

Dočasné osobitné opatrenia podľa Medzinárodného dohovoru na odstránenie všetkých foriem diskriminácie žien a možnosti ich prijímania na Slovensku

Jarmila Lajčáková, LLB, LLM, SJD
Marec 2012

1. Úvod

Čo znamená rovnosť medzi mužmi a ženami? Často sa objavuje názor, že rovnosť znamená také isté zaobchádzanie so ženou ako s mužom. Príkladom takéhoto *formálneho prístupu k rovnosti* je podmienka splnenia rovnakých testov fyzickej zdatnosti ženskými uchádzačkami o prácu v hasičskom zbore. Testy, ktoré sú rovnaké pre mužov a ženy, sa navonok môžu zdať neutrálne. V skutočnosti sú však ovplyvnené fyziológiou muža. Žena takéto testy len ťažko splní.¹ Aj keď príklad hasičiek sa môže zdať extrémny, skryté očakávania, ktoré sú ovplyvnené konštruktom muža sú všadeprítomné. Ovpływujú napríklad pravidlá prijímania do pracovných pozícií, spôsob povyšovania či odmeňovania za prácu. Podmienky dĺžky odpracovaných rokov či rokov praxe ako podmienka na prijímanie do práce, povyšovania či odmeňovania sa môžu zdať navonok „neutrálne“. Avšak za zdanlivou neutralitou sa často skrýva predstava tzv. efektívneho pracovníka. Počet odpracovaných rokov „efektívneho pracovníka“ napríklad neovplyvňuje obdobie venované intenzívnej starostlivosti o dieťa. Materstvo a starostlivosť o deti sú vnímané ako „dovolenka“, nie ako práca. Formálne rovnaké zaobchádzanie so ženou a mužom tak môže byť vo svojich dôsledkoch nespravodlivé.

Napríklad 35 ročná pani Jana, záujemkyňa o prácu, matka dvoch detí, o ktoré sa celodenne (a celonočne!) starala do veku ich 3 rokov, nemá taký istý počet odpracovaných rokov ako pán Jozef, jej spolužiak z vysokej školy, otec dvoch detí. Má síce rovnakú kvalifikáciu, čo sa týka získaného vzdelania, počtom odpracovaných rokov s ním však nemôže súperiť. O Jozefove deti sa totiž celodenne starala jeho manželka. Jozef sa zatiaľ venoval platnej činnosti, ktorú naša spoločnosť vníma ako prácu, a vo svojom odbore sa zdokonaľoval. Zatiaľ čo Jozef postupoval na kariérom rebríčku, jeho spolužiačka Jana bola na „24-hodinovej dovolenke“. V nikdy nekončiacom „dovolenkovom“ kolotoči dojčenia, varenia, kŕmenia či kočikovania už nemala síl po večeroch študovať odbornú literatúru, aby udržiavala s Jozefom tempo. Jana a Jozef tak vo

¹ Prípád v Kanade, kedy bola žena prepustená z hasičského zboru kvôli nespĺneniu testov zdatnosti. Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002) s. 9.

veku svojich 35 rokov napriek tomu, že spolu vyštudovali ten istý odbor na vysokej škole, po škole sa hneď zamestnali, boli na pracovných konkurzoch vo výrazne odlišných pozíciách.

Firma, ktorá prácu ponúka, pritom môže mať odôvodnený názor, že Jozef je kvalifikovanejším kandidátom na ponúkanú pozíciu. Firma nezohľadňuje skryté rodové znevýhodnenie a aplikuje to, čo sa nazýva formálny prístup k rovnosti. Posudzuje Janu a Jozefa identicky. Formálny prístup k rovnosti zakrýva, že pri zdanlivo neutrálnych pravidlách skutočným meradlom či referenčným rámcom porovnávania je muž, ktorý sa nakoniec ukazuje ako lepší kandidát.² Popritom Jana bojuje s množstvom ďalších bariér a stereotypov. Je matkou, ktorá je napríklad spájaná s „rizikom“ častých výpadkov zo zamestnania z dôvodu starostlivosti o choré deti. Predpokladá sa totiž, že o choré deti sa majú starať ich matky, nie otcovia. Ženy sa tak ešte viac stávajú menej atraktívnejšími kandidátkami v očiach mnohých zamestnávateľov.

V nasledujúcej štúdií sa venujem medzinárodnému ľudsko-právnemu Dohovoru o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien (CEDAW).³ CEDAW je najdôležitejším medzinárodným normatívnym zdrojom realizácie ľudských práv žien. CEDAW sa snaží o presadenie materiálnej (niekedy označovanej ako faktickej v angl. *substantive*) rovnosti, ktorá neposudzuje Janu a Jozefa ako identických kandidátov o prácu. Práve naopak, CEDAW zohľadňuje veľmi odlišné pozície a šance Jany v porovnaní s Jozefom. CEDAW má však ambíciu odstraňovať rodovo podmienené znevýhodnenie nielen v oblasti zamestnanosti, ale vo všetkých verejných oblastiach: vo vzdelávaní, v prístupe k zdravotnej starostlivosti, v sociálnej oblasti alebo politickej participácii. CEDAW má za cieľ prispieť k eliminácii kultúrnych praktík a očakávaní, ktoré poškodzujú ženy a dievčatá a od narodenia ich konštruujú ako menej hodnotné ľudské bytosti, ktoré sú podriadené mužom.

V štúdií sa konkrétne zameriam na jeden z dôležitých nástrojov eliminácie diskriminácie žien, ktorým sú dočasné osobitné opatrenia (u nás sa často označujú ako *dočasné vyrovnávacie opatrenia*). Dočasné osobitné opatrenia môžu mať rôzne podoby, od školení, finančnej pomoci, preferenčnom zaobchádzaní v oblasti zamestnanosti či vzdelania až po kvóty pre ženy v parlamente. V kontexte nášho prípadu ich cieľom je vyrovnat' šancu na získanie zamestnania Jany napríklad tým, že zamestnávateľ cielene uprednostní ženské kandidátky, v počte odpracovaných rokov zohľadní aj roky venované jej starostlivosti o deti, poskytne jej priebežné

² Catherine MacKinnon, citované v Fredman, *ibid.*

³ Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien, prijatý Rezolúciou Valného zhromaždenia OSN, 18. 12. 1979, vstup dohovoru do platnosti/účinnosť: 3. 9. 1981, Zbierka zákonov: Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 62/1987 Zb. z 13. mája 1987 o Dohovore o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien.

školenie a/alebo jej zabezpečí flexibilný pracovný čas. Takéto opatrenia sú charakterizované ako dočasné. To znamená, že sa používajú dovedy, kým sa nezmení konštrukt efektívneho pracovníka ako muža, kým sa nezmení očakávanie, že sú to práve ženy, ktoré majú primárnu povinnosť starať sa o dieťa. A že táto starostlivosť, ak ju vykonávajú ženy rovnako ako muži, nie je dovolenkou, ale naopak, veľmi dôležitou prácou, ktorou prispievajú k dobru celej spoločnosti tým, že vychovávajú jej budúce generácie.⁴

Úvaha v štúdiu je rozdelená do troch častí. V prvej vymedzím koncepciu rovnosti, ktorá je základom pre CEDAW, a teda aj pre nástroj na elimináciu diskriminácie prostredníctvom dočasných osobitných opatrení. Tým sa budem detailnejšie venovať v druhej časti. V tretej časti sa zameriam na právne možnosti prijímania dočasných osobitných opatrení v kontexte Slovenska. Ako uvidíme, na Slovensku majú verejné orgány výrazný problém s pochopením zmyslu dočasných osobitných opatrení, s čím súvisia právne aj sociálne bariéry pri ich zavádzaní do praxe.

⁴ Ideálny stav by bol taký, keby bol právny a inštitucionálny systém nastavený tak, že žena nemusí stáť pred voľbou „rodina alebo kariéra“. To znamená, že si môže slobodne vybrať celodenne sa starať o deti a takúto voľbu môže mať aj muž. Alternatívne, ak sa rozhodnú obaja súčasne pracovať, spoločnosť im s výchovou detí pomôže dostupnými predškolskými zariadeniami a flexibilným pracovným časom.

2. Čo znamená rovnosť podľa CEDAW?

2.1. Materiálna vs. formálna rovnosť

CEDAW je nástrojom, ktoré presadilo na medzinárodnej úrovni hnutie za ženské práva. Centrálnou snahou ženského hnutia je zmeniť vnímanie ľudskej bytosti založené na predstave muža. Hnutie preto apeluje na ideál faktickej alebo materiálnej rovnosti (angl. *substantive* alebo *de facto equality*). Materiálna rovnosť berie do úvahy štrukturálne rodové znevýhodnenia.⁵ Vďaka kritike afroamerických feministiek pri presadzovaní materiálneho prístupu k rovnosti súčasne zohľadňuje nielen rod a pohlavie ako zdroj individuálnej identity, ale aj rasu, etnicitu, sociálny status, náboženstvo, sexuálnu orientáciu či zdravotné postihnutie. Všetky tieto zdroje ľudskej identity totiž môžu znevýhodnenie niektorých skupín žien ďalej znásobovať.⁶

Materiálna rovnosť nahrádza historicky starší spôsob chápania rovnosti, ktorým je *formálna rovnosť*. Podľa formálneho prístupu k rovnosti, spravodlivosť vyžaduje konzistentné zaobchádzanie. So všetkými osobami bez ohľadu na pohlavie, rasu, etnicitu či náboženské vierovyznanie by sa malo zaobchádzať rovnako, t.j. identicky. Tento prístup vyžaduje zrušenie zjavných prípadov diskriminácie, ako je napríklad rozdielna odmena za rovnakú prácu.

Sandra Fredman identifikovala niekoľko zásadných nedostatkov s formálnou rovnosťou. Prvým je nedostatok nejakého princípu, od ktorého by sa malo odvíjať posudzovanie toho, či nejaké zaobchádzanie je porušením rovnosti alebo nie. Ide totiž o relatívny princíp. To znamená, že princíp nerobí rozdiel medzi dobrým a zlým zaobchádzaním, pokiaľ sú rovnaké vo vzťahu k mužom a ženám. Pokiaľ zamestnávateľ rovnako obťažuje nielen zamestnankyne, ale aj zamestnancov, nejedná sa o porušenie formálnej rovnosti. Prístup tak môže viesť k postupnému znižovaniu stupňa právnej ochrany. Nesnažíme sa lepšie zaobchádzať so všetkými skupinami, ale radšej s nimi zaobchádzať horšie. Odstránenie diskriminácie tak nemusí viesť k vyrovnávaniu nerovností znevýhodnených skupín. Fredman trend ilustruje prípad mesta v Spojených štátoch amerických, kde bol súčasťou segregáčnych politík aj zákaz vstupu do miestnej plavárne pre Afroameričanov. Po zakázaní segregácie sa mesto nerozhodlo zrušiť zákaz.

⁵ Rešpektujúc samozrejme odlišnosti medzi odlišnými prúdmi feminizmu (najmä radikálny, liberálny, marxistický). Štúdiá vychádzajú najmä z feminizmu odlišností, ktorý vznikol kritikou týchto hlavných feministických prúdov. Pozri bližšie napr. v Nicola Lacey, „Feminist Legal Theory and the Rights of Women“ in Karen Knop (ed.) *Gender and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2004) s. 13 a nasl.

⁶ Kimberlé Crenshaw, „Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics“, (1989) *University of Chicago Legal Forum* 139; Kimberlé Crenshaw, „Mapping the Margins: Identity Politics, Intersectionality, and Violence against Women of Color, 44(1991) *Stanford Law Review* 1241.

Namiesto toho zatvorili plaváreň. Nemohlo ísť o diskrimináciu, keďže „bieli“ rovnako nemohli navštevovať plaváreň ako „čierni“.⁷ Mesto aplikovalo formálny prístup k rovnosti, ktorý nevyžaduje, aby zaobchádzalo so všetkými lepšie. Pri formálnej rovnosti stačí, keď zaobchádza so všetkými rovnako zle.

Druhým, už v úvode spomínaným nedostatkom je existencia komparátora, ktorý je často konštruovaný ako muž - tzv. reasonable man („normálna osoba“). Rodová neutralita tak v praxi môže znamenať mužský štandard. Súčasne tiež núti k neustálemu hľadaniu komparátora muža, ktorý v niektorých situáciách nemusí existovať alebo sa nejaví ako vhodný na porovnanie. Fredman poukazuje na grafický príklad z Kanady pri pokuse zdefinovať práva tehotných žien. Súd sa snažil absurdne porovnávať stav tehotnej ženy s normou chorého muža. Ukázalo sa, že pokrok v ochrane tehotných žien sa dostavil až potom, čo sa vzdali úsilia hľadať mužského komparátora a odklonili sa od formálneho prístupu založeného na porovnávaní s mužom.⁸

Formálna rovnosť tiež nespochybňuje štrukturálnu diskrimináciu na trhu práce. Formálny prístup k rovnosti síce zakazuje odlišnú mzdu pre ženu za takú istú prácu, akú vykonáva muž. Nespochybňuje však, ak ženy v spoločnosti celkovo zarábajú, ako na Slovensku, v priemere o 30 percent menej, a to v dôsledku toho, že sú neprimerane vysoko zastúpené v tzv. prefeminizovaných sektoroch, akými je školstvo či zdravotníctvo. Diskrimináciou sa tak musia javiť nízke zárobky učiteliek, zdravotných sestier, upratovačiek, keďže často neexistuje „mužský“ model na porovnanie.⁹ Formálny prístup k rovnosti nenúti k tomu, aby sme sa zamysleli nad tým, že muži sú zas viac zastúpení v sektoroch a na riadiacich pozíciách s výrazne vyššími zárobkami.

Formálna rovnosť neberie do úvahy odlišné situácie, v ktorých sa jednotlivci patriaci k historicky a štrukturálne znevýhodneným skupinám nachádzajú. Ako som už uvádzala v úvode, šance žien v získaní zamestnania, najmä na vyšších a riadiacich úrovniach, môžu byť prakticky výrazne nižšie napríklad kvôli požiadavke „počtu rokov v praxi“. Súčasne tiež v rámci „skupiny“ žien existujú skupiny, ktoré sú viacnásobne znevýhodnené napríklad z dôvodu etnicity, veku alebo zdravotného znevýhodnenia. Napríklad rómske dievčatá, ktoré sa narodia a vyrastú v marginalizovaných osadách, majú oveľa nižšie, takmer minimálne šance na získanie vysokoškolského vzdelania ako dievčatá, ktoré sa narodia v „nerómskej“ časti tej istej obce.

⁷ Fredman, *supra* poznámka 1, s.8

⁸ *Ibid.* s. 8.

⁹ *Ibid.* s.10.

Takéto rómske dievčatá vo veku 35 rokov nebudú môcť konkurovať nielen Jozefovi, ale ani Jane. Totiž šance, že skončia vysokú školu, sú zúfalo nízke.

Formálny prístup k rovnosti nezohľadňuje odlišnosti a odlišné kontexty každého človeka. Odstránené možno budú len najvypuklejšie prípady diskriminácie, t.j. prípad, ak by bola napríklad rómska žiadateľka o kvalifikovanú prácu odmietnutá z dôvodu jej etnicity.¹⁰ Formálny prístup nevyžaduje, aby sa verejná správa zamyslela nad tým, prečo sa do konkurzov, ktoré vyžadujú vysokoškolské vzdelanie, prihlasuje len mizivo nízky počet rómskych záujemkyní.

2.2. Materiálna rovnosť: rovnosť v príležitostiach alebo rovnosť vo výsledkoch

Ako som už uviedla, CEDAW, rovnako ako najvyššie súdy v západných demokraciách a medzinárodné ľudsko-právne súdne a kvázi súdne orgány¹¹, vykladá rovnosť v materiálnom zmysle. Materiálna rovnosť pritom môže byť zadaná ako *rovnosť v príležitostiach* alebo *rovnosť vo výsledkoch*.

Výbor pre odstránenie všetkých foriem diskriminácie žien (ďalej len výbor), ktorý vykladá a aplikuje CEDAW, je nielen súčasťou tohto trendu, ale vo viacerých ohľadoch ho aj vedie. Výbor v prvom rade argumentuje, že výlučne formálny prístup k rovnosti nie je dostatočný na zabezpečenie materiálnej alebo faktickej rovnosti s mužmi.¹² Zmluvným štátom síce zakazuje zakázať priamu a nepriamu diskrimináciu zo strany orgánov verejnej moci vrátane súdnictva a súkromných spoločností či fyzických osôb, ukladá im však aj povinnosť zabezpečovať rovnaké štartovacie čiary pre ženy, ako majú muži. V prvom rade tak presadzuje materiálny prístup *rovnosti v príležitostiach*.¹³

Rvnosť v príležitostiach sa zameriava na jednotlivca. Vychádza z liberálnej tézy spoločnosti, ktorá zdôrazňuje efektívnosť a dosiahnutú kvalifikáciu pri rozhodovacích procesoch.¹⁴ To znamená, že ak ženy nedosahujú rovnakú kvalifikáciu, snaha o zabezpečenie rovnakých príležitostí pre ženy znamená prijímanie pozitívnych opatrení napríklad prostredníctvom cielených školení, prípravných kurzov či rekvalifikácií. Podľa niektorých interpretácií materiálna rovnosť v príležitostiach znamená aj zmenu kritérií na prijímanie do práce či zamestnania tak, aby nepriamo neznevýhodňovali ženy, ktoré nemajú rovnako porovnateľný odpracovaný počet rokov

¹⁰ Aj to len asi teoreticky, keďže možnosti a schopnosti vymáhať svoje práva sú u marginalizovaných skupín typicky nižšie.

¹¹ Napr. Európsky súd pre ľudské práva alebo Výbor OSN pre ľudské práva.

¹² *Ibid.* odsek 8

¹³ General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, odsek 7 (General recommendation 25).

¹⁴ *Prevention of discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action* (Final report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur), Commission on Human Rights, Sub-Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2002/21 of 17 June 2000, ods. 31.

ako muži v ich veku - ako v prípade Jany.¹⁵ Percento žien v riadiacich funkciách je z perspektívy rovnosti v príležitostiach len ukazovateľom úspešnosti politik. Nie je základom pre prijímanie pozitívnych opatrení, ako je tomu v prípade rovnosti vo výsledkoch.

Rovnosť vo výsledkoch sa nezameriava na jednotlivkyňu a jej rovnaké príležitosti, ale na výstupy z rozhodovacích procesov s ohľadom na celú skupinu žien. Kritici rovnosti príležitostí totiž argumentujú, že cieľom politik by mala byť náprava výstupov z rozhodovacích procesov. Argumentujú tým, že presadzovanie rovnosti nemôže byť zamerané len na individuálny výstup.¹⁶ Materiálna rovnosť vo výsledkoch sa zameriava na odstraňovanie koreňov nerovností. Usiluje sa o spravodlivejšiu redistribúciu zdrojov a moci.

CEDAW nekončí pri podpore materiálneho prístupu rovnosti v príležitostiach, ako je tomu v prípade Medzinárodného paktu o sociálnych, ekonomických či kultúrnych právach či Dohovoru o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie (CERD). CEDAW vedie trend v tom, že vyžaduje aj zabezpečovanie *rovnosti vo výsledkoch*. CEDAW vychádza z materiálneho vnímania rovnosti vo výsledkoch, ktoré môžu mať kvantitatívnu a /alebo kvalitatívnu formu tak, aby „ženy mohli využívať svoje práva v rôznych sférach tak ako muži“. Aby ženy „mali rovnaké príjmy, rovnako sa podieľali i na rozhodovacích procesoch a mohli užívať ochranu pred násilím“.¹⁷

Rozlíšenie medzi rovnosťou v príležitostiach a vo výsledkoch je kľúčové aj pre vymedzenie formy prijímaných opatrení na ich zabezpečenie.¹⁸ Rovnosť vo výsledkoch sa na rozdiel od prístupu k rovnosti v príležitostiach zameriava na výsledky v zaobchádzaní, t.j. najmä na proporčné zastúpenie žien na trhu práce a na rozhodovacích procesoch. Zabezpečovanie rovnosti vo výsledkoch tak obhajuje prijímanie kvót.

Je dôležité uviesť, že pri forme prijímaných opatrení výbor zdôrazňuje, že niektoré ženy sú vystavované viacnásobnej diskriminácii z dôvodu rasovej, etnickej alebo náboženskej identity, postihnutia, veku, rodu, kaste alebo iných faktorov, ktoré môžu v praxi znásobovať znevýhodnenie.¹⁹ Preto pozitívne opatrenia musia citlivo vnímať odlišný kontext, a to nielen v prípade dočasných osobitných opatrení vo vzťahu k ženám, ale aj k etnickým menšinám či pôvodnému obyvateľstvu. Výbor tak napríklad odporučil Fíji, aby pri prijímaní dočasných opatrení pre pôvodné obyvateľstvo integrovalo rodovú perspektívu. Monitorovanie

¹⁵ Fredman, *supra* poznámka 1, s. 14-15.

¹⁶ Bossuyt, *supra* poznámka 14, odsek 34.

¹⁷ General Recommendation 25, *supra* poznámka 13, odsek 9.

¹⁸ Bossuyt, *supra* poznámka 14, odsek 31.

¹⁹ General Recommendation 25, *supra* poznámka 13, odsek 12.

a vyhodnocovanie výsledkov prijímaných opatrení by malo sledovať vplyv takýchto opatrení nielen z pohľadu rovnosti etník, ale aj pohlaví.²⁰ Výbor opakovane upozornil mnohé štáty na potrebu prijímania pozitívnych opatrení, ktoré budú reflektovať komplexnosť viacnásobnej diskriminácie rómskych žien.²¹

3. Dočasné osobitné opatrenia podľa výkladu CEDAW

Prijímanie dočasných osobitných opatrení upravuje CEDAW v článku 4 nasledovne:

„1. Ak štáty, zmluvné strany, prijímú dočasné osobitné opatrenia zamerané na faktické urýchlenie zrovnoprávnenia žien a mužov, nebude sa to považovať za diskrimináciu, ako je definovaná v tomto dohovore; v žiadnom prípade však tieto opatrenia nesmú vo svojom dôsledku viesť k zachovaniu nerovnoprávných alebo oddelených meradiel; od týchto opatrení sa ustúpi, keď sa dosiahnu ciele zrovnoprávnenia v oblasti možností a zaobchádzania.

2. Ak štáty, zmluvné strany, prijímú osobitné opatrenia, vrátane opatrení obsiahnutých v tomto dohovore, zamerané na ochranu materstva, nebude sa to považovať za diskrimináciu.“²²

3.1. Terminológia

Výbor používa vo výklade tohto ustanovenia termín *dočasné osobitné opatrenia* (angl. *temporary special measures*), ktorý vychádza priamo zo znenia dohovoru. Vo svojich odporúčaniach zmluvným štátom či vo výkladoch ustanovení dohovoru používal aj iné výrazy ako napríklad špeciálne opatrenia, afirmatívna akcia, pozitívna akcia, pozitívne opatrenia, obrátená alebo pozitívna diskriminácia, ktoré reflektovali odlišnú terminológiu a prax zmluvných štátov. Vo svojom komentári zameranom na výklad ustanovenia článku 4 odsek 1 však používa výlučne výraz dočasné osobitné opatrenia podľa textu dohovoru.²³

Na Slovensku sa frekventovane objavuje termín dočasné vyrovnávacie opatrenia, najmä vo vzťahu k prijímaniu opatrení na odstránenie etnického znevýhodnenia rómskej menšiny. Jediná vládna stratégia zameraná na integráciu Rómov z r. 2003, ktorá sa otvorene hlásila k tomuto princípu, vychádzala z materiálneho vnímania rovnosti v príležitostiach, nie vo výsledkoch, ako je tomu v prípade CEDAW. Koncept, ktorý sa následne dostal aj do ustanovenia antidiskriminačného zákona bol predmetom ústavného preskúmania, ktoré má vplyv na prijímanie týchto opatrení aj na základe rodu, nielen etnicity.²⁴

3.2. Možnosť alebo povinnosť prijať dočasné osobitné opatrenia?

²⁰ FIJI, CEDAW, A/57/38 part I (2002), par.48-49, pozri tiež napríklad odporúčania Paraguay, CEDAW, A/60/38 part I, para 291, 292

²¹ Pozri odporúčania SR a ďalších krajín nielen strednej a východnej Európy, ale aj napr. Taliansko CEDAW A/60/38 part I, (2005) 51, odseky 325,332,333.

²² Článok 4, CEDAW

²³ General Recommendation 25, *supra* poznámka 13, ods. 17.

²⁴ Pozri detailnejšie v Jarmila Lajčáková, *Dočasné vyrovnávacie opatrenia: Medzinárodný a ústavný rámec s návrhom legislatívnej úpravy* (Analýza pripravená pre Nadáciu Milana Šimečku a Ministerstvo zahraničných vecí SR, Bratislava, 2007).

Otázka, ktorú mnohí aktivisti a rovnako aj verejná správa kladú, smeruje k tomu, či CEDAW ukladá, že sa takéto opatrenia *môžu* alebo *musia* prijímať.

Podľa *zúženého výkladu* ustanovenia článku 4 odsek 1 CEDAW sa môže zdať, že štáty majú *výlučne možnosť prijať dočasné osobitné opatrenia*. Francúzsko a Veľká Británia napríklad takýmto spôsobom reagovali na znenie článku 4. Podľa oficiálnych stanovísk týchto štátov, dohovor nemôže štátom ukladať povinnosť prijímať osobitné opatrenia (najmä nie tzv. prevrátenú diskrimináciu). Môže im výlučne umožniť prijatie dočasných opatrení s cieľom vyrovnáť možnosti pre ženy v situáciách, kedy je to potrebné na odstránenie historického znevýhodnenia. Takéto opatrenia však musia byť iba dočasného charakteru.²⁵

Výbor, naopak, argumentuje, že CEDAW *ukladá povinnosť* prijímať takéto opatrenia na zabezpečenie materiálnej rovnosti žien s mužmi. Podľa členky výboru Schoepp-Schilling ustanovenie článku 4 ods. 1 je potrebné interpretovať aj s ohľadom na znenie článku 2 (b) a (e) dohovoru, ktorý *ukladá povinnosť* zmluvným štátom zakotviť zásadu rovnoprávnosti mužov a žien vo svojich národných ústavách alebo v iných príslušných právnych predpisoch, pokiaľ v nich ešte nie je zaručená, a zabezpečovať prostredníctvom zákonov a iných vhodných prostriedkov praktické uskutočnenie tejto zásady; a

„e) prijímať všetky príslušné opatrenia pre odstraňovanie diskriminácie žien akoukoľvek osobou, organizáciou alebo podnikom“

a článkom 3, ktorý tiež ukladá povinnosť

„vo všetkých oblastiach, osobitne v politickej, sociálnej, hospodárskej a kultúrnej oblasti, prijímať všetky príslušné opatrenia vrátane legislatívnych opatrení na zabezpečenie plného rozvoja a povznesenia žien s cieľom zaručiť im uplatňovanie a využívanie ľudských práv a základných slobôd na základe rovnoprávnosti s mužmi.“

Podľa výkladu týchto ustanovení Schoepp-Schilling *platí povinnosť prijať dočasné osobitné opatrenia s cieľom ukončiť diskrimináciu žien*.²⁶

Podľa interpretácie článku 4 CEDAW Výborom prijatie dočasných osobitných opatrení je v súlade s dohovorom a je spôsobom, ako „dosiahnuť faktickú alebo materiálnu rovnosť pre ženy, nie výnimkou z normy nediskriminácie a rovnosti“.²⁷

Podľa výkladu dohovoru ustanovenia článku 4 by mali byť interpretované spolu s ustanoveniami článkov 1,2, 3, 5, 24 a v spojitosti s článkami 6 a 16, ktoré *ukladajú zmluvným stranám povinnosť* (štáty musia prijať primerané opatrenia). Podľa výkladu výboru zmluvné strany „majú povinnosť prijať a implementovať dočasné osobitné opatrenia vo vzťahu k týmto článkom, ak sú tieto

²⁵ Bossyut, *supra* poznámka 14, ods. 69. Rozhodnutiu ústavného súdu sa budem venovať v časti 4.3. nižšie.

²⁶ Achieving the Right Result: Affirmative Action and Article 4 of the Women's Convention, International Women's Rights Action Watch, online: http://www1.umn.edu/humanrts/iwraw/achieving_rights1997.html (navštívené 13.03.2012).

²⁷ General Recommendation 25, *supra* poznámka 13, ods. 14.

opatrenia „nevyhnutné na urýchlenie dosiahnutia celkového alebo osobitného cieľa ženskej *de facto* alebo materiálnej rovnosti žien“.²⁸

Možno argumentovať, že v prípade existujúcej štrukturálnej diskriminácie na základe rodu a súčasne aj v kombinácii s etnicitou či zdravotným postihnutím, ako je tomu v prípade SR, neprijatie dočasných osobitných opatrení („ničnerobenie“) je tiež porušením ochrany pred diskrimináciou podľa CEDAW.

3.3. Rozdiel medzi dočasnými osobitnými opatreniami a trvalým rozdielnym zaobchádzaním so ženami

3.3.1. Dočasné osobitné opatrenia

Medzi vyššie citovanými odsekmi 1 a 2 článku 4 dohovoru je pritom dôležitý rozdiel. *Cieľom prvého paragrafu je urýchliť dosahovanie faktickej rovnosti žien tým, že budú uskutočnené sociálne a kultúrne zmeny potrebné na odstránenie minulých a súčasných foriem a dôsledkov diskriminácie. Cieľom dočasných osobitných opatrení je náprava historických a prebiehajúcich nerovností na dočasnom základe. Sú dočasné, keďže po dosiahnutí materiálnej rovnosti nemajú ďalšie opodstatnenie.*²⁹ Čo sa týka dĺžky ich trvania, štáty by mali prihliadať na ich výsledky s ohľadom na konkrétny problém. Po dosiahnutí cieľa by mali byť ukončené. Výbor však pripúšťa potrebu ich dlhodobej implementácie.³⁰ Povinnosť zmluvných štátov na prijímanie takýchto opatrení je im uložená bez toho, aby bolo nutné „podať dôkaz o predchádzajúcej diskriminácii.“ Podľa výboru zmluvné štáty prijímajúce takéto opatrenia nediskriminujú mužov.³¹ Termín *osobitné* neznamena, že by ženy alebo iné marginalizované skupiny potrebovali špeciálne opatrenia na to, aby mohli participovať v spoločnosti, ale to, že sú zamýšľané na dosiahnutie osobitného cieľa.³² Termín *opatrenia* zahŕňa širokú škálu legislatívnych, administratívnych a iných opatrení, politik, programov, ktorých cieľom je podpora, re-alokácia zdrojov, preferenčné zaobchádzanie, ciele prijímanie a povyšovanie žien. Ich obsahom môžu byť napríklad špeciálne tréningy, preferenčné zaobchádzanie pri prijímaní do zamestnania alebo prijatie kvót pre ženy pri obsadzovaní do verejných funkcií alebo kandidátok politických strán.³³ Výber vhodných opatrení pritom závisí od osobitného cieľa na účely, ktorého boli prijímané.³⁴

²⁸ *Ibid.* ods. 24.

²⁹ *Ibid.* ods. 15.

³⁰ *Ibid.* ods. 20.

³¹ *Ibid.* ods.18.

³² *Ibid.* ods. 21.

³³ Práve tento rozdiel, ako argumentujem nižšie, zostáva predmetom nepochopenia zo strany ústavného súdu.

³⁴ *Ibid.* ods. 22.

Predpokladom prijatia dočasných osobitných opatrení je príprava dôkladnej analýzy situácie žien v rôznych sférach verejného života a zostavenie cieľov, ktoré by mali byť dočasnými osobitnými opatreniami dosiahnuté. Výbor pritom vo svojom komentári k ustanoveniu článku 4 ods. 1 výslovne uvádza, že *štáty sa nemôžu vyhovárať na bezmocnosť, neochotu politických elít alebo stav ekonomiky ako na dôvody na neprijatie dočasných osobitných opatrení*.³⁵

CEDAW tiež ukladá zmluvným štátom povinnosť legalizovať takýto nástroj vo svojich právnych poriadkoch:

- legislatívne upraviť možnosť, resp. povinnosť na prijímanie dočasných osobitných opatrení, vo svojej legislatíve prijať jednoznačné ustanovenia, ktoré obsahujú usmernenie ohľadom formy a obsahu dočasných osobitných opatrení;
- prijímať takéto opatrenia by mali mať možnosť, resp. povinnosť nielen *orgány verejnej správy*, ale aj *súkromné organizácie a spoločnosti*;³⁶
- mali by byť prijímané najmä oblasti zamestnanosti, vzdelávania a participácie na procesoch verejného rozhodovania;
- pri príprave dočasných osobitných opatrení, ich implementovaní, monitorovaní a vyhodnocovaní by mali byť *zapojené cieľové skupiny*, t.j. postihnuté skupiny žien, mimovládne organizácie či odbory;³⁷
- podmienkou efektívnej politiky je aj zber dát desegregovaných podľa pohlavia, prípadne v kombinácii s etnicitou, ktorá je často ďalším znevýhodňujúcim faktorom.

3.3.2 Trvalé rozdielne zaobchádzanie

V druhom odseku článku 4 CEDAW upravuje pozitívne opatrenia, ktoré sú *trvalého charakteru* a vyžadujú odlišné zaobchádzanie medzi mužmi a ženami z dôvodu biologických rozdielov. Trvalé odlišné zaobchádzanie so ženami tiež vychádza z materiálnej koncepcie rovnosti. Výbor však dodáva, že takéto odlišné zaobchádzanie je trvalé, pokiaľ vedecké a technologické poznatky nebudú dôvodom na revíziu takýchto opatrení.³⁸

Takéto pozitívne opatrenia trvalého charakteru, ktoré sa v SR často (nie presne) nazývajú pozitívnou diskrimináciou, upravuje Ústava SR v čl. 38.³⁹ Podľa tohto článku ods.1 majú ženy spolu s mladistvými a osobami so zdravotným postihnutím právo na „zvýšenú ochranu zdravia

³⁵ General Recommendation 25, *supra* poznámka 13, ods. 29.

³⁶ *Ibid.* ods. 31.

³⁷ *Ibid.* ods.32 a 34.

³⁸ *Ibid.* ods. 16.

³⁹ Ústava SR, zákon č.460/1993 Z.z. v platnom znení.

pri práci a osobitné pracovné podmienky“. Toto ustanovenie je premietnuté najmä do zákonníka práce. Zákonník práce vo svojich základných zásadách upravuje napríklad:

„Tehotným ženám, matkám do konca deviateho mesiaca po pôrode a dojčiacim ženám sa zabezpečujú pracovné podmienky, ktoré chránia ich biologický stav v súvislosti s tehotenstvom, narodením dieťaťa, starostlivosťou o dieťa po pôrode a ich osobitný vzťah s dieťaťom po jeho narodení.“⁴⁰

Jednou z foriem ochrany je preradenie tehotných žien na inú prácu v prípade ohrozenia zdravia (§55 ods.1 písm. b) alebo zákaz výpovede tehotným ženám a ženám na materskej alebo rodičovskej „dovolenke“ (§64 ods.1 písm.c) Takéto trvalé odlišné zaobchádzanie síce vychádza primárne z biologických odlišností, ale obsah odlišného zaobchádzania je formovaný sociálnymi konštruktmi spojenými s rodičovstvom a materstvom (napríklad konštrukt „osobitný vzťah s dieťaťom po narodení“ či používanie problematickeho pojmu „dovolenka“).

Obsah takýchto pozitívnych opatrení tak samozrejme musí byť predmetom zmien v spolupráci s cieľovou skupinou. Ako som argumentovala vyššie, trvalé odlišné zaobchádzanie so ženami by malo smerovať k prehĺbovaniu možnosti autonómneho rozhodnutia ženy tak, aby napríklad nestála pred voľbou „rodina“ alebo „kariéra“.

3.4. Dočasné osobitné opatrenia v politickom a verejnom živote

Na Slovensku je jednou z najvýraznejších oblastí, ktorú charakterizujú výrazné rodové nerovnosti, verejná a politická sféra.

Participáciu žien na verejnom a politickom živote sa výbor dôkladnejšie venoval vo svojom odporúčaní k článku 7 CEDAW. Podľa článku 7 CEDAW :

„štáty, zmluvné strany prijímú všetky príslušné opatrenia na odstránenie diskriminácie žien v politickom a verejnom živote krajiny a najmä zabezpečia na rovnoprávnom základe s mužmi právo:

- a) hlasovať vo všetkých voľbách a verejných referendách a právo na zvolenie do všetkých verejne volených orgánov;
- b) zúčastniť sa na tvorbe a uskutočňovaní štátnej politiky a zastávať verejné úrady a vykonávať všetky verejné funkcie na všetkých úrovniach riadenia štátu;
- c) účasti v nevládných organizáciách a združeniach zapojených do verejného a politického života krajiny.“

Podľa výkladu tohto ustanovenia výboru, štáty musia zabezpečiť viac ako len odstránenie právnych bariér politickej participácie žien. V praxi totiž existujú hlboko zakorenené praktiky, ktoré neprimerane podporujú mužov a znevýhodňujú ženy v možnostiach zúčastňovať sa na verejnom a politickom živote v krajine. Ako možné typy dočasných osobitných opatrení, ktoré by mohli preklenúť znevýhodnenie, výbor uvádza:

- a) finančnú pomoc a tréning ženských kandidátok politických strán,
- b) realizáciu kampaní na zabezpečenie rovnocennej participácie,

⁴⁰ Zákon č. 34/2011 Z.z. zákonník práce v platnom znení.

- c) prijímanie kvót pri vymenovávaní žien do verejných funkcií, ktoré sú kľúčom pri presadzovaní rodovej perspektívy v procesoch verejného rozhodovania. Napríklad v súdnictve, seniorských pozíciách v exekutive či poradných výboroch.

Prijímanie takýchto dočasných opatrení je podľa výboru legitímnym a nevyhnutným prostriedkom na dosahovanie cieľa, t.j. urýchľovania *de facto* rovnosti. Konkrétne opatrenia však musia byť prijímané tak, aby neporušovali princíp zákazu diskriminácie, t.j. možno ich považovať za odôvodnené rozdielne zaobchádzanie. To znamená, že sledujú legitímny cieľ a sú primerané a proporčné k vytýčenému cieľu (to znamená, že spĺňajú súdmi aplikovaný test proporcionality).⁴¹ Otázka proporcionality v prípade kvót pre ženy bola vyhodnocovaná Výborom pre ľudské práva v prípade *Guido Jacobs v. Belgium*.⁴² Predmetom testu proporcionality v tomto prípade bola novela belgického súdneho poriadku z roku 1998, ktorá zaviedla systém kvót na základe pohlavia pri vymenovávaní členov a členiek Najvyššej súdnej rady. Sťažovateľ Jacobs namietal, že systém kvót, ktorý zaručoval 4 miesta z jedenásťčlennej rady ženám, ktoré však museli splniť rovnakú kvalifikačnú požiadavku ako mužskí kandidáti, bol diskriminačný.

Výbor pre ľudské práva nedal sťažovateľovi za pravdu. K porušeniu zákazu diskriminácie nedošlo. Výbor pri preskúmaní sťažnosti zistil, že predmetné opatrenia bolo legitímnou snahou o zvýšenie reprezentácie žien v poradných orgánoch, v ktorých majú ženy historicky nízke zastúpenie. Podľa názoru výboru je v takýchto situáciách nutné, aby verejné orgány prijímali opatrenia na zabezpečenie proporčného zastúpenia. Výbor súčasne zdôraznil, že „ zodpovednosťou orgánov, akým je Najvyššia súdna rada, je zvyšovanie povedomia o rodových témach a problémoch s aplikáciou práva. Je preto dôležité, aby bola takáto perspektíva zohľadnená práve pri vymenovávaní jej členov a členiek“.⁴³ Požiadavka toho, aby aspoň 4 miesta z 11-člennej rady boli obsadené kandidátkami, nie je neprimeraným zásahom voči sťažovateľovi uchádzať sa o pozíciu vo verejnom úrade. Súčasne to neznamena, že kvalifikácia kandidátok pri výbere nie je dôležitá, keďže všetci vyberaní členovia a členky musia splniť rovnakú požiadavku 10-ročnej kvalifikácie v odbore. Výbor považoval pomer medzi sledovaným cieľom a zvolenými prostriedkami za proporčný.⁴⁴

Štúdia Rozvojového programu OSN (UNDP) o politickej participácii žien vo východnej Európe a krajinách bývalého Sovietskeho zväzu tiež poukázala, že prijímanie povinných alebo

⁴¹ General Recommendation No.23, Political and public life, 13/01/97, ods. 15 a 29.

⁴² *Guido Jacobs v. Belgium*, Communication No.943/2000, U.N. Doc. CCPR/C/81/D/943/2000 (2004)

⁴³ *Ibid.* ods.9.4.

⁴⁴ *Ibid.* ods. 9.5.

dobrovoľných kvót, napríklad na kandidátnych listinách politických strán, je efektívnym prostriedkom na zlepšovanie participácie žien práve v tomto regióne.⁴⁵

4. Dočasné osobitné opatrenia na Slovensku

4.1. Odporúčanie CEDAW z roku 2008

Výbor vo svojom poslednom odporúčaní z roku 2008 smerujúcom k SR sa špecificky venoval téme dočasných osobitných opatrení. Napriek „stanovisku delegácie o tom, že neexistujú právne prekážky na implementáciu dočasných osobitných opatrení na Slovensku“, výbor vyjadril obavu, že SR dostatočne nepochopilo obsah a zmysel článku 4 ods. 1 dohovoru.⁴⁶

SR odporučil prijímanie dočasných osobitných opatrení vo všetkých oblastiach, kde to SR považuje za nevyhnutné. Zdôraznil najmä potrebu prijímania takýchto opatrení s cieľom zabezpečiť účasť žien na najvyšších úrovniach rozhodovania vo veciach verejných a scitlivovanie politických strán vzhľadom na dôležitosť týchto opatrení.⁴⁷ Medzi takéto opatrenia zaradil prijatie finančných nástrojov na motiváciu politickú strán na to, aby zlepšili zastúpenie žien, prípravu a implementáciu cielených tréningov a mentoringových programov pre ženské kandidátky. Súčasne nás výbor vyzval na dôkladné monitorovanie týchto procesov.⁴⁸

Výbor nás pritom špeciálne upozornil na potrebu prijímania dočasných osobitných opatrení pre cieľovú skupinu rómskych žien a dievčat, ktoré sú ohrozované viacnásobnou diskrimináciou.⁴⁹

Zdôraznil potrebu posilnenia koordinácie všetkých verejných orgánov v tejto oblasti, najmä vo sfére zdravia, vzdelávania, zamestnanosti a účasti na verejnom živote práve v prípade tejto zrejme najohrozenejšej skupiny žien. Výbor nás vyzval na stanovenie konkrétnych časových rámcov na monitorovanie a implementáciu dosiahnutých cieľov vrátane tých, ktoré vyplývajú z Dekády rómskej inklúzie, a prijatie dočasných osobitných opatrení vždy, keď je to nutné.⁵⁰

SR vo svojej správe, ktorá bola súčasťou monitorovacieho procesu pred výborom v roku 2007, uviedla, že antidiskriminačný zákon neobsahuje možnosť prijímania dočasných osobitných opatrení na základe pohlavia, respektíve rodu. Pôvodne prijatý antidiskriminačný zákon takýto postup umožňoval iba v prípade etnicity a národnosti. Ako som už spomínala vyššie, toto ustanovenie sa na podnet Vlády SR stalo predmetom preskúmania ústavného súdu. Ústavný

⁴⁵ Pozri bližšie v *Enhancing Women's Political Participation: A Policy Note for Europe and the Commonwealth of Independent States* (Bratislava: UNDP, 2010).

⁴⁶ Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Slovakia (Part of A/63/38), adopted on 17 July 2008 (CEDAW, C/SVK/CO/4(Part A/63/38) ods.26.

⁴⁷ *Ibid.* ods.27.

⁴⁸ *Ibid.* ods. 39.

⁴⁹ *Ibid.* ods. 37.

⁵⁰ *Ibid.* ods. 37.

súd konštatoval protiústavnosť ustanovenia umožňujúceho prijímanie dočasných osobitných opatrení. Podľa správy SR CEDAW Výboru prijímanie špeciálnych opatrení na dosiahnutie faktickej rovnosti medzi mužmi a ženami môže byť podobným spôsobom v rozpore s Ústavou SR.⁵¹

V procese tzv. konštruktívneho dialógu pred prijatím záverečnej správy o implementácii CEDAW sa členky výboru špecificky pýtali zástupcov štátu na úmysel SR novelizovať antidiskriminačný zákon tak, aby bolo možné prijať dočasné osobitné opatrenia na dosiahnutie faktickej rovnosti medzi ženami a mužmi.⁵² Členky výboru tiež zaujímalo, či vláda považuje článok 4 CEDAW za priamo aplikovateľný, respektíve či môže byť právnym základom pre prijímanie takýchto opatrení na Slovensku.⁵³ Z odpovede štátu vyplynulo, že v tom čase pripravovaná novela antidiskriminačného zákona obsahovala možnosť na prijatie dočasných osobitných opatrení aj z dôvodu rodu. Zástupcovia štátu však neodpovedali na otázku, či článok 4 CEDAW môže byť právnym základom pre prijímanie takýchto opatrení.⁵⁴

4.2. Antidiskriminačný zákon a dočasné osobitné opatrenia

Do antidiskriminačného zákona sa napokon možnosť prijímania dočasných osobitných opatrení na základe rodu nedostala. Podľa platného znenia antidiskriminačného zákona §8:

“ Diskriminácia nie je prijatie dočasných vyrovnávacích opatrení orgánmi štátnej správy^{11d}) zameraných na odstránenie foriem sociálneho a ekonomického znevýhodnenia a znevýhodnenia vyplývajúceho z dôvodu veku a zdravotného postihnutia, ktorých cieľom je zabezpečiť rovnosť príležitostí v praxi. Takými dočasnými vyrovnávacími opatreniami sú najmä opatrenia:

- a) spočívajúce v podporovaní záujmu príslušníkov znevýhodnených skupín o zamestnanie, vzdelávanie, kultúru, zdravotnú starostlivosť a služby;
- b) smerujúce k vytváraniu rovnosti v prístupe k zamestnaniu a vzdelávaniu najmä prostredníctvom cielených prípravných programov pre príslušníkov znevýhodnených skupín alebo prostredníctvom šírenia informácií o týchto programoch, alebo o možnostiach uchádzať sa o pracovné miesta, alebo miesta v systéme vzdelávania.

(2) Dočasné vyrovnávacie opatrenia uvedené v odseku 1 môžu byť prijaté, ak:

- a) existuje preukázateľná nerovnosť;
- b) cieľom opatrení je zníženie alebo odstránenie tejto nerovnosti;
- c) sú primerané a nevyhnutné na dosiahnutie stanoveného cieľa.

(3) Dočasné vyrovnávacie opatrenia je možné prijímať len v oblastiach uvedených v tomto zákone. Tieto opatrenia môžu trvať len do doby odstránenia nerovnosti, ktorá viedla k ich prijatiu. Orgány podľa odseku 1 sú povinné ukončiť vykonávanie týchto opatrení po dosiahnutí stanoveného cieľa.

⁵¹ Kombinovaná druhá, tretia a štvrtá periodická správa SR CEDAW, CEDAW/C/SVK/4, z 11. mája 2007, ods. 103-104.

⁵² CEDAW/C/SVK/Q/4, List of Issues and questions with regard to the consideration of periodic reports, 27 september 2007, ods.5.

⁵³ *Ibid.* ods. 103-104.

⁵⁴ Responses to the list of issues and questions with regard to the consideration of the combined second, third and fourth periodic reports, CEDAW/C/SVK/Q/4/Add.1 z 23. januára 2008, s. 9.

(4) Orgány podľa odseku 1 sú povinné priebežne monitorovať, vyhodnocovať a zverejňovať prijaté dočasné vyrovnávacie opatrenia s cieľom prehodnotenia opodstatnenosti ich ďalšieho trvania a podávať správy Slovenskému národnému stredisku pre ľudské práva 11e) o týchto skutočnostiach.⁵⁵

Znenie antidiskriminačného zákona naplňa opodstatnenie obavy výboru týkajúceho sa nepochopenia podstaty článku 4 ods. 1 CEDAW na Slovensku. Ustanovenie §8a je problematické v mnohých ohľadoch. Ako základ pre dočasné opatrenia vymenúva kumulatívnym spôsobom sociálne, ekonomické znevýhodnenie a znevýhodnenie vyplývajúce z dôvodu veku a zdravotného postihnutia. Každé opatrenie, ktoré nesmeruje k odbúraniu znevýhodnenia na základe splnenia týchto nezmyslene naformulovaných kumulatívnych podmienok, považuje za porušenie diskriminácie. Počas legislatívneho procesu zo znenia ustanovenia vypadli veľmi dôležité oblasti, akými sú práve rod a etnicita. Súčasne tiež antidiskriminačný zákon výslovne umožňuje prijímanie takýchto opatrení len orgánom štátnej správy. Tento prístup je tiež v rozpore s ustanovením čl. 4 ods. 1 CEDAW, ktorý dáva túto možnosť aj orgánom samosprávy, ako aj vzdelávacím inštitúciám, a najmä súkromným entitám, ktoré sú často lepšie situované na prijímanie opatrení, ktoré zlepšia materiálnu alebo *de facto* rovnosť najmä v oblastiach zamestnanosti, vzdelanosti a participácie na verejnom živote. Ustanovenie tiež celkovo zaostáva za úpravou v CEDAW v tom, že redukuje materiálnu rovnosť len na rovnosť príležitostí, nie vo výsledkoch.

Neexistencia jasnej legislatívy, ktorá by umožňovala prijímanie dočasných osobitných opatrení na základe rodu, obzvlášť v kombinácii s ostatnými zdrojmi nerovnosti, a to najmä etnicity, veku zdravotného postihnutia, je zásadnou brzdou pri prijímaní takýchto politík, ktoré môžu byť neustále predmetom otázky o ich ústavnosti a zákonnosti.

4.3. CEDAW ako právny základ pre prijímanie dočasných osobitných opatrení v SR

Napriek problematickému zneniu antidiskriminačného zákona sa domnievam, že právny základ pre prijímanie takýchto opatrení na Slovensku môžeme nájsť práve v CEDAW. CEDAW je totiž súčasťou nášho právneho poriadku.

Slovensko sa síce hlási k doktríne dualizmu, ktorá poníma národné a medzinárodné právo ako dve odlišné entity.⁵⁶ Medzinárodné ľudské právo má však všeobecne silnejšiu pozíciu ako ostatné oblasti medzinárodného práva verejného. Listina ľudských práv a slobôd z roku 1991 zaviedla

⁵⁵ Zákon č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon) v platnom znení.

⁵⁶ Jana Mogelová "Platná právna úprava medzinárodnej zmluvy v Slovenskej republike" 79(1996) Právny obzor 408 s. 409; Zdenek Koudelka, "Ústavní zmeny a medzinárodní právo na Slovensku a v Čechách, na Morave a ve Slezsku" 3(2001) Časopis pro právní vědu a praxi 279 s. 279.

princíp, podľa ktorého ratifikované medzinárodné zmluvy o ľudských právach sú univerzálne, záväzné a majú prednosť pred národnými zákonmi.⁵⁷ Slovenská ústava však tento princíp ohraničila pridaním ďalšej podmienky, podľa ktorej tieto zmluvy majú prednosť len pokiaľ zabezpečujú väčší rozsah práv a slobôd ako slovenské zákony. Tento princíp bol opätovne pozmenený novelou ústavy z roku 2001⁵⁸, podľa ktorej zmluvy ratifikované po 1. júli roku 2001 majú prednosť pred zákonom bez podmienky, že musia poskytovať väčší obsah práv.⁵⁹

*V zásade platí, že medzinárodné ľudsko-právne zmluvy majú síce prednosť pred zákonom, ale nie pred Ústavou SR a sú teda predmetom ústavných limitov.*⁶⁰ Súčasne sa však ústavný súd vyslovil, že *ústava nemôže byť interpretovaná spôsobom, ktorý by bol v rozpore s medzinárodnými ľudsko-právnymi dohovormi.*⁶¹

Túto tézu potvrdzuje aj odlišné stanovisko sudcu Lájosa Meszárosa (odlišné stanovisko vo vzťahu k väčšinovému nálezu) týkajúce sa vyššie spomínaného ústavného preskúmania antidiskriminačného zákona. Podľa sudcu Meszárosa základ pre prijímanie osobitných vyrovnávacích opatrení je medziiným aj v CERD, „ktorý je súčasťou nášho právneho poriadku“.

⁶² Obdobne možno argumentovať aj v prípade CEDAW. CEDAW dokonca obsahuje silnejší jazyk ako CERD tým, že *nielen dáva možnosť, ale ukladá povinnosť* na prijímanie takýchto osobitných dočasných opatrení na zabezpečenie rovnosti v praxi medzi mužmi a ženami.

Je však potrebné uviesť, že väčšinové rozhodnutie ústavného súdu s ohľadom na ústavnosť antidiskriminačného zákona a jeho ustanovenia umožňujúce prijímanie vyrovnávacích opatrení na etnickom a národnostnom základe⁶³ vnieslo do diskusie o tejto téme chaos, nejasnosť a neistotu. Väčšinové rozhodnutie je pritom vnútorne nekonzistentné a priam nelogické v tom, ako zamieňa koncept dočasných osobitných opatrení s trvalým rozdielnym zaobchádzaním. Na jednej strane ústavný súd vyložil princíp rovnosti garantovanom v ústave v zmysle rešpektu materiálnej rovnosti príležitostí. Ústavný súd v základných východiskách pre svoje rozhodovanie dôvodil, že dočasné vyrovnávacie opatrenia ako také protiústavné nie sú, pokiaľ rešpektujú princíp

⁵⁷ Pozri nálezy Ústavného súdu SR, II 18/1997 z 25. marca 25 1997, resolution Coll. II 41/1999 of April 21, 1999.)

⁵⁸ Ústavný zákon č. 90/2001 Z.z., ktorým sa mení a dopĺňa Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Z.z. v znení neskorších predpisov (týka sa najmä práva EU).

⁵⁹ „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických alebo právnických osôb a ktoré boli ratifikované spôsobom ustanovených pred zákonom, majú prednosť pred zákonmi.“ Čl.7 ods. 5 Ústavy SR.

⁶⁰ Pozri napr. v Jozef Prusák, *Teória práva* (Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej fakulty, 1997) s.190.

⁶¹ Nález Ústavného súdu SR, US 3/2001 z 20. novembra 2001.

⁶² Pozri odlišné stanovisko sudcu Mészárosa Lajosa k rozhodnutiu pléna Ústavného súdu SR vo veci sp. Zn. PL: ÚS 8/04-202 z 18. októbra 2005.

⁶³ Nález Ústavného súdu SR vo veci sp. Zn. PL: ÚS 8/04-202 z 18. októbra 2005.

proporcionality. Napriek tomu ich napokon nejasne zamenil s tzv. pozitívnou diskrimináciou, ktorá je podľa jeho interpretácie zakázaná, pokiaľ pre ňu neexistuje právny základ v ústave.

Právna úprava umožňujúca prijímanie osobitných vyrovnávacích opatrení z hľadiska pojmov rovnakých príležitostí a nediskriminácie a použitých techník by teda mohla byť ústavne akceptovateľná. Ako už bolo zdôraznené v bode 18 tohto nálezu, takáto úprava musí v celom rozsahu rešpektovať vnútroštátnu úpravu všeobecného princípu rovnosti a zákazu diskriminácie, inak sa dostáva do rozporu s ústavným poriadkom.

Z čl. 12 ods. 2 ústavy, ako aj z jeho doterajšieho výkladu prijatého ústavným súdom, na ktorom treba zotrvať, vyplýva, že ústava zakazuje **pozitívnu aj negatívnu diskrimináciu** z dôvodov, ktoré sú uvedené v tomto článku, t. j. so zreteľom na pohlavie, rasu, farbu pleti, jazyk, vieru a náboženstvo, politické či iné zmýšľanie, národný alebo sociálny pôvod, príslušnosť k národnosti alebo etnickej skupine, majetok, rod alebo iné postavenie. Preto **prijímanie osobitných vyrovnávacích opatrení**, inak všeobecne uznávaných legislatívnych techník na zabránenie znevýhodnenia súvisiaceho s rasovým pôvodom alebo etnickým pôvodom, je v rozpore s čl. 12 ods. 2 ústavy, a preto aj s čl. 12 ods. 1 ústavy. ... že v ústavnom poriadku Slovenskej republiky sa uznáva ako všeobecne akceptovaný prístup k zabezpečeniu rovnosti v právach len také vychýlenie z univerzálneho chápania rovnosti (zákazu diskriminácie), ktoré má **výslovný ústavný základ** reagujúci na prirodzené nerovnosti medzi ľuďmi, ktorých nevyrovnávanie prostredníctvom zákonných opatrení by mohlo viesť k neodôvodnenej tvrdoši voči určitým skupinám osôb (napríklad mladiství, ženy, zdravotne postihnuté osoby). Napadnuté ustanovenie antidiskriminačného zákona podľa názoru ústavného súdu však nemá taký ústavný základ, ktorý by opodstatňoval ústavne dovolené odchýlenie sa od univerzálneho princípu rovnosti vyjadreného v čl. 12 ods. 1 druhej vete a v čl. 12 ods. 2 ústavy.“⁶⁴

Ústavný súd nerozlíšil medzi dočasnými vyrovnávacími opatreniami a pozitívnou diskrimináciou. To, čo ústavný súd považuje za pozitívnu diskrimináciu, korešponduje s tzv. trvalými pozitívnymi opatreniami podľa článku 4 ods. 2, ktoré, ako som už spomínala vyššie, majú na Slovensku právny základ v spomínanom článku 38 ods.1 v prípade žien. Keďže dočasné osobitné opatrenia sú odlišné od trvalých pozitívnych opatrení alebo, ako ich nazýva ústavný súd – pozitívnej diskriminácie – nie je zrejmé, prečo treba hľadať ich výslovný právny základ v ústave a posudzovať ich rovnako, keďže ide o dva filozoficky aj prakticky odlišné nástroje odstraňovania rodovej nerovnosti.

Pri interpretácii ústavnosti dočasných osobitných opatrení na dosahovanie materiálnej rovnosti marginalizovaných skupín vrátane žien je podľa môjho názoru dôležité prihliadať na vzťah medzinárodného a ústavného práva. Podľa výkladu ústavného súdu, ústava musí byť vykladaná v súlade s medzinárodnými ľudsko-právnymi dohovormi. Je zrejmé, že v medzinárodnom práve existuje konsenzus o tom, že takéto opatrenia sú legálne. Neexistencia opatrení snažiacich sa o odstránenie pomerne radikálnych nerovností napríklad v prípade rómskych žien je dokonca porušením materiálnej rovnosti. Zákaz prijímania opatrení zameraných na odstraňovanie nerovností by bol porušením medzinárodných ľudsko-právných dohovorov (najmä CEDAW). Keďže ústavu nemožno vykladať v rozpore s medzinárodnými ľudsko-právnymi dohovormi,

⁶⁴ *Ibid.* ods.24.

podľa môjho názoru zákaz prijímať opatrenia na odstraňovanie nerovností by mal byť tiež protiústavný.

Podľa môjho názoru právnym základom pre prijímanie dočasných osobitných opatrení na Slovensku je čl. 4 ods. 1 CEDAW. Otázne je, či je možné prijímanie takýchto opatrení aj zo strany súkromných spoločností a či interpretácia rovnosti v zmysle rovnosti vo výsledkoch nejde nad rámec ústavy. V každom prípade, podobne ako argumentoval sudca Meszáros vo svojom odlišnom stanovisku, takúto otázku nemožno zodpovedať v abstrakcii, ale len na konkrétnom prípade, kde by sa súd musel zaoberať tým, či takéto opatrenie spĺňa test proporcionality.

Je potrebné zdôrazniť, že ak má SR skutočne úprimný záujem o presadzovanie rodovej rovnosti, kľúčovou podmienkou na naštartovanie takýchto procesov je odstránenie tejto nejasnej právnej situácie. Je nutné jasne právne vymedziť možnosti na prijímanie dočasných osobitných opatrení v slovenskom práve, najvhodnejšie v antidiskriminačnom zákone, pre všetky skupiny, ktoré sú historicky a štrukturálne znevýhodňované.

5. Záver

CEDAW predstavuje dôležitý normatívny zdroj pre presadzovanie materiálnej rovnosti žien. Z interpretácie článku 4 ods. 1 tohto dohovoru vyplýva, že zmluvné štáty majú nielen možnosť, ale aj povinnosť prijímať dočasné osobitné opatrenia na zabezpečenie nielen rovnosti v príležitostiach, ale aj rovnosti vo výsledkoch. Dočasné osobitné opatrenia majú opodstatnenie vo všetkých oblastiach, kde existujú nerovnosti, a to najmä v oblasti zamestnanosti, vzdelania (v prípade rómskych žien v SR), zdravotnej starostlivosti či participácii na verejných rozhodovacích procesoch. Pri ich implementácii je dôležité brať do úvahy aj odlišnosti medzi skupinami žien, najmä tých, ktoré sú vystavené viacnásobnej diskriminácii nielen z dôvodu rodu a pohlavia, ale aj rasy, etnicity, zdravotného postihnutia alebo veku.

Na Slovensku je napriek existencii výrazných rodových nerovností, najmä v účasti na rozhodovacích procesoch a výraznému znevýhodneniu, ktorému sú vystavené rómske ženy, téma dočasných osobitných opatrení orgánmi verejnej moci výrazne nepochopená. K nepochopeniu dôležitosti a podstaty takejto politiky výrazne prispelo aj rozhodnutie ústavného súdu preskúmajúce ustanovenie antidiskriminačného zákona umožňujúceho prijímanie vyrovnávacích opatrení na etnickom a národnostnom základe. Väčšinové rozhodnutie ústavného súdu je prinajmenšom nepresvedčivé v tom, že zamieňa pozitívne opatrenia (resp. pozitívnu diskrimináciu), ktorá predpokladá trvalé odlišné zaobchádzanie so ženami, s dočasnými osobitnými opatreniami zameranými na odstraňovanie existujúcich faktických nerovností. Predpokladom úspešnosti politiky, ktorá by sa úprimne snažila o presadzovanie rodovej rovnosti, je jasné legislatívne vymedzenie dočasných osobitných opatrení na Slovensku spolu s prípravou metodiky na ich prijímanie, vytvorením centrálnej koordinácie, spôsobu monitorovania a vyhodnocovania.

Príloha

Skúsenosti s implementáciou dočasných osobitných opatrení podľa Medzinárodnej organizácie práce (ILO)

Nutnosť jasného právneho vymedzenia takejto politiky potvrdzuje aj štúdia ILO, ktorá mapovala skúsenosti krajín na celom svete s dočasnými osobitnými opatreniami v oblasti zamestnanosti.

Podľa jej zistení takáto politika bola úspešná za nasledujúcich predpokladov:

1. jasne zadaná možnosť prijímať dočasné osobitné opatrenia v domácej legislatívne;
2. koordinácia na národnej úrovni;
3. komplexné poňatie, ktoré obsahuje aj opatrenia smerujúce k zmene postojov na pracovisku a k hierarchii pri rozhodovacích procesoch;
4. jasne zadaná cieľová skupina;
5. príprava za účasti ženskej komunity a/alebo zamýšľanej cieľovej skupiny ;
6. politická vôľa presadzovať takúto politiku;
7. povinnosť, nie dobrovoľnosť dočasných osobitných opatrení;
8. opatrenia v súkromnom sektore sú rovnako úspešné ako vo verejnom;
9. dočasné osobitné opatrenia vo forme podmieňovania verejných zákaziek prijímaním dočasných osobitných opatrení je zrejme najväčší potenciál.

ILO tiež v rozpore s rozšíreným názorom argumentuje, že veľkosť krajín nie je prekážkou pre prijímanie afirmatívnych opatrení. Súčasne tiež pozorovala, že presvedčenie, že ženy nie sú častými obeťami štrukturálnej diskriminácie v oblasti zamestnanosti, je jedným z najvýraznejších prekážok pri presadzovaní takejto politiky. Súčasťou prijímania dočasných osobitných programov preto musí byť aj kampaň, ktorá verejnosti odкрýva formy diskriminácie žien.⁶⁵



Realizované s finančnou podporou Úradu vlády SR v rámci dotačného programu podpredsedu vlády SR pre ľudské práva a národnostné menšiny Podpora a ochrana ľudských práv a slobôd. Za obsah tohto dokumentu je výlučne zodpovedná Možnosť voľby.

⁶⁵ Závěry štúdie boli dostupné Achieving the Right Result: Affirmative Action and Article 4 of the Women's Convention, International Women's Rights Action Watch, online: http://www1.umn.edu/humanrts/iwraw/achieving_rights1997.html (navštívené 13.03.2012)