

Situační testing (aneb zpráva z průzkumu)

Publikace vychází díky laskavé podpoře Nadace Open Society Fund Praha a Evropské unie z prostředků programu Transition Facility v projektu Statistika v boji proti diskriminaci.

Tento dokument byl vytvořen za finanční pomoci Evropské unie. Za obsah tohoto dokumentu je výhradně odpovědná Poradna pro občanství, občanská a lidská práva a nelze jej v žádném případě považovat za názor Evropské unie.

Občanské sdružení
PORADNA PRO OBČANSTVÍ/OBČANSKÁ A LIDSKÁ PRÁVA
Petrská 29, 110 00 Praha 1, Česká republika

Tel: +420 222 809 406

Fax: +420 222 809 364

E-mail: poradna@poradna-prava.cz

Web: <http://www.poradna-prava.cz/>, <http://www.diskriminace.cz>

IČO: 70 10 06 91

Bankovní spojení: 500834693/0300

Obsah:

Úvod	5
Realizace situačního testingu Poradnou (2006)	7
Vyhodnocení situačního testování	8
Historický vývoj	12
Situační testing v České republice	14
Jak realizovat situační testing	16
Koncipování situačního testingu	18
Výběr testujících osob (testérů)	19
Poučení testujících osob	20
Příprava životopisů	20
Výběr testovaných subjektů	21
Samotná realizace situačního testingu	22
Shromažďování výsledků realizovaných testů	23
Vyhodnocení výsledků situačního testingu	23
Prameny	25

Tato publikace vznikla při realizaci projektu „Statistika v boji proti diskriminaci“ financovaného Nadací rozvoje občanské společnosti v rámci programu Transition Facility a Nadací Open Society Fund Praha.

V průběhu projektu byl realizován průzkum výskytu diskriminace a jejího rozsahu za využití metody situační testingu. Na základě zkušeností získaných při realizaci projektu, jakož i na základě různých zkušeností zahraničních, tato publikace popisuje, jak je možné situační testing realizovat - jak vybírat jednotlivé testéry a jak je poučit, jak vybírat testované subjekty, na co všechno je potřeba dávat pozor apod. V publikaci je zahrnut i stručný přehled o historickém vývoji této metody i zkušenosti s její realizací v zahraničí.

Úvod

Antidiskriminační zákony obvykle zakotvují povinnost zajišťovat rovné zacházení, stanoví zákaz diskriminace z celé řady důvodů, definují pojmy související s diskriminací (přímou a nepřímou diskriminací, obtěžování) a stanoví i právní prostředky na ochranu před diskriminačním jednáním. V českém právním prostředí se zatím jedná především o antidiskriminační ustanovení zákoníku práce a zákona o zaměstnanosti.

Praxe, nejen v České republice, nicméně ukazuje, že samotné zakotvení právních nástrojů na ochranu před diskriminací, nemusí být k účinnému boji proti diskriminaci ve společnosti vždy dostatečné. Nezbytným předpokladem posunu k lepšímu je ochota obětí bránit se diskriminaci a využívat k tomu existující zákonné prostředky. V současnosti diskriminovaní většinou raději volí cestu „ústupu“, např. odchod ze zaměstnání, namísto aby se bránili a dožadovali se na diskriminujícím nápravy. Tento stav je zcela jistě nežádoucí, neboť porušuje práva diskriminovaného a posiluje v něm pocit nespravedlnosti. Vedle toho v diskriminujícím – zaměstnavateli, poskytovateli služeb, poskytovateli bydlení atd. posiluje vědomí, že je takové jednání dovolené, že mu projde, a že může obdobně postupovat bez většího rizika i v budoucnu vůči dalším osobám.

Tvůrci antidiskriminační legislativy si byli velmi dobře vědomi složitého postavení, v němž se oběť diskriminace ocitá, chce-li se diskriminačnímu jednání aktivně bránit soudní cestou. Diskriminovaný bývá diskriminačním jednáním často překvapen a zaskočen, což posléze stěžuje jeho důkazní situaci, navíc nemívá k dispozici dostatek důkazů prokazujících diskriminaci. Diskriminovaní také často nemají dostatečné finanční prostředky na právní zastoupení. Naopak diskriminující je v řadě případů vybaven, pokud jde o právní pomoc a její kvalitu, mnohem lepším zázemím.

S cílem usnadnit diskriminovanému důkazní situaci se v diskriminačních sporech začal uplatňovat tzv. „přechod“ důkazního břemene¹, kdy již neleží celá tíha dokazování pouze na žalujícím. Diskriminovaný musí prokázat méně výhodné zacházení a dále tvrdit, že motivem tohoto jednání byl některý z diskriminačních důvodů, jeho rasa, pohlaví, věk, sexuální orientace apod. Motivaci diskriminujícího však již neprokazuje, ta se předpokládá. Diskriminující se zproští odpovědnosti za diskriminační jednání, prokáže-li, že motivem pro méně výhodné zacházení se žalujícím byl jiný důvod než je důvod diskriminační, např. lepší praxe, vzdělání

¹ § 133a zákona č. 99/1963 Sb., Občanský soudní řád, ve znění pozdějších právních předpisů

apod.² Přenos důkazního břemene je jedna z cest, jak usnadnit postavení diskriminovaných osob v soudních sporech na ochranu před diskriminačním jednáním.

Avšak i přes uvedené zvýhodnění obětí je pro ně stále velmi složité pustit se do diskriminačního soudního sporu. Obavy z výsledku sporu mohou být ještě dále posíleny strachem z medializace případu, která téměř vždy diskriminační kauzy v České republice doprovází. Uvedená rizika, s nimiž se oběti, nejen v České republice, potýkaly a potýkají, přispěla k tomu, že se v boji proti diskriminaci začala rozvíjet a využívat speciální metoda - situační testing.

Situační testing je zcela specifická metoda používaná za účelem zjišťování a prokazování diskriminačního jednání. Při situačním testingu se navozuje situace, kdy je osoba z určité znevýhodňované skupiny, např. žena, Rom, cizinec, zdravotně postižený, starší osoba, gay či lesba apod. záměrně vystavena možnému diskriminačnímu jednání, aniž by si osoba, jež se dopouští diskriminace uvědomovala, že je její jednání sledováno. V současné době využívají v řadě zemí situační testing nevládní organizace, různé instituce bojující s diskriminací i média. Situační testing lze použít pro různé účely:

- k prokazování diskriminačního jednání v jednotlivých individuálních případech, např. u konkrétního zaměstnavatele, poskytovatele služeb nebo poskytovatele bydlení, o nichž se ví, že se diskriminace dopouštějí; situační testing pak slouží k získání dostatečných důkazních prostředků pro diskriminační spor proti této konkrétní diskriminující osobě,
- ke zjišťování výskytu diskriminace v určité oblasti - v přístupu k zaměstnání, ke službám apod.; je provedeno větší množství testů za účelem zjištění existence diskriminace a jejího rozsahu bez úmyslu zahajovat proti konkrétním diskriminujícím soudní spory.

² Pl. ÚS 37/04 [Nález, 419/2006 Sb.]

Realizace situačního testingu Poradnou (2006)

V rámci projektu „Statistka v boji proti diskriminaci“ byla metoda situačního testingu používána. Poradna pro občanství/občanská a lidská práva (dále jen „Poradna“) již v minulosti realizovala situační testing, kdy testovala konkrétní vybrané subjekty za účelem strategické litigace prostřednictvím soudních sporů. Projekt proto tentokrát zkoumal zda a jak může být situační testing realizován a využíván ke zjišťování výskytu a rozsahu diskriminačního jednání vůči určité skupině osob ve vybraných sférách života.

Při testování byli využíváni externí dobrovolníci i dobrovolníci z řad pracovníků Poradny.

Situační testing se zaměřil na testování diskriminace v přístupu k zaměstnání a v přístupu k bydlení. V rámci projektu se testovaly šance jednotlivce dostat příležitost ukázat své schopnosti:

1) Testování diskriminace v přístupu k zaměstnání zkoumalo diskriminaci ve dvou odlišných okruzích nabídek zaměstnání.

a) Z důvodů rasy a etnického původu, pohlaví, věku, zdravotního postižení a sexuální orientace se testovala diskriminace v přístupu ke kvalifikovaným zaměstnáním, u nichž se u uchazečů požaduje zaslání životopisu. Nejprve byly vytvořeny životopisy testujících, vždy dvojice životopisů - jeden pro testujícího zastupujícího menšinu vyznačující se některým z uvedených diskriminačních důvodů a druhý pro testujícího zastupujícího většinu. Dvojice životopisů byla téměř identická a lišila se pouze v určité charakteristice odpovídající diskriminačnímu důvodu. Na vybrané nabídky na zaměstnání byla zaslána vždy dvojice životopisů. Testující zaznamenaly reakce zaměstnavatelů, zda byli pozváni na pohovor, byli odmítnuti nebo zaměstnavatel na zasláný životopis vůbec nereagoval. Pokud byli testující pozváni na pohovor, dodatečně se z pohovoru omluvili a již se na něj nedostavili. Ke každému uvedenému diskriminačnímu důvodu bylo odpovězeno na 20 nabídek na zaměstnání. Celkem tedy bylo zasláno 200 životopisů 100 různým zaměstnavatelům.

b) Z důvodů rasy a etnického původu, pohlaví a věku se testovala diskriminace v přístupu k méně kvalifikovaným nebo nekvalifikovaným zaměstnáním, u nichž se od uchazečů životopis nevyžaduje a uchazeči tak přímo vstupují do kontaktu s potenciálním zaměstnavatelem. Byla vytvořena dvojice dobrovolníků, přičemž testující ve dvojici se lišili právě diskriminačním důvodem - jeden testující zastupující menšinu a druhý zastupující většinu. Následně byli vyhledáni

zaměstnavatelé inzerující volné místo. Do kontaktu se zaměstnavatelem vstoupil nejprve testující z menšiny a následně po něm, v určitém časovém odstupu, testující z většiny. Testující zaměstnavatele kontaktovali buď osobně nebo telefonicky. Testující následně zaznamenali reakci zaměstnavatele, byli-li pozváni na další pohovor, omluvili se a na další pohovor již nešli. Bylo testováno 40 zaměstnavatelů, celkem bylo uskutečněno 80 telefonických či osobních pohovorů.

2) Vzhledem k tomu, že v České republice jsou v přístupu k bydlení nejvíce diskriminováni příslušníci romské menšiny, zaměřil se projekt na testování diskriminace Romů v přístupu k bydlení. Na internetu byly vyhledány inzeráty nabízející spolubydlení v Praze. Testování probíhalo prostřednictvím telefonického rozhovoru. Na uvedené číslo zavolala pracovnice Poradny a uvedla, že pomáhá hledat pokoj pro svojí romskou klientku, která je zaměstnaná a má stálý příjem. Následně pak na uvedené číslo zavolala jiná pracovnice Poradny jako příslušnice většinové společnosti a uvedla, že hledá pokoj pro sebe. Testující zaznamenaly reakce osob nabízejících bydlení, a tyto reakce se následně porovnaly; tímto testování skončilo. Pokud byli testující pozváni na prohlídku pokoje, dodatečně se omluvili a na prohlídku se již nedostavili. Bylo testováno 13 subjektů nabízejících spolubydlení, celkem bylo uskutečněno 26 telefonických rozhovorů.

V průběhu realizace samotného projektu se ukázalo, že situační testing byl prováděn na příliš malém vzorku na to, aby bylo možné činit nějaké závěry o diskriminaci a jejím rozsahu v České republice v testovaných oblastech. U jednotlivých testů také byly využívány různé metody způsobu testování, aby se vyzkoušelo jejich praktické fungování – jejich přednosti a nedostatky. Výsledkem realizovaného testování proto nejsou přesné statistické údaje vypovídající o rozsahu diskriminace, ale spíše zkušenosti, jak situační testing realizovat, aby jeho výsledky mohly o diskriminaci poměrně spolehlivě vypovídat. Aby mohly být výsledky testování použity jako argument v boji proti diskriminaci, ať za účelem prosazování systémových změn nebo jako důkazní prostředek v případném soudním sporu, je nezbytné dodržet určité postupy. Jinak by vážně hrozilo, že budou výsledky testování zpochybněny či znehodnoceny. Zkušenosti z realizovaného testování byly využity při vytváření této publikace.

Vyhodnocení situačního testování

Výsledky situačního testování se měřily především podle počtu provedených průzkumů a počtu získaných anonymizovaných údajů, které se podařilo z těchto průzkumů získat. Počet získaných anonymizovaných údajů

přesně neodpovídá počtu provedených průzkumů-situačních testů, neboť ne každý testovaný subjekt vyjádřil své postoje způsobem, z něhož lze určité údaje vyčíst.

1) Situační testování diskriminace v bydlení:

Testování diskriminace z důvodu rasy:

13 testovaných subjektů - 6x majitelé bytu znevýhodnily romskou zájemkyni o bydlení:

- 1x majitel shodně nabídl bydlení oběma zájemkyním,
- 1x majitel shodně nabídl oběma zájemkyním prohlídku bytu,
- 2x shodně majitelé bytu obě zájemkyně informovali, že byt je již obsazen,
- 1x shodně majitel bytu obě zájemkyně informoval, že už má příliš mnoho nabídek.

2) Situační testování diskriminace v přístupu ke kvalifikovaným zaměstnáním:

Testování diskriminace z důvodu rasy:

z 20 testovaných subjektů 10 neodpovědělo, 7 testovaných zaměstnavatelů odpovědělo jen jednomu uchazeči o zaměstnání:

- 5x zaměstnavatelé kontaktovali nebo nabídli místo uchazeči zastupujícímu většinu; 2x byl pouze zástupce většiny pozván na pohovor, 2x byly pouze od zástupce většiny vyžadovány doplňující informace a 1x bylo pouze zástupci většiny nabídnuto zaměstnání.
- 2x zaměstnavatelé kontaktovali nebo nabídli místo pouze uchazeči zastupujícímu menšinu 1x zaměstnavatel pozval na pohovor pouze zástupce menšiny a 1x zaměstnavatel informoval pouze zástupce menšiny o nepřijetí, zatímco zástupce většiny vůbec nekontaktoval.

Testování diskriminace z důvodu pohlaví:

z 20 testovaných subjektů 10 neodpovědělo, 7 testovaných zaměstnavatelů odpovědělo jen jednomu uchazeči o zaměstnání:

- 2x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazeče mužského pohlaví, přičemž 1x byl pouze muž pozván na pohovor, 1x byla pouze uchazeči mužského pohlaví sdělena informace o ukončení výběrového řízení.
- 5x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazečku ženského pohlaví, přičemž 4x zaměstnavatelé pozvali na pohovor pouze uchazečku a 1x byla pouze uchazečce sdělena informace o ukončení výběrového řízení.

Testování diskriminace z důvodu věku:

z 20 testovaných subjektů 12 neodpovědělo, 5 testovaných zaměstnavatelů odpovědělo jen jednomu uchazeči o zaměstnání:

- 1x byly zaměstnavatelem pozvány na pohovor obě uchazečky
- 3x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazečku staršího věku, přičemž 1x jí bylo přímo nabídnuto zaměstnání, 1x byla pozvána na pohovor a 1x byla pouze starší uchazečka informována o odmítnutí, zatímco mladší uchazečku zaměstnavatel vůbec nekontaktoval.
- 2x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazečku mladší, 1x byla požádána o doplňující informace a 1x byla pozvána na pohovor

Testování diskriminace z důvodu sexuální orientace:

z 20 testovaných subjektů 8 neodpovědělo, 9 testovaných zaměstnavatelů odpovědělo jen jednomu uchazeči o zaměstnání:

- 1x pozvány na pohovor obě uchazečky,
- 5x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazečku zastupující většinu, přičemž 2x byla pozvána na pohovor, 1x byla informována, že nepostoupila do dalšího kola a 1x byla informována o tom, že její životopis byl předán konzultantům,
- 4x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazečku zastupující sexuální menšinu, 1x byla pozvána na pohovor, 1x byla informována, že nesplnila požadavky na danou pozici, a 2x byla informována, že nepostoupila do dalšího kola.

Testování diskriminace z důvodu zdravotního postižení:

z 20 testovaných subjektů 16 neodpovědělo, 3 testování zaměstnavatelé odpovědělo jen jednomu uchazeči o zaměstnání:

- 2x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazeče zastupujícího menšinu - vozíčkáře, přičemž 1x byl pozván na pohovor a 1x byl informován o ukončení výběrového řízení.
- 1x zaměstnavatelé kontaktovali pouze uchazeče zastupujícího většinu, kdy byl pozván na pohovor.

3) Situační testování diskriminace v přístupu k méně či nekvalifikovaným zaměstnáním:

Testování diskriminace z důvodu rasy:

12 testovaných subjektů - 1x zaměstnavatel znevýhodnil romského uchazeče o zaměstnání:

- 3x zaměstnavatelé odůvodnili odmítnutí obou uchazečů, kteří byli oba mužského pohlaví, tím, že hledají ženu,
- 4x pak shodně požadovali od obou uchazečů donesení životopisu.

Testování diskriminace z důvodu pohlaví:

10 testovaných subjektů - 5x zaměstnavatelé znevýhodnili uchazeče o zaměstnání mužského pohlaví:

- 2x bylo odmítnutí mužského uchazeče odůvodněno tím, že je u zaměstnavatele dámský kolektiv,
- 1x bylo odmítnutí mužského uchazeče odůvodněno tím, že u zaměstnavatele jsou pouze dámské šatny.

Testování diskriminace z důvodu věku:

18 testovaných subjektů - 4x zaměstnavatelé znevýhodnili staršího uchazeče o zaměstnání:

- 1x se zaměstnavatel přímo dotazoval na věk uchazeče,
- 3x bylo oběma uchazečům shodně nabídnuto zaměstnání,
- 3x bylo oběma uchazečům shodně sděleno, že místo je již obsazeno.

Historický vývoj

Situační testing se začal používat v průběhu 50. - 60. let 20. století ve Spojených státech amerických, kde měl pomoci v boji za občanská práva a v boji proti segregaci černošského obyvatelstva. Vzhledem k tomu, že se případy porušování práv, ke kterým docházelo při testingu dostávaly před soud, začala následně na to logicky také vznikat judikatura, která se musela s použitím této metody vypořádat, významná byla především judikatura Nejvyššího soudu USA.

O situačním testingu rozhodoval Nejvyšší soud USA např. v případě Evers v. Dwyer³. Soud nižšího stupně rozhodl, že mezi stranami není skutečný spor, neboť žalobce použil v Memphisu autobusovou linku, na níž byla uplatňována segregace černošského obyvatelstva jen jednou a právě s cílem zahájit soudní řízení proti žalovanému. Nejvyšší soud USA však toto rozhodnutí nepotvrdil a naopak rozhodl, že spor mezi stranami existuje, a to i přestože žalobce byl testující osobou.⁴ Také v případě Pierson v. Ray⁵ rozhodl Nejvyšší soud USA obdobně a uznal práva testujících osob. V tomto případě vstoupili žalobci do čekárny autobusové zastávky v Jacksonu s cílem otestovat právo na poskytnutí veřejně přístupné služby bez segregace. Přestože se jednalo o test, neznamená to, podle Nejvyššího soudu, že žalobci s danou situací, tedy segregací a následným zatčením, souhlasili. Žalobci měli právo čekárnu využít a jestliže toto právo vykonali klidným, spořádaným a neútočným způsobem, nemohou být diskvalifikováni při uplatnění nároku na náhradu škody.⁶ V případě Davis v. Mansards⁷ pak Nejvyšší soud USA rozhodl, že skutečnost, že poškozený je testující osobu nemá vliv ani na způsobenou újmu, neboť *„v roce 1984 není nikdo povinen obrnit se proti rasové diskriminaci - testující osoba nemá žádný důvod očekávat zavadné zacházení ze strany zdánlivě bezúhonného podnikatele“*.⁸

³ 358 U.S. 202, 1958

⁴ Zdroj: Strupek David - Projednávání diskriminace soudem, alternativní metody řešení sporů, seminář Zvyšování kapacity veřejné správy a právnických profesí v boji proti diskriminaci, Kroměříž, 12-13. června 2006

⁵ 386 U.S. 547, 1967

⁶ Zdroj: Strupek David - Projednávání diskriminace soudem, alternativní metody řešení sporů, seminář Zvyšování kapacity veřejné správy a právnických profesí v boji proti diskriminaci, Kroměříž, 12-13. června 2006

⁷ 597 F.Supp 334, 1984

⁸ Strupek David - Projednávání diskriminace soudem, alternativní metody řešení sporů, seminář Zvyšování kapacity veřejné správy a právnických profesí v boji proti diskriminaci, Kroměříž, 12-13. června 2006

Washingtonský právní výbor realizoval v roce 1988 rozsáhlé testování diskriminačního chování taxikářů působících ve Washingtonu. V průběhu dvou měsíců bylo provedeno 292 testů, kdy se testovala diskriminace z důvodu rasy při využívání taxi služby; vedle toho se také testovalo odmítání taxikářů zavést své klienty do částí města osídlených převážně černošským obyvatelstvem. Z výsledků vyplynulo, že podstatně větší množství černošských zákazníků - testérů (20%) bylo odmítnuto v porovnání s odmítnutými bílými zákazníky - testéry (3%). Dále z testování vyplynulo, že testéři, jenž si přáli odvést do čtvrtí osídlených černošským obyvatelstvem měli dvakrát větší šanci být odmítnuti než testéři, kteří chtěli odvést do stejné vzdálenosti, ale do části města osídlené převážně bílým obyvatelstvem. Na základě výsledků testů bylo proti 3 taxikářským společnostem zahájeno soudní řízení, které skončilo mimosoudním vyrovnáním.⁹

V Evropě byl situační testing používán černými Američany nasazenými v Nizozemí v 70. letech. Následně byl potom používán ve Velké Británii Komisí pro rasovou rovnost. Metodu testingu používala v průběhu 90. let také Mezinárodní organizace práce pro komparativní výzkum o diskriminaci z důvodu rasy a etnického původu; v roce 1996 provedla rozsáhlý situační testing v Belgii za účelem zjišťování diskriminace v přístupu k zaměstnání.¹⁰

V současné době se metoda situačního testingu využívá v některých zemích Evropské unie k odhalování diskriminačních praktik, využívají ji např. nevládní organizace, novináři, či různé subjekty podporující rovné zacházení. Postoje k používání testingu se v jednotlivých zemích liší. Některé země jako např. Rakousko, Španělsko, Irsko, Itálie, Portugalsko nebo Slovinsko metodu situačního testingu vůbec nepoužívají. Naopak v jiných zemích např. v České republice, v Maďarsku, Belgii, Francii, Švédsku či Slovensku, je situační testing různými institucemi k boji proti diskriminaci využíván. V Belgii je používání situačního testingu dokonce umožněno přímo zákonem. V Maďarsku, zejména díky vytrvalosti nevládních organizací, tamní Nejvyšší soud uznal metodu situačního testingu v případě diskriminace Roma při vstupu na diskotéku. Nařízení maďarské vlády pak umožnilo, aby tamní orgán pro rovné zacházení využíval situační testing při svých šetřeních a pokud je to vhodné, jeho výsledky pak použil u soudu.¹¹

⁹ Zdroj: Iványi Klára, Muhi Erika - The national and international practice of situation, NEKI (Hungary), <http://www.neki.hu/kiadvanyok/test/contest.htm>

¹⁰ Více

<http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/research/imp/imp23e.pdf>

¹¹ Zdroj: Rorive Isabele - Situation tests in Europe: myths and realities, European Anti-discrimination Law Review, April 2006, Issue No. 3, str. 34

Situační testing v České republice

Česká republika patří mezi země, kde je situační testing k prokazování existence diskriminace využíván. Používají ho nevládní organizace i média, obvykle za účelem zjištění a prokázání diskriminace v přístupu k zaměstnání nebo přístupu ke službám, např. testují vpuštění na diskotéku nebo baru, obsloužení v restauraci atd.

Poradna v minulosti uskutečnila v České republice několik situačních testů, ty testovaly diskriminaci příslušníků romské menšiny v přístupu k zaměstnání a diskriminaci v přístupu ke službám - poskytnutí ubytování na ubytovně, obsloužení v restauraci. Cílem těchto testů bylo získat dostatek důkazních prostředků proti určitým subjektům, o nichž se na základě zjištěných informací předpokládalo, že se dopouštějí diskriminace. Po situačním testování, které ukázalo diskriminační jednání daného subjektu, byla podána žaloba k soudu s cílem dosáhnout ochrany před diskriminačním jednáním. Tyto soudní spory následně vyústily v rozhodnutí, která měla pro vývoj ochrany před diskriminací v České republice stěžejní význam.

Vedle vlivu na vývoj ochrany před diskriminací tato soudní rozhodnutí také ukázala, že soudy v České republice metodu situačního testingu jako „prostředku boje proti diskriminaci“ akceptují. S akceptováním této metody české soudy neměly větší problémy, a to přesto, že se žalovaní nezřídká bránili tím, že se jednalo o provokaci. Soudy tento argument nepřijaly a naopak prohlásily, že *„každý je oprávněn ověřit si, zda může vykonávat nerušeně svá práva, a pokud k neoprávněnému zásahu do práv dojde, jsou jeho nároky shodné, jako kdyby se setkal s diskriminací nečekaně“*¹².

Testéři Poradny byli při těchto situačních testováních vybaveni skrytým audio nahrávacím zařízením a testovací situaci si nahrávali, aby mohli podložit své tvrzení u soudu. Žalovaní namítali nepřípustnost takovýchto nahrávek jako důkazních prostředků, nicméně soudy použití pořízených audio-nahrávek jako důkazních prostředků akceptovaly, neboť *„záznam byl učiněn v prostoru pro veřejnost v rámci obchodní činnosti a nijak se netýkal soukromí zúčastněných osob“*¹³.

¹² Strupek David - Projednávání diskriminace soudem, alternativní metody řešení sporů, seminář Zvyšování kapacity veřejné správy a právnických profesí v boji proti diskriminaci, Kroměříž, 12-13. června 2006

¹³ K přípustnosti soukromého audiozáznamu jako důkazu v občanskoprávním řízení. K posouzení významu rasové diskriminace z hlediska rasové diskriminace z hlediska náhrady nemajetkové újmy v penězích. - Z judikatury, Bulletin Advokacie, 11-12, 2003, str. 101

Dále je důležité poznamenat, že všechny uvedené testy v přístupu k zaměstnání nebo ke službám byly realizovány tak, že testující z romské menšiny chtěl dané právo skutečně vykonat, skutečně tedy usiloval o dané zaměstnání či o danou službu. Poté, co byl při výkonu tohoto práva diskriminován, podal žalobu k soudu. Zatímco druhý testující zastupující většinu, který logicky v některých případech, např. při hledání zaměstnání výkon práva pouze předstíral, působil v následujícím soudním jednání jako svědek. Je otázkou, jak by české soudy postupovaly v případě, kdy by diskriminovaný, jenž podal soudní žalobu, výkon práva např. hledání zaměstnání či bydlení v rámci testování pouze předstíral a následně by se domáhal ochrany před diskriminací u soudu.

Jak realizovat situační testing

Situační testing je specifická metoda při níž se navozuje situace, kdy je osoba z určité znevýhodňované skupiny záměrně vystavena diskriminačnímu jednání, aniž by si ten, kdo se dopouští diskriminace uvědomoval, že je jeho jednání sledováno.¹⁴ Situační testing tedy představuje určitou vyprovokovanou situaci, **nicméně nesmí při něm v žádném případě docházet k porušování zákonů či navádění k jejich porušení.**

Situační testing lze využít v mnoha oblastech, kde obvykle dochází k diskriminaci, a kde má být tento negativní jev testován. V české i zahraniční praxi se situační testing nejčastěji využívá pro testování diskriminace v:

- přístupu k zaměstnání,
- přístupu ke službám - vstup do klubu, na diskotéku, do restaurace, obslužení v restauraci, ubytování v hotelu, na ubytovně atd.,
- přístupu k bydlení - nájemní či podnájemní bydlení.

Situační testing lze použít k testování diskriminace z různých diskriminačních důvodů - rasy a etnického původu, pohlaví, sexuální orientace, zdravotního postižení, věku, náboženství atd. Realizátor situačního testingu musí v konkrétním případě hledat možnosti, jak přirozeně navodit situaci, při níž si testovaný subjekt uvědomí, že testující je příslušníkem dané menšiny. U některých diskriminačních důvodů např. u sexuální orientace nebo náboženství, kdy nemusí být na první pohled zřejmé, že testující je příslušníkem dané menšiny, může být realizace testingu komplikovaná.

Situační testing lze realizovat několika různými cestami:

a) telefonický pohovor - telefonický pohovor není časově příliš náročný, je však vhodný pro testování diskriminace pouze u některých diskriminačních důvodů, u nichž je testovaný subjekt po telefonu okamžitě schopen poznat, že se jedná o příslušníka dané skupiny např. pohlaví, cizinci hovořící s cizím přízvukem. U ostatních diskriminačních důvodů, je třeba tuto skutečnost buď přímo nebo náznakem diskriminujícímu sdělit; to však může výsledek testování určitým způsobem zkreslit. Telefonický pohovor lze využít např. při testování diskriminace v přístupu k zaměstnání nebo k bydlení. Telefonický rozhovor nesmí

¹⁴ Zdroj: Rorive Isabele - Situation tests in Europe: myths and realities, European Anti-discrimination Law Review, April 2006, Issue No. 3, str. 33

být nahráván bez vědomí hovořících osob, taková nahrávka je jako důkaz u soudu nepřípustná.

b) zaslání životopisu - testující se nedostane do kontaktu s testovaným subjektem, pouze se vybraným subjektům zašle jeho životopis. Tuto metodu je možné využít u testování diskriminace v přístupu k zaměstnání. Je vhodná v těch případech, kdy se testují pouze šance osob postoupit do dalšího kola a být tak např. pozván k pohovoru.

c) osobní setkání - testující vstoupí přímo do kontaktu s testovaným subjektem. Je časově náročnější, neboť testující se musí dopravit na místo setkání. Takto lze testovat diskriminaci v přístupu k některým zaměstnáním, přístupu ke službám či bydlení. Tento způsob testování je vhodné využívat především u těch diskriminačních důvodů, kdy je na testérovi vizuálně vidět, že se jedná o příslušníka dané skupiny, např. u testování diskriminace z důvodu pohlaví, věku, rasy či etnického původu. V některých případech je možné tuto metodu využít i u zdravotního postižení (pokud je zdravotní postižení viditelné) nebo náboženství (pokud testující nosí viditelné náboženské symboly).

d) zaslání životopisu + osobní pohovor - z časového i technického hlediska se pravděpodobně jedná o nejnáročnější metodu testování, která kombinuje dvě předcházející metody. Je nezbytné nejprve rozeslat životopisy testérů a následně, jsou-li pozváni na pohovor, se testéři zúčastní i přijímacího interview. Časově náročná je tato metoda nejen z hlediska nutnosti dostavit se na pohovor, ale také pro samotnou přípravu, která musí pohovorům předcházet. Vyžaduje proto vysokou míru kooperace od všech zúčastněných, především od testérů. Tato metoda je vhodná k testování diskriminace v přístupu k zaměstnání z jakéhokoli diskriminačního důvodu.

Výsledky získané při testování různými metodami by se neměly kombinovat; pokud k tomuto dochází mělo by být výslovně uvedeno, že byly u jednotlivých testů použity různé metody.

Každá z uvedených metod má své výhody a nevýhody a proto dříve než je konkrétní metoda testování zvolena je vždy nutné zvažovat zejména:

- v jaké oblasti bude testování probíhat,
- jaký diskriminační důvod bude testován,
- za jakým účelem se testování provádí (zda ke zjišťování rozsahu diskriminace v určité oblasti či k získání dostatečných důkazů vůči konkrétnímu diskriminujícímu),
- kolik testujících dobrovolníků je k dispozici.

Při realizaci situačního testování je vždy nezbytné si uvědomit následující skutečnosti:

- povinnost dodržovat právní předpisy,
- limity situačního testingu - výběr jakýchkoli uchazečů ovlivňuje řada osobnostních faktorů, které s diskriminačními důvody vůbec nesouvisí,
- povinnost realizovat situační testing tak, aby testovanému subjektu při realizaci nevznikla škoda,
- povinnost realizátora zajistit podporu testujícím, neboť opakované znevýhodňování, jemuž mohou být vystaveni, může být pro ně velmi stresující,
- povinnost poskytnout právní poradenství nebo zastoupení testujícím v případě jakýchkoli vzniklých problémů,
- povinnost uhradit dobrovolníkům-testerům vzniklé náklady (jízdné, vstupné apod.).

Celou realizaci situačního testingu je třeba koordinovat k tomu určenou osobou; koordinátor by měl činit a koordinovat následující kroky k realizaci testování:

- koncipování situačního testingu,
- výběr testujících osob (testérů),
- poučení testujících osob,
- příprava životopisů,
- výběr testovaných subjektů,
- samotná realizace situačního testingu,
- shromažďování výsledků realizovaných testů,
- vyhodnocení výsledků situačního testování.

Koncipování situačního testingu

Koordinátor stanoví v jaké oblasti a z jakých důvodů bude diskriminace testována. Dále určí za jakým účelem bude testing realizovat - zda jej bude provádět ke zjištění a prokázání diskriminačního jednání určitého konkrétního subjektu, o kterém se ví, že se diskriminace dopouští (např. za účelem získání dostatečných důkazních prostředků). Nebo zda bude zjišťovat existenci diskriminace a její rozsah v určité oblasti, a bude proto testovat větší počet náhodně vybraných subjektů. Určí počet testů, které bude realizovat. Následně v návaznosti na předcházející kroky zvolí testovací metodu či metody. Provede rozvahu, kolik dobrovolníků bude k realizaci přibližně potřebovat.

Výběr testujících osob (testérů)

Pro úspěšnou realizaci situačního testingu je vedle pečlivé přípravy zásadní výběr testérů. Aby mohl být celý situační testing dobře zvládnutý a úspěšný musí testující osoby jednak splňovat určité předpoklady vyplývající vždy z konkrétní testované situace a jednak musí mít určité osobnostní předpoklady.

Testující osoby vždy musí mít určité charakteristiky vyplývající z testovaného diskriminačního jednání, tedy musí se jednat o osobu určité rasy či etnického původu, pohlaví, věku, sexuální orientace, zdravotně postiženou nebo naopak zdravou apod. Obvykle se vždy hledají dvojice dobrovolníků, přičemž v dané dvojici by se testéři od sebe měli odlišovat pouze v testované charakteristice.

Vzhledem k náročnosti metody situačního testingu jsou na testující osobu kladeny poměrně vysoké nároky, proto by tato osoba měla splňovat i určité požadavky související s její osobností, povahou a vystupováním, jako jsou:

- spolehlivost,
- psychická odolnost - testující osoba by měla být psychicky odolnější, neboť může být opakovaně vystavena znevýhodňujícímu zacházení
- ochota k dlouhodobější spolupráci - testující osoby obvykle vykonávají testing zdarma jako dobrovolnou aktivitu, za kterou nejsou odměňováni; vzhledem k tomu, že případný následující soudní proces může trvat i několik let, je nezbytné, aby testéři byly ochotni spolupracovat dlouhodobě,
- schopnost kontrolovat své emoce - testér se nezřídka může stát terčem různých slovních útoků, které by měl zvládnout s chladnou hlavou,
- schopnost objektivního pozorování,
- schopnost poradit si s neočekávanou situací.¹⁵

V praxi při diskriminačním jednání nezřídka dochází k překrývání diskriminačních důvodů (tzv. vícečetná diskriminace), kdy je diskriminovaná osoba diskriminována hned z několika důvodů najednou, např. romská handicapovaná žena může být diskriminována zároveň pro svůj romský původ, protože je žena, a protože je handicapovaná. Při výběru testérů, zejména při výběru testujících párů, je nezbytné dbát na to, aby nedocházelo k překrývání diskriminačních důvodů. Testuje - li se rasová diskriminace, jediné v čem by se

¹⁵ Zdroj: Iványi Klára, Muhi Erika - The national and international practice of situation, NEKI (Hungary), <http://www.neki.hu/kiadvanyok/test/contest.htm>

měli testující osoby, tedy zástupce menšiny a zástupce z většiny, lišit je právě rasa, jinak by se mělo jednat o osoby stejného pohlaví, věku, sexuální orientace, náboženství, bez zdravotního postižení apod. Testuje-li se diskriminace z důvodu pohlaví, jediném v čem se testující dvojice liší je pohlaví, testuje-li se diskriminace z důvodu věku, jediném v čem se testující liší je věk atd. Na tyto skutečnosti je nutné velmi pečlivě dbát, neboť jejich opomenutí by mohlo zkreslit, ne-li znehodnotit, výsledky celého situačního testingu.

Poučení testujících osob

Koordinátor situačního testingu je povinen před samotným zahájením situačního testování všechny testující osoby podrobně poučit. Jeho poučení by mělo zahrnovat informace o samotné metodě testingu, jakož i instrukce pro konkrétní realizaci jednotlivých testů, o tom jak v praxi budou probíhat a jak se na ně má testující připravit. Koordinátor testů především informuje o:

- testingu - v jaké oblasti, z jakého důvodu, jaké subjekty a jakou metodou bude testing realizován,
- časové náročnosti - jaký časový rozsah bude nutné testům věnovat; v případě, že bude věc předložena soudu bude nutná dlouhodobá (i několik let) spolupráce,
- potřebě být k dispozici jako svědek při případném soudním sporu,
- rizicích situačního testingu (mohou být vystaveni opakovanému znevýhodňování, mohou být označeni za „provokatéry“, mohou se dostat do sporu s testovaným subjektem atd.)
- poskytnutí psychologické podpory a právního poradenství či zastoupení v případě jakýchkoli vzniklých problémů,
- tom čeho si všímat - jaké konkrétní skutečnosti má testující u testovaného subjektu při testu sledovat,
- povinnosti chovat se neutrálně během testu a neprovokovat,
- povinnosti sepsat záznam o testu,
- vnějším vzhledu testéra - nutnost mít vhodný účes a oblečení pro danou situaci apod.¹⁶

Příprava životopisů

Testuje-li se diskriminace v přístupu k zaměstnání, je nezbytné nejprve vytvořit životopisy - jeden pro testujícího zastupujícího menšinu a druhý pro testujícího

¹⁶ Zdroj: Iványi Klára, Muhi Erika - The national and international practice of situation, NEKI (Hungary), <http://www.neki.hu/kiadvanyok/test/contest.htm>

zastupujícího většinu. Životopisy testující dvojice by měly být téměř totožné, především pokud jde o vzdělání a praxi, lišit by se zásadně měly pouze v daném diskriminačním důvodu. Pohlaví či věk, uvede-li se datum narození, lze z životopisu snadno vyčíst. U testování diskriminace z důvodu rasy, náboženství, zdravotního postižení, sexuální orientace apod. však může být komplikované připravit životopis tak, aby z něj byla zřejmá příslušnost testujícího k určité menšině. Lze to řešit např. přímo uvedením, že se jedná o příslušníka etnické menšiny či osobu zdravotně postiženou nebo nepřímo uvedením řady aktivit vztahujících se k dané menšině, z čehož může testovaný subjekt příslušnost k této menšině dovodit. Tato druhá možnost není optimální, ale je vhodnější u důvodů jako jsou sexuální orientace nebo náboženství, neboť to jsou údaje, jež se v životopise obvykle neuvádějí.¹⁷ Při přípravě životopisu je třeba dbát na to, aby školy a zaměstnavatelé uvedení v životopisu skutečně existovaly v době, v níž testující podle životopisu studoval nebo pracoval.

S konečnou podobou připraveného životopisu musí testující souhlasit, bez jeho souhlasu nelze životopis rozeslat.

I v případě, že se testuje přístup k zaměstnání, u nichž není životopis vyžadován, je nezbytné si určitý životopis připravit. Testující musí být předem připraveni na otázky týkající se jejich vzdělání i praxe.

Výběr testovaných subjektů

Rozhodnutí, který subjekt bude testován, a který nikoli je na koordinátorovi testingu; o této skutečnosti nerozhodující testující. Záleží na tom, zda se testuje větší počet subjektů či konkrétní subjekt podezřelý z diskriminace.

Testuje - li se diskriminační jednání konkrétního subjektu podezřelého z diskriminace, např. zaměstnavatel, restaurace, diskotéka, bar, pronajímatel bytu apod., potom jsou testéři vysláni právě k tomuto subjektu.

Testuje-li se existence diskriminace a její rozsah v určité oblasti života, např. v přístupu k zaměstnání, v poskytování služeb či bydlení, pak je nezbytné testovat větší množství subjektů. Množství testů záleží také na metodě testování, která je zvolena. Při testování diskriminace v přístupu k zaměstnání

¹⁷ V rámci realizace projektu byly např. u osoby testující diskriminaci z důvodu sexuální orientace uvedeny aktivity v oblasti gay a lesbické komunity, u osoby testující diskriminaci z důvodu rasy bylo výslovně uvedeno „národnost -romská“ a u osoby testující diskriminaci z důvodu zdravotního postižení bylo výslovně uvedeno, že je paraplegik.

prostřednictvím rozesílání životopisů je žádoucí zaslat životopisy alespoň 300 zaměstnavatelům. Řada zaměstnavatelů vůbec neodpoví, proto je nezbytné oslovit jich větší počet, aby se z počtů jejich reakcí daly dovodit nějaké závěry.¹⁸

Pokud je zvolena metoda, při níž testující vstupují s testovaným subjektem do kontaktu přímo - telefonicky či osobně v rámci pohovoru, jsou vždy vystaveni určité reakci testovaného subjektu, ať je diskriminační či nikoli. Proto jsou-li užity tyto metody je možné uskutečnit menší množství testů. (nicméně např. Washingtonský právní výbor při testování diskriminačního jednání taxikářů provedl 292 testů). Lze říci, že čím větší množství testů bude provedeno, tím spíše se případný negativní dopad na určitou menšinu může ukázat.

Samotná realizace situačního testingu

Koordinátor rozhodne, které konkrétní subjekty budou testovány, následně pak vysílá testéry na jednotlivé testy. Koordinátor musí testérovi sdělit, kdy má vybraný subjekt testovat - kdy mu má zatelefonovat, poslat životopis, jít na osobní pohovor nebo s ním jinak vstoupit do kontaktu.

Při testování je třeba dodržovat určité pořadí. Do kontaktu s testovaným subjektem vstupuje nejprve testující z menšiny a následně po něm v určitém časovém odstupu (cca několik minut až 30 minut) druhý testující z většiny. Tento postup by měl být zachovávan, neboť jedině tak se ukáže, zda jsou tvrzení kontrolovaného subjektu pravdivá. Diskriminující se nyní již diskriminace nedopouštějí příliš otevřeně, ale své diskriminační jednání skrývají za různá tvrzení typu, že místo je již obsazeno, dnešní večer v klubu je jen pro zvané či volný stůl v restauraci je rezervovaný apod. Testuje-li testér z většiny až po testujícím z menšiny může ověřit, zda je tvrzení testovaného subjektu pravdivé, nebo se jedná pouze o výmluvu.

Testující, který vstoupí do kontaktu s testovaným subjektem, si při testu všímá, jak je s ním zacházeno, co všechno mu bylo řečeno, slíbeno či nabídnuto. Jde-li na osobní pohovor k zaměstnavateli všímá si také, jak dlouho čekal, zda byl uvítán, zda mu byla na uvítanou podána ruka, jaké otázky mu byly kladeny atd.

Životopisy mohou rozeslat emailem nebo poštou sami testující. Posílá-li životopisy prostřednictvím mailu koordinátor, je nezbytné je poslat z odlišných

¹⁸ V rámci projektu byla vždy dvojice životopisů zaslána 20 zaměstnavatelům. Vzhledem k tomu, že pouze cca 40 - 50% zaměstnavatelů na životopis reagovalo nějakým sdělením, ať již pozváním na pohovor nebo odmítnutím, byl počet reakcí příliš malý na to, aby se z něj dalo usuzovat, zda je daná menšina diskriminována a v jakém rozsahu.

emailových adres, aby nebylo možné identifikovat, že jejich odesílatelem je stejná osoba. U této formy testování tolik nezáleží na pořadí v jakém budou životopisy zaměstnavateli zaslány, je však vždy třeba zachovat lhůtu pro zaslání životopisů stanovenou zaměstnavatelem. Vhodné je zaslat životopisy ve stejný den.

Realizace testování v přístupu k bydlení je velmi časově náročná a vyžaduje vysokou míru koordinace. Vedle toho může být i problém sladit testování tak, aby šel na prohlídku bytu nejprve testující z menšiny až následně testující z většiny. Ne vždy se podaří takto sjednat schůzku s realitní kanceláří či majitelem bytu.

Shromažďování výsledků realizovaných testů

Koordinátor předem připraví určitý záznamový list s příslušnými otázkami, který bude pro testující stejný, a který testující následně po realizovaném testu co nejdříve vyplní, zaznamenají do něj jejich zkušenosti z realizovaného testingu. Tím má koordinátor zaručeno, že se od všech testujících dozví odpovědi na stejné otázky, což mu umožní porovnávat záznamy a výsledky z nich plynoucí.

Záznamový list by měl zejména obsahovat:

- údaje o testující osobě (jméno, kontakt, národnost, věk, rasa apod.)
- název testovaného subjektu
- název inzerované pozice (nabízeného zaměstnání, nabízeného bydlení atd.)
- datum a čas, kdy testování proběhlo (všechny telefonické rozhovory, osobní pohovory apod.)
- podrobný popis testování (co všechno testující subjekt sdělil, jak se choval k testujícímu atd.)
- výsledek testování (zda byla pozice nabídnuta či nikoli, jaký byl důvod odmítnutí).

Pokud situační testing slouží jako podklad pro následující soudní proces, je důležité mít celou událost písemně zaznamenánu, neboť proces může trvat celé roky a testující si po letech jen stěží budou vybavovat z paměti potřebné detaily.

Vyhodnocení výsledků situačního testingu

Koordinátor provede zhodnocení výsledků situačního testování a rozhodne o jejich dalším využití. To je dáno především tím, za jakým účelem byl celý proces

situačního testování realizován. Následovat může např. zveřejnění výsledků či soudní proces proti diskriminujícímu subjektu.

Prameny

Alemu Fitsu - Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary, <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016>

Amadiou Jean-Francois - Employment discrimination The situation Today and Future Research required-Paper presented at Columbia University (NY) may 2005-

<http://cergors.univ-paris1.fr/docsatelecharger/EMPLOYMENT%20DISCRIMINATION.pdf>

Pratt Sara - Discrimination against persons with disabilities Testing guidance for practitioners, The Urban Institute Washington, DC, 2005,

http://www.urban.org/UploadedPDF/900833_discrimination.pdf#search='Pratt%20Sara%20%E2%80%93%20Discrimination%20against%20persons%20with'

Iványi Klára, Muhi Erika - The national and international practice of situation, NEKI (Hungary), <http://www.neki.hu/kiadvanyok/test/contest.htm>

Rorive Isabele - Situation tests in Europe: myths and realities, European Anti-discrimination Law Review, April 2006, Issue No. 3

Slamming the door on justice: Testing Uncovers Housing Discrimination in Louisville, Kentucky, *A report on housing discrimination testing conducted by the Fairness Campaign, January 1999,*

<http://www.fairness.org/discrimination/discrimination.htm>

Weichselbaumer Doris, Sexual orientation discrimination in hiring, http://www.coba.usf.edu/departments/economics/faculty/desimone/teach/wendy_le.pdf#search='Weichselbaumer%20Doris%20Sexual%20orientation%20discrimination%20in%20hiring'

U.S. Department of Housing and Urban Development, Office of Policy Development and Research - Discrimination against persons with disabilities Testing guidance for practitioners

http://www.huduser.org/publications/pdf/DDS_Testing_Guidance.pdf

K přípustnosti soukromého audiozáznamu jako důkazu v občanskoprávním řízení. K posouzení významu rasové diskriminace z hlediska rasové diskriminace z hlediska náhrady nemajetkové újmy v penězích. - Z judikatury, Bulletin Advokacie, 11-12, 2003