

ANTIDISKRIMINAČNÍ ZÁKON A JEHO EKONOMICKÉ A PRÁVNÍ SOUVISLOSTI Z POHLEDU LIBERÁLNÍ EKONOMIE

Dagmar Brožová, Vysoká škola ekonomická Praha

1. Úvod

Vznik a schválení tzv. antidiskriminačního zákona, resp. zákona o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů, byl iniciován požadavky práva Evropských společenství na zajišťování rovného zacházení a ochrany před diskriminací. Podle požadavků komunitárního práva¹ má právní řád každého členského státu diskriminaci nejen zakazovat,² ale i diskriminaci definovat, zřetelně vymezit pojmový aparát a určit nástroje právní a institucionální ochrany před diskriminací. Strastiplná schvalovací procedura antidiskriminačního zákona byla ukončena v Parlamentu ČR dne 17. 6. 2009, kdy sněmovna po více než roce zvrátila veto prezidenta republiky a antidiskriminační zákon schválila.³

Článek se zabývá zákazem diskriminace z hlediska pohlaví ve stávajícím právu ES a v ČR a mapuje stávající antidiskriminační soudní praxi v ČR (část 2 a 3). Následně si vybírá a posuzuje vybraná ustanovení antidiskriminačního zákona z hlediska jejich ekonomických důsledků, resp. ukazuje, jaké chování ekonomických subjektů tato ustanovení vynucují a zda je toto chování v souladu s ekonomickými pravidly tržní ekonomiky (část 5). Východiskem k tomu je náčrt východisek vztahu ekonomie a práva (část 4). Ačkoliv je působnost zákona mnohem širší, moje pozornost bude v tomto příspěvku zaměřena zejména na to, jak vybraná ustanovení antidiskriminačního zákona ovlivní postavení žen na trhu práce, resp. diskriminaci žen na trhu práce, neboť je to téma, které poutá hodně pozornosti, a to nejen mezi odborníky různých vědních disciplín, ale i na veřejnosti, v médiích, i na naší politické scéně.

1 Právo Evropských společenství (ES, EU).

2 Zákaz diskriminace znamená zakotvení principu rovnosti všech lidí v pozitivním právu. Princip rovnosti je právně filosofickým postulátem, který je v rovině pozitivního práva garantován zákazem diskriminace. Viz nálezk Ústavního soudu sp. zn. Pl ÚS 42/04 ze dne 6. 6. 2006.

3 Návrh zákona schválila Poslanecká sněmovna dne 19. 3. 2008 a později Senát (23. 4. 2008). Ten však zároveň přijal doprovodné usnesení (senátní tisk č. 225, www.senat.cz), v němž mj. deklaruje, že „...považuje antidiskriminační zákon za nástroj implementace požadavků vyplývajících z evropského práva, ...neztotožňuje se však s charakterem normy, která umělým způsobem zasahuje do přirozeného vývoje společnosti, nerespektuje kulturní odlišnosti členských států a požadavek rovnosti ve výsledku povyšuje nad princip svobody volby.“ Prezident ČR následně tento návrh vetoval, neboť celý zákon považuje za nadbytečný a neefektivní (viz dopis předsedovi PS ze dne 16. 5. 2008, www.klaus.cz). Dne 17. 6. 2009 zákon opětovně schválila Poslanecká sněmovna. Antidiskriminační zákon vyšel ve sbírce zákonů pod č. 198/2009 Sb., nabyl účinnosti 1. 9. 2009, ustanovení o veřejném ochránci práv pak 1. 12. 2009.

2. Zákaz diskriminace v právu Evropského společenství (ES)

Amsterodamská smlouva: legislativní status quo

ES má pravomoc vytvářet právní normy závazné nejen pro členské státy, ale i pro subjekty uvnitř těchto států, přičemž je toto komunitární právo (*community law*)⁴ nadřazeno právu jednotlivých členských zemí. Problematika zákazu diskriminace je upravena v primárním právu ES, tj. ve Smlouvě o založení Evropských společenství (SES), a v dalších smlouvách, např. v Amsterodamské smlouvě. Dále v sekundárním právu (*community acts*), které zahrnuje mj. směrnice (*directives*), a v judikatuře Evropského soudního dvora, která doplňuje, dotváří a vykládá primární i sekundární právo ES.

Amsterodamská smlouva (AS, novelizace SES, která vstoupila v platnost 1. 5. 1999) zakotvuje princip rovnosti pohlaví jakožto jeden ze základních cílů Evropského společenství:

„Úkolem Společenství je... podporovat ... vysokou úroveň zaměstnanosti, sociální ochrany a rovné zacházení s muži a ženami“ (čl. 2).

„...ve všech činnostech ... podporuje Společenství rovné zacházení s muži a ženami.“ (čl. 3).

Podle článku 13 AS může Rada ES na návrh Evropské komise a po konzultaci s Evropským parlamentem učinit jednomyslně opatření, včetně legislativních, k potírání diskriminace z důvodu pohlaví. Zásadní význam v oblasti rozvoje principu rovnosti mužů a žen má článek 141 AS, jehož předchůdcem byl článek 119 Římské smlouvy⁵ (Smlouva o založení Evropského hospodářského společenství, 1957), který mj. doplnil antidiskriminační legislativu o možnost zavedení pozitivních opatření ve prospěch méně zastoupeného pohlaví. Podle čl. 141 AS

„Každý členský stát zajistí uplatnění zásady stejné odměny mužů a žen za stejnou nebo rovnocennou práci.“ (odst. 1).

„...odměnou ... se rozumí obvyklá základní či minimální mzda nebo plat a veškeré ostatní dávky, které zaměstnavatel přímo nebo nepřímo ... vyplácí pracovníkovi z titulu pracovního poměru.“ (odst. 2).

Čl. 141 následně vychází ve svém druhém odstavci při hodnocení stejné práce z tzv. objektivních kritérií, tj. z obsahu pracovního úkolu a náplně práce, nikoliv z kvalit a charakteristik konkrétního pracovníka, který tuto práci vykonává.

Čl. 141 má přímý účinek, tedy jde o právo dovolávat se přímo příslušného ustanovení komunitárního práva, a to jak vůči státu a jeho orgánům (když by rovnost v odměňování na základě pohlaví nedodržoval některý orgán státní správy, jde o tzv.

4 Community law je součástí Acquis Evropské unie.

5 Podnětem k původní úpravě byla iniciativa Francie, která trvala na tom, aby Smlouva zavazovala členské státy k dodržování zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy. Argumentem Francie bylo, že bez přijetí tohoto pravidla by se v důsledku volného pohybu pracovníků zhoršilo postavení Francouzů na pracovních trzích, neboť ve Francii mají garantované právo na odměnu za práci za stejných podmínek jako muži. Viz Pláničková, 2008, s. 6.

vertikální přímý účinek), tak i vůči jiné soukromé osobě (např. zaměstnavateli, tzv. horizontální přímý účinek). Odpovědnost zde nesou i subjekty soukromého práva, které podléhají právu daného státu.⁶

Podrobnější úprava diskriminační problematiky je obsažena v sekundárním právu, resp. ve směrnici Evropského Parlamentu a Rady ES. Směrnice jsou právní akty, které jsou podle čl. 249 SES závazné pro každý stát, kterému jsou určeny, pokud jde o výsledek, jehož má být dosaženo, přičemž volba forem a prostředků se ponechává na rozhodnutí vnitrostátním orgánům. Směrnice tedy musí být transponovány do právních řádů členských zemí, tak, aby byl zachován stanovený cíl a přitom aby bylo využito místních legislativních zvyklostí.

Směrnice Rady 2006/54/ES⁷ o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání nejprve definuje přímou a nepřímou diskriminaci (čl. 1), v čl. 3 ustanovuje pozitivní kroky v tom smyslu, že

„...členské státy mohou zachovat nebo přijmout opatření ve smyslu čl. 141 AS za účelem zajištění plné a skutečné rovnosti mezi muži a ženami v pracovním životě....“

V čl. 4 zakazuje diskriminaci:

„V případě stejné práce nebo práce, které je přičítána stejná hodnota, se odstraní přímá a nepřímá diskriminace na základě pohlaví, pokud jde o všechna hlediska a podmínky odměňování“.

Čl. 14 zajišťuje rovné zacházení, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky. Čl. 19 upravuje důkazní břemeno. V případech diskriminace na základě pohlaví žalobce nenese v případě soudního sporu důkazní povinnost, má pouze povinnost tvrzení. Důkazní povinnost se přesouvá ze žalobce na žalovaného v případech, kdy byly žalobcem uvedeny skutečnosti, ze kterých lze dovodit, že k diskriminaci (přímé nebo nepřímé) došlo, a je na žalovaném, aby prokázal, že z jeho strany nešlo o diskriminační jednání, v odst. 1 se uvádí, že

„Členské státy přijmou v souladu se svými vnitrostátními soudními systémy nezbytná opatření pro zajištění toho, aby v případě, kdy se určitá osoba cítí poškozena nedodržením zásady rovného zacházení a předloží soudu nebo jinému příslušnému orgánu skutečnosti nasvědčující tomu, že došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci, příslušelo žalovanému prokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení“.

Podle odst. 2 odstavce 1 *„...nebrání členským státům přijmout pravidla o dokazování, která jsou pro žalobce příznivější“.*

6 Doporučující charakter má Charta základních práv EU (Nice 2000), která v kap. III. Rovnost deklaruje obecný zákaz diskriminace.

7 Tato směrnice nahrazuje mj. směrnici Rady 75/117/EHS z roku 1975 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se uplatňování zásady stejné odměny za práci pro muže a ženy, směrnici 76/207/EHS z roku 1976 o zavedení zásady rovného zacházení pro muže a ženy, pokud jde o přístup k zaměstnání, odbornému vzdělávání a postupu v zaměstnání a o pracovní podmínky a směrnici 97/80/ES z roku 1997 o důkazním břemenu v případech diskriminace na základě pohlaví, jejichž platnost skončila k 15. 8. 2009. Rovné zacházení v zaměstnání a povolání upravuje též rámcová směrnice 2000/78/ES.

Judikatura Soudního dvora je dalším pramenem antidiskriminačního práva. Doplnuje, dotváří a vykládá primární a sekundární právo ES. Jde o důležité precedenční soudní rozsudky, které demonstrují interpretaci komunitárního práva. Judikatura z oblasti zákazu diskriminace na základě pohlaví nejen že ovlivnila doktrínu tzv. přímého účinku směrnic, ještě vytvořila doktrínu jejich tzv. nepřímého účinku (resp. jejich eurokonformního výkladu).⁸

Soudní dvůr ES (podle článku 234 SES) vykonává dozor nad dodržováním práva společenství, dohlíží, aby výklad práva byl ve všech zemích stejný, tzn., aby byla dodržována zásada právní jistoty pro všechny občany společenství. Soudní dvůr formuloval základní principy práva společenství pro členské země: doktrínu přímého účinku komunitárního práva a zásadu přednosti práva společenství. Členské země při vstupu do společenství přijaly tento nadstátní právní řád a v jeho prospěch se zároveň vzdaly části své právní suverenity.

Judikatura soudního dvora zahrnuje a rozpracovává zásadní právní instituty, které jsou následně implementovány do právních systémů jednotlivých členů společenství. Jde např. o *zásadu rovnosti v odměňování mezi muži a ženami, nepřímou diskriminaci a přesun důkazného břemene*.

3. Zákaz diskriminace v právu ČR

Zákaz diskriminace a princip rovného zacházení a rovných příležitostí pro muže a ženy je zakotven v národních právních normách České republiky. Artikulují základní lidská práva a demokratické principy, jimiž se řídí fungování naší společnosti. Zásadní východiska v podobě zaručení základních práv a svobod všem bez rozdílu pohlaví zakotvuje *Ústava České republiky* a *Listina základních práv a svobod*, která je součástí ústavního pořádku ČR. Základní práva a svobody deklaruje jako nezadatelné, nezci- zitelné, nepromlčitelné a nezrušitelné (čl. 1) a základní práva a svobody se zaručují všem bez rozdílu pohlaví (čl. 3). Velmi důležitou oblastí aplikace principu rovného zacházení a rovných příležitostí je oblast trhu práce, z hlediska jurisdikce upravené v právu pracovním.⁹ Právem na rovné zacházení se rozumí právo nebýt diskriminován z důvodů, které stanoví zákon. Uplatňování a vymahatelnost práva a ochranu před diskriminací zajišťují obecné soudy.

Zákon č. 1/1992 Sb. o mzdě, odměně za pracovní pohotovost a průměrném výdělku v § 4a *Stejná mzda za stejnou práci a za práci stejné hodnoty* v odst. 1 nařizuje:

⁸ Viz Bobek, Boučková, Kühn, 2007, s. 141.

⁹ Základními právními dokumenty jsou: Usnesení předsednictva ČNR č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, a č. 2/1993 Sb. O vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku ČR, v oblasti pracovního práva pak zákon č. 1/1992 Sb. o mzdě, odměně za pracovní pohotovost a o průměrném výdělku, zákon č. 143/1992 Sb. o platu a odměně za pracovní pohotovost v rozpočtových a některých dalších organizacích a orgánech, zákon č. 218/2002 Sb. o službě státních zaměstnanců ve správních úřadech a odměňování těchto zaměstnanců a ostatních zaměstnanců ve správních úřadech (služební zákon), zákon č. 435/2004 Sb. o zaměstnanosti, zákon č. 262/2006, zákoník práce a další.

„Podmínky pro poskytování mzdy musí být stejné pro muže a ženy. Zaměstnancům, kteří vykonávají stejnou práci nebo práci stejné hodnoty, přísluší stejná mzda. Stejnou práci nebo práci stejné hodnoty se rozumí práce stejné nebo srovnatelné složitosti, odpovědnosti a namáhavosti, která se koná ve stejných nebo srovnatelných pracovních podmínkách, při stejných nebo srovnatelných pracovních schopnostech a pracovní způsobilosti zaměstnance a při stejné nebo srovnatelné pracovní výkonnosti a výsledcích práce, a to v pracovním poměru ke stejnému zaměstnavateli“.

Dále zákon podrobně vysvětluje posuzování všech výše sledovaných a požadovaných atributů práce. Výslovně bych zmínila odst. 5:

„Pracovní výkonnost se posuzuje podle intenzity a kvality prováděných prací a výsledky práce se posuzují podle množství a kvality“.

Je zřejmé, že naše národní právní norma bere v úvahu nejen objektivní charakteristiky práce, tj. náplň práce, ale rovněž přihlíží jednak k množství a kvalitě vykonané práce a jednak zohledňuje kvalitu a charakteristiky pracovníka, který ji vykonává. Mnohem lépe tedy zakomponovává do právního předpisu ekonomické charakteristiky, které jsou zásadní pro rozhodování ekonomických subjektů.

Zákon č. 435/2004 Sb. o zaměstnanosti v § 4 upravuje *Rovné zacházení a zákaz diskriminace při uplatňování práva na zaměstnání*, rovněž definuje přímou a nepřímou diskriminaci:

„...při uplatňování práva na zaměstnání je zakázána přímá i nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví....“ (odst. 2).

„Přímou diskriminací se rozumí jednání, kdy je, bylo nebo by bylo na základě rozlišování podle vymezených diskriminačních důvodů s fyzickou osobou zacházeno méně příznivě než... s jinou osobou ve srovnatelné situaci.“ (odst. 5)

„Nepřímou diskriminací se rozumí jednání, kdy by zdánlivě neutrální rozhodnutí, rozlišování nebo postup zvýhodňuje fyzickou osobu vůči jiné za základě rozlišování ... podle pohlaví.“ (odst. 6).

Kromě přímé a nepřímé diskriminace rozlišuje dále obtěžování, sexuální obtěžování a pronásledování, za diskriminaci považuje i pokyn k diskriminaci a navádění k diskriminaci. Za diskriminaci z důvodu pohlaví se považuje i diskriminace z důvodu těhotenství a mateřství. Právní norma rovněž výslovně stanoví, co se za diskriminaci nepovažuje.

Pokud došlo k porušení práva na rovné zacházení nebo k porušení zákazu diskriminace, v §4 (odst. 10) je zakotveno

„...právo oběti diskriminačního jednání domáhat se upuštění od takového jednání a odstranění důsledků tohoto jednání“, a rovněž

„...právo na zadostiučinění, v případě nemajetkové újmy v penězích, byla-li snížena důstojnost osoby.“ (§ 4, odst. 11 a 12).

Povinnost zaměstnavatelů zajišťovat rovné zacházení se všemi zaměstnanci je od 1. 1. 2007 obsažena rovněž v **zákoníku práce**, tj. resp. v **zákoně č. 262/2006 Sb.**, v § 1/3. Zákoník práce ustanovuje pouze obecnou povinnost zaměstnavatele dodržovat

zásadu rovného zacházení. V dalším, pokud jde o vysvětlování pojmů, definice a právní postupy se odvolává na antidiskriminační zákon (§ 17). Ovšem v kontextu stávajících legislativních úprav antidiskriminační problematiky a legitimních snah právní systém zjednodušovat a zprůhledňovat, jeví se další zákon spíše jako nadbytečný a v mnohých ustanoveních duplicitní.

Ačkoliv se diskriminace u nás dostává do soudní praxe jen velmi pozvolna, přesto se kauzy s motivem diskriminace na základě pohlaví (žen) soudí již nyní podle stávající občanskoprávní a pracovněprávní legislativy (viz tab. 2). Tuto etapu bychom mohli nazvat etapou tvorby precedenčních soudních rozhodnutí. Tento stav je důkazem skutečnosti, že právní legislativa existuje. Jinou otázkou jsou důvody, proč se diskriminace nedostává před soud častěji. Tyto důvody souvisí jednak se specifikou diskriminačních soudních kauz, a jednak jsou zapříčiněny obecnými neduhy naší soudní praxe.

Tab. 1

Pravomocná rozhodnutí soudu v občanskoprávních věcech – počet věcí

Typ sporu	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
spory z pracovního poměru s motivem diskriminace na základě pohlaví (žen) a potlačování práv náležejícím ženám podle § 149 až 161 ZP	0	0	0	1	5	3	5
skončení pracovního poměru v souvislosti s diskriminací na základě pohlaví	0	0	0	0	1	1	1
mzdová diskriminace na základě pohlaví	0	1	0	0	5	0	4

Zdroj: Odbor dohledu, oddělení spisové služby a výkaznictví Ministerstva spravedlnosti ČR (15. 3. 2009)

Specifikou diskriminačních soudních kauz je mj. obtížnost dokazování. U soudního jednání musí žena např. prokázat, že její plat byl nižší než plat jejího stejné výkonného mužského kolegy, nebo že s ní zaměstnavatel zacházel odlišně než s mužským kolegou na stejné pozici, případně jí poskytoval odlišné podmínky pro výkon práce. Toto dokazování však v praxi není vůbec jednoduché. Jednak se ve firmách o výši mezd obecně příliš nemluví, jednak je v mnoha případech velmi složité změřit a porovnat odvedený výkon, tj. množství a zejména kvalitu práce. To se týká zejména manažerských pozic. Zde mnohdy čas strávený v zaměstnání nic nevypovídá o konečném úspěchu či neúspěchu, který má podobu jedinečných rozhodnutí, které lze těžko srovnávat. Roli zde hraje kvalita lidského kapitálu, např. schopnost komunikace v cizích jazycích, schopnost aktivní práce s moderními komunikačními technologiemi, invence, schopnost originálních a rychlých řešení, apod. Obtížnost dokazování je jedním z faktorů, který odrazuje od využití práva. Soudní proces je v důsledku toho považován za riskantní záležitost. Soudců a advokátů se znalostmi problematiky diskriminace žen z hlediska pohlaví s odvahou vést kauzy s nejistým výsledkem a tvořit zmíněné právní precedenty je zatím poskrovnu. V praxi je např. pro ženy, které

se cítí být diskriminací dotčeny na trhu práce, obtížný již ten první krok: najít dobrého právního zástupce.¹⁰

Situaci nezlepšují ani informace o projednávaných antidiskriminačních případech. Rozhodnutí soudů, až na výjimky,¹¹ se u nás zpravidla nezveřejňují. Veřejnost je o rozhodnutích v diskriminačních kauzách informována pouze povrchně z médií. Jak uvádějí Bobek, Boučková a Kühn (2007, s. 252), bez publikace rozhodnutí v právnických časopisech a bez jejich odborné analýzy nemohou být tato rozhodnutí přínosem pro budoucí vývoj diskriminačních kauz. Nemohou sloužit jako studijní materiály pro advokáty, jak žaloby vypracovávat, ani pro soudy, jak při projednávání případů postupovat.

Navíc soudní projednávání diskriminačních případů, a to ať již s jakýmkoli výsledkem, ženy stigmatizuje. Skutečnost, že se rozhodly postavit proti zaměstnavateli, ať již verdikt soudu diskriminaci potvrdí či vyvrátí, zhoršuje jejich pozici v jednání s ostatními potenciálními zaměstnavateli, a ony potom nemohou najít zaměstnání jinde v oboru. Proto se málokterá diskriminovaná žena rozhodne obrátit na soud. Autorita justice a soudního rozhodnutí zatím není ve vnímání společnosti dostatečná a tudíž i společenský odsudek případně prokázaného diskriminačního jednání a jeho původce v naší společnosti zatím chybí. To také znamená, že ovlivňování povědomí lidí a jejich budoucího jednání tady nepůsobí.¹²

K dalším důvodům patří nepochybně vysoké náklady soudního řízení (v případě neúspěchu i povinnost placení nákladů protistrany), úhrada soudních poplatků a výloh a náklady na služby právního zástupce, které jsou nemalé. Soudní projednávání na různých instancích obvykle trvá několik let a to významně zvyšuje náklady. Zde se otevírá prostor pro řešení diskriminace podle R. Coaseho. Vysoké náklady soudních jednání, které trvají velmi dlouho, stigmatizace žen a obtížnost dokazování vytvářejí překážky ochraně vlastnických a osobnostních práv u soudu. Právní systém a jeho (ne)fungování v těchto případech snižuje ekonomickou efektivnost. Avšak i tomuto řešení mimosoudními dohodami o odškodnění brání poměrně vysoká cena právnických služeb a netlačí na ně ani zatím neexistující společenský odsudek a internalizace nepřijatelnosti diskriminačního jednání ve společnosti.

4. Ekonomie, právo a svoboda

Právo, které by mělo manifestovat pravidla chování ve společnosti, které tato jako taková akceptovala, dává společnosti řád. Skutečnost, že lidé respektují a dodržují toto právo, ho přirozeně uvádí v život, a je zároveň potvrzením jeho správnosti, resp. spravedlnosti. Tato pravidla chování ve společnosti se neobejdou bez zásadních

10 Právní pomoc v těchto věcech poskytuje např. na problematiku diskriminace specializovaná nevládní nezisková organizace Gender Studies, odkud z valné části pocházejí advokátky vedených diskriminačních sporů.

11 Ústavní soud ČR, Nejvyšší soud ČR a Nejvyšší správní soud.

12 Je obecně známo, že např. v USA se opírají o relativně vysokou společenskou autoritu justice, kde případná žaloba u soudu může mít velký vliv na vnímání firmy ve společnosti a tím i na její budoucnost. Prostředky práva zde významně přispívají k odstraňování diskriminace z důvodu rasy a pohlaví. Existuje zde celá řada precedentů, které společnost internalizuje do svého jednání a vědomí. Subjekty, které by uplatňovaly diskriminační chování, má společnost tendenci vylučovat z ekonomického i politického diskurzu.

principů ekonomického chování lidí v tržní konkurenci, již jsou nepřetržitě vystaveni. Pro řádné fungování společnosti je tudíž důležitý soulad mezi právem (tím, co je zapsáno v právních normách) a obecným právním vědomím, které může být reprezentováno např. formou obecného povědomí nebo formou veřejného mínění (co si lidé myslí, že je respektabilní a správné). Právo by proto vždy mělo respektovat konkrétní společnost, její nazírání na svět, její historii, tradice i současné přesvědčení jejích členů o tom, co je prospěšné a správné. Potom dodržování práva nečiní subjektům žádné zvláštní potíže. Právo by tudíž nemělo zavádět umělé právní instituty, se kterými mají lidé problém se ztotožnit.¹³

Vztahu mezi právem a řádem v lidském jednání a lidské společnosti přisuzuje Hayek zásadní význam, a to zejména pro zachování její svobody (Hayek, 1991). Právo, které chápe jako soubor pravidel správného chování, které lidé spontánně dodržují, dává řád svobodné společnosti. Tento spontánní řád je založen na fungování trhu. A pochopení tržních pravidel je nezbytné pro tvorbu práva: "... bez ... pochopení toho, co posměváčkové stále zlehčují jako „neviditelnou ruku,“ je fungování pravidel správného chování vskutku nesrozumitelné a právníci takové pochopení zřídka mají."¹⁴

Za úhelny kameny vztahu ekonomie a práva lze označit *koncept soukromého vlastnictví* a *institut svobody smlouvy*. Existence soukromého vlastnictví a respekt k němu je základem pro uspořádání života ve společnosti a tedy rovněž ekonomických vztahů v ní.¹⁵ Svoboda smlouvy umožňuje vykonávání vlastnických práv a potvrzuje dobrovolnost tržních transakcí při uplatnění principu svobody volby. Zatímco ekonomie studuje fungování trhu a rozhodování ekonomických subjektů na něm v souladu s pravidly ekonomické efektivnosti, právníci často utvářejí pravidla chování lidí ve společnosti, aniž by se zajímali o ekonomický smysl a účel těchto pravidel.¹⁶ S rozvojem veřejného práva se právo jako takové vzdalovalo osvědčeným zvykům a tradicím a ustanovovalo ve stále větší míře normy vyplývající z cílů stanovovaných autoritou státu. Čím méně bylo právo souborem pravidel správného chování, tím více se stávalo souborem předpisů a norem vymezujících činnost státního aparátu. S tím také souvisí i zatlačování soukromého práva a jeho přirozených kořenů právem veřejným.

Přístup, který usiluje tuto dichotomii překonat, je *ekonomická analýza práva*.¹⁷ Právo v konečném důsledku nahlíží jako výsledek racionálního chování lidí sledujících vlastní zájmy. Podle Richarda Posnera, hlavního reprezentanta toho směru

13 Viz Šíma, Suk, 1997, s. 2.

14 Hayek, 1994, s. 108.

15 „Je-li vlastnictví respektováno a mohou-li neomezeně podnikatelé v oblasti vlastnických práv transformovat principy společenského jednání do praxe, můžeme hovořit o společenském řádu založeném na vlastnictví. Je-li vlastnictví zákony nerespektováno, pak můžeme hovořit o „zvrácení práva“ či zákonném loupení.“ Šíma, 2004, s. 126.

16 Na tento problém poukazuje např. T. Ježek, když se zabývá odkazem F. Hayeka. Poukazuje na to, že právo se stále více stávalo nikoli souborem pravidel správného chování ve společnosti, nýbrž souborem předpisů, pozitivních pravidel v rukou vlády a státu. Právo podle Ježka degenerovalo do pozice právního pozitivizmu a do pravidel organizace, které odlišuje od pravidel správného chování, která reprezentují řád svobodné společnosti a jsou tím pravým obsahem práva. Viz Ježek, 2000, s. 111.

17 *Economic analysis of law* vykrystalizovala v polovině minulého století v Chicagu. Nejvýznamnějším reprezentantem chicagské ekonomické analýzy práva z posledního období je prof. Richard Posner, autor knihy *Ekonomická analýza práva (Economic Analysis of Law)*, první vydání v roce 1972) a zakladatel časopisu *Journal of Legal Studies*.

z posledního období, lze doktrínu a instituce právního systému lépe chápat a vysvětlovat, pokud usilují o podporu efektivní alokace vzácných zdrojů a pokud napomáhají maximalizovat bohatství společnosti.¹⁸ Richard Posner formuloval *tezi efektivnosti práva* (*efficiency thesis of law*), podle které by obecné právo (*common law*)¹⁹ mělo reflektovat logiku ekonomické efektivnosti a vyvíjet se ve směru přijímání ekonomicky efektivních právních pravidel.²⁰ Pokud jsou transakční náklady nízké, má obecné právo motivovat účastníky k tržnímu řešení, pokud jsou vysoké, mají soudy přidělovat práva tak, jak by to efektivně provedla dobrovolná tržní směna. Tím se právo jednoznačně přibližuje reálným vztahům lidí, v nichž žijí a v nichž každodenně činí svá rozhodnutí. V tomto smyslu by právo mělo být utvářeno v souladu s principy paretovské efektivnosti, kdy pouze pareto-superiorní transakce zvyšují blahobyt a bohatství. Lidé jednají racionálně a snaží se maximalizovat svůj užitek z každého rozhodování. Právní pravidla, resp. alokace práv, jsou potom hodnocena podle toho, do jaké míry umožňují (a podněťují) Pareto-efektivní řešení.²¹ Právě tuto myšlenku shledávám velmi podnětnou k utváření ekonomického názoru na antidiskriminační zákon, resp. na některá jeho ustanovení, jejichž interpretace a nezamýšlené důsledky by mohly být zdrojem vynucování takového chování, které je v rozporu s ekonomickými pravidly tržní ekonomiky.

5. Antidiskriminační zákon a jeho ekonomické souvislosti

Chtěla bych zde poukázat na několik souvislostí, jejichž artikulace ukazuje jejich možné ekonomické důsledky.

Podle §1 (3) AZ má člověk „*právo na rovné zacházení a na to, aby nebyl diskriminován*“. Paragraf 5 (2) AZ zakotvuje zajišťování rovného zacházení v tomto znění: „*Zajišťováním rovného zacházení se rozumí přijetí opatření, která jsou podmínkou účinné ochrany před diskriminací a která je možné s ohledem na dobré mravy požadovat vzhledem k okolnostem a osobním poměrům toho, kdo má povinnost takové zacházení zajišťovat, za zajišťování rovného zacházení se považuje také zajišťování rovných příležitostí.*“

18 Viz Posner, 1986, s. 20 a 21.

19 Právní teorie v zásadě rozlišuje kontinentální systém založený na tradici římského práva a anglosaský systém s *common law* právem. Tyto dva systémy se liší mj. prostorem pro uplatnění ekonomických pravidel. Podle L. Bortela (2005) v anglosaském světě najde volná ruku trhu sama rovnováhu i v právní oblasti, státy s římskoprávní tradicí využívají robustní regulace ekonomických vztahů, přičemž ochrana vlastnických práv a svobod je v porovnání s *common law* hodnocena jako mnohem slabší. Viz Bortel (2005, s. 662).

20 Teze efektivnosti práva je přijímána povětšinou ekonomy naladěnými na chicagskou notu, samotní právníci jsou mnohem rezervovanější. Např. A. T. Kronman, bývalý děkan Yale Law School, považuje ekonomickou analýzu práva za osvěžující sílu v americkém právním myšlení, která zůstává jedinou nejvlivnější právní teoretickou školou v této zemi (tj. v USA). Viz www.leblog.cz z 22. 6. 2006, citace ze Second Driker Forum for Excellence in the Law, 1995.

21 Regulační opatření pak mají zlepšovat alokační řešení, např. v situacích, kdy vynucování kontraktů je velmi nákladné. Právní pravidla jsou podrobována *cost-benefit* analýzám, která musí splňovat Kaldorův-Hicksův kompenzační test. Podle něho se společenský užitek zvyšuje, pokud je ten, jehož užitek se zvýší, schopen poskytnout odškodnění tomu, jehož užitek klesl, a ještě je na tom v nové situaci lépe. Kompenzační test je však v praxi obtížně použitelný, neboť vyjednávání o odškodnění mezi velkým množstvím subjektů je velmi nákladné (Holman, 2004).

Zákon tedy stanovuje nárok na rovné zacházení a na zajišťování rovných příležitostí. Zajišťováním rovného zacházení a rovných příležitostí se rozumí přijetí opatření, je tedy za tím účelem vyžadována nějaká další pozitivní akce.²² Pozitivní akce ve smyslu vědomého a záměrného zvýhodnění určité skupiny oproti ostatním.

Skutečnost, že pozitivní opatření sama o sobě porušují princip rovného zacházení a diskriminují ty, kterých se netýkají, tento zákon v úvahu nebere.²³ V paragrafu 7(2) AZ se uvádí, že

„za diskriminaci se nepovažují opatření, jejichž cílem je předejít nebo vyrovnat nevýhody vyplývající z příslušnosti osoby ke skupině osob vymezené některým z důvodů uvedených v §2 (3) a zajistit jí rovné zacházení a rovné příležitosti“.

Rovné příležitosti, vlastnická práva a svoboda volby

O rovnost *de iure* (rovnost chápáná ve formálním smyslu) zde zjevně nejde, neboť ta je již v našem právním řádu zajištěna základními právními normami a vynucována soudy. Nejde ani o rovnost *de facto* (rovnost chápáná v materiálním smyslu), která posuzuje dopad formální rovnosti na reálnou situaci jednotlivce v konkrétním kontextu. Lidé (muži a ženy) jsou si rovni jak podle zákona, tak v reálných společenských vztazích. Rovnost *de iure* v diskutovaném případě žádnou faktickou nerovnost nezakládá. Zajištění rovnosti *de iure* a *de facto* je zde shledáváno nedostatečným.

Dostáváme se k pojetí rovnosti v podobě *rovných příležitostí*, neboli „všichni na stejnou startovní čáru...“. A tady narážíme na problém. Lidé jsou různí, mají odlišné schopnosti, nadání, žijí v různých rodinných a sociálních prostředích, na různých geografických místech. Představa postavení různých jedinců na stejnou startovní čáru může být ve skutečnosti jen iluzí. A nejen to. Nutně se nabízí otázka: pokud jsou lidé různí a odlišných schopností, zajišťuje jejich postavení na stejnou startovní čáru (i když je to reálně nemožné) rovné příležitosti? Nabízí se i odpověď: nezajišťuje. K dosažení rovných příležitostí by v tomto případě bylo potřeba naopak diferencovaného přístupu právě s ohledem na konkrétní schopnosti každého z nich. Vynucování rovnosti si ve skutečnosti žádá nikoli rovný, nýbrž diferencovaný přístup k různým jednotlivcům. Nehledě na to, že koncept rovných příležitostí je ideologickou konstrukcí aktivního sociálního inženýrství, pozitivní opatření zaměřené na určité skupiny se snahou po jejich zvýhodnění, je z hlediska liberální ekonomie vnější intervencí do ekonomických vztahů, která deformuje trh a signály z něj přicházející, a která se realizuje na náklady celé společnosti, čímž snižuje její blahobyť.

Lidé jsou jedinečné osobnosti, nejen s odlišnými schopnostmi, ale rovněž s odlišnými preferencemi. Každý je ochoten a chce vynakládat např. na trhu práce jiné úsilí, trávit tam odlišný čas, což ve výsledku znamená, že míra pracovitosti, efektivnosti

22 „Rovnost příležitostí tak již na rozdíl od materiální rovnosti a přirozeně též rovnosti formální, implikuje aktivitu, typicky ze strany vlády či veřejné moci (Bobek, Boučková, Kühn, 2007, s. 19). Jde o ospravedlnění různých programů zaměřených na pomoc různým sociálním či profesním skupinám. Pozitivní akce (affirmative action) zároveň znamenají negativní diskriminaci ostatních jedinců nebo skupin.

23 Pojetí pozitivních opatření jako dočasné derogace z jinak platného principu rovného zacházení je výslovně stanoveno v různých mezinárodně právních dokumentech, mj. v evropském kontextu v souvislosti s diskriminací na základě pohlaví“ (Bobek, Boučková, Kühn, 2007, s. 23).

a úspěšnosti je u každého jiná. To souvisí s ochotou hledat, nacházet a využívat příležitosti, které trh nabízí, a ta je u různých jednotlivců rovněž odlišná. Tam, kde někdo příležitost vidí a je připraven ji využít, pro jiného neexistuje. Sama přirozená různorodost talentů, schopností a preferencí pak determinuje i odlišné volby jednotlivců, tj. využití a nevyužití příležitosti.²⁴

Od rovnosti příležitostí je velmi blízko k *rovnosti ve výsledku* (dosažení shodné finální pozice, neboli všem stejně v cíli). Rovnost ve výsledku má co dělat s redistribucí, ať už zboží, služeb, v našem případě např. pracovních příležitostí, pozic ve veřejné správě, v politickém životě, nebo třeba důchodů. Distribuce trhem je deformována či úplně nahrazena distribucí na základě jiných, netržních, např. sociálních nebo politických, hledisek. Logickým důsledkem politického cíle redistribuce je pak uplatnění pozitivních opatření. Prosazovaná redistribuce je nejen nákladná, otupující motivace těch, kteří jsou negativně diskriminováni, a jako každá vnější intervence je neefektivní, a co je hlavní, neřeší a neodstraňuje příčiny znevýhodnění a nerovného výsledku určitých skupin. Je to však řešení rychlé, je dobře vidět, může tedy nakrátko uspokojit poptávku po rovnosti, ale je to řešení povrchní, pod povrchem pozici znevýhodněných skupin jenom prolonguje a z dlouhodobého hlediska tuto pozici nezlepšuje.

Pozitivní akce představují poměrně agresivní formu intervence do volného trhu. Mají podobu různých pobídek a zvýhodnění, obvykle dočasného charakteru, např. pro ženy v přístupu do profesí a na jednotlivá pracovní místa. Může jít o uplatnění jakési preferenční výhody, kdy jsou ženy-uchazečky o zaměstnání upřednostňovány oproti mužům, a to i v případě, že žena dosáhla v přijímacím řízení stejného či dokonce horšího výsledku, může jít o zavádění kvót či rezervací pro ženy. Za nejsilnější pozitivní opatření bychom mohli v této oblasti považovat např. redefinování kritérií výběru či jejich nové nastavení tak, aby vyhovovaly vybranému uchazeči či skupině. Konkrétní formy takové politiky se mohou lišit silou intervence veřejné moci do trhu a mírou deformace tržního řešení v oblasti najímání pracovníků nejen ve veřejném, ale i v soukromém sektoru.

Taková redistribuci pracovních příležitostí ve prospěch určité skupiny, např. žen, však nemá žádné ekonomické opodstatnění. Pokud by se tato redistribuce chtěla opírat o argumentaci společenskou, muselo by dojít ke společenskému konsensu a deklarování vůle a ochoty celé společnosti nést náklady takového řešení v podobě nižšího produktu a nižšího blahobytu pro všechny. Ztráty by vyplývaly jednak z výsledné společensky neefektivní alokace práce, jednak z implementačních procedur, které jsou náročné na byrokratické zpracování a představují vysoké transakční náklady, a rovněž vytvářejí živnou půdu pro lobbing a hru zájmových skupin.

Takový přístup, který indikují ustanovení AZ, znehodnocuje výkon žen a svojí existencí v podstatě utvrzuje v přesvědčení, že za jiných podmínek, bez podpory, by ženy nebyly schopné příslušná pracovní místa získat (viz např. Gunderson, Riddell,

24 Píše o tom např. Rothbard, 2001, s. 341: "Je-li každý jedinec jedinečný, jak jinak může být učiněn „rovným“ ve vztahu k ostatním než zničením většiny toho, co je v něm lidské“, nebo F. Hayek, 1994, s. 212, který ukazuje, kam by tyto snahy vedly: "... existenci tržního řádu jsou nejen výsledky, ale i počáteční šance různých jednotlivců často velmi různé, jsou ovlivněny okolnostmi jejich fyzického a společenského prostředí... K dosažení rovnosti příležitosti by vláda musela řídit celé toto fyzické a lidské prostředí všech osob ...". Vláda by pak musela řídit doslova každou okolnost, která by se mohla týkat blahobytu kohokoli.

1988). Je to faktická institucionalizace diskriminace. Takové stigma škodí zejména těm nejspokojnějším a schopným ženám, které žádná podobná opatření nepotřebují a jsou schopné prosadit se samy. Jsme blízko efektu bumerangu. Čím více budou ženy podporovány byrokratickými direktivami, tím vyšší bude nedůvěra zaměstnavatelů k jejich pracovnímu výkonu a tím nižší bude i jejich ochota ženy zaměstnávat. Tak se mohou původně dobře míněná doporučení obrátit proti ženám samotným.

Rovnosti ve výsledku totiž nelze dosáhnout, pokud vklady lidského kapitálu, času, úsilí a dalších osobnostních charakteristik budou u jednotlivců odlišné, a tudíž bude vždy jen uměle implementovaným cílem. Jak píše Loužek (2006) „...kdo chce dosáhnout rovnosti ve výsledku (nikoli pouhé rovnosti v právech) pod záminkou genderové rovnosti, začne dříve či později omezovat lidskou svobodu.“²⁵

Vlastnická práva a svoboda volby

Výše popsané důsledky zmíněného ustanovení §5 (2) AZ konkrétně v podobě zákonem uložené povinnosti najmout méně vhodného, méně kvalifikovaného, méně produktivního pracovníka, případně pracovníci, náležejícího k pozitivně podporované skupině, se bezprostředně dotýká soukromého práva na vlastnictví a jeho vykonávání. Je zakotveno v Ústavě a Listině základních práv a svobod (čl. 11 a další). Právem vlastníka se rozumí věc užívat, získávat z ní plody a užitky, a s věcí nakládat, tj. rozhodovat o jejím osudu. Vlastnická práva nemohou být nijak omezována, tedy není možné např. soukromému vlastníku přikazovat, koho má a koho nemá zaměstnat a za jakou mzdu. Zákon tak intervenuje do soukromoprávních vztahů a je typickou ukázkou předřazování institutů veřejnoprávních před soukromoprávní, které je obecně považováno za neopodstatněné.²⁶

Nájem služby práce je ze své podstaty dobrovolnou transakcí mezi smluvními partnery, kteří oba mají svobodu volby (Friedman, 1992). Potenciální zaměstnavatel nebo zaměstnanec mohou buď přijmout, nebo nepřijmout podmínky, které se nabízejí: „Pokud existuje mezi zaměstnanci a zaměstnavateli konkurence, zdá se mi, že není žádný důvod, proč by nemohli zaměstnavatelé nabízet svým zaměstnancům, takové podmínky, jaké chtějí.“²⁷ Tedy záleží jen na zaměstnavateli, kterého pracovníka najme, a na zaměstnanci, které pracovní místo přijme. I když trhy práce trpí nedostatkem konkurence a jsou protkány omezujícími intervencemi, jejich další vrstvení se může dít jenom na úkor snižování ekonomické efektivity jejich fungování.

Částečný přesun důkazního břemene na žalovaného

Návrh zákona stanovuje změnu občanského soudního řádu, který se mj. v § 133a doplňuje o odstavec (3):

„Skutečnosti tvrzené o tom, že účastník byl přímo či nepřímo diskriminován na základě svého pohlaví, má soud ve věcech přístupu ke zboží a službám za prokázané, pokud v řízení nevyšel najevo opak“.

²⁵ Loužek, 2006, s. 56.

²⁶ Např. Hayek, 2004, Ježek, 2000, nebo P. Kuhn v diskusi ke článku *Formalismus, ekonomická analýza práva a Schrodingerova kočka*, viz www.leblog.cz z 22. 12. 2006

²⁷ Friedman, M., Svoboda volby, 1992, kap. 8.

Listina základních práv a svobod mj. zakotvuje právo každého, proti němuž je vedeno soudní řízení, aby byl považován za nevinného, pokud pravomocným odsuzujícím rozsudkem soudu nebude rozhodnuto jinak (viz čl. 40(2)). Tato změna převrací obecně zažitý princip presumpce neviny. Subjekt nařčený z diskriminace bude muset před soudem dokazovat, že nediskriminoval. Zákonodárce zde vedla logická úvaha, že potřebné informace k dokazování, že např. zaměstnavatel jednal z pohnutek jiných než diskriminačních, má k dispozici právě on.

Toto ustanovení se opírá o *institut částečného přesunu důkazního břemene*²⁸ na žalovaného (§133a odst. 2 občanského soudního řádu, který platí od 1. 1. 2003): žalovaný prokazuje dodržení zásady rovného zacházení, pokud žalobce prokáže, že šlo o diskriminaci. Podle Ústavního soudu ČR je však povinností žalobce nejen povinnost tvrzení, ale nese současně i povinnost důkazní. Tedy musí prokázat, že s ním bylo zacházeno znevýhodňujícím způsobem. Je potom na straně žalované, aby vyvrátila tuto skutečnost, tedy že k diskriminaci nedošlo nebo že zde existoval oprávněný, nikoli diskriminační, důvod nerovného zacházení. Toto ustanovení se opírá o logiku dokazování, která vychází z toho, že jenom žalovaný může prokázat, že jím prováděné odlišné a méně příznivé zacházení sledovalo legitimní cíl a představovalo přiměřeně použité prostředky. Fakticky jde o to, aby žalovaná strana rozumnými a přesvědčivými argumenty vysvětlila nediskriminační povahu svého chování a rozhodování. Žalobce nemůže prokazovat, že žalovaný takový ospravedlnitelný důvod neměl, protože k tomu nemá dostatek informací.²⁹

Náklady implementace

V neposlední řadě je třeba zmínit vysoké náklady, které uvedení zákona do činnosti přinese. A to přes to, a to budiž návrhu zákona ke cti, že neuvažuje se zřizováním nové instituce, jeho zavedení do praxe bude vyžadovat značné finanční prostředky daňových poplatníků (na budovu, vybavení kanceláří, zaplacení pracovníků). Podle důvodové zprávy³⁰ k navrhovanému zákonu se zamýšlí rozšíření kanceláře Veřejného ochránce práv o 15 pracovníků, 5 výzkumných a 10 ostatních, kteří by zprostředkovávali právní pomoc, vypracovávali doporučení, poskytovali informace veřejnosti. Jednorázové náklady spojené se zřízením 15 pracovních míst se v důvodové zprávě odhadují na 3 165 tis. korun, průběžné náklady spojené s jejich fungováním pak na 9 990 tis. korun ročně. Bude se muset řešit otázka lokace nových zaměstnanců. Zvýšení nákladů se předpokládá také u krajských soudů, které budou antidiskriminační spory řešit jako první instance.

28 Přesun důkazního břemene byl poprvé aplikován v USA, kde podle judikatury Nejvyššího soudu USA již z počátku 70. let stačí prokázat diskriminaci *prima facie* a pak je na žalovaném, aby prokázal, že ve skutečnosti o žádnou diskriminaci nešlo, protože žalovaný zacházel se žalobcem odlišně z jiných legitimních důvodů. Rovněž evropská úprava (směrnice Rady 2000/78/ES, čl. 8, směrnice Rady 2006/54/ES, čl. 19) přesunu důkazního břemene na žalovaného je podobná a opírá se o skutečnost, že žalobce nemá a ani nemůže mít k dispozici relevantní informace. Viz Bobek, Boučková, Kühn, 2007, s. 62–63.

29 Ústavní soud v roce 2006 potvrdil, že toto rozložení důkazního břemene je v souladu s obecně platnou zásadou v občanskoprávním řízení, podle které každý z účastníků prokazuje svá tvrzení. Přesto, že se tím zlepšila pozice žalujících, je v právním prostředí hodnocena jako velice obtížná. Viz Bobek, Boučková, Kühn, 2007, s. 214.

30 Viz Důvodová zpráva, oddíl F. www.senat.cz

Pozornost si zaslouží rovněž další konstatování z této důvodové zprávy, že totiž antidiskriminační zákon nestaví podnikatelským subjektům pozitivně žádné povinnosti. Vymezení povinností je třeba chápat jako negativní, tj. zdržení se zásahů do zásady rovného zacházení, s čímž žádné výdaje spojené nejsou“, píše se v důvodové zprávě. Lze se však oprávněně domnívat, že pokud zákon firmě zakáže využívat tržních příležitostí ve jménu rovného zacházení, např. méně elasticou nabídku práce žen na trhu práce, pak to sníží její zisky. Rovněž případně vynucované afirmativní akce, které by neumožňovaly zaměstnavatelům volbu nejvýhodnější alternativy, by znamenaly vyšší náklady firem.

6. Diskuse o roli ekonomických argumentů v tvorbě právních norem

Tyto příklady dokumentují, jak důležitým se stává studium a analýza ekonomických souvislostí právních předpisů. Ostatně i sami právníci uznávají, že: „...v některých situacích může působení tržních sil zajistit efektivnější (a současně spravedlivější) uspořádání daných vztahů než působení práva.“³¹ Připouštějí ekonomické argumenty a vnímají je jako korektor konzervativního právního pozitivizmu, resp. dogmatizmu, který se často ocitá mimo realitu, a které ho vrací zpět do prostoru reálných mezilidských vztahů. Ze strany tradicionalistů se objevují hlasy poukazující na větší či menší „nebezpečí“ absolutizace ekonomické efektivity, která sama o sobě nemůže odůvodňovat a legalizovat určité typy nebo způsoby chování.³² Opírají se výhradně o princip spravedlnosti. Chápu a přijímají ekonomickou analýzu práva jakožto jeden z možných nástrojů a přístupů, jak kompletněji uchopit právní problémy. Výhrady k dalšímu směřování chicagské ekonomické analýzy práva, která se v posnerovském pojetí ubírá směrem k suplování výsledků tržních procesů rozhodnutími soudců, mají i někteří liberálně smýšlející ekonomové. Ti tento přístup považují za příliš aktivistický a intervencionistický. Soudce zde funguje jako maximalizátor ekonomické efektivity, který fakticky nahrazuje trh. Měl by nařídít takový výsledek, ke kterému by trh sám dospěl, pokud by se transakce uskutečnila.³³ Jako alternativu nabízejí rakouský přístup, mengerovskou tradici rozvinutou přístupy F. Hayeka, M. Rothbarda a dalších respektujícími svobodnou volbu a dobrovolnou akceptaci spontánně utvářených pravidel z této volby vycházejících.

Tyto postoje se promítají do diskuse mezi zastánci a kritiky formalismu v právu. Zastánci formalismu dovozují přednost formálních argumentů před materiálními. Z. Kühn píše, že „...formální argument má díky svému postavení právního argumentu automaticky přednost před jakýmkoliv materiálním argumentem (rozuměj argumentem neukotveným v právu, ale např. v úvahách o tom, co je např. efektivní...)“.³⁴ Kritikové formalismu poukazují na to, že v době velkého množství právních předpisů

31 Cohn, 2000, s. 70.

32 Viz Bobek, Boučková, Kühn, 2007, s. 112.

33 Šíma hovoří přímo o strategii donucení k dosažení výsledků svobodného trhu, která nebere v úvahu podnikatelské hledání ziskových příležitostí, přehlíží proces tržního objevování, jeho náklady a překážky. Viz Šíma, 2004, s. 37, 68 a jiné.

34 Viz Z. Kühn v diskusi ke článku *Formalismus, ekonomická analýza práva a Schrodingerova kočka*, www.leblog.cz z 22. 12. 2006

je užití pouhé formální argumentace komplikované. Navrhují, že v případě nejasností má mít přednost výklad teleologický, který ze své podstaty umožňuje uplatnit hledisko efektivnosti. Právě teleologický výklad práva, který je založen na pochopení účelu normy (komu slouží) a účinků normy (k čemu vede), je chápán jako korektní, pokud účel normy a její předpokládané účinky jsou ve vzájemném souladu. Právní formalismus však poníží úlohu teleologického výkladu pouze do pozice jakéhosi doplňku, který ovšem neodpovídá závažnosti tohoto výkladu v jednání a rozhodování lidí.³⁵ Tyto argumenty v diskusi považují za velmi silné a pro utváření názoru na antidiskriminační zákon vysoce relevantní. Logicky vyvstává otázka, do jaké míry je pozitivisticko-formalistická interpretace práva pouze samoúčelnou a lidem, pro které je určena, neprospívající. Naopak co nejvyšší míra koherence práva s ekonomickými principy se z hlediska praktického rozhodování lidí ukazuje být velmi racionální a nanejvýš přiměřená. V těchto souvislostech se ukazuje být antidiskriminační zákon právě tou samoúčelnou normou, nerespektující pravidla chování lidí v reálných ekonomických vztazích.

7. Závěr

V nastíněném kontextu se ukazuje, že právo samotné je k pochopení a tvorbě právních norem ve prospěch občanů a jejich blahobytu podmínkou nutnou, ale nikoli dostačující. Ekonomické souvislosti obohacují právo o širší pohled a uvádějí ho do souladu s ekonomickými principy, čímž dávají právo do služeb ekonomického blahobytu. Přístup, který bere v úvahu i materiální (tj. ekonomické) argumenty, je pro právo rozšiřujícím a náročnost zvyšujícím hlediskem, jehož akceptování ještě zdaleka není obecné. Jeho vstup do tvorby právních norem se může zpočátku jevit jako zbytečně komplikovaný, či dokonce riskantní.

Nicméně antidiskriminační zákon je ukázkou právní normy, která je vytvořena nikoli na základě přirozených pravidel, podle kterých lidé ve společenských vztazích jednají, nýbrž je umělým konstruktem,³⁶ který může být společnosti pouze zvnějšku implementován. Pokud nerespektuje ekonomickou racionalitu a logiku, které jsou základem pro každodenní rozhodování lidí na trzích, pokud nerespektuje tradici a přirozené přesvědčení lidí o tom, co je správné, ani nemohou být jeho aspirace jiné.

Pozici žen na trhu práce nezmění a jejich blahobyt ve společnosti v dohledné době nezvýší. Protože zájmy a cíle různých žen jsou odlišné, tedy i očekávané užitky budou pro různé skupiny odlišné: pokud si určitá skupina polepší, lze očekávat, že jiná na tom bude hůř. Právě heterogenita a diverzita žen může vysvětlovat, proč je antidiskriminační legislativa neefektivní a proč je tak obtížné vytvářet efektivní právní normy.

35 P. Kuhn, viz výše zmiňovaná diskuse, www.leblog.cz, z 22. 12. 2006

36 F. Hayek píše o tom, jak nepochopení pravidel spontánního řádu svobodné společnosti vede ke konstrukci pravidel organizace stanovených autoritou a sloužících specifickým účelům. Viz Hayek, 1994, s. 109.

Literatura:

- BOBEK, M.; BOUČKOVÁ, Z.; KÜHN, Z. (eds.). 2007. *Rovnost a diskriminace*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2007. ISBN 978-80-7179-584-1.
- BORTEL, L. 2005. Vazba mezi právem, ekonomikou a hospodářstvím. *Politická ekonomie*. 2005, Vol. 53, No. 5, pp. 661–674.
- BOUČKOVÁ, P. 2004. Právní rámec podpory rovného zacházení a rovných příležitostí žen a mužů. In BOUČKOVÁ, P. a kol.: *Stínová zpráva v oblasti rovného zacházení a rovných příležitostí žen a mužů*. Praha: Gender Studies, 2004. ISBN 80-86520-04-8.
- CAIN, G. 1986. The Economic Analysis of Labour Market Discrimination: A Survey. In ASHENFELTER, O.; LAYARD, R. (eds.). *Handbook of Labor Economics*. New York: Elsevier 1986, s. 693-781. ISBN 978-0444878564.
- COHN, S. 2000. *Race, Gender and Discrimination at Work*. Colorado: Westview, 2000. ISBN 978-0813332024.
- FIALOVÁ, E.; SPOUSTOVÁ, I.; HAVELKOVÁ, B. 2007. *Diskriminace a právo*. Praha: Gender Studies, 2007. ISBN 978-80-86520-20-9.
- FREDMAN, S. 2007. *Antidiskriminační právo*. Praha: Poradna pro občanství/občanská a lidská práva, 2007. ISBN 978-80-254-1054-7.
- GUNDERSON, M.; RIDDELL, W. C. 1988. *Labour Market Economics*. 2nd edition. Toronto: McGraw - Hill Ryerson Limited 1988. ISBN 007549079X.
- HAVELKOVÁ, B. 2007. *Rovnost v odměňování žen a mužů*. Praha: Auditorium, 2007. ISBN 978-80-903786-2-9.
- HAYEK, F. A. 1994. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Praha: Academia 1994. ISBN 80-200-0241-3.
- HOLMAN, R. 2004. Ekonomická analýza práva. *Politická ekonomie*. 2004, Vol. 52, No. 4, pp.519-531.
- JENÍK, I. 2007. *Potřebujeme nový antidiskriminační zákon?* Studie č. 18. Praha: Občanský institut 2007. EAN 978-80-86972-21-3.
- JEŽEK, T. 2000. Právo a ekonomie: život po rozvodu. In SCHWARZ, J. (ed.). *Hayek semper vivus*. Praha: Liberální institut 2000, s. 111-114. ISBN 80-86389-03-0.
- KLAUS, V. 2008. *Dopis předsedovi PS M. Vlčkovi*. Dostupné na www.klaus.cz.
- KRONMAN, A. 1995. *The Second Drinker Forum for Excellence in the Law*. Dostupné na www.leblog.cz.
- KÜHN, Z. 2006. *Formalismus, ekonomická analýza práva a Schrodingerova kočka*. www.leblog.cz [22. 12. 2006].
- LOUŽEK, M. 2006. Feminismus – záchrana nebo zkáza? In MACH, P. (ed.). *Antidiskriminační zákon, pomoc slabším nebo převrácení práva?* Sborník textů č. 49. Praha: CEP 2006, s. 47-56. ISBN 80-86547-55-8.
- Návrh zákona o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon). Senátní tisk č. 225. www.senat.cz.
- PLÁNIČKOVÁ, Z. a kol. 2008. *Soudní praxe v oblasti diskriminace na trhu práce. Analýza judikatury Evropské unie a českých soudů*. Český Krumlov: ICOS, o. s., 2008. Dostupný na <http://css.krumlov.cz>.
- POSNER, R. 1979. Utilitarianism, Economics and Legal Theory, *Journal of Legal Studies*. 1979, Vol. VIII, s. 103–119.
- POSNER, R. 1986. *Economic Analysis of Law*. 3rd edition. Boston and Toronto: Little Brown and Company, 1986. ISBN 0-316-71438-0.
- POSNER, R. 2001. *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. ISBN 978-0-674-00485-6.
- ROTHBARD, M. 2001. *Ekonomie státních zásahů*. Praha: Liberální institut 2001. ISBN 80-86389-10-3.

- STIEGLER, G. J. 1993. Law and Economics. *Journal of Law and Economics*. 1993, č. 35, s. 455–468.
- ŠÍMA, J. 2004. *Ekonomie a právo*. Praha: Nakladatelství Oeconomica 2004. ISBN 80-245-0749-8.
- ŠÍMA, J. 2006. Carl Menger a Bruno Leoni – velikáni ekonomie a práva. *Acta Oeconomica Pragensia*. 2006, roč. 14, č. 2, s. 8–15.
- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění ústavních zákonů č. 347/1997 Sb., č. 300/2000 Sb., č. 395/2001 Sb. a č. 448/2001 Sb. Praha: ÚZ, 2004.
- Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění úst. zák. č. 162/1998 Sb. Praha: ÚZ, 2004.
- Zákon č. 198/2009 o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon). Sbírka zákonů, Praha 2009.

ANTIDISCRIMINATION ACT AND ITS ECONOMIC AND LEGAL CONNECTIONS FROM THE LIBERAL ECONOMIC VIEW

Dagmar Brožová, University of Economics, 4, W. Churchill Sq., CZ – 130 67 Prague 3 (brozova@vse.cz).

Abstract

The article deals with sex discrimination prohibition in the European community law as well as in the Czech law and it describes antidiscrimination juridical practise in the Czech Republic. It judges selected institutes of the antidiscrimination act from the point of view of their economic consequences. It shows to which behaviour the economic subjects are forced and analyses whether this behaviour is in accordance with economic rules of market economy, with principle of private property and free choices. It pays attention to equal opportunities and affirmative action as measures to ensure them, and the institute of burden of proof transfer to the accused. It concludes that the antidiscrimination act does not respect the natural rules of people's behaviour in real economic relations and it seems to be an artificial authority construct, which serves special purposes.

Keywords

prohibition of discrimination, antidiscrimination act, burden of proof transfer, economics and law, equal opportunities, property rights, freedom of contract, affirmative actions

JEL classification

A12, K11, K12