:1, III:2 a III:4 – v češtině viz č. 191/1995 Sb., str. 2366 (částka 51).

²⁰ Poněkud překvapivě neváhají někteří soudci podrobovat i tyto otázky detailní analýze – srov. stanovisko soudce McNally ve věci *Banana v. Zimbabwe*, 8 BHRC 345 (2000), kde Nejvyšší soud Zimbabwe dospěl k závěru, že trestní postih „sodomie“, v common law definované jako dobrovolný anální pohlavní styk mezi souhlasícími dospělými muži, neporušuje ústavně zaručený princip rovnosti a právo na soukromí.

²¹ Tuto otázku řešil také Soudní dvůr Evropských společenství – srov. věc C-32/93, *Webb v EMO Air Cargo (UK) Ltd.* [1994] ECR I-3567. Blíže k této otázce viz *Fredman, S. A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed* [1994] 110 LQR 106.

²² Srov. kupř. *Becker, M. E., Prince Charming : Abstract Equality.* [1987] *The Supreme Court Review* 201; *MacKinnon, C., Feminist Unmodified.* Cambridge: Harvard University Press, 1987; obdobně kritické teorie rasy (critical race theories): např. *Williams, P.J. The Alchemy of Race and Rights.* Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1991.

normou tak není nic jiného než aplikace a vnucování mužských standardů, přesněji standardů heterosexuálního bílého muže, všem ostatním skupinám.

Pokud je vnímání formální rovnosti omezeno pouze na požadavek, aby bylo se všemi zacházeno stejně, není blíže specifikováno, co je oním „stejně“. Všem stejně tak může znamenat všem stejně špatně, aniž by došlo k porušení principu rovnosti. Čítankovým příkladem tohoto problému je případ z období desegregace jihu Spojených států amerických koncem 60tých let.²³ Segregace praktikovaná v jižních státech USA znamenala existenci oddělených zařízení jak pro bílé, tak pro černé, mimo jiné i plovárny. Když pak bylo v rámci desegregace vyžadováno, aby se plovárna pro bílé otevřela též pro černé, provozovatel raději plovárnu úplně zavřel, než aby do ní umožnil přístup černochům. Tímto postupem splnil požadavek formální rovnosti: plovárna se stala všem stejně nepřístupná.

Skutečnost, že formální rovnost je, tedy alespoň na první pohled, hodnotově bezobsažná a „neutrální“, je zpravidla vydáváno za její silnou stránku. Výše popsany případ však ukazuje slabinu absence hodnotového ukotvení. Všem stejně může skutečně znamenat všem stejně špatně. Naše intuitivní vnímání rovnosti se proti podobnému postupu brání; je-li argument rovnosti v určitém sporu využit, nebývá to přece proto, aby se situace všech zhoršila, ale proto, aby se situace znevýhodněných zlepšila. Toto tvrzení však neplyne z principu formální rovnosti jako takového, ale z empirické praxe typu sporů, pro které je tento argument využíván.

Princip rovnosti může často být pouze zástupným argumentem pro požadavek redistribuce.²⁴ I zde však záleží na pozadí sporu; skutečnost, že v drtivé většině případů je požadavek rovnosti požadavkem na zpřístupnění určitého statku většímu okruhu jednotlivců, popřípadě všem, ještě neznamená, že v jiných případech nemůže být stejný argument použit proto, aby byl již poskytnutý statek odebrán a nikdo neměl nic. Příkladem prvního typu využití argumentu rovnosti je kupříkladu strategie nároku na stejný plat za stejnou práci – cílem je „dorovnat“ plat znevýhodněného jednotlivce či skupiny na úroveň jiných jednotlivců, kteří odvádějí srovnatelnou práci. Příkladem druhého typu využití argumentu rovnosti může být kupříkladu kontext veřejných podpor. Jestliže stát či veřejný orgán poskytly nezákonnou podporu společnosti A, pak domáhá-li se konkurenční společnost B soudní ochrany, pak to nebývá proto, aby ji byla také poskytnuta podpora, ale proto, aby bylo společnosti A nařízeno veřejnou podporu vrátit. Rovností je tak předchozí rovnovážný stav na trhu, kdy nikdo nedostává nic.

Skutečnost, že tradičním postupem při argumentaci rovností bývá zlepšení situace znevýhodněné menšiny a nikoliv zhoršení situace většiny však neznamená, že by druhý zmiňovaný případ nemohl mít ve středně či dlouhodobé perspektivě za následek účinnou nápravu situace menšiny. Pokud je totiž požadavek formální rovnosti naplněn způsobem „všem stejně špatně“, pak je dosavadní, zpravidla lhostejná většina podrobena horšímu, menšinovému režimu: najednou nemá nikdo přístup do bazénu, najednou by mohl být kdokoli zatčen a vězněn neomezeně dlouho bez soudu. Dosavadní problém menšiny se tak stává problémem všech. Menšina tímto postupem může úspěšně externalizovat problém, kterému je vystavena, a kterému by sama nebyla schopna v systému většinové demokracie čelit. Pokud se problém menšiny stane problémem všech, pak se záhy přelije na politické

²³ *Palmer v. Thompson* (1971) 403 US 217.

²⁴ O. W. Holmes poznamenal již ve dvacátých letech 20. století, že argument rovnosti je využíván jako argument „zbytkový“ v případech, kdy byly všechny ostatní nároky žalobou presentované vyčerpány – *Buck v. Bell* 274 U.S. 200 (1927), na str. 208.

fórum a bude řešen postupy vlastní většinové demokracii. „Všem stejně špatně“ se stává obranným mechanismem menšiny v systému většinové demokracie.

Problému snižování standardu v rámci kategorie formální rovnosti lze nicméně čelit provázáním rovnosti s jinou hodnotou či právem, které nepřipouští snížení již jednou dosaženého standardu. Typickou hodnotou je v tomto případě lidská důstojnost. Lidská důstojnost může naplnit jinak prázdnou nádobu formální rovnosti; rovnost může být vnímána jako extenze požadavku respektování lidské důstojnosti. Všechny lidské bytosti jsou si rovny ve své důstojnosti. Nerespektovat rovnost jednotlivce znamená pošlapávat důstojnost jeho i ostatních.²⁵ Otázka, která se v podobném případě nabízí je však, zda se při podobném hodnotovém provázání bude stále jednat o formální pojetí rovnosti či o primárně hodnotový úsudek vlastní rovnosti materiální.

Provázání rovnosti s lidskou důstojností je svůdným argumentačním postupem. Z něj plynoucí stále rostoucí míra ochrany jednotlivce však může představovat jiný problém: je otázkou, nakolik může v dlouhodobější perspektivě existovat pouze „lineární“ způsob soudcovského rozhodování, tedy stále rostoucí míra právní ochrany, která je provázána s nemožností snížit již jednou dosažený standard.²⁶ Využívání tohoto argumentu rovnosti provázaného s nemožností snížit již jednou dosažený standard pak znamená okamžité rozšíření nejvýhodnějšího režimu, poskytnutého jednomu jednotlivci či skupině, na všechny.²⁷

2.2. ROVNOST MATERIÁLNÍ

Rovnost v materiálním smyslu jde nad rámec stejnému stejně v jednom okamžiku. Situaci posuzuje v její dynamice a kontextu. Jejím obsahem není jenom stejné zacházení v okamžiku distribuce určitého statku (rovnost *de iure*), ale též posouzení dopadu na reálnou situaci jednotlivce (rovnost *de facto*).²⁸ Tyto dvě roviny následně porovnává. Pokud *de iure* rovné zacházení způsobuje faktickou nerovnost, respekt k materiální rovnosti vyžaduje zpětnou korekci právní úpravy. Cílem je rovnost reálná, nikoliv pouze zákonná. Požadavek rovnosti není, jako v případě rovnosti formální, vnímán jako abstraktní kategorie spravedlnosti, ale jako kontextuální pojem, který bere v potaz skutečnou situaci jednotlivce, jeho pozadí, vzdělání, schopnosti, možnosti a především skutečný dopad, který může na první pohled abstraktní a nestranné pravidlo mít.

Rozdíl mezi formální a materiální rovností lze opět nejlépe demonstrovat na příkladě: základní škola X v multietnickém městě Y přijala vnitřní předpis, který nařizuje všem studentům této školy nosit jednotnou školní uniformu. Z hlediska formální rovnosti

²⁵ Vnímání rovnosti skrze lidskou důstojnost je zřetelné ve známém nesouhlasném stanovisku soudce Tanaky k rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ve věci praxe apartheidu ze strany Jižní Afriky na svém poručenském území Jihovýchodní Afriky - *South West Africa Cases*, 1966 ICJ Rep. 6, 248, na str. 309 – 313. V novější judikatuře je propojení rovnosti a lidské důstojnosti zřetelné v judikatuře kanadského Nejvyššího soudu, Ústavního soudu Jižní Afriky a samozřejmě německého Spolkového ústavního soudu, „pravlasti“ moderního pojetí lidské důstojnosti. Blíže viz judikatura anotovaná v *Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.)*, cit. výše, pozn. č. 4, kapitola XII.

²⁶ V kontextu českého Ústavního soudu mohou být zajímavé úvahy na téma, co je v demokratickém právním státě přípustné „omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod“ – srov. náleze ze dne 25. června 2002, sp. zn. Pl. ÚS 36/01, Sb. n. u. US, sv. 26, č. 80, str. 317, publikováno též jako 403/2002 Sb. Kriticky k nálezu pak *Kühn, Z. Kysela, J.* Je ústavou vždy to, co Ústavní soud řekne, že ústava je? (Euronovela Ústavy ve světle překvapivého nálezu Ústavního soudu), *Časopis pro právní vědu a praxi*, sv. 10, 2002, č. 3, str. 199-214.

²⁷ Srov. *Manolkidis, S. K.*, *Granting Benefits Through Constitutional Adjudication : the Extension of the Most Favourable Norm in Greece and Italy*. Thessaloniki : Sakkoulas Publications, 1999.

²⁸ Srov. *Alexy, R.* *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, str. 276 a násl.

nepředstavuje toto pravidlo problém: všichni srovnatelní jedinci (žáci školy X) jsou podrobena stejnému zacházení. Z pohledu materiální rovnosti se však již o problém jednat může. Škola X je školou multietnickou, kde jsou žáci různých národností a náboženského vyznání, mimo jiné křesťané, židé, muslimové či sikhové. Na první pohled neutrální pravidlo tak dopadá v materiálním ohledu jinak na dítě křesťanské či židovské, pro které je školní uniforma pouze variací běžného civilního oblečení. Pokud však chce kupříkladu muslimská dívka respektovat náboženský kánon a chodit do školy zahalena závojem, stejně jako chce sikhský chlapec chodit do školy s turbanem coby pokrývkou hlavy, předepsaná školní uniforma jim to neumožňuje. Formálně stejné pravidlo tak dopadá materiálně jinak na určitou skupinu jednotlivců.²⁹

Jiným příkladem by mohlo být paušální vyloučení bezplatné právní pomoci v situaci opravného prostředku s povinným zastoupením advokátem (advokátní přímus). Paušální aplikace tohoto pravidla zaručuje formální rovnost (nikdo nemá nárok na bezplatnou právní pomoc). Faktický důsledek podobného opatření by však byl odlišný: zatímco bohatí opravný prostředek podat mohou, pro chudé by se stalo podání opravného prostředku nedostupné.³⁰

2.3. ROVNOST PŘÍLEŽITOSTÍ

Jak již bylo zmíněno výše, rovnost příležitostí lze považovat za jistou podskupinu či extenzi materiální rovnosti. Z didaktických důvodů je ji však vhodné odlišovat, neboť se zaměřuje na určitý aspekt rovnosti – rovnost přístupu či rovnost příležitostí. Základní myšlenkou je poznání, že skutečné rovnosti nemůže být nikdy dosaženo, pokud mají jednotliví jedinci odlišné startovní pozice. Například děti ze sociálně znevýhodněných menšin se mohou jen velmi obtížně prosadit ve školách v situaci, kdy do základní školy nastupují jen s velmi špatnou znalostí jazyka, ve kterém výuka probíhá.

Cílem rovnosti příležitostí tak je diagnostikovat rozdíly mezi jednotlivci a tyto následně postavit na stejnou startovní čáru. Rovnost příležitostí tak již, na rozdíl od materiální rovnosti a přirozeně též rovnosti formální, implikuje aktivitu, typicky ze strany vlády či veřejné moci. Neomezuje se na konstatování nerovnosti, ale aktivně hledá možnosti, jak odlišnost setřít a dát všem stejné startovní šance, případně tyto šance přinejmenším přiblížit.³¹

V praktické rovině rovnost příležitostí vyžaduje či ospravedlňuje zvláštní programy a cílenou pomoc hůře profesně či společensky situovaným jednotlivcům, ať se již jedná o zvláštní vzdělávací programy pro děti ze sociálně slabších či jinak postižených rodin či kupříkladu zvláštní kurzy pro zvyšování kvalifikace sociálně nepřizpůsobivých občanů či občanů dlouhodobě nezaměstnaných a zlepšení jejich vyhlídek na trhu práce apod. Základem podobného postupu pak bývá úsilí o zmenšení rozdílů mezi znevýhodněnými a většinovou populací. Některé ambicióznější programy se snaží jedince z určité sociální skupiny cílenou pomocí dostat na stejnou startovní úroveň, jako zástupce „většinové“ společnosti.

Ideu rovnosti příležitostí lze kritizovat z vícero pohledů. Je přirozeně otázkou, nakolik je rovnost příležitostí skutečným řešením a nakolik se jedná o nákladnou iluzi sociálního

²⁹ Srov. blíže diskusi k podobným problémům v kontextu náboženské svobody a rovnosti v Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.), cit. výše, pozn. č. 4, kapitola XI.

³⁰ Příklad na základě nálezu německého Spolkového ústavního soudu ve věci BVerfGE 2, 336 – „Armenanwalt“ (1953).

³¹ Toto přesvědčení vyjádřil ve svém známém projevu americký prezident Lyndon Johnson v roce 1965: „[...] nestačí otevřít brány příležitosti. Všichni občané musí mít také schopnost touto branou projít.“ Citováno dle Fredman, S. *Discrimination Law*. Oxford : Oxford University Press, 2002, str. 15.

inženýrství.³² Rovnost příležitostí se navíc vždy nutně realizuje na náklady celé společnosti. Jedná se někdy i o ekonomicky nákladné podniky, které jsou definičně vyhrazeny pouze úzké skupině lidí. Neoliberální teoretici kritizují, že veřejná moc v podobných případech opouští roli strážce rovnováhy a začíná aktivně jednat a aktivně se zapojovat.³³

2.4. ROVNOST VÝSLEDKŮ

Rovnost příležitostí se v závislosti na úhlu pohledu plynule přelévá v rovnost výsledků. Představme si kupříkladu opatření vlády, kterým jsou financovány zvláštní vzdělávací programy pro příslušníky definovatelné menšiny X, která je kvalifikována jako problémová s vysokou strukturální nezaměstnaností. Jestliže se na podobný program díváme s ohledem na rovnost v přístup na trh práce, pak lze opatření vlády kvalifikovat jako snahu o dosažení rovnosti příležitostí; zvláštním, dodatečným vzděláváním mají být zlepšeny vyhlídky příslušníků menšiny na trhu práce. Posuzujeme-li ale stejné opatření s ohledem na přístup ke vzdělání jako takovému, pak se zřejmě jedná o rovnost výsledku: v přístupu ke vzdělání jsou zvýhodněni pouze příslušníci menšiny, tj. určitý statek (vzdělání) je distribuován pouze jim. Rozdíl mezi oběma ideálními typy rovnosti je tak třeba posuzovat právě s ohledem na typ soutěže, na kterou se naše zkoumání vztahuje.

Provázání rovnosti výsledků s distribucí statků ve společnosti je více než zřejmé; tento typ rovnosti může do značné míry chybějící redistribuci ve společnosti nahrazovat. Není náhodné, že vnímání rovnosti jako rovnosti výsledků se zrodilo a je prováděno ve společnostech, jako jsou Spojené státy americké či Indie, kde větší míra obecné redistribuce statků formou daní, sociálních dávek apod. je minimální či chybí úplně. Příklon k rovnosti výsledků a systému kvót, vyhrazených míst či zvláštního zacházení tak může do značné míry nahrazovat chybějící redistribuci skrze státní či veřejné rozpočty. Redistribuce v tomto kontextu přirozeně nemusí znamenat pouze peněžní plnění. Distribuovaným statkem se může stát vzdělání, pozice ve veřejné správě, politická participace apod.

Je také zřejmé, že rovnost výsledků stojí v opozici k rovnosti formální; zatímco formální rovnost je založena na abstraktním pojetím rovnosti, individualismu a přísné neutralitě státu a veřejné moci,³⁴ rovnost výsledků bere programově v potaz konkrétní pozadí jednotlivce, jeho příslušnost k určité skupině a vyžaduje pro danou skupinu celkové výsledky odpovídající zastoupení dané skupiny ve společnosti. Rovnost výsledků však sama o sobě nevyžaduje, aby stát začal pozitivně jednat ve prospěch znevýhodněných skupin. Nelze ji proto bez dalšího ztotožňovat s pozitivními opatřeními. Tento typ rovnosti nám totiž pouze říká, na co se má naše zkoumání zaměřit: má to být výstup a porovnání rovného rozdělení výsledků v cíli.

Z vnímání rovnosti jako rovnosti výsledků však ještě neplyne nutnost činit pozitivní opatření ve prospěch znevýhodněné skupiny. To je až krok další, který plyne z politického rozhodnutí dosáhnout rovnější distribuce výsledků. Lze si také představit situaci, kdy určitý výstup (například podíl žen ve vyšších funkcích ve veřejné správě) posuzujeme z hlediska rovnosti

³² Zvláštní program či zvláštní vzdělání se snaží s určitým zpožděním postrčit znevýhodněného jednotlivce do pozice, kde mohou, ale již dávno nemusejí být ostatní. Celý proces se tak může podobat příslovečnému závodu zajíce se želvou, tentokrát však s příhodnou otázkou, kdo je zajíc a kdo želva (srov. paradoxy (aporie) Zenóna z Eleje na téma neexistence pohybu).

³³ Pro kritickou analýzu koncepce rovných výchozích podmínek („*Startgerechtigkeit*“) srov. *Von Hayek, F.A.*, Právo, zákonodárství a svoboda. Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie, Praha: Academia, 1991, str. 211 a násl.

³⁴ *Fredman, S.* After Kalanck and Marshall: Affirming Affirmative Action. *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, volume 1, 1998, str. 199, na str. 200. S. Fredman nazývá tento typ rovnosti „symetrickou“ rovností.

výsledků, nicméně žádná pozitivní opatření nenásledují (chybí k nim politická vůle). Rovnost výsledků však poskytuje morální zdůvodnění pozitivních opatření.³⁵

Rovnost výsledků je „kolektivní“ rovností; určujícím faktorem tak není jednotlivec, ale situace určité skupiny. Příslušnost jedince k určité skupině je pak dostatečným důvodem pro shledání nerovnosti, presumpci diskriminace apod.

Zajímavým aspektem rovnosti výsledků je role a význam statistiky. Rovnost výsledků se neopírá o zjištění nerovnosti v každém konkrétním případě, ale o celkovou nerovnost na výstupu (v cíli). Rozhodujícím argumentem tak kupříkladu není, že paní X.Y. byla ve výběrovém řízení na manažerku společnosti Z znevýhodněna, ale skutečnost, že ve vrcholných manažerských pozicích je přítomno (kupříkladu) pouze 7 % žen. Cílem je rovnoměrnější rozdělení statků ve společnosti bez ohledu na konkrétní případ. Argumentace statistikou a statistickými výstupy tak nabývá naprosto nového rozměru. Není ale bez zajímavosti, že podobný styl „argumentace statistikou“ jako rozhodujícím argumentem bývá omezen pouze na případy se silnými aspekty redistribuce, především v oblasti ekonomických a sociálních práv.³⁶

Je zřejmé, že i v rámci rovnosti výsledků lze nalézt mnoho slabin. Nejčastější výhradou je ta, že je nesprávné zabývat se výsledky a nikoliv příčinou. Přístup k rovnosti jako rovnosti výsledků bývá svůdně jednoduchý; výstup ve formě procent, počtu či podílu je relativně snadné kvantifikovat. Stejně tak lze poměrně lehce „přidělit“ vyšší kvótu, či tabulkově zvýšit podíl té či oné skupiny. Co se však neřeší, jsou příčiny zaostávání či znevýhodnění. Ve zkratce řečeno, rovnost výsledků často nebývá optimálním postupem pro řešení strukturálních problémů a jejich dlouhodobou nápravu.

Liberální filosofie rovnost výsledků (a i rovnost příležitostí) napadá z mnoha pozic, mimo jiné také jako zásadní popření svobodné volby jednotlivce.³⁷ Rovnost výsledků totiž nerozlišuje mezi jednotlivými důvody nerovnosti; není rozhodné, tedy přesněji řečeno není zjišťováno, zda se jednatel ocitl v nerovné pozici v důsledku faktorů, které jsou mimo jeho volbu a kontrolu (pohlaví, barva pleti), anebo v důsledku faktorů, nad kterými kontrolu má či měl (množství času věnovaného studiu, píle apod.). Rovnost výsledků a často také rovnost příležitostí poskytne jednotlivci ze znevýhodněné skupiny určitý statek bez ohledu na to, zda měl či neměl reálnou možnost tohoto statku dosáhnout vlastní pílí či příčiněním. Kupříkladu menšinový kandidát může být přijat na univerzitu díky zvláštnímu zacházení i přesto, že by býval měl možnost splnit běžná kritéria přijetí vlastní pílí při práci na střední škole, kterou

³⁵ Srov. diskusi na toto téma v nálezu slovenského Ústavního soudu ze dne 18. 10. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 8/04, publikováno jako č. 539/2005 Zb. z., mezi většinovým stanoviskem a odlišným stanoviskem soudců L. Gajdošíkové, J. Horvátha a A. Bröstla, na kterých je patrný hluboký rozpor v pojetí rovnosti v kontextu posuzování ústavnosti vyrovnávacích opatření mezi většinou a menšinou soudu.

³⁶ S ohledem na zemi, kde tento styl argumentace před soudními orgány také započal, tedy Spojené státy americké, srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci *McCleskey v. Kemp* 481 U.S. 279 (1987), kde Nejvyšší soud podobný styl argumentace vyloučil v kontextu trestního řízení. Příklad se týkal revize trestu smrti uloženého černému obžalovanému za loupež a vraždu bílého policisty. Právní zástupci obžalovaného nechali zpracovat četné statistické studie, které dokazovaly, že pravděpodobnost trestu smrti uloženého černému pachateli za zabití bílého policisty byla 4,3 vyšší než při zabití černého policisty. Z toho dovozovali systémovou diskriminaci v rámci trestního řízení ve státě Georgia, ve kterém byl obžalovaný odsouzen, proti obžalovaným černé pleti. Nejvyšší soud došel k závěru, že podobný důkaz je v kontextu trestního řízení nedostatečný. Srov. v tomto kontextu nesouhlasné stanovisko soudce Brennana, který mimo jiné poukázal na to, že podobný „důkaz“ by byl v kontextu řízení o „civilních právech“ přípustný.

³⁷ Srov. shrnutí základních liberálních argumentů v *Sadurski, W.* Majority Rule, Legitimacy and Political Equality. EUI Working Paper LAW No. 2005/21, Firenze : European University Institute, 2005, str. 20 – 30 (přístupné online na <http://cadmus.eui.eu>).

však neměl a namísto toho raději surfoval. Jeho objektivní znevýhodnění v okamžiku přijímání na vysokou školu tak ve skutečnosti není dáno vnějšími a jím nezpůsobenými faktory, ale jeho vlastní volbou. Pokud je i za podobné situace určité osobě z menšinové skupiny určitý statek či přístup ke statku v podstatě automaticky „udělen“, dochází k popření následků svobodné volby a odpovědnosti za ni. Pro překonání tohoto (obecně uznávaného) nedostatku proto zastánci egalitářských přístupů tvrdí, že skutečná rovnost výsledků (či rovnost příležitostí) by měla negovat pouze typy nerovností, které jsou mimo kontrolu a tím pádem svobodnou volbu jednotlivce (rasa, sexuální orientace, pohlaví apod.). Za ostatní volbu a případné znevýhodnění by měl i menšinový jedinec nést plnou odpovědnost.³⁸

3. TEST DISKRIMINACE

Jak již vyplývá z předchozího textu, ústavní princip rovnosti stejně tak jako zákaz diskriminace jsou kategorie neurčité a výkladové. Posuzujícímu subjektu, ať se již jedná o správní orgán či soud, ponechávají tyto kategorie značnou míru uvážení. Právě za účelem omezení této široké míry úvahy byly v různých právních řádech vyvinuty rozličné testy či „algoritmy“ přezkumu, které mají za účel omezit úvahu soudce a svázat jej objektivnějšími kategoriemi při posuzování toho, které kategorie jsou srovnatelné či kdy dochází k nedůvodné diskriminaci. Srovnáním nejrozličnějších zahraničních vzorů³⁹ můžeme dojít k závěru, že o přímou diskriminaci se jedná vždy tehdy, kdy dochází:

- 1/ k vyčlenění srovnatelného jednotlivce nebo skupiny,
- 2/ ze zakázaného („podezřelého, neospravedlnitelného“) apod. důvodu,
- 3/ které mu je k tíži (uložením břemene nebo odepřením dobra) a
- 4/ které není možné ospravedlnit, tj.
 - (i) je dána buď absence možného důvodu ospravedlnění (veřejného, legitimního zájmu)
 - (ii) anebo je zásah nepřiměřený (disproporcionální).

Před bližší diskusí jednotlivých podmínek je vhodné učinit poznámku terminologickou a rozlišovat mezi členěním (klasifikací), diskriminací a ospravedlněnou diskriminací. Český jazyk, na rozdíl od angličtiny či latiny, dává výrazu „diskriminace“ negativní konotaci. V původním významu latinského „*discriminare*“ se však jedná o pouhé rozdělování či rozlišování. V češtině se o diskriminaci, tedy kvalifikované a protiprávní jednání, bude jednat pouze tehdy, pokud budou naplněny první tři výše uvedené podmínky: tedy bude ve srovnatelných případech docházet k vyčleňování ze zakázaného důvodu, které jde k tíži určitého jednotlivce či skupiny osob. Pokud nebude některá z podmínek naplněna (kupříkladu se nebude jednat o srovnatelné situace či osoby), pak se nejedná o diskriminaci, ale o běžné rozlišování, které je charakteristické pro jakoukoliv legislativní činnost. I pokud se však o diskriminaci jednat bude, tedy budou naplněny všechny první tři podmínky, pak toto, v prvotním posouzení protiprávní jednání, je stále ještě možné ospravedlnit za podmínky, že je dán naléhavý veřejný zájem a zásah není nepřiměřený.

3.1. SROVNATELNÁ SITUACE ČI OKRUH OSOB

³⁸ Viz např. *Roemer, J. E.* Equality and Responsibility [1995] 20 Boston Review, přístupné online <http://www.bostonreview.net/BR20.2/roemer.html> [naposledy navštíveno dne 23. 08. 2007]. V praxi však bývá problematické, či spíše nemožné, oddělit znevýhodnění, která plynou ze skutečností mimo jedincovu kontrolu, od znevýhodnění ostatních. Úspěch podobného postupu by vyžadoval schopnost přesně destilovat všechny společenské příčiny a následky.

³⁹ Srov. srovnávací analýzu provedenou v *Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.)*, cit. výše, pozn. č. 4, kapitola II (str. 43 - 47).

Jak již bylo řečeno výše,⁴⁰ srovnatelnost a volba našich prvků srovnání určuje výsledek celého posouzení existence diskriminace. Dojdeme-li k závěru, že určité prvky nejsou srovnatelné, pak další přezkum končí. Srovnávání vytváří množinu určitých prvků, u kterých konstatujeme, že jejich společné vlastnosti převládají nad odlišnými, a proto patří, s ohledem na posuzovaný cíl, do stejné množiny. Podáme-li si příklad na základě výše citované kauzy příplatku za platbu platební kartou,⁴¹ pak prvky srovnání jsou platební karta na straně jedné a hotovost na straně druhé. Co nám chybí je prvek či cíl srovnání, s trochou latiny tedy komparátor, *relátor* či *tertium comparationis*.⁴²

Situaci si lze představit jako kresbu trojúhelníku, u kterého máme oba body základny, ale chybí nám bod třetí, tedy „špička“. Právě umístění špičky pak určí velikost celé konstrukce a množiny srovnatelných prvků: jinou množinu lze získat, pokud budeme tvrdit, že naším prvkem srovnání je, zda je prodávajícímu v rámci plnění z kupní smlouvy poskytováno protiplnění, tedy zda platba kartou naplňuje ekonomický smysl smlouvy. Pak by odpověď zněla zřejmě ano a množina našich srovnatelných prvků by byla ještě větší; zahrnovala by nejen hotovost a platební kartu, ale i třeba šek nebo barterový obchod. Na druhou stranu, pokud zvolíme jako cíl srovnání povinnost prodávajícího přijmout daný platební prostředek, tedy jeho zákonnou povinnost určitý typ platidla přijmout,⁴³ pak se pochopitelně okruh srovnatelných platebních prvků radikálně zúží.

I výběr cíle srovnání je pochopitelně svázán základními principy formální logiky a musí být zdůvodnitelný. Nejčastěji se bude jednat o cíl srovnání daný právní úpravou, v rámci které se vykládající orgán pohybuje. To však nevyklučuje značné uvážení aplikujícího orgánu při jeho výběru či specifikaci; jak vyplývá z výše uvedeného příkladu platební karty, míra abstrakce zvoleného prvku srovnání je klíčová.

3.2. DŮVOD VYČLENĚNÍ

Je relevantní důvod, ze kterého zákonodárce či moc výkonná ve své rozhodovací praxi vyčleňuje a znevýhodňuje určitou osobu či skupinu osob? Měly by být odlišně posuzovány situace, kdy zákonodárce uloží trojnásobnou daňovou povinnost majitelům automobilů značky Ferrari anebo když stejnou povinnost uloží občanům rómské národnosti? Měl by být činěn rozdíl mezi případy, kdy je rozlišováno na základě kritérií typu rasa, pohlaví, náboženské přesvědčení na straně jedné a kupříkladu výše daňového základu za uplynulé zdaňovací období, místo trvalého bydliště či vlastnictví (dispozice) platební kartou na straně druhé?

Důvod vyčlenění je jádrem testů diskriminace. Vznik a ústavní prosazování principu rovnosti je reakcí na určité typy společenského znevýhodňování a stigmatizace. Často se jedná o stigmatizaci, která významným způsobem pošlapává lidskou důstojnost a má zřetelné historické kořeny; nápis „Židům vstup zakázán“ na dveřích restaurace má naprosto jiný význam a kontext než nápis „Vstup v krátkých kalhotách zakázán“. V obou případech zakazujeme vstup určité skupině lidí; důvod vyčlenění je však odlišný a poselství s nápisem spojené taktéž.

⁴⁰ Bod 2.1.

⁴¹ Cit. výše, pozn. č. 2.

⁴² *Knapp, V.* Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy. C. H. Beck : Praha, 1996, s. 2 – 6.

⁴³ Povinnosti přijmout zákonné platidlo v maximálním předepsaném množství, stanovená zákonem č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů, respektive vyhláškou České národní banky č. 37/1994 Sb., kterou se stanoví postup při příjmu peněz a nakládání s nimi a při poskytování náhrad za necelé a poškozené bankovky a mince, ve znění pozdějších předpisů.

Důvody vyčlenění relevantní pro českou aplikační praxi jsou demonstrativním způsobem stanoveny v čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod,⁴⁴ čl. 14 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod⁴⁵ a prozatím tedy spíše ve formě inspirace, v čl. 21 Charty základních práv Evropské unie. Ve všech případech se jedná o demonstrativní výčet, který může být doplňován judikaturou soudní.

Dosavadní judikatura českých soudů, na rozdíl od soudů zahraničních,⁴⁶ rozdíly mezi jednotlivými typy vyčlenění nečiní. V judikatuře Ústavního soudu⁴⁷ lze pozorovat zajímavý trend: „klasické“ diskriminační důvody (rasa, pohlaví, náboženství) se v judikatuře vyskytují pouze okrajově či vůbec, naproti tomu důvody ryze ekonomické, fiskální či komerční, které by kupříkladu v některých státech pod diskriminaci vůbec nespádaly, příp. by byl jejich přezkum velice volný, jsou centrálním tématem. Jedním z hlavních nedostatků dosavadní judikatury Ústavního soudu je, dle mého názoru, nečinění jakéhokoliv rozdílu mezi jednotlivými diskriminačními důvody: skutečně by měla být rasová diskriminace posuzována stejně, jako kupříkladu rozlišování cukrovarů na strategické a nestrategické⁴⁸ či množství přidělených mléčných kvót⁴⁹? V případě že ano, co je v případech kvót cukrovarů, mlékárnám či pivovarům relevantním diskriminačním důvodem a proč?

Problém, který vzniká při nerozlišení jednotlivých důvodů diskriminace, je nasnadě: šíře přezkumu aktů moci zákonodárné a výkonné ze strany soudů je pak v podstatě neomezená. Jestliže může jakékoliv vyčleňování založit diskriminační jednání, pak je jakýkoliv akt, který rozlišuje mezi subjektem A a B, potenciální diskriminací. Zákonodárci se tak radikálně zužuje pole úvahy a jakoukoliv svoji legislativní volbu je povinen ospravedlnit.

3.3. ZNEVÝHODNĚNÍ

Identifikace znevýhodnění, které je důsledkem a zároveň definičním znakem diskriminace, nebývá v praxi problematické. Znevýhodnění může mít přirozeně charakter jak odepření nějakého statku (kupř. přístup k dávkám sociálního zabezpečení), tak uložení dodatečného břemene, které většina není nucena nést (kupř. vyšší zdanění).

Problematickou může být situace, kdy dojde ke střetu subjektivního a objektivního vnímání znevýhodnění, kdy tedy kupříkladu se jednotlivec (subjektivně) domnívá, že je znevýhodněn, ač tento názor není sdílen většinou, či naopak: většina si myslí, že ke znevýhodnění dochází, ač jednatel (či znevýhodněná skupina) to tak vůbec vnímat nemusí. Posledně jmenovaný střet mezi subjektivním a objektivním nazíráním je charakteristický pro problém paternalismu: většinová společnost se domnívá, že určité opatření je diskriminační a škodí menšině, avšak vnímání menšiny může být odlišné. Příkladem může být otázka povinného nošení muslimského šátku na veřejnosti pro ženy v západní společnosti. Povinnost zahalovat obličej je v právu západoevropských zemí a též v judikatuře Evropského soudu pro lidská práva tradičně vnímána jako diskriminační opatření, které škodí rovnosti a lidské důstojnosti žen – muslimek. Toto většinové vnímání znevýhodnění však nemusí být sdíleno v rámci

⁴⁴ „Základní práva a svobody se zaručují všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu **nebo jiného postavení.**“ [Zvýrazněno autorem]

⁴⁵ „Užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakémkoli důvodu, jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod **nebo jiné postavení.**“ [Zvýrazněno autorem]

⁴⁶ Srov. Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.), cit. výše, pozn. č. 4, kapitola II (str. 47 -52).

⁴⁷ Srov. kapitolu VII tamtéž, str. 175 - 202.

⁴⁸ Nález ze dne 30. 10. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 39/01, Sb. n. u., sv. 28, č. 135, s. 153, též č. 499/2002 Sb.

⁴⁹ Nález ze dne 16. 10. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 5/01, Sb. n. u., sv. 24, č. 149, s. 79, též č. 410/2001 Sb.

samotné „postižené“ komunity, kdy kupříkladu samy „znevýhodněné“ ženy – muslimky povinnost zahalovat svoji tvář na veřejnosti diskriminačně nevnímají, naopak si ji mohou samy přát.⁵⁰

3.4. MOŽNOSTI OSPRAVEDLNĚNÍ

Jak již bylo zmíněno výše, o ospravedlnění diskriminace, tedy o zjišťování veřejného zájmu na zachování diskriminačního jednání a jeho přiměřenosti, se je možné bavit pouze tehdy, pokud byly naplněny výše uvedené první tři podmínky.⁵¹

Důvody ospravedlnění, ať jsou již nazývány státním zájmem, veřejným zájmem, legitimním cílem, objektivním a rozumným ospravedlněním apod., jsou různého charakteru. Nepředstavují žádný uzavřený list, ani nejsou nikde zákonně definovány. Vždy se bude jednat o jakýsi ústavním systémem připuštěný zájem, který úprava sleduje, a který je v konkrétním případě schopný převážit nad zájmem na rovnosti, respektive zákazem diskriminace. Veřejný zájem bude tradičně dovozován z cílů dané zákonodárné úpravy a záměrů zákonodárce při jejím přijímání.

Poslední bod přezkumu, tedy test přiměřenosti, je dnes již klasickým nástrojem posuzování úvahy zákonodárce ze strany soudů veřejného práva, tedy jak Ústavního soud, tak Nejvyššího správního soudu. Test přiměřenosti se v judikatuře Ústavního soudu, která je v tomto ohledu pod vlivem německé judikatury a doktríny,⁵² skládá z posuzování tří stupňů: (i) vhodnosti zvoleného prostředku, tedy kontroly, zda je daný prostředek vůbec schopen dosáhnout zamýšleného cíle, (ii) potřebnosti zvoleného prostředku, tedy srovnání zvoleného prostředku s jeho možnými alternativami a (iii) porovnání závažnosti obou v kolizi stojících práv, tedy vyvažování základních práv v užším smyslu slova.⁵³

NAMÍSTO ZÁVĚRU

Dočetl-li se čtenář až sem, pak je mu v této fázi již zřejmé, že správní a soudní aplikace zákazu diskriminace, případně ústavního principu rovnosti, nepatří do oblasti technických, morálně indiferentních norem, které soudce aplikuje mechanicky. Otázka, co je srovnatelné či kdy je dán dostatečný a přiměřený veřejný zájem na tom, aby docházelo k diskriminaci, bude vždy úsudkem hodnotovým, kdy soudům nezbyvá než přezkoumávat hodnotovou volbu učiněnou zákonodárcem.⁵⁴ Aplikující orgán je tak vždy nucen vynášet etické soudy a v podstatě aplikovat jím zvolené kategorie etické a mimoprávní v rámci práva. Výše načrtnutý test přezkumu pouze pomáhá stanovit rámec možných argumentů, případně zmenšit míru volního uvážení; nikdy ji však nevyloučí. Povzdech zákonného pozitivisty v tom smyslu, že celá oblast by vůbec neměla patřit do přezkumu moci soudní, není bezdůvodný.⁵⁵ V kontextu moderní ústavnosti je však již neudržitelný.

⁵⁰ Blíže viz Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.), cit. výše, pozn. č. 4, kapitola XI (str. 299 – 301).

⁵¹ Srov. výše, bod 3.

⁵² I když ji nenásleduje plně – k teorii vyvažování a testu přiměřenosti v judikatuře Spolkového ústavního soudu, srov. např. Alexy, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. Ratio Juris, vol. 16, no. 2, June 2003 (131 – 140).

⁵³ Srov. náleží ÚS ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94, Sb. n. u., sv. 2, č. 46, s. 57, též č. 214/1994 Sb. a dnes již desítky na tento náleží navazujících judikátů.

⁵⁴ K právně politickým dopadům této skutečnosti, viz Bobek, M., Boučková, P., Kühn, Z. (eds.), cit. výše, pozn. č. 4, kapitola IV.

⁵⁵ Jak bylo konstatováno výše, pozn. č. 14, prvorepublikový Nejvyšší správní soud, stejně jako jiné soudy v období před druhou světovou válkou, ústavní princip rovnosti a z něj plynoucí zákaz diskriminace odkázal do roviny „monologů zákonodárcových“, které nelze soudně aplikovat.