

o lhůtě k plnění) či právech (poučení o opravném prostředku; označení příslušného správce daně, na nějž by se bylo možno obrátit) – vzniká otázka, zda je účelné rozlišovat mezi opravou zřejmých omylů a nesprávností a ověřováním neplatností. Domnívám se, že nikoli: například správní orgány postupující podle správního řádu si vždy vystačí s kombinací opravy zřejmých omylů a nesprávností pro formální vady a opravných prostředků pro vady věcné.<sup>10</sup> Potéšující je, že tvůrce návrhu nového daňového řádu je stejného názoru. Institut opravy zřejmých nesprávností, upravený v § 58 návrhu, umožňuje doplnit i chybějící formální náležitosti, což v podstatě doplňuje dnešní úpravu ověřování neplatností.<sup>11</sup> Hned v následujícím paragrafu se upravuje nicotnost rozhodnutí: tu vyslovuje správce daně nejlépe nadřazený správci daně, který rozhodnutí vydal. Toto ustanovení pro některé své sporné aspekty vyvolalo řadu reakcí připomínkových míst, a bude tedy zřejmě ještě změněno. Podstatné však je, že návrh se ve zmíněných ustanoveních přibližuje obecné úpravě správního řízení a opouští ověřování neplatností rozhodnutí.

Nezbývá než doufat, že tento institut neobživne ani v připomínkovém řízení. Jak jsme si ukázali, nevhodná úprava § 32 odst. 7 daňového řádu vedla v minulosti i správních soudů ke „lpění“ na formě rozhodnutí i tam, kde se daňovému subjektu prokazatelně dostalo v rozhodnutí všech potřebných informací a kde její nedokonalá forma nijak nezkrátila na právech. Ať už tedy bude nový daňový řád schválen v jakékoli podobě, věrme, že i případně novátorské právní instituty v něm obsažené nebudou nadále bránit správním soudům ve věcném přezkumu daňových rozhodnutí.

<sup>10</sup> Rozumí se, že ide-ji o závažnou formální vadu (rozhodnutí vydané nepřislušným orgánem, těžké nedostatky formy, neurčitost rozhodnutí vyvolaná chybějícím výrokiem) nelze ji zhojit prostřednictvím opravy zřejmých omylů a nesprávností, nýbrž je nutno rozhodnutí buď zrušit v řízení o řádném či mimořádném opravném prostředku, nebo vyslovit jeho nicotnost.

<sup>11</sup> „Správce daně na podnět příjemce rozhodnutí nebo z moci úřední opraví zřejmé chyby v psaní, počtech, chybějící formální náležitosti a jiné zřejmé nesprávnosti ve vyhotovení rozhodnutí tím, že vydá opravné rozhodnutí, ve kterém tyto zřejmé nesprávnosti odstraní.“

# Princip rovnosti a zákaz diskriminace (nejen) ve správním právu

Mgr. Michal Bobek,<sup>1)</sup> asistent předsedy Nejvyššího správního soudu a doktorand na Evropském univerzitním institutu

Může být důchodcům s trvalým bydlištěm na území určité obce poskytnuta sleva na jzdiném, zatímco ostatním důchodcům je odeprána?<sup>2)</sup> Může obchodník vyžadovat od osob platících platební kartou přírůžku ke kupní ceně?<sup>3)</sup> Může zákonodárce odepřít výplatu starobního důchodu v případě, že oprávněný pracuje v pracovněprávním vztahu sjednaném na dobu neurčitou?<sup>4)</sup>

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 institutu.

Cílem tohoto příspěvku je poskytnout stručný úvod do problematiky rovnosti a zákaz diskriminace v kontextu správního práva. Jeho první část 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.<sup>5)</sup>

## 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

<sup>1)</sup> Myšlenky zde prezentované představují výlučně osobní názory autora. Kontakt: Michal Bobek@eui.eu.

<sup>2)</sup> 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.

<sup>3)</sup> Rozsudek NSS ze dne 11. 4. 2006, čj. 8 As 35/2005 – 51, č. 956/2006 Sb. NSS.

<sup>4)</sup> Rozsudek NSS ze dne 28. 2. 2007, čj. 3 As 88/2006 – 72, č. 1160/2007 Sb. NSS.

<sup>5)</sup> 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.

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 zákoně ochranně všech osob, je od roku 1868 stejný: *žádný stát nemůže nikomu, kdo spadá do jurisdikce státu, odeprít stejnou zákonnou ochranu*.<sup>9</sup> V kontextu 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“.<sup>10</sup> V padavších letech minulého století však bylo ideově tické ustanovení vyloženo jako ústavní příkaz desegregace, tedy začlenění osob jiné barvy pleti do většinových blízkých škol.<sup>11</sup> Konečně od 70. let minulého století až do dnešního dne<sup>12</sup> je pak to samé ustanovení ústavním základem pozitivních opatření, tedy úmyslného zvýhodňování menšinových kandidátů v přístupu do škol.<sup>13</sup>

Do historicky nedávné doby nebyla oslahně ve střední Evropě ústavní zá-  
da rovnosti, chápaná jako norma právní. V rakouské monarchii<sup>14</sup> stejně jako  
v I. Československé republice<sup>15</sup> byl ústavní požadavek rovnosti považován jen

<sup>9</sup> „[...] 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.

<sup>10</sup> Tedy „separate but equal“ – Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896).

<sup>11</sup> Brown v. Board of Education (Brown I), 347 U. S. 483 (1954) a ministry navazujících soudních rozhodnutí, nařizujících otevření škol a univerzit pro černé studenty, přepisuji hranice školních obvodů, nařizující autobusovou dopravu černých dětí do škol v rezidenčních čtvrtích pro bílé děti.

<sup>12</sup> University of California v. Bakke, 438 U. S. 265 (1978).

<sup>13</sup> Slov. naposledy Grutter v. Bollinger, 539 U. S. 306 (2003).

<sup>14</sup> Pro vyložení 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.

<sup>15</sup> Viz Pražák, J.: *Rakouské právo veřejné*. Díl 1, *Právo ústavní*. Část 3, *Ústava říšská*. Praha: Jednota právnická 1902, str. 42 – 43.

<sup>16</sup> Viz ustanovení § 105 odst. 1 a odst. 2 ústavní listiny z roku 1920, „(1) Výsady pohřaví, rodu a povolání se neurčují; (2) Všichni obyvatelé republiky Československé požívají v stejných mezích jako státní občané této republiky na jejím území plně a neprospě ochrany

za použitý apel na zákonodárce, použité programové prohlášení. Ústavní požadavek rovnosti tedy nebrání eventuelní diskriminaci prováděné zákonodárcem, a měl význam jen pro praxi soudů a orgánů moci výkonné aby „tyto orgány aplikující zákony, nečinily rozdílu, který zákon nečiní.“<sup>16</sup> Prvorepublikový Nejvyšší spávní soud dokonce dovodil, že ústavní zásada rovnosti před zákonem nezakládá vůbec žádné subjektivní právo.<sup>17</sup>

Rovnost je typicky „výkladovou“ hodnotou,<sup>18</sup> která předtím, než je vázána a balancována proti jiným hodnotám, musí nejdříve 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.

#### Základní typy rovnosti

Jak již plyne z toho, co bylo popsáno výše, 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:

1. rovnost ve formálním smyslu („formální rovnost“)
2. rovnost v materiálním smyslu („materiální rovnost“)
3. rovnost příležitosti
4. rovnost výsledků

Dříve než se pokusíme jednotlivé typy rovnosti bližší popsat, je vhodné učinit několik zpřesňujících poznámek. Za prvé, výše uvedené členění není přiroze-

svého života i své svobody nelhede 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 tantéž. „Všichni státní občané republiky Československé jsou si před zákonem plně rovni a požívají stejných práv občanských a politických nelhede k tomu, jaké jsou rasy, jazyka nebo náboženství.“ Kritický 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).

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

Ústavení 1. 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 být stanoveny stejné podmínky pro nabývání práv a uplatňování nabytých práv pro všechny státní občany. Zásadou tou jsou ovšem vytknuty meze, jež nesmí zákonodárce překročiti, lež za šetření náležitosti pro zřízení ústavy v listině ústavní stanovených (...). Z uvedené všeobecné zásady nemohou tedy stěžovatelé dovozovati žádného subjektivního práva.“ In: náleží NSS ze dne 17. 12. 1924. Boh. A. Č. 4241/24.

<sup>17</sup> K. výkladovým hodnotám stov: Dworkin, R.: *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*. (2004) 24 O. J. L. S. 1, na str. 8.

ně jediné možné. Není také zdaleka vyčerpávající. V první filosofii nalezneme mnoho dalších typů rovnosti, které vznikají vztahem kategorií 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“.<sup>16)</sup>

Dále nebyvá jasné, zda lze rovnost příležitosti 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 příležitosti. 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 nutné aplikovatelný na situaci B, C a D. Konečně je nutné zdůraznit, že naši snahou je představit jednotlivé typy rovnosti, nikoliv vynášet hodnotové soudy o tom, který z nich je „správný“ či „vhodný“ pro tu – kterou situaci.

### 1. Rovnost formální

Formální rovnost je již od dob Aristotelových<sup>17)</sup> 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

<sup>16)</sup> 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 populárně označením pro teorii 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.

<sup>17)</sup> „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.

nicméně obě dimenze; stejnému stejně a odlišnému odlišně. 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“, zmrazená 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 sledány srovnatelnými, je dané ustanovení aplikováno bez ohledu na to, zda je jeho reálný dopad na jednotlivce 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 správního<sup>18)</sup> stanoví, že lhůta pro podání kasační stížnosti je dva týdny od doručení rozhodnutí soudou 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 objektivnosti a racionality: neutrální pravidlo je vynuocováno v případě všech osob stejně. Konsistence v principu formální rovnosti obsažená se navíc zdá jako hodnotově neutrální; stejně 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 ukrádají 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 hotovostní srovnatelná s platbou kreditní kartou? Je víno srovnatelné s pivem? pro účely zdanění?

<sup>18)</sup> Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále „s. ř. s.“).

Srovnatelné jsou prvky určité množiny; v jejichž případě 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 předmetem naše ho 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 předmetem 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 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 neprodávány 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 hodnotičích 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 ochrannářským opatřením na úkor jiného, který nemusí být stejný či srovnatelný, je ale nepřímo zvýhodněn.<sup>199</sup>

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 jediným 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

<sup>199</sup> Srov. kupř. článek 90 Smlouvy o založení Evropského společenství (zákaz ochrannářského nepřímého zdanění) a jiný okruh výrobků, předvídaný odstavcem 1 (užší okruh „srovnatelných“ výrobků) a odstavcem 2 (širší okruh výrobků, kdy poskytnutí výhod jednou nepřímo znevýhodní výrobek jiný). Podobně koncentrické okruhy různé míry srovnatelnosti obsahuje též Všeobecná dohoda o obchodu v ustanoveních III.1, III.2 a III.4 – v češtině viz č. 191/1995 Sb., str. 2366 (částka 51).

v případě trestního postihu análního sexuálního styku mezi homosexuálními muži? Anální styk heterosexuálního páru? Jiný způsob sexuálního styku mezi homosexuály?<sup>200</sup>

Příkladem situace, kdy chybí jakýkoliv vhodný prvek srovnání je kupříkladu také těhotenství ženy z pohledu pracovní-právní legislativy. K čemu lze pro účely výkonu práce a pobytu na pracovišti přirovnat těhotnou ženu? Původně bylo srovnání činného se situací nemocného muže; oba jsou určitým způsobem omezeni či nepřítomni na pracovišti. Podobně srovnání se však záhy stalo z politických a společenských důvodů neúnosné. Pro těhotné ženy tak byla stvořena naprosto samostatná kategorie, který není závislá, tedy není srovnávána s žádnou jinou kategorií.<sup>201</sup>

Posledně uvedeny příklad odhaluje další z problémů výběru vhodného komparátoru, který je však již v přítomnosti ve výše uvedené fázi vytváření pravidla: o či pravidlo či o srovnání s kým se jedná? Kritické teorie a z nich především feministický pohled<sup>202</sup> namítají, že vzorem či srovnáním je vždy muž. To, co se zdá na první pohled formálně „objektivní“ normou tak není nic jiného než aplikace a vnucování mužských standardů, přesnější 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 60. let<sup>203</sup> 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.

<sup>200</sup> 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 „sodominé“ tedy dobrovolného anální pohlavního styku mezi souhlasícími dospělými muži, neporušuje ústavně zaručený princip rovnosti a právo na soukromí.

<sup>201</sup> 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.*

<sup>202</sup> *A Difference with Distinction: Pregnancy and Parenthood Reassessed* (1994) 110 LQR 106.

<sup>203</sup> 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. *Palmer v. Thompson*: (1971) 403 US 217.

Skutečnost, že formální rovnost je, tedy alespoň na první pohled, hodnotově bez-  
obsažná a „neutrální“, je zpravidla vydáváno za její silnou stránku. Výše popsaný  
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, nebyvá  
to přece proto, aby se situace všech zhoršila, ale proto, aby se situace znevýhodně-  
ných zlepšila. Toto tvrzení však neplyne z principu formální rovnosti jako takové-  
ho, ale z empirické praxe typu sporů, pro které je tento argument využíván.

Princip rovnosti může často být pouze zástupným argumentem pro požadavek  
redistribuce.<sup>20</sup> I zde však záleží na pozadí sporu; skutečnost, že v drtivé většině případů  
je požadavek rovnosti požadávkem na zpřístupnění určitého statku většinou okruhu  
jednotlivců, popřípadě všem, ještě neznamená, že v jiných případech nemůže být stej-  
ný argument použit proto, aby byl již poskytnutý statek odebrán a nikdo neměl nic.  
Příkladem prvního typu využít 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 využít argumentu rovnosti může být kupříkladu kontext veřejných  
podpor. Jestliže stát či veřejný orgán poskytl nezákonnou podporu společnosti A, pak  
domáhá-li se konkurenční společnost B soudní ochrany, to nebyvá proto, aby jí byla  
také poskytnuta podpora, ale proto, aby bylo společnosti A nařízeno veřejnou podporu  
vrátit. Rovnost 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 dlouhodobě perspektivě  
za následek účinnou nápravu situace menšiny. Pokud je totiž požadavek formální  
rovnosti naplněn způsobem „všem stejně špatně“, pak je dosavadní, zpravidla lho-  
stejná, většina podrobena horšímu, menšinovému režimu: najednou nemá nikdo  
přístup do bazénu. Dosavadní problém menšiny se tak stává problémem všech.  
Menšina tímto postupem může úspěšně externalizovat problém, kterému je vysta-  
vena, a kterému by sama nebyla schopna v systému většinové demokracie čelit.  
Pokud se problém menšiny stane problémem všech, pak se záhy přelije na politické  
 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

<sup>20</sup> 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 vyčerpany – Buck v. Bell 274 U. S. 200 (1927), na str. 208.

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.<sup>26</sup> Avšak otáz-  
ka, která se v podobném případě nabízá, je, zda se při podobném hodnotovém  
provázání bude stále jednat o formální pojetí rovnosti či o primárně hodnotový  
úsuudek vlastní rovnosti materiální.

Provazování rovnosti s lidskou důstojností je svůdným argumentačním postu-  
pem. 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 stan-  
dard.<sup>26</sup> Využívání tohoto argumentu rovnosti provázaného s nemožností snížit  
již jednou dosažený standard pak znamená okamžitě rozšíření nevyhodnějšího  
režimu, poskytnutého jednomu jednotlivci či skupině, na všechny.<sup>27</sup>

## 2. Rovnost materiální

Rovnost v materiálním smyslu jde nad rámec „stejněmu stejně“ v jednom oka-  
mžiku. Situaci posuzuje v její dynamice a kontextu. Jejím obsahem není jenom  
stejně zacházení v okamžiku distribuce určitého statku (rovnost de iure), ale i již  
posouzení dopadu na reálnou situaci jednotlivce (rovnost de facto).<sup>28</sup> 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

<sup>26</sup> Vnímání rovnosti skrze lidskou důstojnost je zřetelné ve známém nesouhlasném sta-  
novisku soudce Tanaky k rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ve věci praxe  
apartheidu ze strany Jižní Afriky na svém poručenském území Jižovýchodní 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.

<sup>27</sup> V kontextu českého Ústavního soudu mohou být zajímavé úvahy na téma, co je v demo-  
kratickém právním státě přípustné „omezení již dosažené procedurální úrovně ochra-  
ny 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. Kritický k nálezu  
pak Kühn, Z. – Kysela, J.: Je ústavní vědy to, co Ústavní soud řekne, že ústava je?  
(Euronovela Ústavy ve světle překvapivého nálezu Ústavního soudu), Casopis pro  
ústavní vědu a praxi, sv. 10, 2002, č. 3, str. 199 – 214.

<sup>28</sup> Srov. Manolikidis, S. K.: Granting Benefits Through Constitutional Adjudication : the  
Extension of the Most Favourable Norm in Greece and Italy. Thessaloniki : Sakkoulas  
Publications, 1999.

<sup>29</sup> Srov. Alexy, R.: A Theory of Constitutional Rights. Oxford: Oxford University Press,  
2002, str. 276 a násl.

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 nepředstavuje toto pravidlo problém: všichni srovnatelní jedinci (žáci školy X) jsou podrobeni 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 síkhové. Na první pohled neutrální pravidlo tak dopadá v materiálním ohledu jinak na dítě křesťanské či židovské, pro které je školní uniformou pouze variací běžného civilního oblečení. Pokud však chce kupříkladu muslimská dívka respektovat náboženský kánon a chodit do školy zahalena závojem, stejně jako chce síkhský 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup>

### 3. Rovnost příležitosti

Jak již bylo uvedeno výše, rovnost příležitosti 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 příležitosti. 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 vyučování probíhá.

Cílem rovnosti příležitosti je tedy diagnostikovat rozdíly mezi jednotlivci a ty následně poslati na stejnou startovní čáru. Rovnost příležitosti tak již, na rozdíl od materiální rovnosti a přirozeně též rovnosti formální, implikuje aktivitu,

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

<sup>30</sup> Příklad na základě nálezů německého Spolkového ústavního soudu ve věci BVerfGE 2, 336 – „Armenanwalt“ (1953).

typicky ze strany vlády či veřejné moci. Neomezuje se na konstatování nerovnosti, ale aktivně hledá možnosti, jak odlišnost seřít a dát všem stejně startovní šance, případně tyto šance přinejmenším přiblížit.<sup>31</sup>

V praktické rovině rovnost příležitosti 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 nepřízpusobivých občanů či občanů dlouhodobě nezaměstnaných a zlepšení jejich vyhlídek na trhu práce apod. Základem podobného postupu pak bývá úsilí o zmenšení rozdílu mezi znevýhodněnými a většinou populací. Některé ambicióznější programy se snaží jedince z určité sociální skupiny cílenou pomocí dostat na stejnou startovní úroveň, jakou má zástupce „většinové“ společnosti.

Ideu rovnosti příležitosti lze kritizovat z vícero pohledů. Je přirozené otázku, nakolik je rovnost příležitosti skutečným řešením a nakolik se jedná o nákladnou iluzi sociálního inženýrství.<sup>32</sup> Rovnost příležitosti 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. Neoliberalní teoretici kritizují, že veřejná moc v podobných případech opouští roli strážce rovnováhy a začíná aktivně jednat a aktivně se zapojovat.<sup>33</sup>

### 4. Rovnost výsledků

Rovnost příležitosti se v závislosti na úhlu pohledu plynuje přelévá v rovnost výsledků. Představme si kupříkladu opatření vlády, kterým jsou financovány zvláštní vzdělávací programy pro příslušníky dehtovatelé menšiny X, která je kvalifikována jako problémová s vysokou strukturální nezaměstnaností. Jestliže se na podobný program díváme s ohledem na rovnost v přístupu na trh práce, pak lze opatření vlády kvalifikovat jako snahu o dosažení rovnosti příležitosti; 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

<sup>31</sup> Toto přesvědčení vyjádřil ve svém známém projevu americký prezident Lyndon Johnson v roce 1965: „(...) nesetřít olevíte brány příležitosti. Všichni občané musí mít také schopnost tou bránu bránou projit.“ Citováno dle Fredman, S.: Discrimination Law. Oxford: Oxford University Press, 2002, str. 15.

<sup>32</sup> Zvláštní program či zvláštní vzdělání se snaží s určitým zpožděním postřít znevýhodněného jedince do pozice, kde mohou, ale již dávno nemusí být ostaní. Celý proces se tak může podobat příslovcečnému závodu zajíce se želvou, tentokrát však s přírodnou otázkou, kdo je zajíc a kdo želva (srov. paradoxy (aporie) Zenóna z Elieje na téma neexistence pohybu).

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

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. Příklad k rovnosti výsledků a systémů kvót, vyhraněných 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 pojetí rovnosti, individualismu a přísné neutralitě státu a veřejné moci,<sup>30</sup> 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 další krok, 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 výsledků, nicméně žádná pozitivní opatření nenásledují (chybí k nim politická vůle). Rovnost výsledků však poskytuje morální zdůvodnění pozitivních opatření.<sup>30</sup>

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

<sup>30</sup> Fredman, S.: *After Kalanek 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.

<sup>30</sup> 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 většinouým stanoviskem a odlišným stanoviskem soudců L. Gajdoškové, J. Horvátha a A. Brösta, na kterých je patrný hluboký rozpor v pojetí rovnosti v kontextu posuzování ústavnosti vyrovnávacích opatření mezi většinou a menšinou soudů.

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 manažerskou společnost Z znevýhodněna, ale skutečnost, že ve vrcholných manažerských pozicích je přitomno (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.<sup>30</sup>

Je zřejmé, že i v rámci rovnosti výsledků lze nalézt mnoho slabín. 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.

Liberalní filosofie rovnost výsledků (a i rovnost příležitosti) napadá z mnoha pozic, mimo jiné také jako zásadní popření svobodné volby jednotlivce.<sup>30</sup> 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 příležitosti, poskytnete jednotlivci ze znevýhodněné skupiny určitý statek bez ohledu na to, zda měl či neměl reálnou možnost tohoto statku dosáhnout vlastní pílí či přičiněním. Kupříkladu menšinový kandidát

<sup>30</sup> S ohledem na zemi, kde tento styl argumentace před soudními orgány také započal, tedy Spojené státy americké, srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci *McClenky 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. Ž toto dovozovali systematickou 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 Brennan, který mimo jiné poukázal na to, že podobný „důkaz“ by byl v kontextu řízení o „civilních právech“ přípustný.

<sup>30</sup> 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>).

může být přijat na univerzitu díky zvláštnímu zacházení i přesto, že by býval měl možnost splnit běžná kritéria přijetí vlastní pří při na střední škole, kterou však neměl a namísto toho raději surfoval. Jeho objektivní nevyhodnění v okamžiku přijetí na vysokou školu tak ve skutečnosti není dáno vnitřní a jím nezpůsobenými faktory, ale jeho vlastní volbou. Pokud je i za podobné situace určité osobě z menší skupiny určitý statek či přístup k určitému statku v podstatě automaticky „udělen“, dochází k popření následků svobodné volby a odpovědnosti za ni. Pro překonání tohoto (obecně uznávaného) nedostatku proto zastávci egalitářských přístupů tvrdí, že skutečná rovnost výsledků (či rovnost příležitosti) by měla negovat pouze typy nerovnosti, které jsou mimo kontrolu, a tím pádem svobodnou volbu jednotlivce (rasa, sexuální orientace, pohlaví apod.). Za ostatní volbu a případně nevyhodnění by měl i menšínový jedinec nést plnou odpovědnost.<sup>38</sup>

### Test diskriminace

Jak vyplývá z předchozího textu, ústavní princip rovnosti stejně tak jako zákaz diskriminace jsou kategorie neurčité a vykladové. Posuzujícím subjektem, 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“ překukumu, jejichž účelem je omezit úvahu soude a svázat její objektivnější kategoriemi při posuzování toho, které kategorie jsou srovnatelné, či kdy dochází k nedůvodné diskriminaci. Srovnáním nejúčinnějších zahraničních vzorů<sup>39</sup> 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, neospravedlivitelného“) apod. důvodu,
- 3/ které mu je k tíži (uložením břemene nebo odeřpením dobra) a
- 4/ které není možné ospravedlnit, tj.  
(i) je dána buď absence možného důvodu ospravedlnění (většejného, 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 „diskrimi-

<sup>38</sup> Viz např. Roemer, J. E.: Equality and Responsibility [1995] 20 Boston Review, přístupné online <http://www.bostonreview.net/BR02/2/roemer.html> naposledy navštíveno dne 23. 08. 2007]. V praxi však bývá problematické, či spíše nemožné, oddělit nevyhodnění, která plynou ze skutečnosti mimo jedincovu kontrolu, od znevýhodnění ostatních. Úspěch pododného postupu by vyžadoval schopnost přesně destilovat všechny společenské příčiny a následky. Snov srovnávací analýzu provedenou v Bobek, M. – Boučková, P. – Kuhn, Z. (eds.), cit. výše, pozn. č. 4, kapitola II (str. 43 – 47).

nace“ 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 vyčlenění 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, tzn. 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.

### 1. Srovnatelná situace či okruh osob

Jak bylo řečeno výše,<sup>40</sup> 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 převládou 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,<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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 našim prvkem srovnání je, zda je prodávajícím 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 třeba i šek nebo barterový obchod. Na druhou stranu, pokud zvolíme jako cíl srovnání povinnost prodávajícího přijmout daný platební prostředek, tedy jeho zákonnou povinnost přijmout určitý typ platidla,<sup>43</sup> pak se pochopitelně okruh srovnatelných platebních prvků radikálně zúží.

<sup>40</sup> Bod 1, str. 460 – 462.

<sup>41</sup> Cit. výše, pozn. č. 2.

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

<sup>43</sup> Povinnosti přijmout zákonné platidlo v maximálním předepsaném množství, stanověná zákonem č. 6/1993 Sb. o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů, resp. klive 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.



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 nevylučuje značně uváženou aplikujícího orgánu při jeho výběru či specifikaci; jak vyplývá z výše uvedeného příkladu platební karty, míra abstrakce zvoleného prvku srovnání je klíčová.

## 2. Důvod vyčlenění

Je možné pokládat důvod, ze kterého zákonodárce či moc výkonná ve své rozhodovací praxi vyčleňuje a znevýhodňuje určitou osobu či skupinu osob za relevantní? Měly by být odlišné 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 posestlívá s nápisem spojené taktéž.

Důvody vyčlenění relevantní pro českou aplikační praxi jsou demonstračním způsobem stanoveny v čl. 3 odst. 1 Listiny základních práv a svobod,<sup>40</sup> čl. 14 Úmluvy o ochraně lidských práv a svobod<sup>41</sup> a (prozatím tedy spíše ve formě inspirace) v čl. 21 Charty základních práv Evropské unie. Ve všech případech se jedná o demonstrační výčet, který může být doplňován judikaturou soudní.

Dosavadní judikatura českých soudů, na rozdíl od soudů zahraničních,<sup>42</sup> rozdíly mezi jednotlivými typy vyčlenění nečiní. V judikatuře Ústavního soudu<sup>43</sup>

<sup>40</sup> „Základní práva a svobody se zaručují všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, vry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národnosti nebo sociálního původu, příslušnosti k národnosti nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení.“ (Zvýrazněno autorem)

<sup>41</sup> „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 národnosti menšině, majetek, rod nebo jiné postavení.“ (Zvýrazněno autorem)

<sup>42</sup> Stov. Bobek, M. – Boučková, P. – Kühn, Z. (eds.) cit. výše, pozn. č. 4, kapitola II (str. 47 – 52).

<sup>43</sup> Srov. kapitulu VII tamtéž, str. 175 – 202.

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 překum velice volný, jsou centrálním tématem. Jedním z hlavních nedostatků dosavadní judikatury Ústavního soudu je, podle mého názoru, nečinění jakéhokoli rozdílu mezi jednotlivými diskriminačními důvody: skutečně by měla být rasová diskriminace posuzována stejně, jako kupříkladu rozlišování cukrovarů na strategické a nestrategické<sup>44</sup> či množství přidělených mléčných kvót<sup>45</sup>? V případě že ano, co je v případech kvót cukrovarům, mlékárnám či pivovarům relevantním diskriminačním důvodem a proč?

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

## 3. Znevýhodnění

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

Problematická může být situace, kdy dojde ke střetu subjektivního a objektivního vnímání znevýhodnění, kdy se tedy dejme tomu jednotlivec (subjektivně) domnívá, že je znevýhodněn, ač tento názor není sdílen většinou, či naopak: většina si myslí, že ke znevýhodnění dochází, ač jednotlivec (či znevýhodněná skupina) to tak vůbec vnímat nemusí. Posledně jmenovaný střet mezi subjektivním a objektivním nazíráním je charakteristický pro problém paternalismu: větší nová 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 zemích 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 samotné „postížené“ komunity, kdy kupříkladu samy „znevýhodněné“ ženy – muslimky povinnost

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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.

zabíhovat svoji tvář na veřejnosti diskriminačně nevnímají, naopak si ji mohou samy přát.<sup>50</sup>

#### 4. Možnosti ospravedlnění

Jak bylo uvedeno výše, o ospravedlnění diskriminace, tedy o zjišťování veřejného zájmu na zachování diskriminačního jednání a jeho přiměřenosti, je možné hovořit pouze tehdy, pokud byly naplněny první tři výše uvedené podmínky.<sup>51</sup>

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 ústavní systém přípustných zájmů, 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 překummu, tedy test přiměřenosti, je dnes již klasičtým nástrojem posuzování úvahy zákonodárce ze strany soudů veřejného práva, tedy jak Ústavního soudu, tak Nejvyššího správního soudu. Test přiměřenosti se v judikatuře Ústavního soudu, která je v tomto ohledu pod vlivem německé judikatury a doktríny,<sup>52</sup> skládá z posuzování tři stupňů: (i) vhodnosti zvoleného prostředku, tzn. kontroly, zda je daný prostředek vůbec schopen dosáhnout zvláštěného cíle, (ii) potřebnosti zvoleného prostředku, to je srovnání zvoleného prostředku s jeho možnými alternativami a (iii) porovnání závažnosti obou v kolizi stojících práv, tedy vyvažování základních práv v užším smyslu slova.<sup>53</sup>

#### Namísto závěru

Dočetli-li 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. Otázkou, co je srovnatelné, či kdy je dán dostatečný a přiměřený veřejný zájem na tom, aby docházelo k diskriminaci, bude vždy úsudkem hod-

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

<sup>51</sup> Stov. výše, bod 3.

<sup>52</sup> I když ji nezásleduje plně – k teorii vyvažování a testu přiměřenosti v judikatuře Spolkového ústavního soudu, stov. např. Alexy, R.: *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, Ratio Juris, vol. 16, no. 2, June 2003 (131 – 140).

<sup>53</sup> Stov. 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.

notovým, kdy soudům nezbyvá než přezkoumávat hodnotovou volbu učiněnou zákonodárcem.<sup>54</sup> Aplikující orgán je proto vždy nucen vynášet etické soudy a v podstatě aplikovat jim zvolené kategorie – etické a mimoprávní – v rámci práva. Výše načrtnutý test překummu pouze ponáhá 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 překummu moci soudů, není bezdůvodný.<sup>55</sup> V kontextu moderní ústavnosti je však již neudržitelný.

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

<sup>55</sup> Jak bylo konstatováno výše (v 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.