

Metodika k prijímaniu dočasných vyrovnávajúcich opatrení

smerujúcich k odstráneniu znevýhodnení na základe rodu
alebo pohlavia podľa §8a zákona č.365/2004 Z.z
o rovnakom zaobchádzaní (Antidiskriminačný zákon)

Jarmila Lajčáková, LL.M., SJD

Mgr. Adriana Mesochoritsová

Mgr. Barbora Burajová

Metodika k prijímaniu dočasných vyrovnávajúcich opatrení smerujúcich
k odstráneniu znevýhodnení na základe rodu alebo pohlavia
podľa §8a zákona č.365/2004 Z.z o rovnakom zaobchádzaní

autorky:

Jarmila Lajčáková, LL.M, SJD

Mgr. Adriana Mesochoritsová

Mgr. Barbora Burajová

30. január 2013

Názov publikácie: **Metodika k prijímaniu dočasných vyrovnávajúcich opatrení smerujúcich k odstráneniu znevýhodnení na základe rodu alebo pohlavia podľa §8a zákona č.365/2004 Z.z o rovnakom zaobchádzaní**. Možnosť voľby, Bratislava 2013.

Táto publikácia bola vydaná v rámci projektu o. z. **Možnosť voľby**

Možnosť voľby

Medená 5

811 02 Bratislava Slovakia

tel.: +421 2 5443 0889

mail@moznostvolby.sk

www.moznostvolby.sk

IČO: 3079 0395

č.účtu: 2921902147/1100

realizovaného vďaka finančnej podpore Ministerstva práce, sociálnych vecí a rodiny Slovenskej republiky v rámci **Dotácie na podporu rodovej rovnosti (druh dotácie: § 9a ods. 1 písmeno a) a e)**.



MINISTERSTVO PRÁCE,
SOCIÁLNYCH VECÍ A RODINY
SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Autorky: Jarmila Lajčáková, LL.M., SJD, Mgr. Adriana Mesochoritsová,
Mgr. Barbora Burajová

Za obsah publikácie zodpovedajú jej autorky. Žiadna časť publikácie nesmie byť kopírovaná ani rozširovaná pre komerčné účely bez predchádzajúceho súhlasu autoriek.

Obsah

1. Teória politiky prijímania dočasných vyrovnávacích opatrení.....	5
1.1. CEDAW a rovnosť vo výsledkoch.....	13
1.2. Vyrovnávacie opatrenia zamerané na rodovú rovnosť v primárnom a sekundárnom práve EÚ.....	16
1.3. Judikatúra Európskeho súdneho dvora a zákaz automatických preferencií.....	23
1.4. Antidiskriminačný zákon a rovnosť v príležitostiach.....	26
1.5. Rovnosť v príležitostiach či vo výsledkoch?.....	28
2. Ciele dočasných vyrovnávacích opatrení.....	30
2.1. Odstránenie znevýhodnenia a integrácia.....	30
2.2. Reprezentácia členov a členiek znevýhodnených skupín.....	31
2.3. Podpora rôznorodosti a rolové modely (<i>angl. role models</i>).....	32
3. Adresátky dočasných vyrovnávacích opatrení.....	33
4. Oblasti, v ktorých možno prijímať DVO.....	35
5. Subjekty oprávnené na prijímanie DVO.....	36
6. Za akých podmienok možno prijať DVO ?.....	37
7. Typy DVO.....	37
7.1. Afirmatívna mobilizácia.....	38
7.2. Afirmatívne preferencie.....	38
8. Monitorovanie a reportovanie.....	40
Príloha č.1.....	42
K vývoju dočasných vyrovnávacích opatrení na Slovensku.....	42

1. Teória politiky prijímania dočasných vyrovnávacích opatrení

Dočasné vyrovnávacie opatrenia (DVO) je špecifický výraz pre slovenské právne prostredie. Možno ho do istej miery používať ako synonymum pre anglické termíny *positive action*, používané v rámci EÚ alebo *affirmative action* v prípade USA. Podľa nášho názoru však termíny *positive action* alebo *affirmative action* zahŕňajú širší diapazón rôznorodých pozitívnych opatrení, ktorých cieľom je umožniť príslušníkom a príslušníčkam znevýhodnených skupín prekonať prekážky a diskrimináciu, ktoré im znemožňujú užívať práva a slobody a realizovať sa v súkromnej ako aj verejnej sfére na rovnom základe s ostatnými. V texte preto používame termíny pozitívne opatrenia na označenie rôznorodých opatrení, majúcich za cieľ ochraňovať ženy v situáciách špecifických a jedinečných s ohľadom na ich pohlavie (napr. ochranné opatrenia na zvýšenú ochranu zdravia žien pri práci v čase tehotenstva), ako aj opatrenia zaisťujúce dávky a príspevky z verejného a súkromného sektora, opatrenia na zlepšenie podmienok účasti a postupu na pracovnom trhu a v práci, a v neposlednom rade vyrovnávajúce opatrenia obsahujúce preferenčné zaobchádzanie s príslušníčkami a príslušníkmi znevýhodnenej skupiny, ak sú na to splnené zákonné podmienky. Termín vyrovnávacie opatrenia a dočasné vyrovnávacie opatrenia používame podľa relevancie k ustanoveniam zákona č. 365/2004 Z.z o rovnakom zaobchádzaní (Antidiskriminačný zákon) v platnom znení.

História opatrení prijímaných na vyrovnanie postavenia znevýhodnených skupín je dlhá. V rôznych štátoch boli prijaté ešte pred zavedením proti diskriminačnej legislatívy. Európske štáty rovnako a krajiny severnej Ameriky zaviedli po prvej a druhej svetovej vojne do svojich právnych poriadkov pozitívne opatrenia, ktoré mali umožniť uplatnenie vojnových veteránov so zdravotným znevýhodnením na trh práce¹. Najmä v dôsledku rozhodovacej činnosti súdov v Spojených štátoch amerických vznikali ďalšie formy vyrovnávacích opatrení, ako reakcia na pretrvávajúcu rasovú segregáciu afro-američanov koncom 60. a začiatkom 70. rokov minulého storočia. Ich cieľom bolo odstránenie priamej a nepriamej diskriminácie, no časom ich rozsah prerástol tento účel. V oblasti vzdelávania nadobudli podobu zaobchádzania, ktoré uprednostňuje príslušníkov a príslušníčky určitých znevýhodnených skupín pri prijímaní na

¹ Lisa Waddington, *Reassessing the Employment of People with Disabilities in Europe: From Quotas to Anti-Discrimination Law*, (Comparative Labour Law Review 1996), s. 62

univerzitné štúdium. I keď legitimita, ich obsah a rozsah využívania pozitívnych opatrení je predmetom pokračujúcich debát, kontinuálna podpora amerických politikov, ale aj predstaviteľov armády a podnikov, stratégiám a postupom na zlepšenie postavenia znevýhodnených skupín, viedli zavedeniu opatrení uprednostňujúcich osoby patriace k znevýhodneným skupinám pri prijímaní do verejnej správy, ozbrojených síl, ako aj v oblasti verejných zákaziek.

Európska únia (EÚ) vznikla na základoch Európskych spoločenstiev, ktorých budovanie po 2. svetovej vojne vychádzalo z ideí, že organizovaná a žijúca Európa je nevyhnutná pre civilizáciu a nemožno bez nej zachovať svetový mier². S cieľom posilniť dôveru v povojnovej Európe spoločnou kontrolou výroby uhlia a ocele bolo 18. apríla 1951 podpisom tzv Parížskej zmluvy vytvorené Spoločenstvo uhlia a ocele³. Spoločné ekonomické a politické ciele podporovali ďalšie snahy európskych krajín o rozšírenie európskej integrácie na oblasť všeobecnej hospodárskej spolupráce a deväť zmluvných štátov Parížskej zmluvy vytvorilo na základe zmlúv z Ríma z 25. marca 1957 („Rímske zmluvy“) Európske hospodárske spoločenstvo (EHS) a Európske spoločenstvo pre atómovú energiu (Euratom). Zmluvy neobsahovali odkaz na dodržiavanie a ochranu ľudských práv. Ustanovenie Čl. 119 Rímskej zmluvy o rovnosti v odmeňovaní žien a mužov bolo prijaté v záujme predísť konkurenčnému znevýhodneniu tých členských krajín, ktoré presadzovali princíp rovnosti v odmeňovaní za prácu mužov a žien, oproti štátom, v ktorých náklady na tovary a služby mohli byť nižšie v dôsledku nižších nákladov na prácu žien. Napriek tejto počiatočnej motivácii bol princíp rovnosti v odmeňovaní čoskoro stotožnený s podmienkou pre hospodársky rast a sociálny pokrok⁴, pričom sa rozvinul do zásad rodovej rovnosti, v zmysle požiadavky materiálnej rovnosti mužov a žien⁵, bez ohľadu na ich biologické charakteristiky a spoločenské normy a predstavy o ich vlastnostiach, schopnostiach a úlohách v spoločnosti. Aplikácia práva EÚ

² Z deklarácie tzv. Schumanovho plánu z 9. mája 1950, in ABC práva Európskej únie, Prof. Dr. Klaus-Dieter Borchardt, Úrad pre vydávanie publikácií Európskej únie, 2011, str. 11

³ Parížska zmluva platila päťdesiat rokov, dňa 23. júla 2002 sa Európske spoločenstvo uhlia a ocele (ESUO) sa začlenilo do Európskeho spoločenstva

⁴ Dňa 8. apríla 1976 Európsky súdny dvor (ESD) vydal rozhodnutie vo tzv. veci Defrenne II, v ktorom sa pani Defrenne s odvolaním sa na Čl. 119 dovolávala ochrany belgického súdu vo veci, že mala nižší plat ako jej mužskí kolegovia, a to napriek tomu, že plnili rovnaké pracovné úlohy. ESD rozhodol, že ide o porušenie Čl. 119 a súčasne poukázal na sociálny rozmer EÚ. *Defrenne proti Sabena*, vec 43/75; [1976] Zb.455

⁵ Európsky súdny dvor niekoľkokrát vyslovil názor, že cieľom Čl. 141 ods. 4 Zmluvy o Európskej únii a smerníc o rovnom zaobchádzaní je materiálna, nie len formálna rovnosť. Súčasne však vo svojej rozhodovacej činnosti jednoznačne poukázal aj na skutočnosť, že ide o materiálnu rovnosť príležitostí, nie výsledkov.

v rozhodnutiach Európskeho súdneho dvora⁶ vo veciach rovného zaobchádzania a jeho interpretácia, viedla Európsku komisiu k prijímaniu opatrení rozširujúcich pôsobnosť zásady rovnakého zaobchádzania v odmeňovaní aj na oblasti prístupu k zamestnaniu, ďalšiemu vzdelávaniu, pracovným podmienkam či sociálnemu zabezpečeniu. Postupne sa tak súčasťou sekundárneho práva EÚ stala séria smerníc o rovnom zaobchádzaní (tzv. antidiskriminačných smerníc), ktoré si kladú za cieľ presadzovať rovnosť žien a mužov a v poslednom čase aj etnických a národnostných menšín. Pre EÚ, rovnako ako jej členské štáty, je dosiahnutie rodovej rovnosti nevyhnutnou podmienkou na dosiahnutie cieľov v oblasti rastu, zamestnanosti a sociálnej súdržnosti⁷ a spoločne uznávajú, že sú pri svojej činnosti povinné sa usilovať o rovnosť žien a mužov⁸.

Ustanovenia primárneho a sekundárneho práva Európskej únie (EÚ) povoľujú členským štátom prijímať pozitívne opatrenia na zabezpečenie uplatňovania zásady rovnosti príležitostí a rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami v otázkach zamestnania a povolania, vrátane zásady rovnakej odmeny za rovnakú prácu alebo prácu rovnakej hodnoty⁹. S ohľadom na všeobecný zákaz diskriminácie¹⁰, ustanovenie Čl. 157 ods. 4 Zmluvy o fungovaní EÚ, výslovne povoľuje členským štátom zachovať alebo zaviesť opatrenia umožňujúce osobitné výhody menej zastúpenému pohlaviu pre ľahšie uplatnenie sa v odbornej pracovnej činnosti alebo ako prevenciu či kompenzáciu nevýhod v profesijnej kariére, ak je ich cieľom plne zabezpečiť v praxi rovné zaobchádzanie s mužmi a ženami v pracovnom. Antidiskriminačné smernice EÚ výslovne predpokladajú možnosť prijímania pozitívnych opatrení

„... (p)re zabezpečenie úplnej rovnosti v praxi nebráni zásada rovnakého zaobchádzania žiadnemu členskému štátu zachovávať alebo prijímať osobitné opatrenia na predchádzanie nevýhodám súvisiacim s (chráneným dôvodom) a pre ich vyrovnanie“¹¹.

⁶ Po prijatí Lisabonskej zmluvy sa Súdny dvor Európskych spoločenstiev, zjednodušene označovaný ako Európsky súdny dvor (ECJ/ESD), označuje ako Súdny dvor Európskej únie (CJEU/SDEÚ). V tomto texte používame naďalej označenie Európsky súdny dvor (ESD), nakoľko väčšina existujúcich zdrojov, bola uverejnená pred vstupom Lisabonskej zmluvy do platnosti v decembri 2009.

⁷ Oznámenie komisie KOM(2006) 92 k Plánu uplatňovania rovnosti žien a mužov 2006-2010

⁸ Čl. 2 a 3 Zmluvy o EÚ, Čl. 8 Zmluvy o fungovaní EÚ

⁹ Článok 157 ods. 3 Zmluvy o fungovaní EÚ

¹⁰ V zmysle Čl. 6 ods. 3) Zmluvy o EÚ, je zákaz diskriminácie obsiahnutý v Európskom dohovore o ľudských právach súčasťou všeobecných zásad práva EÚ. Rovnako je diskriminácia zakázaná aj ustanovením Čl. 21 ods. 1) Charty základných práv EÚ, ktorá sa po prijatí Lisabonskej zmluvy stala súčasťou primárneho práva EÚ.

¹¹ Článok 5 Smernice o rasovej rovnosti; Článok 7 Smernice o rovnakom zaobchádzaní v zamestnaní; Článok 6 Smernice o rovnakom zaobchádzaní s mužmi a ženami v prístupe k tovaru a službám; Článok 3 Smernice o rodovej rovnosti v jeho prepracovanom znení

Členské štáty teda v zmysle práva EÚ nie sú povinné takéto opatrenia prijať, ako však ukazujú komparatívne štúdie antidiskriminačného práva členských štátov EÚ, väčšina členských štátov EÚ ich v nejakej forme prijala, a to v zásade s cieľom zabezpečiť skutočnú materiálnu rodovú rovnosť, i keď niektoré si kladú za cieľ zabezpečiť rovnosť príležitostí, a iné aj rovnosť vo výsledkoch. Ani primárne ani sekundárne pramene práva EÚ nedefinujú formu a obsah pozitívnych opatrení. V súlade s Čl. 288 Zmluvy o fungovaní EÚ sú smernice záväzné z ohľadom na výsledok, ktorý sa má dosiahnuť, pričom voľba foriem a metód je ponechaná na rozhodnutí členských štátov. Forma a obsah pozitívnych opatrení prijímaných členskými štátmi sa preto odlišujú. Spoločne to spôsobuje, že čo do ich legitimacy, formy, rozsahu a obsahu sú na strane jednej otázkou politickou a ich prijímanie je závislé od socioekonomického a kultúrneho kontextu, ako aj spoločenských či politických preferencií. Následne voči pozitívnym opatreniam namietajú tak na to spôsobilé inštitúcie, ako sa to stalo v prípade podnetu na rozhodovanie o ústavnosti ustanovenia §8 ods. 8 Antidiskriminačného zákona v pôvodnom znení z roku 2004 a to priamo členom vlády, ktorá opatrenie prijala, ako aj jednotlivcami, ktorý sa cítia byť vo svojom individuálnom prípade diskriminovaní na základe pozitívneho opatrenia. Slovenská antidiskriminačná legislatíva, ako aj možnosť prijať dočasné vyrovnávacie opatrenia sú dôsledkom členstva v EÚ a povinností z toho vyplývajúcich. Rovnako aj každé spochybnenie legitímnosti a legality dočasného vyrovnávacieho opatrenia je spôsobilé sa v konečnom dôsledku stať predmetom rozhodovania Európskeho súdneho dvora o jeho súlade s *acquis communautaire*. Preto pri skúmaní možností navrhovania a uplatňovania pozitívnych opatrení považujeme práve jeho judikatúru za v súčasnosti najistejšie vodítko pri odpovedaní si na otázky, aké nároky musia spĺňať, či ktoré hranice nesmú prekročiť. Rovnako postupuje aj väčšina členských štátov. Prijímané pozitívne opatrenia väčšinou nejdú na rámec jurisdikcie ESD, týkajúcej sa zásady rovnosti a nediskriminácie. Hoci sa podrobnejšie k predmetnej judikatúre špecificky pre oblasť rodovej rovnosti vrátíme v nasledujúcej časti, považujeme už na tomto mieste za dôležité upozorniť, že argumentácia Európskeho súdneho dvora sa v čase vyvíja, obohacuje. Je preto nevyhnutné aj užitočné sledovať relevantné rozhodnutia, nakoľko môžu byť zdrojom riešení pre prijatie pozitívnych opatrení s obsahom a v rozsahu, ktoré boli pred časom hodnotené ako v rozpore s právom EÚ.

Ako sme spomínali vyššie, antidiskriminačné smernice sa zameriavajú na dodržanie a presadzovanie zásady rovnosti ako na ich výsledok. V tomto smere za prelom vo vývoji antidiskriminačných smerníc môžeme označiť návrh Smernice o zlepšení rodovej vyváženosti

medzi nevykonnými riadiacimi pracovníkmi spoločností kótovaných na burze a súvisiacich opatreniach. Obsahom návrhu smernice je samotné vyrovnávacie opatrenie, ktoré spočíva v povinnosti pre firmy s viac ako 250 zamestnancami, ktoré zarábajú ročne viac ako 50 mil. Eur a sú kótované na burze dosiahnuť minimálny cieľ 40 % „nedostatočne zastúpeného pohlavia“ v ich správnych a dozorných radách. Smernica by mala byť dočasným opatrením, ktorého platnosť je limitovaná dosiahnutím cieľa v roku 2028. Od roku 2017 by mala Komisia každé dva vyhodnotí pôsobenie smernice. Návrh smernice prešiel kontrolou subsidiarity a schválil ju Európsky parlament. V súčasnosti je návrh v procese schvaľovania členskými štátmi v Rade.

Medzinárodné právo verejné, na rozdiel od práva európskej únie, vo vymedzených prípadoch a za určitých okolností priamo ustanovuje štátom povinnosť prijímať pozitívne opatrenia. V súvislosti s ochranou ľudských práv a slobôd je na tomto mieste nevyhnutné uviesť, že všetky členské štáty EÚ, vrátane Slovenskej republiky, sú zmluvnými stranami zmlúv OSN poskytujúcich všeobecnú aj špecializovanú ochranu ľudských práv. Ide najmä o Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach (ICCPR), Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach (ICESCR), Dohovor o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie (ICERD), Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien (CEDAW), Dohovor proti mučeniu a Dohovor o právach dieťaťa, Dohovor o právach osôb so zdravotným postihnutím (CRPD)¹². S ohľadom na túto skutočnosť, ako aj fakt, že CEDAW upravuje aj oblasti diskriminácie žien, ktoré sú mimo oblasti úpravy práva EÚ, najmä rovnosť v politickom zastúpení a diskrimináciu žien v dôsledku rodovo podmieneného násillia, venujeme sa v osobitnej časti aj podstate a nárokom na pozitívne opatrenia v zmysle naplnenia medzinárodnoprávných záväzkov Slovenska.

Vo všeobecnosti je možné zhrnúť, že zámerom pozitívnych opatrení je doplniť prístup pri vykoreňovaní diskriminácie, založený výlučne na jej zákaze v antidiskriminačnej legislatíve. Ukazuje sa totiž, že samotný zákaz či už priamej alebo nepriamej diskriminácie a jeho vynucovanie nemusí byť dostatočný na to, aby odstránil rodové nerovnosti. Napríklad samotný zákaz diskriminácie na základe pohlavia alebo rodu nepostačuje na to, aby boli odstránené príjmové nerovnosti, ktorým čelia ženy nielen z dôvodu nerovnakej odmeny za rovnakú prácu, ale aj z dôvodu horizontálnej a vertikálnej segregácie na pracovnom trhu a predsudkov o ich pracovných schopnostiach a možnostiach. Príkladom horizontálnej

¹² K zmluvám o ľudských právach tradične ako zmluvné strany pristupovali zvrchované štáty. CRPD je prvou zmluvou OSN o ľudských právach, ku ktorej pristúpila EÚ.

segregácie je disproporčne vysoké zastúpenie žien v nízko príjmových odvetviach, akými sú školstvo či zdravotníctvo. Preto je dôležité nielen zabezpečiť, aby dostávali ženské zamestnankyne rovnakú odmenu za vykonanú prácu ako ich mužskí kolegovia za rovnakú prácu, ale aj aby sa zvýšil pomer žien v odvetviach súkromného sektora, najlepšie charakterizovaných vyššou mierou inovácií a technológií. Tieto odvetvia poskytujú svojim zamestnancom lepšie finančné ohodnotenie. Na strane druhej zvýšenie participácie žien v týchto odvetviach, má potenciál zlepšiť výkon podnikania a inovácií, nakoľko zvýšenie diverzity podnecuje rast kreativity, inovačných príležitostí, zvýšenie konkurencieschopnosti, zamestnanosti a udržateľného rastu. V súčasnosti len jedna tretina dievčat študuje na stredných školách zameraných na chémiu, fyziku a technológie, teda zapojenie žien do vedy a technológií je pomerne nízke¹³. Disproporcionálne zastúpenie žien vo verejnej službe, smeruje vo vyššej miere na ich plecia negatívne dopady konsolidačných opatrení či šetrenia vo verejnej sfére, ako sme toho svedkom pri súčasnej druhej vlne ekonomickej krízy v Európe. Nerovné zastúpenie žien a mužov na pozíciách rozhodujúcich o podobe a fungovaní ekonomického prostredia sú príkladom vertikálnych nerovností na trhu práce, oblasti v ktorej nedošlo k zlepšeniu napriek existencii antidiskriminačnej legislatívy. Iba 13,7% vedúcich pozícií najväčších spoločností kótovaných na burze je v súčasnosti obsadených ženami, 15% pokiaľ ide o nevýkonných riadiacich pracovníkov¹⁴. V porovnaní s inými oblasťami spoločnosti, najmä s verejným sektorom, je nedostatočné zastúpenie žien v riadiacich a kontrolných orgánoch spoločností obzvlášť výrazné. Niekoľko príkladov, ako ich uvádza návrh Smernice Európskeho parlamentu a Rady o zlepšení rodovej vyvážení medzi nevýkonnými riadiacimi pracovníkmi spoločností kótovaných na burze a súvisiacich opatreniach, na najvyššej úrovni vnútroštátnych orgánov verejnej správy je 30 % žien a sudkyne predstavujú 33 % členov najvyšších súdov. Na strane druhej národné centrálné banky zostali napriek všetkým trendom oblasťou, v ktorej takmer výhradne dominujú muži: 83 % členov ich najvyšších riadiacich orgánov sú muži a v súčasnosti v EÚ neexistuje ani jedna guvernérka centrálnej banky¹⁵. Príčiny tohto stavu boli veľa krát popísané a sú súhrne

¹³ Maureen Bohan, *Study on combating gender stereotypes in education* (Council of Europe, Steering Committee for equality men and women), 2011 s. 26.

¹⁴ *Women in economic decision-making in the EU*, marec 2012, dostupné online http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/women-on-boards_en.pdf

¹⁵ *Smernica Európskeho parlamentu a Rady o zlepšení rodovej vyvážení medzi nevýkonnými riadiacimi pracovníkmi spoločností kótovaných na burze a súvisiacich opatreniach*, /* COM/2012/0614 final - 2012/0299 (COD) */, dostupné online <http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=691652%3Acs&lang=sk&list=695502%3Acs%2C694151%3Acs%2C693611%3Acs%2C693708%3Acs%2C693340%3Acs%2C691508%3Acs%2C691652%3Acs%2C691651%3Acs%>

označované ako sklenený strop. Okrem pretrvávajúcich stereotypných názorov na schopnosti a možnosti žien zapojiť sa do rozhodovacích procesov, aj s ohľadom na automaticky im pripisovanú zodpovednosť za starostlivosť o rodinu, domácnosť a výchovu detí, pretrvávajú tendencie vyberať a poverovať riadiacich pracovníkov s podobnými profilmi. Výber často čerpá z príliš úzkej skupiny ľudí a účasť vo výbere je determinovaná účasťou v existujúcich sieťach obchodných a osobných kontaktov súčasných členov vrcholových orgánov. Zákaz diskriminácie, nie je schopný zvrátiť situáciu v existujúcich nerovných príležitostiach a možnostiach žien prevziať vedúce pozície.

Cieľom pozitívnych opatrení, je práve odstránenie vyššie príkladmi spomínaných štrukturálnych zdrojov diskriminácie a znevýhodnenia. Vyrovnávacie opatrenia potom možno zaradiť do tzv. štvrtej generácie legislatívnych úprav zakazujúcich diskrimináciu. Pri izolovanom pohľade, t.j. bez širšieho socioekonomického kontextu, predstavujú porušenie všeobecného zákazu diskriminácie. Odporujú zásade rovnosti v jej formálnom ponímaní, a na viac rozlišujú z typicky zakázaných (diskriminačných) dôvodov, pohlavie, rod, etnicita, rasa a pod. Vychádzajúc z poznania, že diskriminácia a znevýhodnenie, je spôsobené viac ako konaním proti právu na rovné zaobchádzanie v konkrétnom prípade, najmä spoločenskými stereotypnými názormi o rodových rolách a rodovými predsudkami, posúvajú tzv. model ochrany pred diskrimináciou založený na zavinení¹⁶ a napĺňajú koncept materiálnej rovnosti od rovnosti de iure k rovnosti de facto. Ich cieľom je predchádzať diskriminácii a zaručiť rovnosť príležitostí a zaobchádzania pre znevýhodnenú skupinu, pred tým ako dôjde k diskriminácii v individuálnom prípade. Povinný subjekt resp. ten, ktorý sa rozhodne pre prijatie vyrovnávacieho opatrenia nie je nevyhnutne ten, ktorý spôsobil diskrimináciu. Ide o subjekt, ktorý je najvhodnejšie situovaný na to, aby ju mohol napraviť. Vyrovnávacie opatrenia sú prijímané na základe preukázania štrukturálnej diskriminácie resp. nerovnosti¹⁷, formou opatrení zameraných na jej príčiny a to prostredníctvom prerozdelenia či dekonštrukcie súčasných podmienok tak, aby sa postavenie viac zastúpenej a v dôsledku znevýhodnenia menej zastúpenej skupiny vyrovnali. Pritom sa vychádza z existencie štrukturálnej nerovnosti, ktorá preukázateľne znevýhodňuje určitú skupinu a predpokladu, že každá osoba patriaca do tejto skupiny trpí jeho následkami, bez individuálneho dôkazu o znevýhodnení. Európsky súdny dvor niekoľkokrát vyslovil názor, že cieľom Čl. 157 ods. 4

[2C691657%3Acs%2C691658%3Acs%2C&pos=7&page=3&nbl=1482&pgs=10&hwords=&checktexte=checkbox&visu=](#)

¹⁶ Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002) s.122.

¹⁷ *Ibid.*

Zmluvy o fungovaní európskej únie a smerníc o rovnom zaobchádzaní je materiálna, nie len formálna rovnosť. Súčasne však vo svojej rozhodovacej činnosti jednoznačne poukázal aj na skutočnosť, že ide o materiálnu rovnosť príležitostí, nie výsledkov.

1.1. CEDAW a rovnosť vo výsledkoch

Druhým typom materiálnej rovnosti je rovnosť 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. Materiálna rovnosť vo výsledkoch sa preto usiluje o re-distribúciu zdrojov a moci napríklad aj prostredníctvom kvót. Príkladom môžu byť kvóty pre ženské kandidátky v parlamente.

Napriek tomu, že antidiskriminačný zákon vychádza z koncepcie rovnosti v príležitostiach, na tomto mieste je vhodné spomenúť aj ďalšie relevantné právne úpravy. Tým je predovšetkým Dohovor o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien (CEDAW),¹⁸ **ktorý Slovenská republika podpísala a ratifikovala, vychádza z materiálneho vnímania rovnosti vo výsledkoch.**

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, až 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.“¹⁹*

Podľa Výboru CEDAW cieľom osobitých opatrení je, aby

„ženy mohli využívať svoje práva v rôznych sférach tak ako muži ...mali rovnaké príjmy, rovnako sa podieľali i na rozhodovacích procesoch a mohli užívať ochranu pred násilím“.²⁰

CEDAW pritom diferencuje medzi tzv. dočasnými osobitnými opatreniami a osobitnými opatreniami. Ich rozdiel je dôležitý aj z hľadiska slovenskej právnej úpravy.

¹⁸Dohovor 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.

¹⁹Článok 4, CEDAW, *Ibid.*

²⁰General 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), odsek 9.

Dočasné osobitné opatrenia

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. Ich kľúčovou charakteristikou je to, že sú dočasné. Po dosiahnutí materiálnej rovnosti nemajú ďalšie opodstatnenie.²¹

Podľa výboru CEDAW dĺžka trvania by mala vychádzať z kontextu špecifických problémov, na odstránenie ktorých sa zameriavajú. Preto je dôležitý aj priebežný monitoring a vyhodnocovanie. Po dosiahnutí cieľa by mali byť ukončené.

Podľa výboru CEDAW je možné budú vyžadovať dlhodobú implementáciu.²² Na rozdiel od úpravy v antidiskriminačnom zákon, Výbor CEDAW neukladá povinnosť podať dôkaz o prechádzajúcej diskriminácii. Podľa výboru, zmluvné štáty prijímajúce takéto opatrenia nediskriminujú mužov.²³

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.²⁴

Termín **opatrenia** zahŕňa širokú škálu legislatívnych, administratívnych a iných opatrení, politík, programov, ktorých cieľom je podpora, re-alokácia zdrojov, preferenčné zaobchádzanie, cielené 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.²⁵ Výber vhodných opatrení pritom závisí od osobitného cieľa na účely, ktorého boli prijímané.²⁶

Predpokladom prijatia dočasných osobitných opatrení je príprava dôkladnej analýzy situácie žien v rôznych sférach verejného života a zostavenie cieľov, ktoré by mali byť dočasnými

²¹*Ibid.* ods. 15.

²²*Ibid.* ods. 20.

²³*Ibid.* ods.18.

²⁴*Ibid.* ods. 21.

²⁵Práve tento rozdiel, ako argumentujem v prílohe k tomuto usmerneniu, zostáva predmetom nepochopenia zo strany ústavného súdu.

²⁶*General recommendation No. 25*, supra poznámka 8, ods. 22.

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.“²⁷

CEDAW tiež ukladá zmluvným štátom povinnosť legislatívne upraviť možnosť resp. povinnosť na prijímanie dočasných osobitných a prijať jednoznačné ustanovenia, ktoré ohľadom ich formy a obsahu. Takéto opatrenia by mali mať možnosť resp. povinnosť **nielen orgány verejnej správy, ale aj súkromné organizácie a spoločnosti.**²⁸ Medzi kľúčové sféry implementácie patrí zamestnanosť, vzdelávania a účasť na verejnom rozhodovaní. Do príprave dočasných osobitných opatrení, ich zavádzania, monitorovania a vyhodnocovania by mali byť **zapojené cieľové skupiny**, .t.j. ženské organizácie, či už mimovládne, záujmové alebo odborové.²⁹ CEDAW tiež upozorňuje na potrebu zberu dát podľa pohlavia, prípadne v kombinácii s etnicitou, ktorá je často ďalším znevýhodňujúcim faktorom.

Osobité opatrenia

V druhom odseku článku 4, CEDAW upravuje pozitívne opatrenia, ktoré **sú trvalého charakteru** a vyžadujú odlišné zaobchádzanie medzi mužmi a ženami s dôvodu biologických rozdielov. Trvalé odlišné zaobchádzanie so ženami tiež vychádza z materiálnej koncepcie rovnosti. Výbor však dodáva, takéto odlišné zaobchádzanie je trvalé pokiaľ vedecké a technologické poznatky nebudú dôvodom na revíziu takýchto opatrení.³⁰

V kontexte slovenskej právnej úpravy, sa takéto pozitívne opatrenia trvalého charakteru nie presne nazývajú pozitívnou diskrimináciou. Sú predmetom ústavnej úpravy čl. 38.³¹

Podľa tohto článku ods.1 majú ženy, spolu s mladistvými a osobami so zdravotným postihnutím, právo na

„zvýšenú ochranu zdravia pri práci a osobitné pracovné podmienky“.

Toto ustanovenie je premietnuté najmä do Zákonníka práce. Zákonník práce vo svojich základných zásadách upravuje napríklad:

²⁷*Ibid.* ods. 29.

²⁸*Ibid.* ods. 31.

²⁹*Ibid.* ods.32 a 34.

³⁰*Ibid.* ods. 16.

³¹Ústava SR, zákon č.460/1993 Z.z. v platnom znení.

„Ženy a muži majú právo na rovnaké zaobchádzanie, ak ide o prístup k zamestnaniu, odmeňovanie a pracovný postup, odborné vzdelávanie a o pracovné podmienky. 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. Ženám a mužom sa zabezpečujú pracovné podmienky, ktoré im umožňujú vykonávať spoločenskú funkciu pri výchove detí a pri starostlivosti o ne.“³²

Jednou z foriem ochrany je preradenie tehotných žien na inú prácu v prípade ohrozenia zdravia (§55 ods.1 písm. b) alebo zákaz výpovede tehotných žien a žien na materskej alebo rodičovskej „dovolenke“ (§64 ods.1 písm.c).

Je pritom dôležité upozorniť na to, že trvalé odlišné zaobchádzanie síce vychádza primárne z biologických odlišností, ale obsah odlišného zaobchádzania je formovaný sociálnymi konštruktmi spojenými s rodičovstvom a materstvom.

1.2. Vyrovnávacie opatrenia zamerané na rodovú rovnosť v primárnom a sekundárnom práve EÚ

Primárne právo EÚ

Rodová rovnosť je neoddeliteľne spojená s vývojom európskej integrácie. Od roku 1957 kedy vstúpil do platnosti Čl. 119 Rímskej zmluvy o rovnakých podmienkach odmeňovania pre ženy a mužov, sa rodová rovnosť stala jednou zo základných hodnôt EÚ a jedným z jej hlavných cieľov. Ako sme spomínali vyššie, Európsky súdny dvor prostredníctvom výkladu primárneho práva, poukázal na sociálny rozmer EÚ, a napriek jasnému primárnemu cieľu princípu rovnakého odmeňovania žien a mužov za rovnakú prácu, ako opatrenia na elimináciu možných konkurenčných výhod tovarov a služieb s krajín, ktoré tento princíp neaplikovali, vo svojej činnosti konštatoval, že princíp rovného zaobchádzania pomáha pri plnení tak sociálnych ako aj hospodárskych cieľov ES. Stalo sa tak v prípade pani Gabrielle Defrenne, a to pri druhom rozhodovaní o jej prípade v roku 1976³³, keď obsahom nároku navrhovateľky bola rovnaká odmena za rovnakú prácu. Boj pani Gabrielle Defrenne pred belgickými súdmi o rovné zaobchádzanie v zamestnaní, ktorej záležitosť posudzoval Európsky súdny dvor celkovo tri krát a to na dožiadanie belgických súdov o rozhodnutie v prejudiciálnej otázke,

³²Zákon č. 34/2011 Z.z. zákonník práce, v platnom znení.

³³ Defrenne proti Sabena, vec 43/75; [1976] Zb.455

mal ďalekosiahle dôsledky na vývoj legislatívneho rámca rovného zaobchádzania v práve ES, a to aj napriek tomu a súčasne aj z toho dôvodu, že v prípade Defrenne I a III, neboli vznesené nároky, týkajúce sa nerovných pracovných podmienok žien a mužov pracujúcich ako letušky a stevardi, uznané. Svoje rozhodnutie oprel Európsky súdny dvor najmä o argument, že Čl. 119 nie je možné vykladať tak, že popri rovnakej odmene predpisuje rovnosť so zreteľom na iné pracovné podmienky pre mužov a ženy. Európsky súdny dvor v odôvodnení poukázal na chýbajúcu právnu úpravu a napríklad v rozhodnutí vo veci Defrenne III v roku 1978 skonštatoval, že:

„... (v čase, keď k namietanému konaniu došlo) neexistovalo žiadne pravidlo Spoločenstva upravujúce vzťah medzi zamestnávateľom a zamestnancom, ktorý sa riadi vnútroštátnym právom, ktoré by zakazovalo diskrimináciu medzi mužmi a ženami v oblasti pracovných podmienok iných, než sú požiadavky na odmenu, ako je uvedené v článku 119 Zmluvy.“³⁴

To viedlo Komisiu k prijímaniu smerníc rozširujúcich pôsobnosť zásady rovnakého zaobchádzania v odmeňovaní aj na oblasti prístupu k zamestnaniu, ďalšiemu vzdelávaniu, pracovným podmienkam či sociálnemu zabezpečeniu.

Prijatím Amsterdamskej zmluvy v roku 1997, s účinnosťou od 1. mája 1999, dostal aktívny prístup ES k rodovej rovnosti vyjadrenie v primárnom práve. Čl. 6 Zmluvy o založení ES v znení prijatom v Amsterdame normatívne ustanovil úlohu ES podporovať rovnosť postavenia žien a mužov prostredníctvom

„...utvorenia spoločného trhu, hospodárskej a menovej únie a uskutočňovania spoločných politik a činností zverených ES podporovať v celom Spoločenstve harmonický, vyrovnaný a trvalo udržateľný rozvoj hospodárskych činností, vysokú úroveň zamestnanosti a sociálnej ochrany, rovnoprávne postavenie žien a mužov, ...“

Súčasne podľa Čl. 3 ods. 2 ES sa pri výkone všetkých zverených činností na zameriava na odstránenie nerovností a podporu rovnoprávnosti medzi mužmi a ženami.

Čl. 13 ods. 1) splnomocnil Radu, aby na návrh Komisie a po porade s Európskym parlamentom, prijala opatrenia na boj proti diskriminácii založenej na pohlaví, rasovom alebo etnickom pôvode, náboženskom vyznaní alebo viere, postihnutí, veku alebo sexuálnej orientácii. V zmysle ods. 2) tohto článku bola Rada splnomocnená, bez ohľadu na ustanovenie

³⁴ Defrenne proti Sabena, vec 149/77; [1978] Zb.1365

ods. 1), prijať motivačné opatrenia na podporu boja proti diskriminácii, ak ich obsahom nie je zosúladiťovanie zákonov a iných právnych predpisov členských štátov.

Článok 137 ods. 1) písm. i v súlade s dovtedy prijatými normami sekundárneho práva rozšíril princíp rovnosti medzi mužmi a ženami aj pokiaľ ide o rovnaké príležitosti na trhu práce a rovnaké zaobchádzanie v práci a v neposlednom rade Čl. 141 opätovne potvrdil uplatňovanie zásady rovnakej odmeny pre mužov a ženy za rovnakú prácu alebo prácu rovnakej hodnoty.

Ako sme konštatovali v prvej časti zakladajúce zmluvy Európskych spoločenstiev neobsahovali odkaz na dodržiavanie a ochranu ľudských práv. Súčasťou podaní na Európsky súdny dvor boli tvrdenia o porušovaní ľudských práv, vrátane práva na rovnosť pred zákonom a rovné zaobchádzanie, ktorý vypracoval súbor sudcovského práva známy ako tzv. všeobecné zásady práva Spoločenstva³⁵. V súlade s názorom súdu o potrebe súladu práva Spoločenstva s týmito zásadami, odrážajú obsah ochrany ľudských práv nachádzajúcich sa v ústavách štátov a medzinárodných zmluvách o ľudských právach, najmä Európskom dohovore o ľudských právach a základných slobodách (EDĽP). Kontinuitu ukotvenia tohto názoru nájdeme v uznesení Európskeho parlamentu z 19. mája 2010 o inštitucionálnych aspektoch pristúpenia Európskej únie k Európskemu dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (2009/2241(INI)), v ktorom sa konštatuje, že

„...v judikatúre, ktorá sa nezmenila od vydania rozsudku zo 17. decembra 1970 Internationale Handelsgesellschaft mbH a rozsudku zo 14. mája 1974 Nold/Komisia, Súdny dvor Európskej únie konštatoval, že základné práva sú integrálnou súčasťou všeobecných zásad práva, na ktorého dodržiavanie Súdny dvor dohliada.“³⁶

Vyhlásením Charty základných práv Európskej únie dňa 7. decembra 2000 EÚ a jej členské štáty uznali, že jej politiky môžu mať vplyv na ľudské práva. Charta potvrdzuje podporu a ochranu ľudských práv nachádzajúcich sa v ústavách členských štátov, EDĽP a všeobecných zmluvách o ľudských právach. Po stroskotaní zámeru prijať Ústavu Európskej únie, prijatím Lisabonskej zmluvy s účinnosťou od 1. Decembra 2009

³⁵ Po prijatí Lisabonskej zmluvy sa Súdny dvor Európskych spoločenstiev, zjednodušene označovaný ako Európsky súdny dvor, ESD, označuje ako Súdny dvor Európskej únie (CJEU/SDEÚ). V tomto texte používame naďalej označenie ESD, nakoľko väčšina existujúcich zdrojov, bola uverejnená pred vstupom Lisabonskej zmluvy do platnosti v decembri 2009.

³⁶ Official Journal of the European Union, 2011/C 161 E/12, online dostupné <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:161E:0072:0078:EN:PDF>

„Únia uznáva práva, slobody a zásady uvedené v Charte základných práv Európskej únie zo 7. decembra 2000 upravenej 12. decembra 2007 v Štrasburgu, ktorá má rovnakú právnu silu ako zmluvy.“ Čl. 6 ods. 1) Zmluvy o EÚ. V zmysle ods. 3 citovaného článku „Základné práva tak, ako sú zaručené Európskym dohovorom o ochrane ľudských práv a základných slobôd a ako vyplývajú z ústavných tradícií spoločných pre členské štáty, predstavujú všeobecné zásady práva Únie.“

Päťdesiat rokov vývoja spoločenstva krajín Európy, tak bolo zavŕšených spojením EÚ a ES do jedinej Európskej únie, ktorá je viazaná komplexným katalógom ľudských práv a základných slobôd. EÚ musí pri navrhovaní a uplatňovaní právnych aktov dodržiavať práva ustanovené v Charte a rovnako musia konať aj členské štáty pri uplatňovaní právnych predpisov EÚ. Lisabonská zmluva dala možnosť EÚ pristúpiť k základnému európskemu dohovoru o ľudských právach, a kým sa tak stane sú základné práva ním zaručené súčasťou všeobecných zásad práva EÚ. Čl. 21 ods. 1) Charty základných práv EÚ zakazuje akúkoľvek diskrimináciu, popri iných chránených dôvodoch, aj z dôvodu pohlavia alebo sexuálnej orientácie. Prvá veta Čl. 23 Charty rovnosť medzi ženami a mužmi musí byť zabezpečená vo všetkých oblastiach vrátane zamestnania, práce a odmeňovania. V súlade s ustanovením druhej vety Čl. 23 Charta výslovne povoľuje prijímanie vyrovnávacích opatrení, nakoľko opatrenia, ktoré ustanovujú osobitné výhody v prospech menej zastúpeného pohlavia nie sú porušením zásady rovnosti a teda nie sú diskriminačné.

Lisabonská zmluva potvrdzuje a rozvíja normatívnu zásadu rodovej rovnosti v súlade s predchádzajúcimi základnými zmluvami. Ustanovenie Čl. 2 Zmluvy o EÚ deklaruje, že

„Únia je založená na hodnotách úcty k ľudskej dôstojnosti, slobody, demokracie, rovnosti, právneho štátu a rešpektovania ľudských práv vrátane práv osôb patriacich k menšinám. Tieto hodnoty sú spoločné členským štátom v spoločnosti, v ktorej prevláda pluralizmus, nediskriminácia, tolerancia, spravodlivosť, solidarita a rovnosť medzi ženami a mužmi“.

V tretej vete Čl. 3 ods. 3) je boj proti sociálnemu vylúčeniu a diskriminácii a podporuje sociálnu spravodlivosť a ochranu, rovnosť medzi ženami a mužmi, solidaritu medzi generáciami a ochranu práv dieťaťa uložený EÚ, ako jedna z jej úloh. Čl. 8 Zmluvy o fungovaní EÚ špecificky ustanovuje povinnosť EÚ sa vo všetkých svojich činnostiach zameriavať na odstránenie nerovností a podporu rovnoprávnosti medzi mužmi a ženami.

Čl. 10 Zmluvy o fungovaní EÚ nadväzuje na ustanovenia Zmluvy o EÚ o boji proti diskriminácii ako základnej úlohe EÚ a ustanovuje, že

„ Pri vymedzovaní a uskutočňovaní svojich politik a činností sa Únia zameriava na boj proti diskriminácii z dôvodu pohlavia, rasy alebo etnického pôvodu, náboženstva alebo viery, zdravotného postihnutia, veku alebo sexuálnej orientácie“.

Boj proti diskriminácii teda musí byť súčasťou výkonu všetkých právomocí EÚ.

Zmluva o fungovaní EÚ deleguje v ustanovení Čl. 19 ods. 1) Rade právomoc jednomyseľne v súlade s mimoriadnym legislatívnym postupom po udelení súhlasu Európskeho parlamentu, prijať opatrenia na boj proti diskriminácii založenej na pohlaví, rasovom alebo etnickom pôvode, náboženskom vyznaní alebo viere, postihnutí, veku alebo sexuálnej orientácii. Pokiaľ sa netýkajú zosúladenia zákonov a iných právnych predpisov členských štátov môže Rada v zmysle ustanovenia ods. 2) tohto článku prijímať základné zásady motivačných opatrení na podporu krokov proti diskriminácii podniknutých členskými štátmi v súlade s riadnym legislatívnym postupom.

Ustanovenie Čl. 137 Zmluvy o založení ES v znení prijatom v Amsterdame je v súčasnosti uvedené ako Čl. 153 a potvrdzuje právomoc EÚ podporovať a dopĺňať činnosti členských štátov v oblasti rovnosť medzi mužmi a ženami, pokiaľ ide o:

- a) rovnaké príležitosti na trhu práce,
- b) rovnaké zaobchádzanie v práci,
- c) podporu zamestnanosti,
- d) dosahovanie zosúladiťovania životných a pracovných podmienok,
- e) primeranú sociálnu ochranu,
- f) sociálny dialóg a dialóg medzi sociálnymi partnermi,
- g) rozvoj ľudských zdrojov a
- h) boj proti vylučovaniu z trhu práce.

Pôvodný Čl. 141 Zmluvy o Európskom spoločenstve v znení Amsterdamskej zmluvy obsahujúci normatívne ukotvenie princípu „equal pay for equal work“ v primárnom práve EÚ je v Zmluve o fungovaní EÚ označený ako Čl. 157.

“Článok 157 Zmluvy o fungovaní EÚ

1. Každý členský štát zabezpečí uplatňovanie zásady rovnakej odmeny pre mužov a ženy za rovnakú prácu alebo prácu rovnakej hodnoty.

2. Pre účely tohto článku znamená „odmena“ obvyklú základnú alebo minimálnu mzdu alebo plat a všetky dávky, ktoré zamestnávateľ vypláca priamo alebo nepriamo, v hotovosti alebo v naturáliách, pracovníkovi v pracovnom pomere.

Rovnosť odmeňovania bez diskriminácie založenej na pohlaví znamená:

a) že odmena za rovnakú prácu pri úkolovej mzde sa vypočíta podľa rovnakej sadzby,

b) že odmena za prácu je pri časovej mzde za rovnakú prácu rovnaká.

3. Európsky parlament a Rada v súlade s riadnym legislatívnym postupom a po porade s Hospodárskym a sociálnym výborom prijímú opatrenia na zabezpečenie uplatňovania zásady rovnosti príležitostí a rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami v otázkach zamestnania a povolania, vrátane zásady rovnakej odmeny za rovnakú prácu alebo prácu rovnakej hodnoty.

4. Vzhľadom na cieľ plne zabezpečiť v praxi rovnaké zaobchádzanie s mužmi a ženami v pracovnom procese nebráni zásada rovnakého zaobchádzania žiadnemu členskému štátu zachovať alebo zaviesť opatrenia umožňujúce osobitné výhody menej zastúpenému pohlaviu pre ľahšie uplatnenie sa v odbornej pracovnej činnosti alebo ako prevenciu či kompenzáciu nevýhod v profesijnej kariére.”

Sekundárne právo EÚ

Právny základ rodovej rovnosti v sekundárnom práve EÚ sa začal rozvíjať pod vplyvom rozhodovacej praxe európskeho súdneho dvora. Princíp rovnakej odmeny za rovnakú prácu vyjadrený v Čl. 119 Rímskej zmluvy bol po prijatí Smernice č.75/117/EHS o rovnakých podmienkach odmeňovania v roku 1975 transponovaný do právnych poriadkov členských štátov. Už o rok neskôr boli prijaté ďalšie právne normy, rozširujúce pôsobnosť zásady rovnakého zaobchádzania v odmeňovaní aj na oblasti prístupu k zamestnaniu, ďalšiemu vzdelávaniu, pracovným podmienkam či sociálnemu zabezpečeniu.

Smernica č.76/207/EHS sa zamerala na zaistenie zásady rovnosti aj v prístupe k:

a) zamestnaniu,

- b) ďalšiemu vzdelávaniu,
- c) pracovnému postupu a
- d) pracovným podmienkam.

V roku 1979 sa zásada rovného zaobchádzania a rodovej rovnosti rozšírila prijatím Smernice č.79/7/EHS aj na oblasť zákonného či štátom poskytovaného sociálneho zabezpečenia. Napokon prijatím Smernice č. 86/378/EHS sa zásada rovného zaobchádzania rozšírila aj na sociálne zabezpečenie poskytované zamestnávateľom. Táto bola zmenená a doplnená Smernicou č. 96/97/ES s ohľadom na rozhodnutie ESD vo veci Barber proti Guardian Royal Exchange³⁷.

Ďalšie smernice sa zamerali na ochranu žien v období materstva a tehotenstva. Smernica č.86/613/EHS zaviedla princíp rodovej rovnosti s ohľadom na samostatne zárobkovo činné osoby, najmä s ohľadom na ich ochranu v období materstva a tehotenstva a Smernica č.92/85/EHS o ochrane materstva a tehotenstva ustanovila najmä opatrenia pre zlepšenie bezpečnosti a zdravia pri práci pre tehotné ženy, ženy po pôrode a dojčiace matky.

Po podpise Maastrichtskej zmluvy o EÚ v roku 1992 Komisia vydala Smernicu 96/34/ES o rodičovskej dovolenke, ktorej územná pôsobnosť bola rozšírená Smernicami č.97/75/EC a č.98/52/EC.

V roku 1997 prijatím Smernice č. 97/80/ES došlo k zavedeniu inštitútu tzv. „preneseného dôkazného bremena“ v prípadoch prejednávanych na základe noriem antidiskriminačného práva.

Smernica č. 2002/73/ES o vykonávaní zásady rovnosti príležitostí a rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami vo veciach zamestnanosti a povolania doplnila smernicu č. 76/207/EHS a jej prijatie naznačilo, že inštitúcie EÚ si uvedomujú potrebu systematizovať antidiskriminačné smernice. Ešte pred tým, ako sa tak stalo, prijatím Smernice č. 2006/54/ES sa zásada rovný prístup mužov a žien rozšírila aj na sféru prístupu k poskytovaniu tovarov a služieb prijatím Smernice č.2004/113/ES.

Po prijatí posledných dvoch smerníc, Smernice č. 2010/41/EÚ o uplatňovaní zásady rovnakého zaobchádzania so ženami a mužmi vykonávajúcimi činnosť ako samostatne zárobkovo činné osoby, ktorou sa zrušila Smernica č. 86/613/EHS a Smernice č.2010/18/EÚ, ktorou sa vykonáva revidovaná Rámcová dohoda o rodičovskej dovolenke a zrušuje sa

³⁷ Barber proti Guardian Royal Exchange vec 262/88, [1990] Zb. 1889

smernica 96/34/ES, systém smerníc v oblasti rodovej rovnosti a nediskriminácie z dôvodu rodu tvorí šesť smerníc, z ktorých každá upravuje osobitnú oblasť.

Oblasť úpravy		Smernica č.	Smernica č.
rodová rovnosť v oblastiach zamestnania	rovné podmienky odmeňovania	2006/54/ES nahradza	75/117/EHS
	rovné podmienky v prístupe k zamestnaniu		76/207/EHS
	rovnosť v sociálnom zabezpečení poskytovanom zamestnávateľom		86/378/EHS
	zásada preneseného dôkazného bremena		97/80/ES
rovnosť v zákonom/ štátnom sociálnom zabezpečení		79/7/EHS	
ochrana tehotenstva a materstva		92/85/EHS	
platnosť princípov rodovej rovnosti pre samostatne zárobkovo činné osoby		2010/41/EÚ ruší	86/613/EHS
rodičovská dovolenka		2010/18/EÚ ruší	96/34/ES
prístup k tovarom a službám		2004/113/EÚ	

1.3. Judikatúra Európskeho súdneho dvora a zákaz automatických preferencií

[]V predchádzajúcich častiach sme upozornili na relevanciu judikatúry európskeho súdneho dvora a to hneď vo viacerých ohľadoch. Nie je len dôležitým zdrojom pre interpretáciu ustanovení antidiskriminačného zákona ale aj najvhodnejším referenčným rámcom v akom rozsahu a za akých podmienok, je možné navrhovať a implementovať pozitívne opatrenia, vrátane vyrovnávacích opatrení. V histórii rozhodnutí o opatreniach uprednostňujúcich znevýhodnenú skupinu je možné vytípovať dva druhy rozhodnutí. Prvou skupinou sú prípady, v ktorých Európsky súdny dvor odmietol automatické zvýhodnenie. Prvým a najvýraznejším príkladom je rozhodnutie vo veci **Kalanke proti Freie Hansestadt Bremen**³⁸. Spolková republika Brémy vydala v nariadenia, v zmysle ktorého v prípade, ak boli dvaja kandidáti rovnako kvalifikovaní, tak automaticky bola prednosť pri rozhodnutí o získaní pracovného miesta vo verejnej službe daná uchádzačke pred uchádzačom. Hoci ESD na jednej strane vyslovil, že nespochybnil zámer vyrovnať a potrebu prijať opatrenia na zaistenie rovnosti príležitostí, no osobitne sa zaoberal otázkou, či takéto automatické uprednostnenie

³⁸ Konanie C-450/93 [1995] ECR I-3051

uchádzačky pred rovnako kvalifikovaným uchádzačom, nezakladá odchýlku od všeobecného princípu rovného zaobchádzania, nakoľko za určitých okolností môže diskriminovať mužov s ohľadom na ich rod. Vo svojom rozhodnutí ESD odmietol tento **typ automatickej (nepodmienečnej) preferencie** a nariadenie Spolkovej republiky Brémy vyhlásil **v rozpore rozsahom legálnych pozitívnych opatrení**.

Už vo svojom nasledujúcom rozhodnutí **Marschall proti Land Nordrhein Westfalen**³⁹, súd predstavil „**áno, ale iba ak**“ typ rozhodovania. Súd opätovne pojednával o nariadení nemeckej spolkovej krajiny, ktoré uprednostňovalo ženy v prípade možnosti povýšenia vo výkone verejnej služby. Navrhovateľ pán Marschall, ktorý bol učiteľom si požiadal o povýšenie, no keďže bola prednosť daná jeho ženskej kolegyni z dôvodu, že sú obaja rovnako kvalifikovaní, no ona je príslušníčka znevýhodnenej skupiny. Prípád sa zdá byť vo svojej podstate totožný s prípadom Kalenke, no druhé nariadenie dovoľovalo, aby sa pri preskúmaní individuálneho prípadu neuplatnil preferenčný princíp voči kandidátke. Zamestnávateľ mohol pri prijímaní zohľadniť resp. uprednostniť **iné dôvody, napr. sociálne znevýhodnenie, stav osamelého rodiča či vojenskú povinnosť**. V prípade Marschall súd zobral do úvahy existenciu rodovej nerovnosti v dôsledku znevýhodnenia žien, ktorá dostatočne odôvodňovala prijatie vyrovnávacieho opatrenia a súčasnú **existenciu výnimky** (*angl. saving clause*) z uplatnenia preferenčného zaobchádzania. Konštatoval, že existencia výnimky **nezakladá automatické uprednostnenie** ženy, ale dovoľuje objektívne preskúmať a posúdiť opodstatnenosť a proporcionalitu preferenčného zaobchádzania s ohľadom na konkrétnu individuálnu situáciu druhého kandidáta. Súčasne Európsky súdny dvor vo svojom rozhodnutí na adresu legitimacy a legality preferenčného zaobchádzania konštatoval, že

„...zdá sa, aj v situáciách keď sú ženská uchádzačka a mužský uchádzač kvalifikovaný v rovnovej miere, mužskí kandidáti bývajú povýšení skôr ako ženy, najmä v dôsledku predsudkov a stereotypov ohľadom úloh a schopností žien v pracovnom živote a obáv, že napríklad budú častejšie prerušovať prácu, budú menej flexibilné ohľadom pracovného času s ohľadom na ich rodinné a domáce povinnosti, alebo budú častejšie chýbať na pracovisku v dôsledku tehotenstva, pôrodu a kojeniu.

S ohľadom na to, skutočnosť, že ženská uchádzačka a mužský uchádzač sú kvalifikovaní na rovnom základe, ešte neznamená, že majú rovnaké príležitosti.“

³⁹ Konanie C-409/95, [1997] ECR I-6363

Podľa súdu šance dostatočne kvalifikovaných žien môžu v praxi znížiť racionálne a aj iracionálne obavy zamestnávateľov. Keďže takéto stereotypy často zostávajú skryté počas rozhodovacích procesov, preferenčné zaobchádzanie môže v praxi zredukovať konkrétne prípady nerovnosti.⁴⁰ Navrhovateľom napadnuté nariadenie splnilo test súdu aj v tom, že podobne ako v prípade Kalanke vychádzalo z koncepcie rovnosti v príležitostiach pred rovnosťou vo výsledkoch.

Rovnako aj v prípade **Badeck proti Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen**⁴¹ Európsky súdny dvor potvrdil, že opatrenie spolkovej krajiny Hessen, zaručujúce ženám preferenčné zaobchádzanie s ohľadom na zvýšenie ich príležitostí, napr. vo forme rezervovania určitého počtu miest pre ženy v poslednom kole pohovorov o zamestnanie, nie sa neodchyľuje od povoleného rozsahu pozitívnych opatrení, nakoľko ženám neposkytujú automatické preferencie pred mužskými kandidátmi.

Vo svetle týchto rozhodnutí sa zdalo, že ESD vo svojej jurisdikcii ustanovil, že je vyrovnanie príležitostí je v súlade s *acquis communautaire*, za podmienky, že kandidáti sú kvalifikovaní na rovnom základe a súčasne existuje možnosť, že je možné meritórne posúdiť takéto zvýhodnenie a prípadne preukázať, že iné dôvody nulifikujú pôvodne zamýšľané prednostné zaobchádzanie.

Už sme spomenuli, že jurisdikcia Európskeho súdneho dvora sa vyvíja a obohacuje, čo poskytuje možnosť prijať vyrovnávacie opatrenia, ktoré by sa podľa minulých rozhodnutí zdali byť nad rámec toho, čo súd považuje v súlade s ustanoveniami primárneho a sekundárneho práva. V súčasnosti, nie je celkom možné jednoznačne odvodiť z rozhodnutí ESD, ktoré preferenčné zaobchádzanie je v rozpore s *acquis communautaire*. Súd na jednej strane pripúšťa, že preukázané znevýhodnenie je dôvodom na prijatie pozitívnych opatrení aj vo forme vyrovnávacích opatrení prostredníctvom preferencií, na strane druhej však ustanovuje ďalšie podmienky a to tak, že prístup k preferenčnému zaobchádzaniu dostanú aj osoby, ktoré patria k skupine, ktorá má signifikantné zastúpenie v oblasti záujmu pozitívnej akcie. Typickým príkladom, je rozhodnutie Európskeho súdu v prípade *Lommers*⁴². V tomto prípade holandské ministerstvo pôdohospodárstva, rezervovalo časť miest v podporovanej škôlke pre ženy, s cieľom zvýšiť podiel zamestnankýň na ministerstve, nakoľko podiel žien

⁴⁰Goran Selanec and Linda Senden, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards* (Brussels: European Commission, 2011), s .32-35.

⁴¹ Konanie C-158/97 [1999] ECR I-1875

⁴² Konanie C-476/99 [2002] ECR I-2891

bol len 25% zo všetkých osôb tam zamestnaných. Muži . zamestnanci, mohli využiť tieto miesta, len v prípade núdze. ESD opakovane skonštatoval, že preukázané znevýhodnenie je legitímnym dôvodom na preferenčné zaobchádzania a preto, je v súlade s povoleným rozsahom pozitívnych opatrení. Na druhej strane, však konštatoval, že rezervované miesta majú byť dostupné aj pre mužov samostatne vychovávajúcich dieťa, v opačnom prípade toto opatrenie nespĺňa test proporcionality. V súvislosti s týmto rozhodnutím však musím dodať, že konštatovanie súdu, že rezervovanie miest len pre ženy a ich deti, môže podporovať tradičné rozdelenie mužských a ženských rolí, považujem za správne a súčasne z neho odvodzujem, že opatrenie Keď zamestnávateľ poskytuje tak mužom ako aj ženám podporované miesta v škôlke pre ich deti, má potenciál zasiahnuť príčiny rodových nerovností hneď na niekoľkých miestach. Jednak umožní ženám yúčastniť sa pracovného pomeru, na strane druhej môže otcov priblížiť k starostlivosti o dieťa, nakoľko ho zrejme budú privádzať aj odvádzať zo škôlky, čo inak tradične leží na pleciach žien.

1.4. Antidiskriminačný zákon a rovnosť v príležitostiach

Filozofickým základom DVO zakotvených v antidiskriminačnom zákone je materiálna rovnosť. Tá vychádza z rešpektu ľudskej dôstojnosti človeka (*angl.substantive equality*). Materiálna rovnosť vyžaduje, aby štát prihliadal na odlišné situácie v ktorých sa môžu jednotlivci a jednotlivkyne nachádzať. Napríklad skutočnosť, že ženy môžu z dôvodu rodových predsudkov v spoločnosti byť vo znevýhodnenej situácii oproti rovnako kvalifikovaným mužským záujemcom o prácu.

Materiálna rovnosť tak prekonáva tradičnejší prístup k rovnosti v tzv. formálnom zmysle. Podľa formálneho prístupu k rovnosti, spravodlivosť vyžaduje identické zaobchádzanie so všetkými osobami bez ohľadu na pohlavie, rod, rasu, etnicitu či náboženské vierovyznanie.

V prípade materiálnej rovnosti tak možno zohľadniť znevýhodnenie na základe rodu pri ženských uchádzačkách o prácu tým, že budú napríklad uprednostnené pred rovnako kvalifikovanými mužskými kandidátmi. V prípade formálnej rovnosti sú mužský uchádzač a ženská uchádzačka posudzovaní identicky.

Formálna rovnosť vyžaduje zrušenie zjavných prípadov diskriminácie ako napríklad rozdielnu odmenu za rovnakú prácu. Tento model bol kritizovaný ako nedostačujúci pre odstránenie faktických nerovností spôsobených napríklad historickým znevýhodnením či štrukturálnou diskrimináciou. Príkladom štrukturálnej diskriminácie je organizácia trhu práce na základe predstavy tzv. efektívneho pracovníka čo sa týka napríklad počtu odpracovaných rokov, ktoré

sú základom pre odmeňovanie či výpočet dôchodku. Žena z dôvodu svojej úlohy v ľudskej reprodukcii nezapadá do takejto predstavy a pokiaľ sa nevzdá materstva nemôže sa ním fakticky stať.⁴³

Materiálna rovnosť sa v právnej teórii zvykne rozdeľovať na tzv. **rovnosť v príležitostiach a rovnosť vo výsledkoch**.⁴⁴

DVO zakotvené v antidiskriminačnom zákone sú založené na myšlienke rovnosti príležitosti – podľa §8 a je cieľom (DVO) zabezpečiť rovnosť príležitostí v praxi.

„§8a

1) Diskriminácia nie je prijatie dočasných vyrovnávacích opatrení orgánmi verejnej správy alebo inými právnickými osobami smerujúcich k odstráneniu znevýhodnení vyplývajúcich z dôvodov rasového alebo etnického pôvodu, príslušnosti k národnostnej menšine alebo etnickej skupine, rodu alebo pohlavia, veku alebo zdravotného postihnutia, ktorých cieľom je zabezpečiť rovnosť príležitostí v praxi. Dočasnými vyrovnávacími opatreniami sú najmä opatrenia

- a) zamerané na odstránenie sociálneho alebo ekonomického znevýhodnenia, ktorými sú nadmerne postihnutí príslušníci znevýhodnených skupín,*
- b) spočívajúce v podporovaní záujmu príslušníkov znevýhodnených skupín o zamestnanie, vzdelávanie, kultúru, zdravotnú starostlivosť a služby,*
- c) smerujúce k vytváraniu rovnosti v prístupe k zamestnaniu, vzdelávaniu, zdravotnej starostlivosti a bývaniu, a to 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,*

⁴³Pozri bližšie k tomuto bodu napríklad v Jarmila Lajčáková, *Dočasné vyrovnávacie opatrenia podľa Dohovoru o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien* (Bratislava: Možnosť voľby, 2012), dostupné na:

<http://moznostvolby.files.wordpress.com/2012/09/doc48dasnc3a9-osobitnc3a9-opatrenia-podc4bea-medzinc3a1rodnc3a9ho-dohovoru-na-odstrc3a1nenie-vc5a1etkc3bdch-foriem-diskriminc3a1cie-c5beien-a-moc5benosti-ich-prijc3admania-na.pdf>

⁴⁴Pozri napríklad Fredman, *supra* poznámka 1 kapitola 5.1, s. 125.

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.*

(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 (Ile) o týchto skutočnostiach.*

(5) *Ustanoveniami odsekov 1 až 4 nie sú dotknuté ustanovenia § 7 a § 8 ods. 3 písm. b) tohto zákona.*“

Rovnosť v príležitostiach vychádza z liberálnej tézy spoločnosti, ktorá zdôrazňuje význam efektívnosti a dosiahnutej kvalifikácie v rozhodovacích procesoch.⁴⁵ Z dôvodu štrukturálnych nerovností znásobenými predsudkami však súčasne uznáva, že je východisková pozícia členov a členiek znevýhodnených skupín je ich šanca uspieť pri uchádzaní sa o miesta vo vzdelávacom systéme alebo na trhu práce výrazne slabšia.

Zákonodarcia sa preto zameria na typ DVO, ktoré podporujú to, aby štartovacia čiara pre znevýhodnené skupiny bola vyrovnaná. Príkladom takéhoto opatrenia môže byť poskytnutie doučovania pre uchádzačky o vzdelanie v technických smerov na vysokoškolskom stupni. Kvóty pri prijímaní na vysokú školu, ktorými by boli rezervované miesta pre ženské uchádzačky presahujú rovnosť v príležitostiach. Premietajú princíp rovnosti vo výsledkoch.

1.5. Rovnosť v príležitostiach či vo výsledkoch?

Antidiskriminačný zákon, ako aj judikatúra ESD sa jednoznačne prikláňa ku koncepcii rovnosti v príležitostiach. Z takejto koncepcie vychádzajú DVO, ktoré vyrovnávajú štartovaciu pozíciu pričom neprihliadajú na výsledky rozhodovacích procesov.

Najprogressívnejšiu úpravu prináša CEDAW, ktorý je tiež súčasťou nášho právneho poriadku. Preto je na mieste sa zamyslieť či je možné, v kontexte znevýhodnenia na základe pohlavia

⁴⁵Prevention 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.

alebo rodu prijať opatrenia, ktoré by vychádzali z rovnosti vo výsledkoch a mali napríklad podobu kvót.

Medzinárodné ľudské právo má však všeobecne silnejšiu pozíciu ako ostatné oblasti medzinárodného práva verejného. Listina ľudských práv a slobôd z roku 1991 zaviedla princíp podľa, ktorého ratifikované medzinárodné zmluvy o ľudských právach sú univerzálne záväzné a majú prednosť pred národnými zákonmi.⁴⁶ 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 2001⁴⁷, podľa ktorej zmluvy ratifikované po 1. júli roku 2001 majú prednosť pred zákonom bez podmienky, že musia poskytovať väčší obsah práv.⁴⁸

V zásade platí, že medzinárodné ľudsko-právne zmluvy majú síce prednosť pred zákonom, ale nie pred ústavou SR a sú teda predmetom ústavných limitov.⁴⁹ Súčasne však ústavný súd vyslovil, že ústava nemôže byť interpretovaná spôsobom, ktorý by bol v rozpore s medzinárodnými ľudsko-právnymi dohovormi.⁵⁰

Sudca Lajos Mesáros, vo svojom odlišnom stanovisku vo vzťahu k väčšinovému nálezu Ústavného súdu, týkajúceho sa ústavného preskúmania antidiskriminačného zákona poukázal, že v tom čase mohol byť základom pre prijímanie osobitných vyrovnávacích opatrení aj Dohovor o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie (CERD). CERD považoval za súčasť právneho poriadku SR.⁵¹ 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.

Pri poskytovaní návodu ako zavádzať DVO do praxe sa prikláňam k menej ambicióznemu modelu rovnosti v príležitostiach a to aj napriek možnostiam, ktoré ponúka CEDAW. Zohľadňujem pritom skutočnosť, že ide o pomerne novú právnu úpravu s pomerne

⁴⁶Pozri nálezy ústavného súdu SR, II 18/1997 z 25. marca 25 1997, uznesenie II 41/1999 z 21. apríla, 1999.

⁴⁷Ústavný 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)

48,„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 zákonom.“ Čl.7 ods. 5 ústavy SR.

⁴⁹Pozri napr. v Jozef Prusák, *Teória Práva* (Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej Fakulty, 1997) s.190.

⁵⁰Nález ústavného súdu SR, US 3/2001 z 20. novembra 2001.

⁵¹Pozri odlišné stanovisko sudcu Mészárosa Lajosa k rozhodnutiu pléna Ústavného súdu SR vo veci sp. Zn. PL: ÚS 8/04-202 z 18. októbra 2005.

komplikovaným právnym vývojom, ktorý je popísaný v prílohe. Nevylučujem, že z dlhodobého hľadiska tak ako v iných krajinách bude nutné sa prikloniť k ambicióznejšiemu modelu zameriavajúceho sa na rovnosť vo výsledkoch napríklad v oblasti politickej participácie, ktorá nespadá do pôsobnosti antidiskriminačného zákona.

2. Ciele dočasných vyrovnávacích opatrení

2.1. Odstránenie znevýhodnenia a integrácia

Kľúčovým predpokladom na formulovanie konkrétnych opatrení je jasné vymedzenie cieľa, ku ktorému by mali smerovať.

Zákonodarca sa priklonil k tzv. **kompenzačnej funkcii**. DVO majú smerovať k odstráneniu sociálneho či ekonomického znevýhodnenia. Znevýhodnenie môže byť spôsobené minulou a/alebo prebiehajúcou diskrimináciou. Častým dôvodom je práve náprava minulých krívd a znevýhodnení.

Pri formulovaní DVO odporúčam, aby sa aj s ohľadom napríklad na viacnásobné znevýhodnené skupiny (napríklad na základe rodu a etnicity, či zdravotného postihnutia) pristupovalo k DVO ako **k integračnému nástroju**⁵². DVO z hľadiska takéhoto cieľa predstavuje nástroj, ktorý napráva minulú diskrimináciu a súčasne sa usiluje odstraňovať existujúce bariéry rovnosti príležitosti. (*angl. forward looking approach*)

Cieľom je **začleniť** členov a členky znevýhodnených skupín do spoločenských inštitúcií ako rovnocenných/rovnocenné. V praxi sa totiž ukazuje, najmä v kontexte politik smerujúcich k rómskej menšine, že odstraňovanie socioekonomického znevýhodnenia môže v praxi viesť k segregácií či separácií. Príkladom je Program bývania marginalizovaných skupín z roku 2005⁵³, ktorého hlavným nástrojom je podpora sociálneho bývania. Veď výsledkom programu je objektívne zlepšenie bývania marginalizovaných Rómov a Rómiiek. Existujúce štúdie však poukazujú na to, že často sú novopostavené obecné byty tzv. nižšieho štandardu lokalizované v separovaných či segregovaných lokalitách.⁵⁴ V praxi sa totiž ukazuje, že napríklad

⁵²Elizabeth S. Anderson, „Integration, Affirmative Action, and Strict Scrutiny“, *New York University Law Review*, (2002) Vol 77, s.1195.

⁵³*Dlhodobá koncepcia bývania pre marginalizované skupiny obyvateľstva a model jej financovania*, prijatá uznesením vlády č. 63/2005. Koncepcia de facto inkorporuje starší Program podpory výstavby obecných nájomných bytov odlišného štandardu určených pre bývanie občanov v hmotnej núdzi ako i technickej vybavenosti v rómskych osadách, prijatého uznesením vlády č. 335/2001

⁵⁴Pozri Jarmila Lajčáková, Alenka Chudžíková a Zuzana Balážová, *Developing Inclusive Housing Policies: Housing and Infrastructure of Marginalized Roma in Slovakia* (Bratislava:CVEK, 2014). Pozri tiež Marek

dosiahnutie toho, aby takéto obecné byty boli postavené v oblastiach, kde bývajú nerómski obyvatelia obce je z dôvodu interetnických vzťahov na lokálnej úrovni takmer nemožné. Program predpokladá viaceré nástroje podpory, ktoré by mohli tomuto trendu zabrániť, ako napríklad v oblasti zamestnanosti či komunitnej práce. Tie sú však len málokedy súčasne prijímané.

Existujúce inštitúcie môžu obsahovať neviditeľné bariéry, ktoré môžu brániť v začleňovaní. Preto pri prijímaní DVO je potrebné intenzívne pracovať na postupnej transformácii väčšinových inštitúcií. Vhodným príkladom je oblasť vzdelávania. Napríklad tzv. nulté ročníky môžu byť zadané ako akýsi vyrovnávací nástroj, ktorý pomôže chudobným rómskym deťom prekonať ich znevýhodnenie v dôsledku. To vzniká o.i. dôsledkom nenavštevovania predškolskej výchovy. V praxi sa však ukazuje, že nulté ročníky segregáciu neodstraňujú, skôr sú jej súčasťou.⁵⁵

Je však potrebné pripomenúť, že v iných prípadoch však môže byť vytvorenie aj tzv. paralelného podporného systému vzdelávania či rekvalifikácie vhodným nástrojom začleňovania. Príkladom by mohli byť rekvalifikačné kurzy zamerané na chudobné rómske ženy či prípravné kurzy na vysoké školy pre ženské záujemkyne o štúdiu na technických univerzitách.

2.2. Reprezentácia členov a členiek znevýhodnených skupín

V odbornej literatúre a judikatúre súdov sa možno stretnúť s ďalšími dôležitými zdôvodnením DVO – reprezentácia znevýhodnených skupín v rozhodovacích procesoch. Najmä v diskusii o pozitívnych opatreniach v prospech žien, autori a autorky poukazujú na to, že prítomnosť znevýhodneného pohlavia na pozíciách moci povedie k štrukturálnym zmenám. Ženy vo vysokých pozíciách vo verejnom ale aj súkromnom sektore sú schopné lepšie reprezentovať potreby svojich skupín pri rozhodovacích procesoch a argumentovať v prospech podpory predškolských zariadení a podobne.⁵⁶ Tento prístup sa presadzuje na úrovni EÚ, ktorej cieľom je dosiahnuť aspoň kritickú masu 30 percent žien v rozhodovacích procesoch.

Hojsík, *Evaluácia programu obecných nájomných bytov v rómskych osídleniach* (Bratislava, Nadácia Milana Šimečku, 2008).

⁵⁵Pozri tiež v Jarмила Lajčáková, “Old Concept, New Rhetoric? Zero Classes for Romani Children as an example of Minority Governance in Slovakia” in Timofey Agarin, Karl Cordell and Alexander Osipov (eds.) *Institutional Legacies of Communism: Change and Continuities in Minority Protection* (London: Routledge, 2013).

⁵⁶Téma politickej participácie presahuje rámec právnych vzťahov upravených antidiskriminačným zákonom. Pozri k téme reprezentácie argument zástancov tzv. deliberatívnej demokracie napr. v Nad rámec AZ ide

2.3. Podpora rôznorodosti a rolové modely (*angl. role models*)

Podpora DVO s cieľom rôznorodosti vychádza z presvedčenia, že ak v pracovnom alebo vzdelávacom kolektíve chýba nejaká skupina je pravdepodobné, že perspektíva a skúsenosť vylúčenej skupiny, najmä aspekty súvisiace s jej vylúčením budú „podceňované, nepochopené alebo ignorované“ členmi a členkami dominantnej skupiny. Tento stav tak fakticky znemožňuje znevýhodnenej skupine zmeniť svoju znevýhodnenú pozíciu.⁵⁷

Cieľ podpory rôznorodosti je najvýznamnejšie rozpracovaný v judikatúre Najvyššieho súdu USA. Najvyšší súd USA v troch kľúčových rozhodnutiach *Bakke*, *Grutter vs. Bollinger* a nedávno vo *Fischer VS University of Texas*, akceptoval rasovo citlivý prijímací proces na univerzitách s ohľadom na dôležitý záujem, ktorým je podpora rôznorodosti v akademickom prostredí. Slovanmi sudcu Powella, v rozhodnutí *Bakke*, vzdelávacie výhody, ktoré vychádzajú z rôznorodosti študentov ospravedlňujú prijímacie procesy, ktoré berú do úvahy rasu, ako jeden z aspektov komplexného rozhodovania o študentoch a študentkách prijímaných na univerzity.⁵⁸

V kontexte rodovej rovnosti, Najvyšší kanadský súd v oblasti zamestnanosti argumentoval, že cieľom tzv. *employment equity programs* nie je kompenzácia za minulú diskrimináciu. **Programy smerujú k tomu, aby budúce žiadateľky o prácu nečelili rovnakým bariéram ako ich predchodkyne.** Opatrenia, ktoré smerujú k tomu, aby ženy zastávali tzv. netradičné povolania **narúša stereotyp o neschopnosti zastávať určité povolania.** Kritická masa najmenej 30 percent je spôsobom ako predchádzať tokenizmu a sexuálnemu obťažovaniu na pracovisku.

Členovia a členky dlhodobu znevýhodnených skupín na prestížnych pozíciách alebo vo vyššom vzdelávaní, môžu slúžiť ako rolové modely a celkovo prispieť k lepšiemu vnímaniu vylučovanej skupiny. Rolové modely narúšajú stereotyp o neschopnosti, podporujú sebavedomie pri posúvaní sa do netradičných pozícií.⁵⁹

politická participácia, pozri ale argument deliberatívna demokracia v Jarmila Lajčáková, *Dočasné osobité opatrenia v oblasti politickej participácie žien podľa Dohovoru o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien* (Bratislava: Možnosť voľby, 2013) s. 13 a nasled. Dostupné na <http://moznostvolby.files.wordpress.com/2012/03/doc48dasnc3a9-osobitnc3a9-opatrenia-v-oblasti-politickej-particip3a1cie-c5beien-podc4bea-medzinc3a1rodnc3a9ho-dohovoru-na-odstre3a1nenie-vc5a1etkc3bdch-foriem-diskriminc3a1cie.pdf>

⁵⁷Fredman, *supra* poznámka 1, s. 156-157.

⁵⁸*Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 365.

⁵⁹Fredman, *supra* poznámka 1, s.157-158.

Napriek tomu, že antidiskriminačný zákon predpokladá sledovanie len jedného cieľa, t.j. odstránenie socioekonomických nerovností, myslím, že pri príprave schém DVO zamestnávateľmi či inými oprávnenými subjektmi je žiaduce a vhodné doplniť aj ďalšie dva spomenuté ciele: reprezentácia a podpora rôznorodosti a rolových modelov,

3. Adresátky dočasných vyrovnávacích opatrení

Zákonodarca predpokladá, adresátkami opatrení budú jednotlivkyne, ktorí čelia znevýhodneniu z dôvodu rodu alebo pohlavia. Podľa komentára k antidiskriminačnému zákonu, ktorý pripravila Janka Debrecéniová,

„pohlavie (angl. sex) je biologická danosť človeka, čiže skutočnosť, či je aj z anatomického hľadiska ženou alebo mužom. Rod (angl. gender) je „sociálne“ resp. „kultúrne“ pohlavie. Predstavuje sociálne utváranú kategóriu, ktorá vzniká v kontexte určitej sociálnej, kultúrnej a ekonomickej štruktúry. Ako naučený, kultúrne akceptovaný a predpisovaný spôsob správania a vystupovania žien a mužov (ktorý sa historicky mení a má rôzne podoby) vymedzuje odlišné postavenie žien a mužov v sociálnych a mocenských vzťahoch, ktoré nie sú dôsledkom biologických, fyziologicko-anatomických odlišností.“⁶⁰

Charakteristiky na základe pohlavia sú napríklad biologické danosti, že ženy menštruujú a muži nie, muži majú semenníky a ženy nie. Príkladmi charakteristík na základe rodu je, že vo väčšine krajín, ženy zarábajú menej ako muži za tú istú prácu alebo skutočnosť, že vo väčšine krajín sa ženy viac ako muži venujú domácim prácam, starostlivosti o rodinu, rodinných príslušníkov a výchove detí.⁶¹

Cieľom prijímania DVO na základe pohlavia alebo rodu je podporovať rodovú rovnosť resp. rovnosť medzi pohlaviami. To znamená spravodlivé zaobchádzanie. Spravodlivé zaobchádzania môže pritom niekedy znamenať identické zaobchádzanie v zmysle formálnej rovnosti, alebo dočasné odlišné zaobchádzanie na zabezpečenie materiálnej rovnosti. Spravodlivé zaobchádzanie tak ako som uviedla vyššie v kontexte CEDAW tiež môže vyžadovať trvalé odlišné zaobchádzanie práve s ohľadom na ich biologické rozdielov a úlohy v ľudskej reprodukcii.

⁶⁰Janka Debrecéniová, Antidiskriminačný zákon. Komentár. (Bratislava:Občana a Demokracia, 2008) s.11.

⁶¹Podľa Medzinárodnej zdravotníckej organizácie <http://www.who.int/gender/whatisgender/en/>

Pri vytváraní DVO je dôležité zohľadniť aj tzv. **interesekčný prístup**.⁶² Ten berie do úvahy množstvo zdrojov identít človeka a teda aj potencionálneho znevýhodnenia.

Predpokladá, že v prípade Slovenska sa bude jednať najmä k kombináciu rodu s etnicitou, zdravotným znevýhodnením a prípadne vekom. Uchádzačka o zamestnanie, ktorá je Rómka môže čeliť nielen predsudkom z dôvodu svojho rodu, ale súčasne aj etnicity. Prináležanie k vylúčenej rómskej enkláve môže byť tiež dôvodom prečo nemala rovný prístup k vzdelávaniu z dôvodu svojej etnicity a chudoby. Súčasne môže byť znevýhodnená na základe rodových stereotypov a očakávaní spojených s jej reprodukčným správaním vychádzajúcich z rodiny a komunity, v ktorej vyrástla. Ideálne, ak je to možné by mali subjekty oprávnené na prijímanie takýchto pri tvorbe DVO vychádzať z intersekčného prístupu. Vhodné sa javí prijať opatrenia napríklad v oblasti zamestnanosti zamerané na rómske ženy. Príkladom môžu byť rôzne rekvalifikačné kurzy, možnosti dokončenia vzdelávania na všetkých stupňoch či cieľené informovanie o určitých programoch práve so zameraním sa na túto „menšinu v menšine“.

Navrhujem, aby DVO, najmä v prípade viacnásobného znevýhodnenia v spojení s etnicitou boli prijímané, pokiaľ je to možné **na báze dobrovoľnosti**. To znamená umožniť čo v najväčšom rozsahu slobodu rozhodovania o výhodách pri posudzovaní na základe členstva k znevýhodnenej skupine alebo nie. Súčasne v prípade prináležania k etnickej či národnostnej menšine je **potrebné rešpektovať ústavný princíp sebaidentifikácie a individuálnu slobodu vyjadrenia príslušnosti k menšine**.⁶³

Odporúčam zvoliť prístup na základe dobrovoľnosti aj s ohľadom na pretrvávajúce predsudky najmä v prípade príslušníkov a príslušníčok rómskej menšiny, ktoré ich často spájajú s tzv. príživníctvom.⁶⁴ Môže sa totiž stať, že preferenčné zaobchádzanie s cieľom zabezpečiť rovnosť v príležitosti môžu niektoré rómske ženy považovať práve s ohľadom na nepriaznivú

⁶²Pozri k téme interesekčnej analýzy napr. Kimberlé Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and AntiracistsPolitics” (1989) U. Chicago Legal F. 139; Kimberlé Crenshaw, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color” (1991) 43 Stan. L. Rev 1241; Letti Volpp, “Talking ‘Culture’: Gender, Race, Nation, and the Politics of Multiculturalism” (1996) 96 Colum. L. Rev.1573.

⁶³Pozri ústava čl. 12 ods 3 „Každý má právo slobodne sa rozhodovať o svojej národnosti. Zakazuje sa akékoľvek ovplyvňovanie tohto rozhodovania a všetky nátlaky smerujúce k odnárodnovaniu.“ a čl. 33 „Príslušnosť ku ktorejkoľvek národnostnej menšine alebo etnickej skupine nemôže byť nikomu na ujmu.“ Ústava, suprapoznámka 19.

⁶⁴Pozri k téme napríklad na webovej stránke zameranej na búranie mýtov týkajúcich sa Rómov http://www.syndromrom.sk/?page_id=12

spoločenskú atmosféru za stigmatizujúce. Jednoducho nebudú chcieť, aby s nimi bolo zaobchádzané ako s príslušníkmi znevýhodnenej skupiny, ale identicky.

Spôsobov ako sa pokúsiť zabezpečiť princíp dobrovoľnosti existuje niekoľko. V prvom rade odporúčam, aby boli DVO, čo najviac je to možné a reálne uskutočniteľné, implementované so súhlasu skupiny, ktorej sa týkajú. Túto požiadavku je možné uplatniť pri konkrétnych opatreniach v niekoľkých podobách.

1. Opatrenia by mali byť navrhované a implementované do praxe za aktívnej participácie komunit a členov, ktorých sa týkajú. Samozrejme možnosti napríklad menších obchodných spoločností sú v takomto prípade obmedzené. Avšak napríklad ak by sa rozhodol prijať schému DVO ústredný orgán štátnej správy je možné si predstaviť, že by ju prekonzultoval napríklad so ženskými mimovládnyimi organizáciami alebo odborovými združeniami zastupujúcimi ženy (ak sú také založené).
2. Pri každom opatrení bude nutné prihliadať na to, aby bola rešpektovaná voľba každého prináležať k určitej skupine.

Konkrétna forma týchto dvoch požiadaviek v praxi môže mať odlišnú podobu v závislosti od typu prijímaného opatrenia. Napríklad v prípade prípravných kurzov, ktoré sú dobrovoľné, prihlásenie sa na takúto aktivitu je aj vyjadrením súhlasu s tým, že so žiadateľkou bude zaobchádzané ako s príslušníčkou znevýhodnenej skupiny. V prípade preferenčného zaobchádzania je náročnejšie splniť princíp sebaidentifikácie. Súhlas s preferenčným zaobchádzaním môže byť zabezpečený v niekoľkých krokoch. Napríklad inzeráty na pozície, pri ktorých sa uplatňuje preferenčné zaobchádzanie, by to mali osobitne spomínať. Rovnako prihláška, dotazník či životopis, na základe ktorého sa zamestnávateľ či škola rozhoduje, by mala umožňovať voľbu neuviedenia etnického či národnostného pôvodu, v prípade intereseckného prístupu.

4. Oblasti, v ktorých možno prijímať DVO

DVO možno prijať v nasledovných oblastiach, ktoré pokrýva Antidiskriminačný zákon:

1. poskytovanie sociálneho zabezpečenia,
2. poskytovanie zdravotnej starostlivosti,
3. poskytovania tovarov a služieb vrátane bývania,
4. oblasť vzdelávania,

5. oblasť pracovnoprávných a obdobných právnych vzťahov.

Len na okraj možno spomenúť, že antidiskriminačný zákon sa vzťahuje, medzi inými, aj na zákon o štátnej o službe.⁶⁵ Prijat' DVO s cieľom odstrániť znevýhodnenie na základe rodu napríklad v spojení s etnicitou v prípade ak sú splnené podmienky možno aj pri prijímaní do štátnej služby. Domnievam sa, že práve štátne orgány by mali zohrávať úlohu poskytovania pozitívnych príkladov pri prijímaní DVO. Ako sa venujem nižšie príkladom môže byť niekoľko od cieleného informovania, špeciálnych prípravných školení až po tzv. tie-break preferencie.

5. Subjekty oprávnené na prijímanie DVO

Zákonodarca predpokladá subjekty verejnej správy ako aj súkromné právnické osoby, ktoré majú oprávnenie na prijímanie DVO. Dôležité je pripomenúť, že sa nejedná o tie úrady či inštitúcie, ktoré diskriminujú, ale tie ktoré sú vhodne situované na to, aby mohli prispieť k odstraňovaniu nerovnosti. Ide o napríklad o nasledovné inštitúcie:

- ústredná štátna správa: tie by mohli prijímať napríklad programy podpory rôznorodosti, zamerané na odstránenie znevýhodnenia nielen na základe rodu, ale v kombinácií s etnicitou, vekom či zdravotným znevýhodnením.;
- samospráva: obce v oblasti vzdelávania a zamestnanosti, VÚC najmä v oblasti zamestnanosti podobne ako ústredné orgány štátnej správy, ale aj v obchodných firmách, v ktorých majú podiely. VÚC by mohli podporovať prijímanie DVO na stredných školách, ktorých sú zriaďovateľmi napríklad pre kombináciu základu rod, etnicita a/alebo zdravotné znevýhodnenie, obce aj prostredníctvom svojich obecných podnikov alebo na školách so zameraním sa na možnosti prijímania DVO pre rómske dievčatá zameraná na dokončenie povinnej školskej dochádzky.
- vysoké školy a univerzity;
- súkromné spoločnosti najmä v oblasti zamestnanosti, ale aj vzdelávanie akými sú odborné stáže;
- mimovládne organizácie (napríklad odborné stáže) ale aj pri prijímaní do zamestnania;
- organizácie a komory zastupujúce profesijné skupiny.

⁶⁵Pozri §4 ods1 zákona č.400/2009 Z.z. o štátnej službe a zmení a doplnení niektorých zákonov v platnom znení.

6. Za akých podmienok možno prijať DVO ?

V ods. 2 zákonodarca štandardne vyžaduje kumulatívne splnenie troch podmienok na prijatie DVO:

1. Existencia preukázateľnej nerovnosti,
2. napĺňanie cieľa, t.j. zníženie alebo odstránenie tejto nerovnosti,
3. primeranosť a nevyhnutnosť na dosiahnutie stanoveného cieľa.

Súčasťou zdôvodnenia prijatia DVO by mali byť dáta, ktoré poukazujú na nerovnosti v danej oblasti. Dáta o rodovej rovnosti pravidelne zbiera ako prierezový indikátor štatistický úrad SR.⁶⁶ S dátami na zistenie viacnásobnej diskriminácie na základe rodu a etnicity je to problematickejšie. Dostupné dáta na základe etnicity nie sú štandardne zbierané, resp. len na základe sebaidentifikácie.⁶⁷ Takéto dáta sú však všeobecne považované na nepresné najmä v kontexte rómskej menšiny. na základe rodu sú obsiahnuté napríklad v reprezentatívnych výskumoch rómskych domácností rozvojového programu OSN za roky 2005 a 2010.⁶⁸

Sledovanie dát o rodovej rovnosti a ich analýza je jednou zo zodpovedností Slovenského národného strediska pre ľudské práva (SNSLP).

Podľa môjho názoru nie je možné očakávať, že prijímatelia budú mať právne a personálne kapacity na to, aby dôkladne právne zdôvodnili, či nimi prijímané DVO spĺňajú test proporcionality vyžadovaný v tretej z kumulatívnych podmienok. V nasledujúcej časti sa venujem typom DVO, ktoré vo všeobecnosti pri existencii nerovnosti, možno považovať za proporčný nástroj práve s ohľadom na príkladmi vymenované typy DVO v samotnom zákone. Napriek tomu v prípade pochybností je žiaduce sa obrátiť na práve na SNSLP, ktoré by malo mať poskytovať odborné konzultácie a pomoc pri zavádzaní DVO do praxe.

7. Typy DVO

Zákonodarca v ods.1 príkladmi vymenúva typy DVO. To znamená, že nejde o kompletný výpočet možných opatrení, ale len o príklady možných intervencií:

⁶⁶Pozri podľa oblastí <http://portal.statistics.sk/showdoc.do?docid=27711>

⁶⁷Pozri k téme detailnejšie k problematike Alena Kotvanová (ed.), *Dáta o rovnosti v slovenskej realite* (Bratislava, Equilibria, 2012)

⁶⁸Pozri Správy o životných podmienkach rómskych domácností za roky 2005 a 2010 vydané Rozvojovým programom OSN v roku 2006 a 2012.

„Dočasnými vyrovnávacími opatreniami sú najmä opatrenia

- a) zamerané na odstránenie sociálneho alebo ekonomického znevýhodnenia, ktorými sú nadmerne postihnutí príslušníci znevýhodnených skupín,
- b) spočívajúce v podporovaní záujmu príslušníkov znevýhodnených skupín o zamestnanie, vzdelávanie, kultúru, zdravotnú starostlivosť a služby,
- c) smerujúce k vytváraniu rovnosti v prístupe k zamestnaniu, vzdelávaniu, zdravotnej starostlivosti a bývaní, a to najmä prostredníctvom cieľených 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.“

Vyššie zmienené príklady opatrení možno typovo rozdeliť podľa toho, či sú zamerané na podporu záujmu či zvýšenie sebadôvery adresáta (**afirmatívna mobilizácia**)⁶⁹ alebo je ich zámerom prerozdeliť príležitosti medzi znevýhodnenou skupinou a skupinou, ktorá v zastúpení jej príslušníkov dominuje danej oblasti (**afirmatívne preferencie**).⁷⁰

7.1. Afirmatívna mobilizácia

Opatrenia afirmatívnej mobilizácie smerujú k podpore cieľovej skupiny pri uchádzaní sa o zamestnanie alebo pozície vo vzdelávaní. Príkladmi sú cieľená propagácia určitých pozícií, realizácia prípravných či rekvalifikačných kurzov.

Do tejto skupiny možno zaradiť najmä opatrenia najmä podľa ods.1 písm. b) a c)

7.2. Afirmatívne preferencie

Opatrenia zaručujúce prednosť s ohľadom na etnicitu, rod či iné znevýhodnenie pri prerozdeľovaní miest napríklad v oblasti zamestnanosti alebo vzdelávaní, idú nad rámec mobilizácie osôb patriacich k znevýhodnenej skupine, nakoľko zohľadňujú znevýhodnenie ako preferenčný dôvod, pri prijímaní do zamestnania alebo škôl.

⁶⁹Prevention 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 2002 para. 72-80 Bossuyt ešte zahŕňa do svojho delenia tzv. **afirmatívnu spravodlivosť**: zabezpečenie efektívneho a dôveryhodného mechanizmu prijímania sťažností týkajúcich sa diskriminácie či zakotvovanie podrobných vnútorných pravidiel týkajúcich sa dodržiavania. Tú síce zákon nepredpokladá, ale zapadá do filozofie antidiskriminačného zákona. Prijatie takýchto opatrení je vhodným doplnkom. Para. 72-80.

⁷⁰*Ibid.*

Takéto opatrenia sú obsiahnuté v ods.1 písm. a), c)

Vzhľadom na to, že východiskom pri prijímaní takýchto opatrení je rovnosť v príležitostiach aj v kontexte judikatúry ESD afirmatívne preferencie by podľa môjho názoru v závislosti od kontextu mohli mať podobu:

A. tzv. **silných preferencií**:⁷¹ priznanie výhod členom a členkám znevýhodnených skupín **pokiaľ spĺňajú minimálne kritéria na obsadenie určitej pozície** (napríklad v programe pracovníčok zdravotnej osvetu v marginalizovaných rómskych komunitách alebo terénnych sociálnych pracovníčok – teda najmä opatrení na základe kombinácie rodu a etnicity. Ide o skupinu, ktorá trpí v slovenskej spoločnosti vysokým stupňom znevýhodnenia. Nastavenie systému na základe tie break preferencií, ktoré popisujem nižšie môže byť neprimerane vylučujúce. Závisí to samozrejme od oblasti intervencie práve s ohľadom na dáta o nerovnosti.

Silné preferencie uznávajú, že samotné kritéria môžu systematicky znevýhodňovať ženy, najmä z etnických menšín či zdravotne znevýhodnené ženy.

B. **Tie- break preferencií**: poskytovanie výhod členom resp. členkám znevýhodnenej skupiny, ktorí sú rovnako kvalifikovaní pre určitú pozíciu alebo rovnako zasluhujú určitý benefit (pri dvoch rovnako kvalifikovaných uchádzačov o pozíciu, dostane prednosť napríklad ženská uchádzačka).

Tie-break preferencie má za cieľ eliminovať efekt skrytý predsudkov a stereotypov, ktoré znevýhodňujú napríklad ženy.

C. **Slabých preferencií**: umožňujú, aby bolo pohlavie či etnicita alebo iné znevýhodnenie jedným z viacerých kritérií pri výbere. Každé kritérium má pritom rovnakú váhu.

Na tomto mieste možno spomenúť, že krajiny často pristupujú aj prijímaniu kvót. Kvóty častejšie vychádzajú z modelu materiálnej rovnosti vo výsledkoch, ale nemusí to tak vždy byť. Napríklad rodové kvóty na listinách kandidátnych strán sú skôr zabezpečením rovnosti príležitosti ako výsledku, t.j. pomeru ženských poslankyň.⁷²

⁷¹Selanec a Senden, *supra* poznámka 21, s.4-5.

⁷²Pozri bližšie štúdiá Lajčáková 2013, *supra* poznámka 12, s.10-11.

Striktné kvóty: určitý počet miest je rezervovaný pre členov a členky znevýhodnených skupín. To však neznamená, že na príslušnosť k rodu je jedinou potrebnou kvalifikáciou. Kandidátky musia spĺňať iné kvalifikačné kritéria o pozíciu.

Pružné kvóty: umožňujú kombináciu numerických cieľov a silných resp. tie-break preferencií. Tento model sa zvyčajne usiluje dosiahnuť určitý podiel reprezentácie oboch pohlaví v jasne zadefinovanom časovom rámci. V opodstatnených prípadoch revízie numerických cieľov alebo časových rámcov. Akceptuje napríklad aj nižší stupeň reprezentácie v prípade ak sa ukáže, že neexistuje dostatočný počet kvalifikovaných kandidátov či kandidátok

Mäkké kvóty sú vlastne aspiratívne ciele. Predpokladajú pomerne širokú rozhodovaciu právomoc ohľadom ich zavádzania ako aj vybraných opatrení a časového horizontu. Keďže sa s nimi nespájajú žiadne sankcie za nesplnenie, sú využívané skôr ako nástroje zvyšovania povedomia a seba zlepšovania.

Vzhľadom k tomu, že antidiskriminačný zákon je založený na rovnosti v príležitostiach odporúčam sa skôr k prijímaniu mäkkých kvót, ktoré slúžia ako ciele.

8. Monitorovanie a reportovanie

Zákonodarca vyžaduje, aby orgány, ktoré prijímajú DVO priebežne monitorovali, vyhodnocovali a zverejňovali prijaté DVO s cieľom prehodnotenia opodstatnenosti ich ďalšieho trvania a súčasne podávali správy Slovenskému národnému stredisku pre ľudské práva o týchto skutočnostiach.

Súčasťou programu prijímania by mal byť aj spôsob vyhodnocovania programu. Program by mal obsahovať údaje o forme prijatých DVO a jeho dopadu na cieľovú skupinu. Napríklad ak sa jedná o program mentoringu študentiek s cieľom podpory štúdia na univerzite zameranej na technický smer, informácia by mala obsahovať pomerne presnú kvantitatívnu informáciu. V prípade politiky preferenčného zaobchádzania pri prijímaní do zamestnania, informácia by mala obsahovať údaje o počte žiadateľov, presných kritériách a výsledkoch výberových procesoch.

Zákonodarca ďalej nešpecifikuje v akých časových horizontoch je nutné splniť povinnosť podávať správy o implementácii DVO. Informáciu o prijímaných DVO SNSLP zbiera od orgánov štátnej správy v ročných intervaloch.

Vzhľadom k tomu, že ide o ustanovenie, ktoré neukladá povinnosť, iba umožňuje prijímanie DVO, pričom za dôležité považujeme neodradiť subjekty odhodlané prijať takéto opatrenia prílišnou administratívou, odporúčam, aby SNSLP pripravilo čo najjednoduchšie usmernenie k monitorovaniu.

K vývoju dočasných vyrovnávacích opatrení na Slovensku

Termín dočasné vyrovnávacie opatrenia ako nástroj na odstraňovania znevýhodnenia na etnickom a socioekonomickom základe sa po prvý krát objavil v *Základných tézach v integrácii rómskych komunit na Slovensku*,⁷³ t.j. vládnej stratégii prijatej v roku 2003. Vládna stratégia založená na myšlienke potreby vyrovnávania príležitosti v prístupe na trh práce, k vzdelávaniu, k zdravotnej starostlivosti, bývaniu či sociálnym službám premostovala prístup k Rómom ako sociálne aj etnicky znevýhodnenej skupine. Vláda tak reagovala na priepastné rozdiely a extrémnu chudobu najmä marginalizovaných rómskych komunit. Zákonný rámec na prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení vytvorila NR SR v nasledujúcom roku prijatím antidiskriminačného zákona.⁷⁴

Antidiskriminačný zákon obsahoval v §8 ods. 8 ustanovenie umožňujúce „prijat’ osobitné vyrovnávacie opatrenie na zabránenie znevýhodnenia súvisiaceho s rasovým pôvodom alebo etnickým pôvodom.“⁷⁵

Paradoxne niekoľko mesiacov po schválení antidiskriminačného zákona podala samotná vláda návrh na Ústavný súd SR argumentujúc protiústavnosťou tejto časti antidiskriminačného zákona. V októbri 2005 Ústavný súd SR vo svojom väčšinovom zdôvodnení konštatoval nesúlad sporného ustanovenia s viacerými ustanoveniami Ústavy SR a zrušil jeho platnosť v antidiskriminačnom zákone.⁷⁶

Ústavný súd konštatoval, že materiálny prístup k rovnosti je sám osebe v súlade s princípom právneho štátu,⁷⁷ vyplýva zo „všeobecných hodnôt ľudskej dôstojnosti, autonómnosti a rovnakej ceny každého individua“,⁷⁸ a že „v nerovnakých prípadoch treba s osobami zaobchádzať tak, aby to vyjadrovalo ich odlišné postavenie“.⁷⁹ Dokonca podľa Ústavného súdu SR právny štát vyžaduje dodržiavanie rovnosti príležitosti v praxi.⁸⁰ Pri takejto derogácii zo všeobecného zákazu diskriminácie musia byť prostriedky nevyhnutné a proporcionálne na

⁷³Uznesenie vlády č. 278/2003 zo dňa 23. apríla 2003.

⁷⁴Zákon 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).

⁷⁵§8 ods. 8 *ibid.*

⁷⁶Nález Ústavného súdu, *supra* poznámka 27.

⁷⁷*Ibid.* ods. 22.

⁷⁸*Ibid.* ods. 16.

⁷⁹*Ibid.* ods. 15.

⁸⁰*Ibid.* ods. 22.

dosiahnutie cieľa.⁸¹ Podľa súdu by však opomenutie vyjadrenia kritéria dočasnosti pri takýchto opatreniach mohlo viesť k prevrátenej diskriminácii osôb a následne k porušeniu všeobecného princípu rovnosti.⁸² Na záver súd konštatoval, že sporné ustanovenie „prijímaním pozitívnych opatrení, ktorými sú aj vyrovnávacie opatrenia, zakladá zvýhodnenie (pozitívnu diskrimináciu) osôb, ktoré súvisí s rasovým alebo etnickým pôvodom“,⁸³ a zrušil ho z dôvodu protiústavnosti.

Ako som už argumentovala na inom mieste, súd podľa môjho názoru zamenil kvalitatívne odlišný nástroj tzv. pozitívnej diskriminácie, ktorá je trvalého charakteru v zmysle Ústavy SR, s dočasnými vyrovnávacími opatreniami.

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 tvrdosti 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

⁸¹ *Ibid.* ods. 17.

⁸² *Ibid.* ods. 22.

⁸³ *Ibid.* ods. 25.

odchýlenie sa od univerzálneho princípu rovnosti vyjadreného v čl. 12 ods. 1 druhej vete a v čl. 12 ods. 2 ústavy.“⁸⁴

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.

Podľa môjho názoru väčšinové rozhodnutie ústavného súdu ohľadom ústavnosti antidiskriminačného zákona a jeho ustanovenia umožňujúceho prijímanie vyrovnávacích opatrení na etnickom a národnostnom základe⁸⁵ vnieslo do diskusie o tejto téme chaos, nejasnosť a neistotu. 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 proporcionality. Napokon ako som vyššie uviedla, nejasne ich zamenil z tzv. pozitívnou diskrimináciou, ktorá je podľa jeho interpretácie zakázaná pokiaľ pre ňu neexistuje právny základ v ústave.

Presvedčivú argumentáciu poskytli sudcovia odlišné stanovisko sudkyne Gajdošovej, sudcu Horvátha a sudcu Bröstla, ktoré sa oprelo o ustálenú rozhodovaciu prax Ústavného súdu SR aj v tom ohľade, že v prípade dvoch možných interpretácií sporného ustanovenia – ústavným a neústavným spôsobom, dalo prednosť tomu, ktoré je v súlade s Ústavou SR.⁸⁶ Toto východisko im dáva základ na argumentáciu z medzinárodno-právneho hľadiska, ktoré obsahuje kľúč k tomu, aby bolo možné sporné ustanovenie interpretovať ústavným spôsobom. Gajdošová, Horváth a Brörtl zdôraznili, že predmetné ustanovenie antidiskriminačného zákona sa usiluje o hľadanie ústavne akceptovateľných riešení medzinárodného záväzku zabezpečenia všeobecných princípov rovnosti. Preto argumentujú, že pri posúdení ústavnosti sporného ustanovenia treba „porovnať“ posudzované riešenie v napadnutom ustanovení v kontexte iných medzinárodných zmlúv, ktorými je Slovenská republika viazaná a ktoré sú

⁸⁴*Ibid.* ods.24.

⁸⁵Nález ústavného súdu SR vo veci sp. Zn. PL: ÚS 8/04-202 z 18. októbra 2005.

⁸⁶Odlišné stanovisko Gajdošová et. al. *ibid.* ods. 2.

typovo, obsahovo a vecne podobné“.⁸⁷ Pri posudzovaní sporného ustanovenia a interpretácie jeho ústavnosti preto vychádzali z medzinárodných dokumentov, ako sú CERD, ICCPR a iné, a dospeli k záveru, že sporné ustanovenie je ústavné.

Druhé odlišné stanovisko k posudzovanej ústavnosti napísal sudca Mészáros. Podľa Mészárosa je principiálne nemožná abstraktná analýza napadnutého rozhodnutia. Abstraktné preskúmanie ustanovenia, ktoré umožňuje prijatie vyrovnávacích opatrení, nie je spôsobilé dostať sa do rozporu s princípom spravodlivosti a narušiť ľudskú dôstojnosť iných. Až konkrétne opatrenie by sa do takéhoto rozporu mohlo dostať.⁸⁸ Na podporu zákonnosti takýchto opatrení v prospech rasových a etnických skupín však uviedol, že podpísaním a ratifikáciou CERD ich Slovensko prijalo do nášho právneho poriadku.⁸⁹

Problematické rozhodnutie Ústavného súdu SR malo negatívny dosah na politiku voči rómskym komunitám. Štátna správa odmieta prijímať podporné opatrenia na etnickom základe a klasifikuje Rómov z osád ako sociálne znevýhodnené komunity. Do antidiskriminačného zákona sa následne ustanovenie o vyrovnávacích opatreniach, ktoré sú v súlade s medzinárodným aj európskym právom, nedostalo. Novelizované znenie obsahovalo zmätočné ustanovenie, ktoré umožňovalo prijatie dočasných vyrovnávacích opatrení len z dôvodu sociálneho a ekonomického znevýhodnenia a znevýhodnenia vyplývajúceho z dôvodu veku a zdravotného postihnutia.⁹⁰ Znenie zákona bolo naformulované kumulatívne, a preto platilo zrejme aj pre neexistujúcu skupinu osôb.⁹¹ Tento právny stav bol zmenený až súčasne platnou novelou.

⁸⁷*Ibid.* ods.1.

⁸⁸Odlišné stanovisko Mészáros, *ibid.* ods. 3.

⁸⁹*Ibid.* ods. 6.

⁹⁰§ 8 a antidiskriminačného zákona v platnom znení, *supra* poznámka 106.

⁹¹Pozri bližšie k tomuto bodu aj v Zuzana Magurová, Rodová rovnosť v slovenskej antidiskriminačnej legislatíve (Dny práva, Sborník příspěvků, Brno: PF Masarykova Univerzita, 2012), s.17 dostupné na http://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2012/files/Antidiskriminacnizakon/MagurovaZuzana.pdf