

*Dočasné vyrovnávacie opatrenia:
Medzinárodný a ústavný rámec s návrhom legislatívnej úpravy*

analýza

Mgr. Jarmila Lajčáková, LLB, LLM, SJD

© Nadácia Milana Šimečku, 2008
Panenská 4, 811 03 Bratislava
nms@nadaciams.sk
www.nadaciamilanasidecku.sk

Dočasné vyrovnávacie opatrenia: Medzinárodný a ústavný rámec s návrhom legislatívnej úpravy

Mgr. Jarmila Lajčáková, LLB, LL.M, SJD

1. Úvod

Aktuálna politika vlády SR voči rómskym komunitám vychádza z dokumentu z roku 2003, prijatého pod názvom *Základné tézy v integrácii rómskych komunit na Slovensku* („Základné tézy“).¹ Hlavným ťažiskom Základných téz je prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení. Dočasné vyrovnávacie opatrenia majú za cieľ napomôcť časti rómskej menšiny prekonávať najmä dramatické socio-ekonomické nerovnosti a odstrániť inštitucionalizovanú diskrimináciu.

Zákonný rámec na prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení vytvorila NR SR v nasledujúcom roku prijatím zákona 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou (Antidiskriminačný zákon). Paradoxne niekoľko mesiacov po schválení antidiskriminačného zákona, podala samotná vláda návrh na Ústavný súd SR argumentujúc protiústavnosť časti antidiskriminačného zákona, ktorá umožňovala prijímanie osobitných vyrovnávacích opatrení. V októbri 2005, ústavný súd vo svojom väčšinovom zdôvodnení konštatoval nesúlad napadnutého ustanovia s viacerými ustanoveniami Ústavy SR a zrušil jeho platnosť v antidiskriminačnom zákone.²

Cieľom tejto analýzy je poskytnúť alternatívnu interpretáciu ochrany rovnosti a s ňou spojených dočasných vyrovnávacích opatrení ako tej, ktorá bola prijatá väčšinovým rozhodnutím ústavného súdu. Vychádzajúc najmä z medzinárodného práva a doterajšej ústavnej judikatúry, analýza poukazuje na

¹ Uznesenie vlády č. 278/2003 zo dňa 23. apríla 2003.

² Nález ústavného súdu PL. ÚS 08/04-202 z 18. októbra 2005.

zásadné koncepčné a logické nedostatky v argumentácií väčšinového nálezu ústavného súdu. Materiálne chápanie rovnosti, ktoré vyplýva zo základných princípov ústavy ako je spravodlivosť a ochrana ľudskej dôstojnosti podporujú dočasné vyrovnávacie opatrenia smerujúce k zabezpečeniu rovnosti príležitosti pre znevýhodnené skupiny, vrátane etnických, rasových či národnostných menšín.

Analýza je rozdelená do štyroch častí. Prvá časť vymedzuje termín dočasných vyrovnávacích opatrení a koncepcie materiálnych rovností príležitostí a výsledkov. V druhej časti sa venujem legalite dočasných vyrovnávacích opatrení v medzinárodnom práve. Tretia časť analyzuje rozhodnutie ústavného súdu o ustanovení antidiskriminačného zákona umožňujúceho prijímanie takýchto opatrení. Štvrtá, záverečná časť sa zaoberá možným legislatívnym riešením dočasných vyrovnávacích opatrení na Slovensku. V prílohe tejto analýzy je aj návrh paragrafového znenia ustanovenia umožňujúceho prijímanie takýchto opatrení.

2. Dočasné vyrovnávacie opatrenia a materiálna rovnosť

2.1. Terminológia

Dočasné vyrovnávacie opatrenia³ (angl. *affirmative action* v kontexte USA alebo *positive action* v prípade EÚ⁴) zlepšujú prístup členov znevýhodnených skupín do existujúcich sociálnych a ekonomických štruktúr.⁵ V medzinárodnom práve sa najčastejšie vyskytujú pod názvom „špeciálne opatrenia“.⁶ Ich základom je prístup rovnosti v príležitostiach⁷ alebo *de facto* (faktickej alebo materiálnej), nielen *de jure* (formálnej) rovnosti.⁸ Podľa pracovnej definície špeciálneho spravodajcu

³ Analýza používa *dočasné vyrovnávacie opatrenia* na označenie termínov *affirmative action*, *positive action* aj *special measures*.

⁴ Pozri argument podľa, ktorého je americký koncept *affirmative action* identický s európskym pojmom *positive action* v T. Trelogan, S. Mazurana & P. Hodapp ‘Can’t we enlarge the blanket and bed? A Comparative analysis of positive/affirmative action in the European Court of Justice and the United States Supreme Court’ 28 *Hastings International and Comparative Law Review* (2004) s. 40.

⁵ N. Fraser, ‘From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a ‘Post-Socialist age’’, 1:212 *New Left Review* (1995) s.98.

⁶ *Prevention of discrimination” The Concept and Practice of Affirmative Action* (Final report submitted by Mr. Marc Bossuyt, Special Rapporteur), Commission on Human Rights, Sub-Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/2002/21 of 17 June 2002 at 40.

⁷ S výnimkou CEDAW, ktoré vyjadruje aj koncepciu rovnosti vo výsledkoch, pozri s. 13-14, nižšie.

⁸ Pozri sekciu 2.2. o materiálnej a formálnej rovnosti, nižšie.

subkomisie OSN pre ochranu ľudských práv, Marca Bossuyta, dočasné vyrovnávacie opatrenia predstavujú „koherentný balík opatrení, dočasného charakteru, špecificky zamerané na nápravu pozície príslušníkov cieľovej skupiny v jednom alebo viacerých aspektoch ich sociálneho života potrebné na dosiahnutie rovnosti v praxi.“⁹

Takéto opatrenia smerujú k odstráneniu ekonomických a sociálnych nerovností spravodlivejším prerozdeľovaním miest najmä na trhu práce a vo vzdelávaní. Dočasné vyrovnávacie opatrenia sa najčastejšie prijímajú v oblastiach zamestnanosti a školstva, aj keď sa môžu prijať aj v bývaní, zdravotníctve, či v prístupe k niektorým službám. Dočasné vyrovnávacie opatrenia môžu v týchto oblastiach prijímať rôzne subjekty ako sú vládne, štátne, samosprávne a súkromné inštitúcie.¹⁰

Dočasné vyrovnávacie opatrenia sú často krát zamieňané s pojmom *pozitívna diskriminácia*. Podľa niektorých komentátorov medzinárodných ľudskoprávných dohôd, základný rozdiel medzi týmito pojmami je pomerne jednoduchý. Dočasné vyrovnávacie opatrenia, na rozdiel od pozitívnej diskriminácie nediskriminujú znevýhodnené skupiny na úkor väčšiny.¹¹ Opatrenia, ako napríklad rampa pre zdravotne postihnutých je pozitívne opatrenie, ktoré nediskriminuje zdravých ľudí. Opatrovateľské a výchovné zariadenia pre deti napomáhajú pri odstraňovaní faktickej diskriminácie matiek v prístupe k zamestnaniu. Takého opatrenia nemožno považovať za diskrimináciu mužov.¹²

Bossuyt však navrhuje termín ako je pozitívna diskriminácia nepoužívať.¹³ Pojem pozitívnej diskriminácie je nelogický. Diskriminácia sa používa výlučne na označenie arbitrárneho, nespravodlivého alebo nelegitímneho rozlišovania. Pozitívna diskriminácia je podľa neho preto terminologickou kontradikciou (*contradiction in terminis*).¹⁴

V slovenskom ústavnom práve je pojem pozitívnej diskriminácie využívaný na označenie dvoch typov trvalého odlišného zaobchádzania. Jedným je osobitný režim zaobchádzania a špeciálnej ochrany

⁹ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 6.

¹⁰ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para 6.

¹¹ S. Joseph, J. Schultz & M. Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights* (Oxford University Press, Oxford, 2.ed., 2004) p. 728.

¹² *Ibid.*

¹³ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para 5.

¹⁴ *Ibid.* para. 5.

niektorých skupín ako sú ženy, mladiství, zdravotne postihnuté osoby, alebo príslušníci etnických a národnostných menšín.¹⁵ Takýto režim je v niektorých spoločenských oblastiach nevyhnutný na zabezpečenie rovnakej možnosti participovať v spoločenskom živote vzhľadom na prirodzené odlišnosti medzi ľuďmi (napr. v prípade žien) alebo na zachovanie odlišných kultúrnych identít (v prípade etnických či národnostných menšín). Pojem pozitívnej diskriminácie sa používa aj na označenie privilegovaného zaobchádzania s osobami vo verejných funkciách ako sú napríklad poslanci.¹⁶ Cieľom špeciálnej ochrany prostredníctvom poslaneckej imunity nie je zabezpečiť rovnakú možnosť poslancov participovať v širšej spoločnosti. Jej zmyslom je ochrana verejného záujmu, t.j. fungovanie parlamentu.¹⁷ Poslanecká imunita totiž poskytuje privilégium, slúžiace na „odstránenie predvídateľných prekážok neopodstatnene obmedzujúcich výkon verejnej funkcie“.¹⁸

Rozlíšenie pozitívnej diskriminácie od dočasných vyrovnávacích opatrení je koncepčne pomerne nekomplikované. Prekvapivá je preto neschopnosť alebo neochota ústavného súdu rešpektovať takúto rozdielnosť v rozhodovaní o ústavnosti ustanovenia umožňujúcom prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení.¹⁹ Pred tým než prejdeme k samotnej analýze sporného rozhodnutia ústavného súdu, je potrebné priblížiť teoretické východiska rovnosti, ktoré opodstatňujú prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení.

2. 2. Materiálna rovnosť

Dočasné vyrovnávacie opatrenie sú odôvodňované nápravou alebo odškodnením historických nespravodlivostí ako je napríklad otroctvo. Príkladom sú vyrovnávacie opatrenia v prospech Afroameričanov v USA, ktorí následkom dlhotrvajúceho historickej krivdy trpeli (a stále trpia) štrukturálnym znevýhodnením a depriváciou. Dočasné vyrovnávacie opatrenia možno prijať aj z iných

¹⁵ Pozri nález ústavného súdu, PL.ÚS 4/97 z 24. februára 1998.

¹⁶ Pozri odlišné stanovisko sudcu Lajosa Mészárosa k rozhodnutiu pléna Ústavného súdu SR vo veci sp. Zn. PL: ÚS 8/04-202 z 18. októbra 2005, para 5. Pozri na ktoré skupiny sa vzťahuje takýto typ pozitívnej diskriminácie, Ján Drgonec, *Ústava Slovenskej republiky: komentár* (Šamorín: Heuréka, 2007, 2.vyd.)s. 658-660.

¹⁷ Drgonec, *ibid.* s. 662.

¹⁸ *Ibid.* s. 660.

¹⁹ Pozri sekciu 4, nižšie.

dôvodov. Možno ich prijať aj bez existencie historickej krivdy v prípadoch skupín, ktoré trpia inštitucionálnou diskrimináciou a nerovným prístupom k základným ľudským právam. Dočasné vyrovnávacie opatrenia môžu byť opodstatnené s cieľom zabezpečiť rôznorodosť zastúpenia odlišných etnických skupín alebo žien na spoločenských pozíciách.²⁰ Každý z troch uvedených dôvodov na prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení zohľadňuje osobitosť situácie rozdielnych skupín a ich členov.

Takýto prístup, ktorý rešpektuje skupinovú identitu jednotlivca vychádza z materiálneho chápania rovnosti.²¹ Materiálna rovnosť je odvodená zo základného princípu ľudských práv – ochrany ľudskej dôstojnosti každého človeka.

Podobne ako v prípade iných filozofických pojmov, v medzinárodnom práve neexistuje jednotná definícia ľudskej dôstojnosti. Medzi pokusmi zdefinovať tento pojem, Andrew Clapham, definuje právo na ochranu ľudskej dôstojnosti ako “právo na sebazáchovu (či existenciu) spolu s možnosťou si zvoliť svoj vlastný životný plán (formu vlastného sebanaplnenia)”.²² Podľa jeho prístupu, ľudská dôstojnosť sa vzťahuje nielen na obmedzenie rozhodovania jedného človeka o druhom, ale aj na tvorbu nevyhnutných podmienok, ktorí by umožnili každému dosiahnuť takýto stav.”²³ Práve dôležitosť podmienok na individuálny rozvoj a kontext, v ktorom sa nachádza každý jednotlivec zohráva kritickú úlohu pri obhajobe materiálnej koncepcie rovnosti.

Vzťahom medzi ľudskou dôstojnosťou a nevyhnutnými podmienkami individuálneho rozvoja sa hlbšie zaoberal napríklad Kanadský najvyšší súd.²⁴ Ten vyložil zmysel pojmu ľudská dôstojnosť

²⁰ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 16-21.

²¹ Dočasné vyrovnávacie opatrenia chápu ľudí nielen ako samostatné individua ale aj ako príslušníkov skupín. Iris Marion Young *Justice and the Politics of Difference* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1991) s. 192.

²² Andrew Clapham, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention” in R. St.J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993) 163 at 205-206.

²³ *Ibid.*

²⁴ Pozri o judikatúre k ľudskej dôstojnosti Kanadského najvyššieho súdu napr. Denise Réaume, “Discrimination and Dignity” (2003) 63 *Loyola Law Review* 645.

práve v snahe naformulovať pojem materiálnej rovnosti.²⁵ Slovom sudcu Franka Iacobucci Kanadský najvyšší súd vysvetlil, že ľudská dôstojnosť je rešpektovaná ak

„jednotlivec alebo skupina pocítujú sebaúctu. Ľudská dôstojnosť sa týka fyzickej a psychickej integrity. Je poškodená nespravodlivým zaobchádzaním založenom na osobných charakteristikách a situáciách, ktoré nesúvisia s ich individuálnymi potrebami, schopnosťami alebo zásluhami. Ľudská dôstojnosť je podporovaná zákonmi, ktoré sú citlivé k potrebám, schopnostiam a zásluhám jednotlivcov, ktorí sa nachádzajú v odlišných situáciách. Ľudská dôstojnosť je porušovaná marginalizáciou, zanedbávaním alebo znevažovaním jednotlivcov alebo skupín. Ľudskú dôstojnosť podporujú zákony, ktoré uznávajú plné miesto jednotlivcov a skupín v kanadskej spoločnosti.“²⁶

Rešpekt pre materiálnu rovnosť vyžaduje, aby štát prihliadal na kontextuálne špecifiká a znevýhodnenia skupín a ich členov.

Materiálne vnímanie rovnosti sa odlišuje od formálnej rovnosti. Formálna rovnosť vychádza z Aristotelovej tézy, podľa ktorej férovosť vyžaduje konzistentnosť v zaobchádzaní.²⁷ Štát sa pri tomto prístupe zameriava výlučne len na otvorenie spoločenských pozícií pre všetkých. Jednotlivci sú pritom posudzovaní výlučne na základe ich schopností. Pozíciu získava najviac kvalifikovaný kandidát.²⁸ Pri formálnej rovnosti sa neprihliada na to, aby sa s ľuďmi zaobchádzalo podľa ich rozdielnosti.²⁹ Možné negatívne vplyvy skupinových charakteristík sú irelevantné.³⁰

Ako som už vyššie spomínala, pri materiálnej rovnosti sa zohľadňuje nielen kvalifikácia či zásluhy ale aj fakt, že členovia niektorých menšín sú kvôli historickej a/alebo prebiehajúcej diskriminácii vo faktickom znevýhodnení oproti tým, ktorí patria k etnickej, rasovej či národnej majorite. Východisková pozícia príslušníkov majority je podstatne silnejšia ako členov menšín práve

²⁵ Pozri aj odlišné stanovisko sudcu Meszárosa, ktorý tiež odvodzuje materiálnu rovnosť od princípu ľudskej dôstojnosti, *supra* poznámka 16:

²⁶ *Law v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* [1999] 1S.C.R. 497 para. 53. Podobne najvyšší súd Juhoafrickej republiky odmietol nerovnaké zaobchádzanie s jednotlivcami na základe atribútov a osobných charakteristík ako popieranie uznania ľudskej dôstojnosti. *Prinsloo v. van der Linde* (1997) 6 BCLR 759 (CC) para. 31. V Južnej Afrike, uznanie ľudskej dôstojnosti vyžaduje prijatie pozitívnych opatrení na zabezpečenie nevyhnutných socio-ekonomických podmienok. Pozri Arthur Chaskalson, “Human dignity as a Constitutional Value” in David Kretzmer & Eckart Klein, eds., *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse* (The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2002) 133 s. 140-141.

²⁷ Sandra Fredman, *Discrimination Law* (Oxford, Oxford University Press, 2002) s. 10.

²⁸ Richard Arneson, “Equality of Opportunity” *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (October, 2002) Edward N. Zalta (ed.), online: <http://plato.stanford.edu/entries/equal-opportunity/>.

²⁹ Fredman, *supra* poznámka 27, s. 10

³⁰ *Ibid.* s. 11.

kvôli minulej alebo prebiehajúcej diskriminácií. Z takejto pozície je pre menšiny náročnejšie súťažiť o miesta na trhu práce alebo v prístupe k vyššiemu vzdelaniu. Ocitajú sa v situácii, kedy nemajú dostatočný prístup napríklad k vzdelaniu alebo k minimálnemu štandardu bývania. Ľahko sa môžu dostať do začarovaného kruhu znevýhodnenia, ktoré sa zvykne znásobovať. Uplatňovanie formálneho prístupu rovnosti v praxi nielen nestačí na odstránenie nerovností, ale môže naopak napomáhať v prehĺbovaní nerovnosti. Sandra Fredman v kontexte rodovej rovnosti argumentuje, že formálna rovnosť môže ospravedlniť napríklad situácie, kedy je ospravedlnené zlé zaobchádzanie so ženami, pokiaľ sa rovnako (zle) zaobchádza s mužmi.³¹ Pri materiálnej rovnosti je substantívnym základom princíp rešpektu ľudskej dôstojnosti. Ten vyžaduje aby uplatňovanie práva zlepšovalo, nie zhoršovalo situáciu jednotlivcov.³²

2. 2.1 Rovnosť vo výsledkoch a rovnosť v príležitostiach

V právnej teórii, medzinárodnom práve, ako aj praxi štátov sa stretávame s dvoma prístupmi k materiálnej rovnosti: rovnosť vo výsledkoch a rovnosť v príležitostiach. Voľba jedného z týchto prístupov determinuje výber prijatých opatrení.³³

Prístup založený na rovnosti vo výsledkoch odmieta identické zaobchádzania, ktoré môže v praxi posilniť nerovnosti. Rovnosť vo výsledkoch sa zameriava na spravodlivejšiu redistribúciu výhod. Vyžaduje rovnosť vo výsledkoch, t.j. proporcionálne zastúpenie členov menej privilegovaných skupín ako sú napríklad ženy či menšiny.³⁴ Tento prístup preto obhajuje pomerne radikálne opatrenia ako sú kvóty, ktoré zabezpečia proporcionálnu reprezentáciu znevýhodnených skupín. Podľa kritikov tento prístup potláča individuálnu voľbu a môže viesť k sociálnemu napätiu a medziskupinovej

³¹ *Ibid.* s. 8-9.

³² Pozri prehľad v *ibid.* s. 17-19.

³³ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 31.

³⁴ Fredman, *supra* poznámka 27, s. 11.

hostilite.³⁵ Zameriavanie sa na výsledky pritom nemusí nevyhnutne viesť k odstráneniu štruktúr, ktoré spôsobujú diskrimináciu.

Pri obhajobe dočasných vyrovnávacích opatrení je populárnejším a menej kontroverzným prístupom rovnosť v príležitostiach. Rovnosť v príležitostiach predstavuje akoby strednú cestu medzi formálnou rovnosťou a rovnosťou vo výsledkoch.³⁶ Podľa zástancov rovnosti v príležitostiach, formálny prístup k rovnosti je taktiež nedostačujúci. Skutočná rovnosť nemôže byť dosiahnutá, ak jednotlivci začínajú z odlišných štartovacích pozícií. Ideál rovnosti vo výsledkoch naopak neprimerane podriaďuje individuálne záujmy a voľby v prospech utilitárneho záujmu zabezpečenia určitých výsledkov. Rovnosť v príležitostiach je individualistickejším prístupom. Zameriava sa na zabezpečenie spravodlivosti pre jednotlivca, nie pre skupinu.³⁷ Rovnosť v príležitostiach vyžaduje rovnakú šancu v prístupe k zamestnaniu, školstvu a iným sociálnym tovarom pre všetkých bez toho, aby boli rozhodovacie procesy negatívne ovplyvnené z dôvodu rasy, etnicity alebo rodu.³⁸ Tento prístup sa usiluje o elimináciu faktorov³⁹, ktoré spôsobujú diskrimináciu alebo napomáhajú v udržiavaní zakázanej diskriminácie niektorých skupín.⁴⁰ Dočasné vyrovnávacie opatrenia sú zamerané najmä na tréningy a školenia, ktoré zabezpečia príslušníkom nepriviligovaných skupín schopnosť súťažiť s dominantnou skupinou za rovnakých podmienok. V niektorých prípadoch môžu pozitívne opatrenia viesť aj k čiastočnej zmene kritérií v prístupe k pozíciám.⁴¹

Dočasné vyrovnávacie opatrenia pritom nepredstavujú diskrimináciu väčšiny časti populácie. Ich cieľom je zabezpečiť rovnosť príležitostí a „rovnaké šance *na začiatku*.“⁴² Dočasné vyrovnávacie opatrenia pozdvihujú členov znevýhodnených skupín na tú istú „štartovaciu čiaru“ z akej vychádzajú

³⁵ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 36.

³⁶ Fredman, *supra* poznámka 27, s. 14.

³⁷ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 32.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ (Paktom sa myslí Medzinárodný Pakt OSN o občianskych a politických právach) The UN Human Rights Committee, General Comment No. 18: Non-discrimination: 10/11/89. (HRC, General Comment 18)

⁴⁰ General Comment, *ibid.* para 10.

⁴¹ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 33.

⁴² Odlišné stanovisko Mészáros, *supra* poznámka 16, para 5, Odlišné stanovisko Ľudmily Gajdošíkovej, Juraja Horvátha a Alexandra Bröstla k rozhodnutiu pléna Ústavného súdu SR č.k. PL.ÚS 8/04-202 z 18. októbra 2005, para 1.

príslušníci väčšinovej populácie.⁴³ Ak majú všetci zabezpečenú rovnosť v príležitostiach, spravodlivé posudzovanie vyžaduje zaobchádzanie podľa individuálnych schopností a zásluh.

Podľa Pavicových kritikov, rovnosť v príležitostiach sa však neprimerane zameriava na pozíciu jednotlivcov a popri tom ignoruje relatívnu pozíciu skupín.⁴⁴ Odstránenie prekážok pri „štarte“ však nezaručuje rovnosť vo výsledkoch.⁴⁵ Prinajmenšom vo svojich metódach sa však javí rovnosť v príležitostiach ako prijateľnejší prístup v porovnaní s ideálom rovnosti vo výsledkoch. Napriek tomu je zaujímavé pozorovanie, že väčšina krajín, ktorá začala od presadzovania prístupu rovnosti v príležitostiach ho postupne nahradila ideálom rovnosti vo výsledkoch.⁴⁶

Domnievam sa, že na Slovensku je v súčasnosti politicky a sociálne prechodnejší prístup rovnosti v príležitostiach. Aj napriek tomu, že je pomerne nekontroverzný v medzinárodnom porovnaní, na Slovensku je len v počiatočnej fáze.⁴⁷ Bolo by predčasné hovoriť o tom, že takýto prístup k rovnosti už v našich podmienkach nadobudol širšiu podporu. Ako však uvidíme v nasledujúcej sekcii, rovnosť v príležitostiach je dominantným prístupom v medzinárodnom práve. Medzinárodné právo pritom môže slúžiť ako jeden z dôležitých zdrojov budovania legitimacy a presadzovania dočasných vyrovnávacích opatrení z perspektívy rovnosti príležitosti v našom domácom kontexte.

3. Dočasné vyrovnávacie opatrenia v medzinárodnom práve

Medzinárodné dohody o ľudských právach, ktorými je viazaná aj SR sú jednotné v tom, že vyzývajú zmluvné štáty na prijímanie takýchto opatrení na zabezpečenie faktickej rovnosti či rovnosti v príležitostiach pre najohrozenejšie skupiny. Špeciálne opatrenia sú pri splnení určitých kritérií legálnym nástrojom verejnej politiky pri zabezpečovaní uplatňovania základných práv a slobôd.

⁴³ Odlišné stanovisko Mészáros, *ibid.* para 5.

⁴⁴ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 34.

⁴⁵ Fredman, *supra* poznámka 27, s. 14-15.

⁴⁶ Bossuyt správa, *supra* poznámka 6, para. 38.

⁴⁷ Medzi prvými príkladmi je stratégia vlády Základné tézy, *supra* poznámka 1 a nález ústavného súdu vo veci antidiskriminačného zákona, *supra* poznámka 2.

Myšlienka rovnosti v príležitostiach je explicitne vyjadrená v článku 7(c) Medzinárodného paktu o sociálnych, ekonomických a kultúrnych právach (ICESR). Podľa tohto článku štáty uznávajú rovnakú príležitosť pre každého byť povýšený vo svojom zamestnaní na vyššiu funkciu, pričom jedinými legitímnymi kritériami pri tomto výbere sú pracovná skúsenosť a schopnosti. Mathew Craven interpretoval toto ustanovenie ako možnú povinnosť štátov odstrániť akékoľvek *de jure* alebo *de facto* bariéry, ktoré by v tom mohli brániť. Táto povinnosť obsahuje aj potrebu prijímania opatrení, ktoré by podporili príležitosti u nepriviligovaných skupín získať riadiace funkcie. Keďže zvoleným prístupom je rovnosť v príležitostiach, nie vo výsledkoch, takáto povinnosť vylučuje prijímanie kvót v oblasti zamestnanosti a v prístupe k vyššiemu vzdelaniu.⁴⁸

Ďalšou oblasťou, kde sa stretávame s materiálnou rovnosťou v podobe rovnosti v príležitostiach v tomto pakte, je ustanovenie článku 3 ICESR o rovnosti mužov a žien. V dôvodových správach k ustanoveniam o rovnosti mužov a žien v tomto pakte (ako aj v pakte o občianskych a politických právach (ICCPR)) sa uvádza, že ich cieľom je nielen zákaz diskriminácie, ale aj zabezpečenie rovnosti príležitostí vykonávať tieto práva mužmi aj ženami.⁴⁹ Základom pre rovnaký rešpekt ľudských práv mužov a žien nie je teda len princíp formálnej rovnosti. Podľa výboru ICESR, materiálna rovnosť sa zameriava aj na to, aby tieto politiky „odstraňovali inherentné znevýhodnenia, ktoré pociťujú niektoré skupiny.“⁵⁰ Štátna politika z perspektívy materiálnej rovnosti musí brať do úvahy osobitný kontext a existujúce ekonomické, sociálne a kultúrne znevýhodnenia pociťované najmä ženami.⁵¹ Neznamená to však dosahovanie rovnakej distribúcie výhod pre všetkých členov spoločnosti. Rodová rovnosť vyžaduje proces vyrovnávania, v ktorom sú zdroje prerozdeľované tak, aby mal každý jednotlivec zabezpečený rovnaký prístup k základným ľudským právam. Niekedy je potrebné prijať opatrenia, ktoré zvýhodňujú ženy na to, aby „sa utlmili alebo potlačili podmienky, ktoré podporujú ich

⁴⁸ Reprodukované v Bossuyt správa, *supra* poznámka 6 para. 43 a 44.

⁴⁹ Substantive Issues Arising in the Implementaiton of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 16, adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 25 April 2005, para 2. (ICESCR, Comment 16)

⁵⁰ *Ibid.* para 7.

⁵¹ *Ibid.* para 8.

diskrimináciu.“ Takéto rozlišovanie je legitímne pokiaľ sú tieto opatrenia nevyhnutné na nápravu *de facto* diskriminácie a sú zrušené, ak bol dosiahnutý ich cieľ.⁵² Takéto opatrenia by mali byť prijaté tak, aby reflektovali kontext a špecifické problémy cieľovej skupiny. Potrebný je aj ich priebežný monitoring, aby neboli používané aj po dosiahnutí ich cieľa.⁵³ Vo všeobecnom komentári k tomuto článku Výbor pre sociálne, ekonomické a kultúrne práva dokonca konštatuje, že nezabezpečenie formálnej a materiálnej rovnosti medzi mužmi a ženami v prístupe k sociálnym, ekonomickým a kultúrnym právam znamená porušenie článku 3.⁵⁴ Dočasné opatrenia na zlepšenia prístupu k sociálnym, ekonomickým a kultúrnym právam treba preto odlišovať od trvalých opatrení na zabezpečenie rovnosti medzi ženami a mužmi.⁵⁵

Prostriedkami na zabezpečenie rovnosti medzi rodmi sa detailnejšie zaoberal Výbor na odstránenie všetkých foriem diskriminácie žien. Podľa samotného dohovoru o odstránení všetkých foriem diskriminácie žien (CEDAW) prijatie „dočasných opatrení na urýchlenie *de facto* rovnosti medzi mužmi a ženami nemožno považovať za diskrimináciu“.⁵⁶ Prijatie takýchto noriem nie je výnimkou zo všeobecného princípu nediskriminácie, ale súčasťou aktívnej stratégie na dosiahnutie materiálnej rovnosti.⁵⁷ Prijaté opatrenia však nesmú podporovať udržiavanie odlišných štandardov a musia byť ukončené po dosiahnutí rovnosti v príležitostiach.⁵⁸ Vo všeobecných odporúčaniach k dočasným vyrovnávacím opatreniam,⁵⁹ výbor potvrdzuje, že tento medzinárodný dohovor je zameraný na zabezpečenie *de jure* a *de facto* (materiálnej) rovnosti.⁶⁰

Na rozdiel od interpretácie ostatných dohôd, Výbor uprednostňuje prístup materiálnej rovnosti vo výsledkoch. Tieto výsledky môžu byť kvalitatívne aj kvantitatívne. To značí, že ženy by mali mať

⁵² *Ibid.* para 15

⁵³ *Ibid.* para 36

⁵⁴ *Ibid.* para 41

⁵⁵ *Ibid.* para 35. Pozri tiež General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, U.N.DOC. CEDAW/C/2004/I/WP.1/Rev. 1, 30 January 2004, para 15-16. (CEDAW, Comment 25).

⁵⁶ The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, art. 4.

⁵⁷ CEDAW, Comment 25, para. 18.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ CEDAW, Comment 25.

⁶⁰ *Ibid.* para 8.

možnosť využívať rovnaké práva, mať rovnaké príjmy a rovnaké zastúpenie v rozhodovacích a politických procesoch ako muži.⁶¹ Hmotnoprávna rovnosť navyše vyžaduje odstránenie štrukturálnych príčin spôsobujúcich nerovnosti: „životy mužov a žien musia byť vnímané v širšom kontexte, pričom opatrenia smerujúce k skutočnej transformácii príležitosti, inštitúcií a systémov nesmú byť založené na historicky vytvorenej mužskej paradigme moci a životného modelu.“⁶² Špeciálne opatrenia môžu mať rozličný charakter. Môže ísť o legislatívne alebo exekutívne opatrenia, ako aj zmeny v redistribúcii zdrojov, preferenčné politiky, politiky prijímania zamestnancov, úprava pravidiel ich kariérneho postupu a dokonca aj systémy kvót.⁶³

Výbor OSN pre ľudské práva vo svojej interpretácii všeobecného zákazu diskriminácie zakotveného v článku 26 Medzinárodného paktu o občianskych a politických právach (ICCPR) taktiež konštatuje, že na zabezpečenie princípu rovnosti často nestačí len legislatívny zákaz diskriminácie. Princíp rovnosti niekedy vyžaduje, aby štáty prijali „vyrovňavacie opatrenia na zníženie alebo elimináciu podmienok, ktoré spôsobujú alebo napomáhajú pri diskriminácii zakázanej Paktom.“⁶⁴ Ak určitá skupina v praxi nemôže užívať svoje základné ľudské práva, štát by mal prijať špeciálne opatrenia na nápravu takejto situácie. Výbor konštatuje, že takéto opatrenia môžu spočívať napríklad „v priznaní preferenčného zaobchádzania v určitých oblastiach v porovnaní so zvyškom populácie.“⁶⁵ Takéto zaobchádzanie, ktorého cieľom je náprava diskriminácie, nemožno považovať za zakázanú diskrimináciu.⁶⁶ Výbor ďalej upozorňuje, že niektoré skupiny žien pociťujú viacnásobné formy diskriminácie nielen na základe ich pohlavia a rodu, ale aj rasy, etnicity, náboženstva, postihnutia, veku, triedy alebo kasty. Prijaté dočasné špeciálne opatrenia by preto mali zohľadňovať viacnásobnú diskrimináciu a rozdielnosti medzi ženami.⁶⁷

⁶¹ *Ibid.* para 9.

⁶² *Ibid.* para 10.

⁶³ *Ibid.* para 22.

⁶⁴ HRC General Comment 18, *supra* poznámka 39, para. 10.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.* para 12.

Možnosť prijať špeciálne opatrenia je priamo zakotvená v Dohovore o odstránení všetkých foriem rasovej diskriminácie (CERD). Podľa článku 1(4) tohto dohovoru, špeciálne opatrenia zamerané na „primeraný rozvoj určitých rasových alebo etnických skupín alebo jednotlivcov sú nevyhnutné na zabezpečenie toho, aby takéto skupiny alebo jednotlivci mali rovnakú možnosť užívať ľudské práva a základné slobody“.⁶⁸ Takéto opatrenia nemožno považovať za rasovú diskrimináciu, „pokiaľ nevedú k udržiavaniu odlišných práv pre rôzne rasové skupiny a boli pozastavené po tom, ako boli dosiahnuté ich ciele.“⁶⁹ S článkom 1 súvisí ustanovenie článku 2(e), naformulované jazykom, ktorý naznačuje viac „povinnosť“ ako len „možnosť“ prijímať takéto opatrenia pre zmluvné štáty. Podľa tohto ustanovenia „zmluvné štáty musia tam, kde to podmienky vyžadujú, prijať v sociálnych, ekonomických, kultúrnych a iných oblastiach, špeciálne a konkrétne opatrenia na zabezpečenie primeraného rozvoja a ochrany určitých rasových skupín a ich členov na zabezpečenie plnej a rovnakej realizácie ľudských práv a základných slobôd. Tieto opatrenia nesmú viesť k udržiavaniu nerovnakých alebo odlišných práv pre rôzne rasové skupiny po tom, ako boli dosiahnuté ich ciele.“⁷⁰

Výbor pre odstránenie všetkých foriem rasovej diskriminácie odporučil prijatie konkrétnych špeciálnych opatrení práve v kontexte Rómov.⁷¹ Je potrebné podotknúť, že tieto opatrenia nie sú zamerané na podporu sociálne znevýhodnených skupín, ale špecificky na odstránenie znevýhodnenia Rómov ako etnickej či národnostnej skupiny. Medzi odporúčaniami na typy špeciálnych opatrení sú napríklad:

- podpora príslušníkov rómskych komunít v práci v policajnom zbore v oblasti ochrany proti rasovému násiliu,⁷²
- prijímanie opatrení v prospech rómskych detí v oblasti vzdelávania,⁷³

⁶⁸ The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, art. 1(4).

⁶⁹ *Ibid.* art. 4.

⁷⁰ *Ibid.* art. 2 e.

⁷¹ CERD General Recommendation No. 27: Discrimination against Roma: 16/18/2000 (CERD, Comment 27)

⁷² *Ibid.* para 15.

⁷³ *Ibid.* para 19.

- podpora zamestnávania Rómov vo verejnej správe, ako aj súkromných firmách prostredníctvom organizácie tréningov a školení v oblasti životných podmienok,⁷⁴
- prijatie špeciálnych opatrení na zabezpečenie rovnosti príležitosti pri participácii Rómov vo verejnom živote na miestnej aj národnej úrovni⁷⁵ a organizácia tréningov pre rómskych verejných činiteľov a reprezentantov.⁷⁶

Odporúčania výboru tak nielen poukazujú na to, že vyrovnávacie opatrenia sú v súlade s dohovorom, ale aj na potrebu ich prijímania práve v prospech Rómov. V kontexte Slovenska, Výbor OSN pre ľudské práva, spoločne s Výborom pre odstránenie rasovej diskriminácie a Výborom pre ekonomické, sociálne a kultúrne práva pravidelne odporúčajú prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení zameraných na odstránenie faktickej diskriminácie Rómov v oblasti zamestnanosti, zdravotnej starostlivosti, bývania a vzdelávania.⁷⁷

Podľa ľudskoprávných dohovorov OSN, dočasné vyrovnávacie opatrenia sú legitímnym a často aj nevyhnutným prostriedkom na dosahovanie faktickej rovnosti. Nemožno ich považovať za zakázanú diskrimináciu. Výbory OSN však vytýčili hranice takýchto opatrení tak, aby nevedli k dlhodobému udržiavaniu osobitných štandardov pre skupiny po tom, čo naplnia svoj cieľ. Preto opatrenia musia spĺňať kritérium dočasnosti, nevyhnutnosti a primeranosti na dosiahnutie vymedzených cieľov. S výnimkou CEDAW, v ktorom dominuje materiálna koncepcia rovnosti výsledkov, ostatné dohody preferujú prístup založený na rovnosti v príležitostiach. CEDAW je preto, na rozdiel od iných dohovorov, zhovievavejší k radikálnejším nástrojom ako sú napríklad kvóty. To však neznamená, že kvóty pre rasové alebo etnické skupiny by boli automaticky v konflikte s ostatnými dohovormi.

⁷⁴ *Ibid.* para 28 a 29.

⁷⁵ *Ibid.* para 41.

⁷⁶ *Ibid.* para 45.

⁷⁷ Concluding observations of the Human Rights Committee: Slovakia 22/08/2003 CCPR/CO/78/SVK para 16, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Slovakia 10/12/2004, CERD/C/65/CO/7, para 8, 9, 10, 11, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Slovakia, 19/12/2002, E/C.12/1/1dd.81, para 9.

Čo sa týka povinnosti prijať dočasné špeciálne opatrenia v prospech znevýhodnenej skupiny, „najsilnejší jazyk“ obsahuje opäť CEDAW. Ostatné dohovory pristupujú k povinnosti prijať takéto opatrenia na základe určitých skutočností a kontextu. Takýto prístup má síce silnejší jazyk ako „možnosť prijať“ ale slabší ako „povinnosť prijatia“. V každom prípade, nezabezpečenie *de facto* rovnosti v prístupe práv zakotvených týmito dohovormi pre nepriviligované skupiny znamená ich porušenie.

Dočasné vyrovnávacie opatrenia sú legitímnym a nevyhnutným prostriedkom na zabezpečenie *de facto* rovnosti aj v relevantných ľudskoprávných zmluvách Rady Európy. Dočasné vyrovnávacie opatrenia sú v súlade s článkom 14 Európskeho dohovoru o ochrane ľudských práv,⁷⁸ pokiaľ smerujú k vyrovnávaniu *de facto* nerovnosti.⁷⁹ Nie každé rozdielne zaobchádzanie pri využívaní práv a slobôd možno považovať za diskriminačné a porušenie dohovoru. V rozhodnutí *Thlimmenos*, súd našiel porušenie článku 14 v rovnakom zaobchádzaní osôb nachádzajúcich sa v podstatne odlišných situáciách. Možná diskriminácia a porušenie dohovoru môže pochádzať aj z faktickej situácie.⁸⁰ Zakázané rozdielne zaobchádzanie je také, ktoré sa nezakladá na zjavne objektívnom a rozumnom zdôvodnení, nesleduje legitímny cieľ a je založené na neprimeraných prostriedkoch vo vzťahu k cieľom.⁸¹

Európsky súd vo veci *Connors* z 24. mája 2004 naznačil, že zmluvné štáty majú nielen negatívnu povinnosť zabezpečiť ochranu pred diskrimináciou. Majú aj pozitívnu povinnosť nájsť riešenie ťažkej situácie v oblasti bývania Rómov.⁸² Súd v nedávnom rozhodnutí *D. H. et al.* zopakoval, že rasová a etnická diskriminácia je mimoriadne vážnym typom nerovnakého zaobchádzania. Preto

⁷⁸ Európsky dohovor o ochrane ľudských práv a slobôd (1950), článok 14, Zákaz diskriminácie znie: „Užívanie práv a slobôd priznaných týmto Dohovorm sa musí zabezpečiť bez diskriminácie založenej na akomkoľvek dôvode, ako je pohlavie, rasa, farba pleti, jazyk, náboženstvo, politické alebo iné zmysľanie, národnostný alebo sociálny pôvod, príslušnosť k národnostnej menšine, majetok, rod ale iné postavenie.“

⁷⁹ (“*Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” v. *Belgium (Merits)*, judgment of 23 July 1968, Series A no. 6, § 10; *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 44, ECHR 2000-IV; and *Stec and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 65731/01, § 51, ECHR 2006).

⁸⁰ *Zarb Adami v. Malta*, no. 17209/02, § 76, ECHR 2006.

⁸¹ See Belgium linguistic case, *supra* poznámka 79.

⁸² *Connors v. the United Kingdom*, no. 66746/01, § 84, 27 May 2004.

štátne orgány „musia prijať všetky dostupné prostriedky na boj proti rasizmu, pričom by mali posilňovať víziu demokratickej spoločnosti, v ktorej rôznorodosť nie je hrozbou, ale zdrojom obohatenia.“⁸³ Veľmi dôležitým záverom tohto rozhodnutia týkajúceho sa segregácie rómskych detí prostredníctvom špeciálnych škôl v Českej republike, kde Veľká komora konštatovala porušenie princípu nediskriminácie, bola forma odškodnenia. Súd vychádzal z úvahy, že v prípade sťažovateľov nejde len o izolovaný incident ale „o dôsledok administratívneho a regulatívneho konania verejnej správy voči identifikovateľnej skupine občanov.“⁸⁴ Preto uložil ČR prijať opatrenia na národnej úrovni na odstránenie a odškodnenie vzniknutej situácie, t.j. existencie segregácie rómskych detí prostredníctvom špeciálnych škôl. Nápravné prostriedky musia byť v súlade so závermi súdu, pričom štát má pri výbere konkrétnych opatrení voľnú ruku.⁸⁵

Rámcový dohovor o ochrane menšín je taktiež postavený na koncepte materiálnej alebo plnej a efektívnej rovnosti. Zmluvné strany tohto dohovoru sa zaviazali prijať tam, kde je to nevyhnutné, primerané opatrenia na dosiahnutie plnej a efektívnej rovnosti v ekonomickej, sociálnej, politickej a kultúrnej oblasti pre osoby patriace k národnostným menšinám.⁸⁶ Opatrenia sú v prípade niektorých menšín nevyhnutné na zabezpečenie plnej a efektívnej rovnosti príležitostí.⁸⁷ Takéto opatrenia nemožno považovať za diskrimináciu⁸⁸ ostatnej populácie, pokiaľ sú adekvátne a spĺňajú princíp proporcionality.⁸⁹ V prípade Slovenska, Poradný výbor pre Rámcový dohovor pripomenul, že bez takýchto opatrení by bolo „extrémne zložité dosiahnuť plnú a efektívnu rovnosť osôb, ktoré patria k ohrozeným menšinám“.⁹⁰ Výbor pripravoval svoju poslednú hodnotiacu správu o Slovensku práve v čase, keď bolo ustanovenie umožňujúce prijatie osobitných vyrovnávacích opatrení

⁸³ ECHR Grand Chamber, Case of D. H. and Others v. The Czech Republic, Application no. 57325/00, para 176.

⁸⁴ Pozri citáciu para. 214, *ibid.*

⁸⁵ *Ibid.* 125-126.

⁸⁶ Framework Convention on the Protection of National Minorities, art. 4.2.

⁸⁷ Explanatory report to the Framework Convention, para 40.

⁸⁸ Framework convention, *supra* poznámka 86, art. 4.3

⁸⁹ Explanatory report, *supra* note 87, para 39.

⁹⁰ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Second opinion on the Slovak Republic, adopted on 26 May 2005, ACFC/OP/II(2005)004, para 38.(Opinion on Slovakia)

antidiskriminačného zákona podané na preskúmanie ústavným súdom.⁹¹ V nadväznosti na toto podanie výbor uviedol, že SR prijala už niekoľko inštitucionálnych pozitívnych opatrení, ako je napríklad zriadenie úradu splnomocnenkyne pre rómske komunity, inštitút rómskych sociálnych pracovníkov a školských asistentov. Podľa výboru, takýto ústavný spor môže mať negatívny efekt na fungovanie týchto pozitívnych iniciatív.⁹² Ústavný spor by preto nemal viesť k tomu, aby Slovensko pozastavilo takéto programy v prospech znevýhodnených menšín. Výbor naopak Slovensku odporučil „zabezpečenie primeraného uznania dôležitosti takýchto opatrení vo verejnej správe.“⁹³

Európska komisia proti rasizmu a intolerancii vo svojich posledných odporúčaniach taktiež vyzvala na prijatie pozitívnych opatrení na zabezpečenie plnej rovnosti najmä príslušníkov rómskej menšiny. Medzi opatreniami je napríklad cielené prijímanie Rómov do radov polície, podpora štúdia Rómov na policajných akadémiách⁹⁴ ako aj opatrenia v oblasti zamestnanosti Rómov,⁹⁵ bývania⁹⁶ a zdravotníctva.⁹⁷

Komunitárne právo EÚ považuje dočasné pozitívne opatrenia za legitímny nástroj pri presadzovaní plnej rovnosti v praxi a boji proti diskriminácií. Vyššie spomenuté ustanovenie antidiskriminačného zákona, o ktorom sa ústavný súd vyslovil ako o protiústavnom sledovalo implementáciu ustanovenia čl. 5 Smernice Rady 2000/43/ES o rovnakom zaobchádzaní bez ohľadu na rasový alebo etnický pôvod, ktoré hovorí: „So zreteľom na zabezpečenie úplnej rovnosti v praxi, zásada rovnakého zaobchádzania nebráni žiadnemu členskému štátu zachovávať alebo prijímať osobitné opatrenia na zabránenie znevýhodnenia alebo na náhradu za znevýhodnenie súvisiace s rasovým alebo etnickým pôvodom.“ Smernica síce nezakotvuje povinnosť prijať pozitívne opatrenia, ale možnosť ich zaradenia, jednoznačne poukazuje na legitímnosť a legálnosť takýchto opatrení pri boji proti diskriminácií. (Smernica bola prijatá so zámerom bojovať proti diskriminácií). Európsky

⁹¹ Pozri s. 1, vyššie.

⁹² Opinion on Slovakia, para. 38.

⁹³ Opinion on Slovakia, para. 40.

⁹⁴ Para 22 ECRI Third report on Slovakia, adopted on 27 June 2003, made public on 27 January 2004, CRI (2004) 4.

⁹⁵ *Ibid.* para 55.

⁹⁶ *Ibid.* para 60.

⁹⁷ *Ibid.* para 69.

súdny dvor vo známych prípadoch týkajúcich sa pozitívnych opatrení Kalanke a Marschall potvrdil, že pozitívne opatrenia ako výnimka zo všeobecného práva na rovnaké zaobchádzanie slúžia na elimináciu alebo redukciu nerovnosti. Takéto opatrenia však nesmú mať formu kvót, automatického uprednostňovania pri zamestnaní alebo postupe iba preto, že skupina je disproportčne reprezentovaná. Uprednostnenie žien, ako členiek menej reprezentovanej skupiny je opodstatnené v prípade, ak sú rovnako kvalifikované ako mužskí kandidáti.⁹⁸ Súdny dvor uprednostnil koncepciu rovnosti príležitostí nad rovnosťou vo výsledkoch tým, že stanovil interpretačné pravidlá, ktoré obmedzujú prijatie kvót.

3.1. Status medzinárodného práva v slovenskom právnom systéme.

Medzinárodné právo jednoznačne podporuje a v niektorých prípadoch vyžaduje prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení na dosiahnutie materiálnej rovnosti príležitostí. Aké je však postavenie medzinárodného práva v slovenskom právnom poriadku a do akej miery sú medzinárodné normy vôbec relevantné pre diskusiu o legálnosti dočasných vyrovnávacích opatrení na Slovensku?

Slovensko patrí medzi štáty, ktoré uplatňujú dualistické vnímanie vzťahu medzi domácim a medzinárodným právom.⁹⁹ Podľa dualistickej doktríny, medzinárodné a národné právo sú dve odlišné entity.¹⁰⁰ Pokiaľ to nie je výslovne uvedené, domáce authority nie sú povinné aplikovať medzinárodné právne normy.¹⁰¹ Napriek tomuto dominantnému prístupu, po páde komunistického režimu získava medzinárodné právo v oblasti ľudských práv silnejúcu pozíciu. Listina ľudských práv a slobôd z roku 1991¹⁰² zaviedla princíp podľa, ktorého ratifikované medzinárodné zmluvy o ľudských právach sú univerzálne záväzné a majú prednosť pred národnými zákonmi.¹⁰³ Slovenská ústava však tento princíp

⁹⁸ Case C-450/93, Kalanke v. Bremen, 1995 E.C.R. I-1875; Case C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, 1997 E.C.R. I-6363

⁹⁹ Jana Mogelská "Platná právna úprava medzinárodnej zmluvy v Slovenskej republike" 79(1996) Právny obzor 408 at 409, Zdenek Koudelka, "Ústavní zmeny a medzinárodné právo na Slovensku a v Čechách, na Morave a ve Slezsku" 3(2001) Časopis pro právní vědu a praxi 279 at 279.

¹⁰⁰ Lois Henkin et.al., *International Law: Cases and Materials*, 3d ed. (St. Paul, MN: WestGroup, 1993) at 153-154.

¹⁰¹ Mogelská, *supra* poznámka 99 s. 409, Koudelka, *supra* poznámka 99, s. 279.

¹⁰² Listina základných práv a slobôd bola prijatá ako zákon 23/1991 Zb.

¹⁰³ Pozri nálež Ústavného súdu SR, ÚS Coll. II 18/1997, 25. marca 1997, rozhodnutie PL. ÚS. II 41/1999, 21. apríla 1999.)

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 2001,¹⁰⁴ podľa ktorej zmluvy ratifikované po 1. júli roku 2001 majú prednosť pred zákonom bez podmienky, že musia poskytovať väčší obsah práv.¹⁰⁵

V hierarchii právnych noriem sú tak ratifikované medzinárodné zmluvy subjektom ústavných limitov.¹⁰⁶ Medzinárodné zmluvy, ktoré dávajú možnosť prijímať dočasné vyrovnávacie opatrenia, teda podliehajú prípadným ústavným obmedzeniam. Napriek tomu ústavný súd vyslovil, že ústava nemôže byť interpretovaná spôsobom, ktorý by bol v rozpore s medzinárodnými ľudskoprávnymi dohovormi.¹⁰⁷

Ďalej je potrebné spomenúť, že porušenie ratifikovaných medzinárodných ľudskoprávných zmlúv môže byť napadnuté pred slovenskými súdmi,¹⁰⁸ a to najmä pred Ústavným súdom.¹⁰⁹ Pri interpretácii ústavných práv a slobôd sa pritom ústavný súd často opiera o medzinárodné ľudskoprávne zmluvy a rozhodnutia súdnych a kvázi súdnych orgánov, najmä Európskeho súdu pre ľudské práva.¹¹⁰ Žiaľ, ústavný súd sa tiež pomerne často opiera o literárne čítanie ústavy a vykazuje len pomerne obmedzenú schopnosť nasledovať ucelenú právnu filozofiu.

Konkrétne dočasné vyrovnávacie opatrenia, ako napríklad preferenčné zaobchádzanie, by boli len ťažko právne nárokovateľné pred ústavným súdom.¹¹¹ Vyššie uvedená analýza však naznačuje, že medzinárodné právo vyžaduje viac ako len možnosť prijať takéto opatrenia. V prípade ak je nejaká skupina, napríklad rómska menšina, vystavená faktickej nerovnosti, štáty majú povinnosť zabezpečiť

¹⁰⁴ Ústavný zákon č. 90/2001 Zb. To sa týka najmä komunitárneho práva EU.

¹⁰⁵ To sa týka noriem EÚ, medzinárodných ľudskoprávných dohôd, samovykonávajúcich medzinárodných dohôd a medzinárodných dohôd, ktoré priamo zakladajú práva a slobody právnických a fyzických osôb na Slovensku. Pozri čl. 7, ods. 5. Ústavy SR, Zákon 420/1992 Z.z.

¹⁰⁶ Pozri napr. Jozef Prusák, *Teória Práva* (Bratislava: Vydavateľské oddelenie Právnickej Fakulty, 1997) s. 190.

¹⁰⁷ Nález Ústavného súdu SR, PL. US 3/2001 z 20. novembra 2001

¹⁰⁸ Článok 144 Ústavy SR, *supra* poznámka 105.

¹⁰⁹ Článok 27 ods. 2, Ústavy SR, *ibid.*

¹¹⁰ Ústavný súd sa najčastejšie opiera o judikatúru Európskeho súdu pre ľudské práva. Radoslav Procházka kritizuje interpretatívne techniky Ústavného súdu ako “literalizmus” alebo “extrémny nedostatok sebadôvery”. Procházka tým myslí, extrémnu závislosť na texte Ústavy bez akejkoľvek odvahy pre interpretatívny konštruktivizmus. Radoslav Procházka, *Mission Accomplished: on Founding Constitutional Adjudication in Central Europe* (Budapest: Central European University Press, 2002) s. 249-263.

¹¹¹ Pozri časť 4, nižšie.

nápravu prostredníctvom pozitívnych opatrení. Ako sa k tejto povinnosti postavil ústavný súd vo svojom rozhodnutí o vyrovnávacích opatreniach?

4. Rozhodnutie o ústavnosti ustanovenia antidiskriminačného zákona umožňujúceho prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení

Väčšinové rozhodnutie¹¹² sa medzinárodnému právu venuje len veľmi okrajovo. Súd sa obmedzil na referenciu k medzinárodnému právu v sekcii „Základné východiská pre rozhodovanie“ v troch bodoch. Po prvé uznal, že princíp rovnosti a nediskriminácie patrí „k fundamentálnym prvkom medzinárodnoprávnej ochrany“.¹¹³ Súd sa ďalej nevenoval ďalšej otázke toho, ako je tento princíp zakotvený respektíve interpretovaný v medzinárodnom práve. Po druhé súd zdôraznil, že ustanovenie tzv. rasovej smernice o pozitívnych opatreniach, ktoré slúžilo ako zdroj pre sporné ustanovenie, nie je „vo vzťahu k členskému štátu nárokovateľné“.¹¹⁴ Po tretie, vychádzajúc z judikatúry Súdneho dvora ES, konštatoval, že vychýlenie zo všeobecného princípu rovnosti musí byť obmedzené na to, „čo je nevyhnutné a proporcionálne na dosiahnutie materiálnej rovnosti prostredníctvom pozitívnych opatrení. Takéto opatrenia musia byť vykladané **zúžujúco**“.¹¹⁵ V časti „Záverý ústavného súdu“, súd nenaznačil ako tieto tri východiská ovplyvnili jeho rozhodovanie. Je prekvapujúce, že súd sa vôbec nevenoval otázke medzinárodnoprávnej povinnosti štátu zabezpečiť faktickú alebo materiálnu rovnosť v užívaní základných ľudských práv v spojitosti so situáciou rómskej menšiny, ktorej sa toto ustanovenie najviac dotýka. Ak by sa súd vydal touto cestou, bol by prinútený oprieť sa o medzinárodné právo pri interpretácii sporného ustanovenia a jeho limitov a bolo by veľmi nepravdepodobné, že by vyslovil jeho protiústavnosť.¹¹⁶ Domnievam sa, že najdôležitejšou pre súd

¹¹² Pozri *supra* poznámka 2.

¹¹³ *Ibid.* para 11.

¹¹⁴ *Ibid.* para 18.

¹¹⁵ *Ibid.* para 18 (zvýraznenie ako v originály).

¹¹⁶ Pozri s. 26, nižšie.

bola druhá zmienka o medzinárodných záväzkoch resp. o nezáväznosti tohto ustanovenia v smernici. Nezáväznosť smernice súdu implicitne poslúžila ako „výhovorka“ pre to, aby sa medzinárodným právom hlbšie nezaoberal. Posledná tretia zmienka o medzinárodnom práve slúžila na poukázanie toho, čo spornému ustanoveniu chýba, nie na jeho interpretáciu tak, aby bola aplikácia v súlade s ústavou.

Sudcovia v nesúhlasných odlišných stanoviskách¹¹⁷ vyjadrili podstatne viac zmyslu pre interpretáciu slovenského práva z medzinárodnoprávneho pohľadu. Odlišné stanovisko sudkyne Gajdošovej, Horvátha a Bröstla sa oprelo o ustálenú rozhodovaciu prax ústavného súdu aj v tom ohľade, že v prípade dvoch možných interpretácií sporného ustanovenia – ústavným a neústavným spôsobom - má prednosť ten, ktorý je v súlade s ústavou.¹¹⁸ Toto východisko im dáva základ na argumentáciu z medzinárodnoprávneho hľadiska, ktoré obsahuje kľúč k tomu, aby bolo možné sporné ustanovenie interpretovať ústavným spôsobom. Navyše, odkaz na medzinárodné právo posilňujú aj čl. 1 a 2 slovenskej ústavy, ktoré obsahujú záväzok dodržiavať medzinárodné zmluvy.¹¹⁹ Gajdošová, Horváth a Brösl tiež zdôraznili, že sporné ustanovenie antidiskriminačného zákona sa usiluje o hľadanie ústavne akceptovateľných riešení medzinárodného záväzku zabezpečenia všeobecných princípov rovnosti. Preto argumentujú, že pri posúdení ústavnosti napadnutého ustanovenia je potrebné „porovnať posudzované riešenie v napadnutom ustanovení v kontexte iných medzinárodných zmlúv, ktorými je Slovenská republika viazaná a ktoré sú typovo, obsahovo a vecne podobné“.¹²⁰ Pri posudzovaní napadnutého ustanovenia a interpretácie jeho ústavnosti preto vychádzali z medzinárodných dokumentov ako je CERD, ICCPR a iné.

Sudca Mészáros argumentuje vo svojom odlišnom stanovisku o ústavnosti napadnutého rozhodnutia z iného uhla ako Gajdošová, Horváth a Brösl. Podľa Mészárosa je principiálne nemožná abstraktná analýza napadnutého rozhodnutia. Abstraktné preskúmanie ustanovenia, ktoré výlučne umožňuje prijatie vyrovnávacích opatrení, nie je spôsobilé dostať sa do rozporu s princípom

¹¹⁷ Odlišné stanovisko Mészáros, *supra* poznámka 16 a odlišné stanovisko Gajdošová et. al., *supra* poznámka 42.

¹¹⁸ Odlišné stanovisko Gajdošová et. al. *ibid.* para 2.

¹¹⁹ *Ibid.* para 1.

¹²⁰ *Ibid.* para 1.

spravodlivosti a narušiť ľudskú dôstojnosť iných. Až konkrétne opatrenie by sa do takéhoto rozporu dostať mohlo.¹²¹ Preto sa Mészáros nepotreboval oprieť o medzinárodné právo pri interpretácii sporného ustanovenia. Na podporu legálnosti takýchto opatrení v prospech rasových a etnických skupín však uviedol, že podpísaním a ratifikáciou CERD ich Slovensko prijalo do nášho právneho poriadku.¹²²

Napriek tomu, že je medzinárodné právo legitímnym zdrojom interpretácie ústavy a podrobne špecifikuje hranice prístupného rozdielného zaobchádzania, väčšinové rozhodnutie súdu sa o ň neoprelo. Z odlišného rozhodnutia Gajdošovej, Horvátha a Bröstla vyplýva, že ústavný súd by prišiel k opačným záverom keby preukázal chuť vymedziť limity možného rozdielného zaobchádzania na základe bohatej judikatúry relevantných medzinárodných ľudskoprávných súdnych alebo kvázi súdnych orgánov.

Väčšinové rozhodnutie ústavného súdu je nepresvedčivé a zrejme z dlhodobého hľadiska neudržateľné aj z dôvodu ďalších vnútorných rozporov. Po prvé súd rozhodoval v abstrakcii. Ústavný súd konštatoval, že materiálny prístup k rovnosti je sám o sebe v súlade s princípom právneho štátu¹²³ a vyplýva zo „všeobecných hodnôt ľudskej dôstojnosti, autonómnosti a rovnakej ceny každého individua“.¹²⁴ Podľa materiálneho chápania rovnosti, „v nerovnakých prípadoch treba s osobami zaobchádzať tak, aby to vyjadrovalo ich odlišné postavenie“.¹²⁵ Popri rovnosti vo výsledkoch, ústavný súd spomína aj rovnosť v príležitostiach ako jeden z materiálnych prístupov k rovnosti.¹²⁶ Podľa súdu, právny štát vyžaduje dodržiavania rovnosti príležitosti v praxi.¹²⁷ Pri takejto derogácii zo všeobecného zákazu diskriminácie musia byť prostriedky nevyhnutné a proporcionálne na dosiahnutie cieľa.¹²⁸ Avšak podľa súdu opomenutie vyjadrenia kritéria dočasnosti pri takýchto opatreniach by mohlo viesť k tomu,

¹²¹ Odlišné stanovisko Mészáros, *supra* poznámka 16 para 3.

¹²² *Ibid.* para 6.

¹²³ *Ibid.* para 22.

¹²⁴ *Ibid.* para 16.

¹²⁵ *Ibid.* para 15.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.* para 22.

¹²⁸ *Ibid.* para 17.

že dôjde k prevrátenej diskriminácii osôb a následne k porušeniu všeobecného princípu rovnosti.¹²⁹ Na záver súd teda konštatuje, že napadnuté ustanovenie: „prijímaním pozitívnych opatrení, ktorými sú aj vyrovnávacie opatrenia, zakladá zvýhodnenie (pozitívnu diskrimináciu) osôb, ktorá súvisí s rasovým alebo etnickým pôvodom.“¹³⁰ Pri takomto hodnotení súdu sa naskytá zásadná otázka vznesená aj sudcom Mészárosom. Ako môže ustanovenie, ktoré výlučne umožňuje prijímanie opatrení, ktoré sú principiálne v súlade s ústavou, diskriminovať? Je možné si predstaviť, že by mohli byť diskriminujúce už konkrétne opatrenia, ktoré by neboli nevyhnutné a proporčné, prípadne by trvali aj po dosiahnutí cieľa. Splnomocňujúce ustanovenie na prijímanie opatrení, ktoré sú legálne, nemá schopnosť niekoho diskriminovať.

S týmto argumentom súvisí aj ďalšie mätúce zamieňanie pozitívnej diskriminácie s dočasnými vyrovnávacími opatreniami. Na jednej strane súd rozlišuje vyrovnávacie opatrenia resp. pozitívne opatrenia od zakázanej pozitívnej či prevrátenej diskriminácie.¹³¹ Súd poukazuje na to, že zmyslom vyrovnávacích opatrení je zabezpečiť rovnosť príležitosti v praxi. Tieto opatrenia sú dočasné, lebo vyrovnávajú a kompenzujú znevýhodnenia a neporušujú všeobecný princíp rovnosti.¹³² Ak by však takéto opatrenia nemali určenú dočasnosť, mohlo by dôjsť k situácii, kedy by neodôvodnene zvýhodňovali skupiny osôb, čo by viedlo k ich zakázanej pozitívnej diskriminácii.¹³³ Túto argumentáciu možno považovať za zrozumiteľnú a pomerne presvedčivú. Nejasný je však nasledujúci text, kde paradoxne súd stotožňuje dočasné vyrovnávacie opatrenia so zakázanou pozitívnou diskrimináciou podľa článku 12(2). Za zmienku stojí relevantná citácia z rozhodnutia ústavného súdu:

„Právna úprava umožňujúca prijímanie osobitných vyrovnávacích opatrení z hľadiska pojmov rovnakých príležitostí a nediskriminácie a použitých techník by teda mohla byť ústavne akceptovateľná. (...) 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 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, vieru a náboženstvo, politické či iné

¹²⁹ *Ibid.* para 22.

¹³⁰ *Ibid.* para 25.

¹³¹ *Ibid.* para 22 a 23.

¹³² *Ibid.* para 22.

¹³³ *Ibid.* para 22 a 25.

zmysľanie, 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, a preto aj s čl. 12 ods. 1 ústavy.“

Osobitné vyrovnávacie opatrenia sú, ako pritom už vyššie súd sám zmienil, kvalitatívne odlišné od pozitívnej diskriminácie.¹³⁴

Nepresvedčivá je aj argumentácia v súvislosti so zákazom vyrovnávacích opatrení na základe etnického a rasového dôvodu. Súd argumentuje, že pri pozitívnej diskriminácii musí existovať základ v ústave, ako je to napríklad pri mladistvých, ženách alebo zdravotne postihnutých. Takýto základ súd nenašiel v prípade etnických či rasových skupín.¹³⁵ Keďže pri vyrovnávacích opatreniach nejde o pozitívnu diskrimináciu, ale o zabezpečenie rovnosti príležitosti, ktorý nie je v rozpore so všeobecným princípom rovnosti,¹³⁶ nie je potrebné hľadať ústavný základ pre rasové alebo etnické skupiny, pretože ide o kvalitatívne odlišné kategórie opatrení. Navyše zo samotnej podstaty koncepcie materiálnej rovnosti príležitosti v praxi vyplýva, že tá musí reflektovať realitu a prax. Samotná právna kategória *de facto* rovnosti dáva možnosť reflektovať empirickú skutočnosť. Pozitívna diskriminácia mladistvých, žien, a nakoniec aj národnostných menšín sa nesnaží a vlastne ani nemôže mať za cieľ elimináciu rozdielnych podmienok alebo asimilácie etnických menšín, lebo tie budú vždy existovať. V prípade dočasných vyrovnávacích opatrení pre rasové, etnické ale aj národnostné skupiny ide o dočasné opatrenia smerujúce k vyrovnaniu ich možnosti participovať najmä v sociálnom a ekonomickom živote. Ak teda existuje reálne skupina, definovaná na základe rasy, etnicity či

¹³⁴ *Ibid.* para 5. “Osobitné vyrovnávacie opatrenia v zmysle účelu antidiskriminačného zákona celkom jednoznačne nemožno považovať za tzv. pozitívnu diskrimináciu, teda za *zvýhodnenie* v zmysle ústavy, a preto sa tiež nemohli dostať do rozporu najmä s čl. 12 ods. 2 druhou vetou ústavy. Keďže účelom (cieľom) týchto osobitných vyrovnávacích opatrení je vyrovnávanie šancí (*equality of opportunity*), právo má zabezpečiť rovnaké šance *na začiatku*, vtedy treba osoby nachádzajúce sa v spoločnosti z určitých dôvodov v nevýhode pozdvihnúť na tú spoločenskú úroveň, aby spolu s väčšinou mohli štartovať z jednej štartovacej čiary. To však neznamená, že by štát dával spoločensky znevýhodneným (handicapovaným) cieľovým skupinám osôb právam naviac.“ *Ibid.* para 5.

¹³⁵ Je zaujímavé prečo sa súd nezaoberal menšinovým článkom najmä ak existuje precedens, ktorý hovorí o tom, že je to režim pozitívnej diskriminácie.

¹³⁶ *Ibid.* para. 2. „napriek tomu, že čl. 12 ods. 2 nepozná výnimku z princípu rovnosti v právach vo vzťahu k základným právam a slobodám, ktoré sa zaručujú v Slovenskej republike všetkým bez ohľadu na pohlavie, (...) podľa môjho názoru však pripúšťa rozdielne zaobchádzanie, ktorého účelom je v konečnom dôsledku zabezpečenie rovnosti v právach.“

národnosti, ktorá nemá rovnaké príležitosti, ako je to zjavné u významnej časti rómskej menšiny, rešpekt rovnosti príležitosti vyžaduje prijatie takýchto opatrení práve na tomto základe. Okrem toho, Slovensko sa v medzinárodných dohodách, najmä CERD, zaviazala dodržiavať *de facto* rovnosť pre etnické a rasové skupiny¹³⁷ ako aj na prijatie pozitívnych opatrení v prípade existencie faktických nerovností.¹³⁸

Základom týchto rozporov rozhodovania ústavného súdu sa javí máťúce rozlišovanie medzi pozitívnou diskrimináciou a dočasnými vyrovnávacími opatreniami. Odlišné stanoviská Mészárosa a Gajdošovej, Horvátha a Bröstla sú omnoho presvedčivejšie. Je to jednak argument sudcu Mészárosa o nemožnosti uskutočniť abstraktnú analýzu ustanovenia, ktoré iba umožňuje konanie, ktoré je ústavné. Mimoriadne významný je však aj jeho postreh, v ktorom posúva otázku spravodlivosti a rešpektu ľudskej dôstojnosti nad otázku právnej istoty, ktorá je „inherentná v princípe demokratického právneho štátu.“¹³⁹ Mészáros, podobne ako vyššie uvedené rozhodnutie Najvyššieho kanadského súdu, odvodzuje materiálnu alebo *de facto* rovnosť od princípu spravodlivosti a ľudskej dôstojnosti.¹⁴⁰ Prínosom odlišného stanoviska Gajdošovej, Horvátha a Bröstla je schopnosť a ochota oprieť sa o medzinárodné právo pri skúmaní napadnutého ustanovenia a hľadani ústavných limitov opatrení na zabezpečenie faktickej rovnosti.¹⁴¹

5. Možné legislatívne riešenie dočasných vyrovnávacích opatrení

Napriek negatívne väčšinovému rozhodnutiu ústavného súdu, prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení nie je protiústavné. Ústavný súd jednoznačne konštatoval, že dočasné vyrovnávacie opatrenia v prospech etnických, rasových alebo národnostných skupín, ktoré vychádzajú z princípu rovnosti príležitostí sú v súlade s princípmi právneho štátu zakotveného v slovenskej ústave.

¹³⁷ *Ibid.* para 6.

¹³⁸ Vyššie uvedenú argumentáciu možno aplikovať aj v prípade odlišného stanoviska sudcu Eduarada Báránaya k rozhodnutiu pléna Ústavného súdu SR vo veci sp. Zn. PL ÚS. 08/04-202 z 18. októbra 2005.

¹³⁹ Odlišné stanovisko Mészáros, *supra* poznámka 16, “úvod”.

¹⁴⁰ *Ibid.* para 22.

¹⁴¹ Gajdšová et. al., *supra* poznámka 42, para 2.

Takéto opatrenia musia byť dočasné, proporčné a nevyhnutné na zabezpečenie rovnosti príležitostí. Možné by preto bolo aj opätovné legislatívne vymedzenie, najvhodnejšie v antidiskriminačnom zákone. Takéto ustanovenie by malo jasne definovať hranice prípustného rozdielného zaobchádzania aj vymedzením typov dočasných opatrení prípadne povinnosťou monitoringu tých, ktorí prijímajú takéto opatrenia a/alebo príslušnej ľudskoprávnej inštitúcie.

Jednou z kontroverzných otázok je subjekt oprávnený na prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení. Keďže cieľom takejto politiky je podpora rovnosti, možnosť prijímať opatrenia by mali mať subjekty, ktoré sú najlepšie situované na dosiahnutie takéhoto cieľa.¹⁴² Pri takomto rozhodovaní sú rozhodujúce aj typy dočasných vyrovnávacích opatrení, ktoré vypovedajú o potenciálnych subjektoch.

Bossyut pritom rozdeľuje tri typy dočasných vyrovnávacích opatrení:¹⁴³

1. Afirmatívnu alebo vyrovnávajúcu mobilizáciu, ktorej cieľom je pomerne agresívna podpora cieľovej skupiny pri uchádzaní sa o zamestnania alebo pozície v školstve. Súčasťou takýchto opatrení sú školiace alebo prípravné programy zamerané na takúto podporu cieľovej skupiny. V slovenskom kontexte do tejto kategórie možno zaradiť aj zavádzanie rómskych asistentov učiteľa, nultých ročníkov a špeciálnych predškolských modulov na pomoc žiakom pri úspešnom zaradovaní do škôl.

2. Afirmatívnu spravodlivosť, ktorej cieľom je zabezpečenie efektívneho a dôveryhodného mechanizmu prijímania sťažností týkajúcich sa diskriminácie či zakotvovanie podrobných vnútorných pravidiel týkajúcich sa dodržiavania. Sem možno zaradiť aj diagnostické testy na správne zaradovanie rómskych detí do škôl ako prevenciu pred automatickým zaradovaním do špeciálnych škôl.

¹⁴² Fredman, *supra* poznámka 27, s. 178.

¹⁴³ Bossyut správa, *supra* poznámka 6, para. 72-80.

3. Afirmatívne preferencie, ktoré obsahujú opatrenia berúce do úvahy etnicitu pri poskytovaní sociálneho tovaru ako je napríklad zamestnanie alebo miesto vo vzdelávaní. Ide o opatrenia, ktoré zohľadňujú etnicitu pri prijímaní do zamestnania alebo škôl. Na to, aby bola splnená podmienka primeranosti a nevyhnutnosti je dôležité, aby bola etnicita len jedným z faktorov, aby z nej nevyplývalo automatické udeľovanie bodov.

Vo svojom rozdelení McCrudden¹⁴⁴ priradzuje k afirmatívnej mobilizácii a afirmatívnym preferenciám aj opatrenia smerujúce k odstraňovaniu foriem ekonomického a sociálneho znevýhodnenia, ktorými sú disproporčne postihnutí príslušníci určitých rasových alebo etnických skupín. Takéto opatrenia majú svoj zmysel najmä v situáciách, kedy celoplošné opatrenia nezabezpečili rovnosť príležitostí v praxi. V prípade rómskej menšiny na Slovensku by sme sem mohli zaradiť programy zamerané na zabezpečenie zdrojov pitnej vody, výstavbu nájomných bytov nižšieho štandardu alebo program zdravotných mobilných jednotiek.

Pri úvahe o možných oprávnených subjektoch na prijímanie takýchto typov dočasných vyrovnávacích opatrení treba vychádzať z toho, ktoré subjekty sú najlepšie situované na podporu zabezpečovania rovnosti v praxi. Popri štátnej správe, by to rozhodne mala byť aj samospráva, ktorá má kompetenciu prijímať a realizovať opatrenia najmä štvrtého typu. Ďalej by to mali byť súkromné právnické osoby a to najmä zamestnávateľia a školy, ktoré majú kompetenciu podporovať rovnosť príležitosti v praxi prostredníctvom prvých troch typov opatrení.

¹⁴⁴ Voľný preklad Christopher McCrudden, "The Constitutionality of Affirmative Action in the United States: A Note on *Adarand Constructors Inc. v. Peña*" 1 *International Journal of Discrimination and the Law* (1996) pp. 369-370. Alternatívnym rozdelením môže byť aj na „mäkké“ a „tvrdé“ opatrenia, ktoré si môžeme predstaviť na jednom spektre. Mäkké opatrenia, na jednej strane spektra, nemajú priamy vplyv na privilégia „už zvýhodnených osôb“ ako sú napríklad muži či zdravé osoby. Mäkké opatrenia vyžadujú extra úsilie na strane zamestnávateľa alebo poskytovateľa nejakého servisu. Príkladom sú mobilizačné opatrenia ako cieľená inzercia pracovných miest medzi znevýhodnenými skupinami. Tvrdé opatrenia, na opačnej strane spektra, majú väčší vplyv na „privilégia“ skupín v zvýhodnenej pozícii. Príkladom je keď školiace programy rezervujú niekoľko miest pre Rómov. Mark Bell, „Introducing Positive Action“ in *Putting Equality into Practice: What role for positive action?* (Luxembourg: Office for Publications of the European Communities, 2007) s.6.

Pri legislatívnom vymedzení dočasných vyrovnávacích opatrení je dôležitý aj ich monitoring. Každé opatrenie by totiž malo spĺňať test dočasnosti, nevyhnutnosti a proporcionality tak, aby nediskriminovalo iných. Štát môže prostredníctvom inštitúcií ako je napríklad Slovenské národné stredisko pre ľudské práva, ktoré je strešným orgánom antidiskriminačného zákona, monitorovať prijímané opatrenia vo verejnom aj súkromnom sektore. Stredisko tiež môže poskytovať konzultácie alebo metodické príručky pre osoby, ktoré môžu prijímať opatrenia na zabezpečenie toho, aby boli opatrenia primerané. Predchádzaniu zneužívania dočasných vyrovnávacích opatrení by mohol zákon uložiť povinnosť monitorovania aj zo strany tých, ktorí takéto opatrenia prijímajú.

Návrh zákonnej úpravy sa musí tiež vysporiadať s otázkou adresátov opatrení, ktorí sú definovaní na základe etnického, národnostného alebo rasového pôvodu. Príslušnosť občanov SR k etnickej skupine alebo národnostnej menšine je podľa slovenskej ústavy založená na sebaidentifikácií.¹⁴⁵ Implementácia dočasných vyrovnávacích opatrení na základe etnického alebo národnostného pôvodu by mala čo najviac rešpektovať individuálnu slobodu vyjadrenia príslušnosti k menšine. Spôsobov, ako sa vysporiadať s touto požiadavkou existuje niekoľko. Zásadným východiskom je, že dočasné vyrovnávacie opatrenia nesmú byť implementované bez súhlasu skupiny, ktorej sa týkajú. Túto požiadavku je možné uplatniť pri konkrétnych opatreniach v dvoch formách. Opatrenia by mali byť navrhované a implementované do praxe za aktívnej participácie komunit a členov, ktorých sa týkajú.¹⁴⁶ Okrem tejto požiadavky, je pri každom opatrení nutné prihliadať na to, aby bola rešpektovaná voľba každého jednotlivca prináležať k určitej skupine. Konkrétne formy týchto dvoch požiadaviek v praxi môže mať odlišnú podobu v závislosti od typu prijímaného opatrenia.

V prípade opatrení charakterizovaných ako afirmatívna mobilizácia, je splnenie týchto dvoch požiadaviek pomerne jednoduché. Príprava rekvalifikačných kurzov či prípravných kurzov by mala byť

¹⁴⁵ Čl. 12 ods. 3 Ústavy SR, *supra* poznámka 105.

¹⁴⁶ Táto požiadavka nakoniec vyplýva aj z ústavného práva menšín, pozri čl. 34 ods. 2(c) Ústavy SR, *supra* poznámka 105.

konzultovaná s príslušníkmi menšín. To či sa niekto skutočne do týchto prihlási, závisí od individuálnej voľby.

V prípade druhého typu, afirmatívnej spravodlivosti, ktorý nie je špecificky zameraný na určitú skupinu, je splnenie podmienky sebaidentifikácie tiež neproblematické. Využitie špeciálneho mechanizmu pre podozrenia z diskriminácie je založené na individuálnej voľbe.

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 dávať možnosť uviesť či neuviesť etnický pôvod.

V prípade sociálnych a ekonomických projektov, ktoré sú zrejme najfrekventovanejšie v kontexte rómskej menšiny na Slovensku, bude najdôležitejšia opäť otázka aktívnej participácie. Účast' komunity zabezpečí, že daná komunita v prospech ktorej sa isté opatrenia vykonávajú, s nimi súhlasí a podieľa sa na ich príprave a implementácii.

Uviedla som niekoľko možností ako sa vysporiadať s prístupom príslušnosti k menšine na základe sebaidentifikácie. Mojou snahou bolo naznačiť niekoľko možných prístupov a nie poskytnúť vyčerpávajúci návod. Pri každom opatrení sa totiž možno s prístupom sebaidentifikácie vysporiadať odlišne.

Aj keď sa prístup založený na sebaidentifikácii javí ako problematický, v praxi sa pravdepodobne väčšou dilemou stane problém zneužívania vyrovnávacích opatrení a s nimi spojených benefitov nečlenmi menšiny. Bolo by ťažké vopred zodpovedať ako vyriešiť takýto problém. Prax zrejme ukáže, pri ktorých typoch opatrení je zneužívanie najpravdepodobnejšie. Tradičným riešením takého problému je doplnenie subjektívneho kritéria pri určovaní členstva objektívnym, ako je

napríklad materinský jazyk.¹⁴⁷ Takéto kritérium nemusí byť však najvhodnejším prostriedkom v prípade rómskej menšiny.¹⁴⁸ V tomto štádiu je však stále predčasné sa zaoberať touto hypotetickou otázkou.

Aktuálnejšou je otázka zberu dát tak, aby bolo možné jasne identifikovať problém, ktorý sa politika dočasných vyrovnávacích opatrení snaží adresovať. Zber dát je tiež nevyhnutný na zisťovanie nevyhnutnosti a efektívnosti prijatých opatrení.¹⁴⁹ Zber dát na základe etnickej a národnostnej príslušnosti založených na sebaidentifikácii sa javí ako skresľujúci a nepresný najmä v prípade rómskej menšiny.¹⁵⁰ Zber etnických dát je nevyhnutným predpokladom pri eliminácii diskriminácie a je preto v súlade s medzinárodným právom. Príslušné medzinárodné inštitúcie nás opakovane vyzývajú na ich zber. Štátne inštitúcie sa opakovane vyjadrili, že zber dát mimo princípu sebaidentifikácie je v rozpore s platnými predpismi.¹⁵¹ Bolo by nad rámec tejto analýzy vyriešiť otázku zberu dát. Je však potrebné si uvedomiť, že zber dát, ktorý sa vykonáva so súhlasom skúmaných a pri náležitom ponaučení o tom, ako budú výsledky použité, je v súlade s princípom sebaidentifikácie. Dôležitý je pritom aj spôsob zberu, ktorý sa v súčasnosti javí ako necitlivý a môže mať vplyv na nízky stupeň sebaidentifikácie Rómov.¹⁵²

6. Záver

¹⁴⁷ Pozri teóriu Will Kymlicku podľa, ktorého majú menšiny právo na tzv. externé ochrany (external protections), ktoré majú za cieľ ochrániť kultúrne odlišnosti a identitu menšín. Formou takejto ochrany je napríklad aj objektívne kritériom jazyka. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford: Clarendon Press, 1995) at 36. Podobný názor zdieľa aj Výbor OSN pre ľudské práva, podľa ktorého menšiny majú oprávnený záujem určovať kritéria na determináciu skupinového členstva. Pozri *Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, UN GAOR, Human Rights Committee, 36th Sess., Supp. 17, UN Doc. A/36/40 (1981) 166 (merits) para 87; *Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, UNGAO, Human Rights Committee, 43 rd Sess., Supp. 40, Annex VII(G) UN Doc. A/43/40 (1988) 221 para. 9.5. S týmto prístupom môže nastať situácia, kedy sa externé ochrany stanú vnútornou reštrikciou voči niektorým členom skupiny. V prípade objektívneho kritéria jazyka, by mohlo ísť o obmedzenie menšinových práv pre tých, ktorých predkovia sa napríklad asimilovali a preto nehovoria jazykom menšiny aj keď sa cítia byť členmi. Pozri prehľad takejto kritiky v Jarmila Lajčáková, *Ethnocultural Justice for the Roma* (SJD dissertation, Faculty of Law, University of Toronto, 2007) s. 223-225.

¹⁴⁸ Lajčáková, *ibid.*

¹⁴⁹ Rovnosť príležitosti ako takú je pomerne ťažké merať, sledovať možno výsledky určitých opatrení, ktoré pritom vychádzajú z princípu rovnosti príležitosti. Pozri viac v *European handbook on equality data* (Luxemburg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007) s. 14.

¹⁵⁰ Pozri prehľad napr. v Lajčáková, *supra* poznámka 147, s. 89-93.

¹⁵¹ Pozri napr. posledne v Návrhu koncepcie výchovy a vzdelávania rómskych detí a žiakov vrátane rozvoja stredoškolského a vysokoškolského vzdelávania. Materiál predložil na rokovanie podpredseda vlády a minister školstva 19.12. 2007 pod číslom UV-23056/2007, prerušenie o tomto bode bolo prerušené.

¹⁵² *Roma and Statistics* (Princeton: Project on Ethnic Relations, 2000) s. 24.

Dočasné vyrovnávacie opatrenia vychádzajúce z materiálnej koncepcie rovnosti príležitosti sú v súlade s medzinárodným ľudským právom ako aj so slovenským ústavným právom. Ich cieľom je zabezpečovanie materiálnej rovnosti šancí pre členov znevýhodnených skupín. Na Slovensku existuje značná disproporcía medzi šancami, ktoré majú príslušníci dominantnej skupiny a šancami, ktoré má značná časť Rómov. Existencia tejto nerovnosti odôvodňuje prijímanie dočasných vyrovnávacích opatrení v prospech tejto menšiny. V prílohe k tejto analýze som navrhla možné paragrafové znenie ustanovenia, ktorého cieľom je poskytnúť ústavný spôsob prijímania dočasných vyrovnávacích opatrení. Nejde o nejakú dramatickú formu sociálneho inžinierstva, ale len spresnenie podmienok už existujúcej politiky, ktorá je implementovaná z veľkej časti vládou, samosprávnymi orgánmi, prípadne mimovládny sektorom. Je vhodné legislatívne upraviť formy a obmedzenia dočasných vyrovnávacích opatrení na to, aby sa najmä ujasnili podmienky takýchto politik, obzvlášť po problematickom rozhodnutí ústavného súdu.

Príloha 1.

Predbežný legislatívny návrh dočasných vyrovnávacích opatrení

Možné zaradenia ako **paragraf 8a** zákona o č. 365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov a o ďalšom postupe v platnom znení.

- (1) Povinné subjekty podľa tohoto zákona môžu prijímať dočasné vyrovnávacie opatrenia zamerané na zabezpečenie rovnosti príležitostí v praxi pre príslušníkov znevýhodnených (rasových), etnických alebo národnostných menšín v oblastiach, ktoré upravuje tento zákon.
- (2) Dočasné vyrovnávacie opatrenie nie je diskrimináciou pokiaľ je nevyhnutné a primerané na zabezpečenie rovnosti príležitostí v praxi pre príslušníkov znevýhodnených etnických alebo národnostných skupín.

Dočasné vyrovnávacie opatrenie sú [najmä]:

- (a) opatrenie zamerané na odstránenie foriem sociálneho a ekonomického znevýhodnenia, ktorým sú disproporčne postihnutí príslušníci znevýhodnených etnických a národnostných skupín,
 - (b) opatrenie spočívajúce v podporovaní záujmu príslušníkov znevýhodnených etnických a národnostných skupín o zamestnanie, vzdelávanie, zdravotnícke služby prostredníctvom aktívneho a cieľového zverejňovania relevantných informácií,
 - (c) opatrenie smerujúce k odstráneniu diskriminačného rozhodovania v oblastiach, ktoré upravuje tento zákon prijímaním alebo posilňovaním kontrolných a odvolacích vnútroorganizačných mechanizmov,
 - (d) opatrenie smerujúce k vytváraniu rovnosti v prístupe k zamestnaniu a vzdelávaniu napríklad prostredníctvom poskytovania cieľových prípravných programov pre príslušníkov znevýhodnených etnických a národnostných skupín,
 - (e) opatrenie, ktoré zohľadňuje nerovnosť šancí znevýhodnených príslušníkov etnických alebo národnostných skupín v ich prístupe k zamestnaniu alebo vzdelávaniu. Takéto opatrenie nesmie viesť k vytváraniu kvót v danej oblasti.
- (3) Dočasné vyrovnávacie opatrenia musia byť zastavené po naplnení svojho cieľa zabezpečenia rovnosti príležitostí v praxi pre príslušníkov znevýhodnených etnických a národnostných skupín.
 - (4) Povinné subjekty sú povinné priebežne monitorovať a vyhodnocovať prijímané dočasné vyrovnávacie opatrenie z hľadiska ich zabezpečovania rovnosti príležitosti v praxi pre príslušníkov znevýhodnených etnických a národnostných skupín.
 - (5) Na požiadanie povinných subjektov, Stredisko pre ľudské práva vypracuje v lehote do 30 dní odborné stanovisko k návrhu dočasných vyrovnávacích opatrení podľa kritérií vymedzených v odsekoch 1-3.