

Jane Hodges-Aeberhard

(uveřejněno v International Labour Review 1999/3, speciální vydání: Ženy, gender a práce)

Afirmativní akce souvisí s pojmy rovné příležitosti a nediskriminace. Jejich cílem je překonat účinky předchozí diskriminace tím, že se umožní, aby diskriminovaný jednotlivec nebo skupina osob mohla soutěžit s favorizovanou skupinou za stejných podmínek nebo, což je spornější -, aby byla rovnost zajištěna přímo ("rovný výsledek"). Speciální opatření přijatá s tímto cílem, ať už se nazývají afirmativní akce, pozitivní akce, rovnost zaměstnanců, rozdílnost pracovních míst, maximalizace nebo vyloučení, nejsou myšlenkou novou. Poprvé byly zavedeny ve Spojených státech v 30. letech, aby vyrovnaly předchozí nefér praktiky užívané v zaměstnání proti odborovým organizátorům a členům, a později užití ve prospěch válečných veteránů k jejich znovuuvvedení na pracovní trh. I jiné skupiny mají po dlouhá léta prospěch ze speciálních pracovních programů vycházejících vstříc jejich speciálním potřebám, viz zdravotně postižení. Užití takových forem intervence na pracovním trhu však vyvolává kontroverzi v tom momentě, kdy jsou aplikovány ve dvou zvláštních oblastech diskriminace, a to vůči diskriminaci rasové a diskriminaci na základě pohlaví.

Kritikové afirmativních akcí - ponecháme-li stranou ty, kteří si pohrávají se slovy "reversní" nebo "negativní" diskriminace - hlásají, že jejich koncepce mají fatální důsledky, a že by proto měly být z rejstříku možných nástrojů využívaných k úpravě nerovností na trhu práce odstraněny. Je různě argumentováno, že

- nediskriminace je natolik absolutní koncepce, že nesnese žádnou výjimku,
- taková opatření začínají jako dočasná a úzce přizpůsobená cílům, jichž má být dosaženo, ale končí jako trvalá a široká,
- uvnitř favorizované skupiny výhody opatření náležejí nerovnoměrně, tj spíše těm, kteří již jsou na vrcholu skupiny zaměstnaneckého statusu,
- každopádně je zde málo údajů podchycujících skutečný úspěch nebo jakékoliv výsledky afirmativních akcí,
- taková opatření zkreslují a podlamují účinnost působení trhu práce,
- opatření jsou zpravidla špatně plánována a dovolují oklamat statistiku a
- zvláště pokud jde o rasově založené programy - politika uvědomování si příslušnosti k rase vede k polarizaci a podporuje zášť a násilí.

Jsou zde též politicky motivovaní kritici, kteří hlásají, že afirmativní akce vyvolávají vyrovnané výsledky, což je pro některé kultury vyznávající laissez-faire prokletím. Ti, kteří jsou pro afirmativní akce naopak argumentují, že koncepce trhu práce by měly být realistické a měly by uznat, že

- pokud není společnost barvoslepá nebo není stejnobarevná, měla by v zásadě nějaká proaktivní opatření uplatňovat,
- i když plánování nemusí být vždy perfektní, jakékoliv opatření je lepší než žádné,
- metody shromažďování údajů se zlepšují a podvádění v kterémkoliv systému může být zvládnuto lepším monitoringem a účinnějšími pokutami,
- takové programy vyžadovaly spíše méně než více podpory a
- krom výhody plného využití pracovní síly, byly prokázány i výhody ekonomické.

Za touto debatou leží jemnější rozpor. Afirmativní akce dává znevýhodněným skupinám šanci získat zkušenost a předvést se, ale současně se jim obnovuje pocit,

že se jim podstatně nedostává úspěchu v zaměstnání, a že speciální pomoc budou potřebovat trvale.

Navzdory čtyřicet let starým protikladným názorům, vlády pokračují v legislativních úpravách afirmativních akcí ve prospěch znevýhodněných skupin (nejčastěji popsaných jako trpící předchozí diskriminací na základě rasy, barvy pleti, pohlaví nebo zdravotního postižení) v oblasti zaměstnanosti. Svědčí o tom přijetí právních předpisů v Jihoafrické republice a v Namibii koncem roku 1998, podle kterých se rovnost v zaměstnávání dosahuje prostřednictvím různých nástrojů, včetně afirmativních akcí. V některých zemích je tento koncept stejně dobře akceptovatelný i v boji proti diskriminaci na základě pohlaví; neprofitují z něho ale pouze ženy : norský předpis č. 622 o zvláštním zacházení s muži, přijatý 17. července 1998, upravuje provádění akcí ve prospěch mužů v těch zaměstnáních, kde jsou podrepräsentováni - tj. při vzdělávání a péči o děti - , prostřednictvím rekvalifikací a vytvářením pracovních příležitostí; zároveň upravuje procedurální pravidla k prosazení jejich rovnosti. Více než 20 zemí přijalo zvláštní zákony opravňující k provádění afirmativních akcí v oblasti zaměstnávání, a to na bázi rasové, na bázi příslušnosti k pohlaví nebo zdravotního stavu; mnoho dalších zemí to umožňuje. Nicméně námitky proti těmto opatřením se u soudu projednávaly jen v omezeném počtu případů. Ukázat, jak se soudy chopily tohoto obtížného úkolu, je cílem tohoto článku.

Koncem 90. let vydalo několik vyšších soudů rozhodnutí týkající se afirmativních akcí, která různě odrážela nepřátelství, netečnost a nepochopení. Byla vydána různými jurisdikcemi na světě a z jejich různých úrovní, ale všechna vrhala světlo na akademickou i veřejnou debatu o užitečnosti speciálních opatření překonávající předchozí (a pokračující) diskriminaci. Tento článek je výběrem rozhodnutí tří různých jurisdikcí - Spojených států, Jihoafrické republiky a Evropského soudního dvora, jimž se v době jejich vydání dostalo nejvíce pozornosti jak ze strany médií, tak ze strany akademické. Některé detaily dodané jurisdikcí Commonwealthu mají ukázat, že dokonce i tváří v tvář značné veřejné polemice, soudy podpořily koncepci afirmativních akcí jakožto nástroje v boji za odstranění diskriminace v zaměstnání. Tento článek osvětluje jak soudy, vystavené podobným faktickým situacím, dospěly k odlišným výsledkům. Důvody těchto rozdílů jsou uvedeny s tím obecným závěrem, že ke správnému a realistickému rozhodnutí soudům přispívá zejména preciznější zdůvodnění na nižší úrovni a dále pak důsledné využívání mezinárodních standardů. Nabízí se otázka, zda doba nedospěla k přijetí mezinárodního nástroje k přijímání a provádění afirmativních akcí.

Vybraná soudní rozhodnutí týkající se afirmativních akcí/diskriminace na základě rasy nebo pohlaví

Spojené státy

Není nikterak překvapující, že Spojené státy poskytují nejvíce případů soudního projednávání afirmativních akcí, neboť právě zde předpisy dovolující taková opatření existují nejdéle. Zákon o občanských právech z r. 1964, přijatý v reakci na hnutí na ochranu lidských práv počátkem 60. let, zakazuje v § VII. diskriminaci na základě rasy a pohlaví. Leží však ve stínu 14. dodatku k Federální ústavě, která poskytuje každému občanovi stejnou ochranu před zákonem, čímž klade tvrdá omezení jakémukoliv legislativnímu schématu, které by se pokoušelo napravovat působení předchozí diskriminace.

Koncem 70. let se speciální schéma založené na příslušnosti k rase dařilo prosazovat (Jones 19981), v 80. letech však vyvstala vlna případů týkajících se rasové diskriminace a diskriminace na základě pohlaví ve veřejném i soukromém sektoru,

kteřá vedla k odporujícím si výsledkům. Vyskytlo množství obdobných rozhodnutí i ostře formulovaných námitek. Soudci nesouhlasili s obecným "testem" nebo stanovením principů k hodnocení přijatelnosti předmětných schémat. Někdy byla nadřazenost Ústavy klíčová; někdy společenské normy nebo zájem vynucený státem převládl nad přísně právním názorem. Nedostatek vstřícnosti byl nejvíce patrný u Nejvyššího soudu, kde velký počet konservativců, vedených resortem spravedlnosti, resp. jeho pozdějším šéfem Rehnquistem způsobil, že uznání programů afirmativních akcí bylo odmítáno s tím, že jsou neplatné podle Ústavy a znění Zákona o občanských právech. Projevovaly se zde však jisté ozdravující vazby na standardy, které začal soud uplatňovat následně; pro afirmativní akce bylo příznivé, byly-li silné důkazy o tom, že k diskriminaci skutečně došlo, dále jestliže preferenční zacházení bylo jediným možným prostředkem likvidujícím diskriminaci nebo jestliže přezkoumávané opatření bylo zformulováno natolik přesně, že neodporovalo Zákonu o občanských právech. A tak o deset let později, v polovině 90. let, když soudy Spojených států znovu zvažovaly přijatelnost různých schémat afirmativních programů, vyslovily přesvědčení, že tento typ programů se zdá být přínosný, bere-li se na zřetel jejich trvání a pokračující deformace na trhu práce způsobené předchozí diskriminací.

Dva nejstarší úspěchy zastánců alternativních opatření se týkaly připuštění předmětných programů do universit. Pro toto téma, jakož i pro tento článek je důležité, že definice zaměstnání v Úmluvě (ILO) č.111 výslovně zahrnuje i přístup k odborné přípravě. První byl případ *De Funis v. Odegaard*, ve kterém byl "bílý" uchazeč o studium na Universitní washingtonské právní škole diskriminován na základě rasy. Nejvyšší soud stanovil, že ustanovení o rovnosti ochrany občanů ve Federální Ústavě nezpůsobuje neplatnost všech rasových rozlišování. Následným programem afirmativních akcí, který měl být testován Nejvyšším soudem, byl program v případě *Universita v Kalifornii v. Bakke*. Pan Bakke, "bílý" muž, byl odmítnut k přijetí na lékařskou školu Kalifornské university v Davisu po dva po sobě jdoucí roky, a to kvůli speciálnímu přijímacímu programu. Programem bylo stanoveno, že k přijetí na 16 míst ze 100 přicházejí v každém roce v úvahu pouze znevýhodnění příslušníci jistých rasových minorit, a příslušníkům dalších ras je ponecháno k volné soutěži 84 míst. Stěžovatel namítal, že mu mohlo být nabídnuto místo, pokud by neexistovala jejich zvláštní rezervace, založená na rasovém kritériu. Soudci státního soudu zrušili zvláštní přijímací program jako odporující Zákonu o občanských právech, Ústavě státu a ustanovení o rovnosti ochrany ve Federální ústavě. Na úrovni federálního Nejvyššího soudu byli soudci názorově rozděleni. Ačkoliv menšina varovala, že užití rasy jakožto kritéria výběru je problematické, většina 5:4 nicméně akceptovala, že rasové rozlišení by mohlo být užito k dosažení cílů státní politiky, kterým je náprava předchozí společenské diskriminace, pokud by však taková rozlišování měla zásadní souvislost s dosažením těchto cílů. Akceptující, že v lékařské škole byly minority podstatně a dlouhodobě podprezentovány, soudci podpořili univerzitní afirmativní akci, jejíž opatření měla situaci změnit.

V následujícím roce se většina Nejvyššího soudu k tomuto názoru přiklonila při projednávání případu *Steelworkers v. Weber*. Odbory ocelářských dělníků uzavřely v kolektivním vyjednávání se zaměstnavatelem smlouvu zahrnující afirmativní akční program namířený k odstranění rasových nerovností. Ve firmě byli zaměstnání téměř výlučně "bílí" vyučení dělníci. V jednom ze závodů bylo méně než 2 % "černých" vyučených dělníků, zatímco celkem bylo mezi pracujícími v daném místě 39 % "černých". Součástí schématu byl školící program, do kterého bylo možno vstoupit při splnění kritéria seniority (délky doby odpracované v podniku). Kromě toho ale : dokud podíl "černých" vyučených dělníků nedosáhne průměrný podíl "černých" zaměstnanců v podniku, pak nejméně 50 % nově školených měli být "černí". Během prvního roku školících kursů vykazovala většina "černých" posluchačů nižší senioritu než několik "bílých" žadatelů, jejichž přihláška do kurzu byla odmítnuta. Pan Weber

byl jedním z posledních. Většina Nejvyššího soudu trvala na tom, že taková opatření neodporují hlavě VII. Zákona o občanských právech, protože tento zákon nezakazuje soukromé, dobrovolné, rasově orientované afirmativní akční programy. Neukládá ani, aby byly zaváděny. Soud prohlásil, že aby byl platný, měl by afirmativní akční plán být určen k odstranění zřejmé rasové diskriminace, neměl by "bílé" dělníky vést ke ztrátě jejich zaměstnání nebo jim bránit rozvoji a měl by být dočasný. Taková opatření by konec konců měla být určena nikoliv k zachování rasových nerovností, ale k jejich odstranění. Zaměřující se na výraz "naříditi", užitý v hlavě VII. Zákona o občanských právech soud stanovil, že se zákonný zákaz rasových preferencí, jakožto nápravy minulé diskriminace, nevztahuje na dobrovolně přijaté programy. Avšak dobrovolné programy by neměly poskytovat preference neomezené; měly by být přijatelné jen tehdy, pokud jsou určeny k prolomení starých modelů rasové segregace a hierarchie, pokud otevírají pracovní příležitosti, které byly "černým" uzavřeny a v zásadě nejsou "zbytečným omezením práv bílých zaměstnanců", ačkoliv tato fráze nebyla úplně jasná. Dva ze soudců však argumentovali, že přijímání afirmativních akčních programů je vyloučeno v zásadě samotným zněním Zákona o občanských právech, jeho duchem a legislativní historií.

V případě *Firefighters v. Stotts* Nejvyšší soud projednával nařízení Federálního okresního soudu zamítající navrhované uvolnění z funkce a odvolání mladistvých černých zaměstnanců na základě postupu založeného důsledně na principu seniority. Návrhem by byla podstatně zasažena procedura přijímání zaměstnanců a jejich povyšování do funkcí, zavedená programem přijatým na podkladě soudního smíru sjednaného v rámci řízení o údajné rasové nerovnosti příslušníků minorit a černých. Nejvyšší soud prohlásil, že nižší soud pochybil tím, že jeho rozhodnutí o soudním smíru nebylo vynutitelné, a to v žádné platné modifikaci odpovídající originálu rozhodnutí o soudním smíru, a dále kvůli tomu, že nebylo vedeno žádné svědecké ústní jednání. Většinové rozhodnutí soudu potvrdilo, že hlava VII. zakazuje soudům nařizovat rasovou preferenci jako nápravu předchozí utrpěné diskriminace, ledaže jsou preference výhradně určeny osobám aktuálně diskriminovaným. Tato interpretace byla ostře napadena menšinou nesouhlasících soudců.

Nejistota vyvolaná těmito rozhodnutími - včetně pochybností nad nařízením, kterým jsou federální soudy omezeny ve výběru druhu zvýhodnění, které mohou naříditi k nápravě utrpěné diskriminace - byla částečně odstraněna sérií rozhodnutí vydaných Nejvyšším soudem v polovině 80. let.

V případě *Local No.93, International Association of Firefighters v. City of Cleveland* Nejvyšší soud potvrdil (poměrem 5 : 4) rozhodnutí Soudu federálního distriktu o soudním smíru, vyžadující, aby určitý počet povýšení (polovina plánovaného počtu povýšení na poručíka a 10 povýšení do funkce kapitána a šéfa praporů) byl po čtyři roky určen hasičům, pocházejícím z rasových minorit. Fakt, že zde byl nepochybný důkaz o předchozí rasové diskriminaci při povyšování hasičů, se stal klíčovou oporou speciálních opatření, při nichž byla jako senzitivní kritérium využita příslušnost k rase. Nesouhlasící soudci znovu argumentovali, že aplikace práva by neměla být řízena barvou pleti. Stejně tak v případě *Sheet Metal Workers v EEOC* (Zaměstnanecký výbor pro rovné příležitosti) Nejvyšší soud potvrdil program afirmativních akcí, vydaný Soudem federálního distriktu, zaměřený na zvýšení počtu jiných než bílých členů odborů proto, že byl prokázán model, podle kterého odbory diskriminovaly své členy. Případem se vyjasnilo, že afirmativní akce jsou přijatelným nápravným prostředkem pro skupinu jednotlivců dokonce i tehdy, kdy absentoval důkaz, že kdokoliv z této skupiny utrpěl diskriminaci. Tímto způsobem se zrodil "mimořádný" test, umožňující skupinově založenou výhodu tehdy, pokud se zaměstnavatel nebo odbory dopouštěly vyložené diskriminace. Většinou přijatý rozsudek opakovaně prokázal existenci naprosto očividné diskriminace ze strany odborů. Mohlo by to snad do budoucna znamenat, že by pouze mimořádně odpuzující situace ospravedlňovaly stav, kdy soud potvrdí opatření typu afirmativní akce?

A opakovaně, tři soudci nesouhlasili stejně jako v případě *Local No.93*.. Nesouhlasící zvítězili v den veřejného jednání o třetím případě projednávaném před Nejvyšším soudem v r. 1986: *Wygant v. Jackson Board of Education*. V tomto případě Odborový výbor pro vzdělávání a učitele v Michiganu doplnil ke své kolektivní smlouvě ustanovení o afirmativní akci, poskytující během výluky ze zaměstnání zvláštní zacházení učitelům pocházejícím z minoritních skupin: podíl při jejich uvolňování by neměl přesáhnout celkový podíl minoritních učitelů. Výsledně byli uvolněni někteří bílí učitelé, včetně paní Wygant, zatímco minoritní učitelé s nižším počtem let praxe v zaměstnání zůstali. Rozhodnutím 5: 4 soud shledal, že uvolněním je ohroženo ustanovení Ústavy o rovnosti ochrany občanů. V následujícím roce byl v případě *Johnson v. Transportation Agency* program afirmativních akcí založený na příslušnosti k pohlaví potvrzen. Transportation Agency v Kalifornii přijala plán afirmativních akcí při funkčním povyšování zaměstnankyň v povoláních, kde ženy byly tradičně podreprezentovány. Plán jasně stanovil, že jeho cílem je dosažení statisticky měřitelného zlepšení v přijímání, při výcviku a povyšování žen a zaměstnanců pocházejících z minoritních skupin. Tím, že plán zahrnoval provádění ročních vyhodnocení a možnost jeho následných úprav, bylo jeho vedlejším cílem využívat dosažené výsledky k aktuálnímu rozhodování v personálních záležitostech. Při obsazování volného místa ředitel agentury nerespektoval názor příslušného sboru vyhodnocujícího výsledky pohovorů, který na volné místo doporučil pana Johnsona a mezi kvalifikované kandidáty zařadil též třetířadou uchazečku. Při konečném hodnocení vzal v úvahu afirmativní akční politiku ve stejné míře, jako kvalifikaci kandidátů, výsledky testů, expertizy a minulost uchazečů. Pan Johnston proto od své žádosti o povýšení odstoupil. Ředitelův výběr byl však shledán v souladu se zákazem diskriminace v zaměstnání podle hlavy VII. Zákona o občanských právech, a to mezi jinými na základě toho, že zvážení faktu příslušnosti k pohlaví bylo ospravedlněno existencí viditelné nerovnosti, projevující se podreprezentací žen v tradičně segregované kategorii zaměstnání. Zároveň soud potvrdil, že když hledá zaměstnavatel ospravedlnění k provedení plánu afirmativních akcí, nepotřebuje prokazovat své předchozí diskriminační praktiky nebo dokonce argumentovat ohrožováním diskriminací z vlastní strany; potřebuje pouze prokázat zřejmou nerovnost v kategoriích zaměstnání. Soud dokonce použil test zavedený případem *Weber*, aby dokázal, že plán agentury neohrožoval práva mužských zaměstnanců, ani nevytvářel zábrany jejich rozvoji. Opakovaně zde byl prosazován nesouhlas podložený tím, že Zákon o občanských právech byl zneužit, aby diskriminaci chránil, místo aby ji odstraňoval. Nejvyšší soud nejednal o případě diskriminace na základě pohlaví, která by se stala ve veřejném sektoru.

Důvody, o které se rozhodnutí opírala

Analýza případů z 80. let ukazuje, že zatímco Nejvyšší soud vydával konfliktní rozhodnutí, počínal se vytvářet základ pro odůvodnění, které převážilo nad jednoduchým zněním Zákona o občanských právech. Za prvé: byl odmítnut názor, že afirmativní akce by měla prospět pouze obětem aktuálního diskriminačního jednání a bylo akceptováno, že plán nepotřebuje navazovat na vlastní (předchozí) praktiky zaměstnavatele, ale může být ospravedlněn tradičně nerovným postavením pracovní síly. Za druhé: báze, na které je afirmativní akce založena, je základním kamenem úspěchu. V případě *Wygant* to byla dobrovolně sjednaná smlouva s odbory, která byla zdrojem rasového napětí. V případě *Local No. 93* to bylo rozhodnutí o soudním smíru, kterým soud potvrdil dohodu dosaženou stranami v soudním řízení. To byl rozdíl od situace v případě *Stotts*, ve kterém se soud pokusil bez specifického souhlasu zaměstnavatele doplnit k původnímu rozhodnutí o soudním smíru nařízení proti jinému uvolňování zaměstnanců, než striktně podmíněnému kritériem seniority. V případě *Sheet Metal Workers* vydal soud soudní příkaz. V případě *Johnson* to bylo jasné rozhodnutí agentury vedené personální politikou, potvrzenou jejím

opakovaným prověřováním a vyrovnávacími úpravami, prováděnými na základě monitoringu a prostřednictvím změn přijatého plánu. Dalším zřetelně se projevujícím faktorem je typ přijatého opatření: v případě *Wygant* byl pro soud závažným argumentem k nesouhlasu fakt, že se jednalo o uvolnění ze zaměstnání, ale v případě *Local No. 93* bylo potvrzeno preferenční přijímání a výcvik, přičemž břemeno na straně nepreferovaných skupin bylo rozptýleno mezi celou společnost. Odepření budoucích zaměstnaneckých příležitostí bylo shledáno jako méně nepříjemné, než ztráta momentálně vykonávaného zaměstnání. Zde se nabízí otázka, zda afirmativní akce budou soudem posuzovány příznivěji v období ekonomického růstu, kdy zaměstnavatelé přijímají a povyšují, narozdíl od špatných období, kdy je uvolňování zaměstnanců běžné. A konečně: mezi zásadní faktory zvažované soudem se dostala četnost důkazů o tom, že diskriminace skutečně existuje.

Trend soudní podpory afirmativních akcí se obrátil v polovině 90.let, a to v důsledku nově vzniklé konservativní většiny v devítičlenném Nejvyšším soudu, včetně černého soudce Clarence Thomase nominovaného prezidentem Bushem v r. 1991.

Zdůvodnění tohoto obrátu odkazovalo na znění Ústavy, chránící spíše individuální práva, než skupinová a na rozmělnění role státu při určování odpovědnosti za rasovou diskriminaci. Použití specifického kritéria rasy, zapovězené vládě historicky i zákonem, se tak pro Soud stalo osudovým problémem. Utočný postoj Soudu proti afirmativním akcím podnítil presidenta Clintona v lednu 1995 k důkladné revizi vládního programu afirmativních akcí a zároveň způsobil, že generální prokurátor vydal metodický pokyn pro federální instituce uplatňující afirmativní opatření. V případě *Adarand Constructors Inc. v. Peña*, který se týkal afirmativní akce zaměřené na zlepšení rasové rovnosti v institucích zajišťujících zásobování vládních úřadů, soud (znovu těsnou většinou 5 : 4) podrobil afirmativní vládní program přísnému soudnímu ověřovacímu testu. Poté následovalo rozhodnutí ve věci *Richmond v. J.A.Croson Co.*, kterým byly zamítnuty rasově zaměřené afirmativní akce na místní úrovni a nařízeno provádění přísných soudních ověřovacích testů k tomu, aby bylo prokázáno, že akce naplňují státní zájem. Test týkající se předchozí diskriminace a obecného společenského prostředí má být prováděn speciálně pověřeným vládním úřadem. Plány, kterým se město Richmond vypořádávalo s rasovou diskriminací tímto testem neprošly a byly prohlášeny za protiústavní. Zkoumaný program *Adarandu*, tj. Správy malých podniků, poskytoval finanční bonus těm smluvním partnerům, podílejícím se na výstavbě dálnic v Coloradu, kteří poskytli možnost subdodávek firmám, vlastněným sociálně nebo ekonomicky znevýhodněnými jednotlivci. Rozhodnutím bylo objasněno, že Čtrnáctý dodatek (k Ústavě) dává jednotlivcům, nikoliv skupinám, právo vyžadovat rovnou ochranu před zákonem, a že toto je základním ústavním principem. Avšak, ačkoliv Soud vrátil věc nižšímu soudu s tím, aby provedl šetření vůči uchazečům o kontrakty a posoudil zdali opatření byla přesně modelována tak, aby splnila stanovený cíl jednoznačného státního zájmu, sedm z devíti členů soudu zvláště znovu potvrdilo - a to principiálně - legitimitu přístupu, kdy preferenční zacházení vůči znevýhodněným osobám, zaměřené na výsledný efekt, musí být vždy předmětem pečlivého zkoumání (dohledu).

V případě *Hopwood v. State of Texas* odmítlo páté oddělení Odvolacího soudu afirmativní akci pro nebílé, zavedenou v r. 1992 preferenčním přijímacím programem Právní školy University v Texasu. Zdůvodnění vycházelo z přísně právní konstrukce založené Zákonem o občanských právech, podle které rasa nemůže být nikdy kritériem pro přijímání studentů. Odvolání k Nejvyššímu soudu bylo zamítnuto.

V případě *The Coalition for Economic Equity and Others v. Pete Wilson and Others* bylo deváté oddělení Odvolacího soudu vyzváno k rozhodnutí, zda ustanovení Kalifornské ústavy zakazující preference na základě rasy a pohlaví ohrožuje ustanovení Federální ústavy o rovnosti ochrany a Zákon o občanských právech. 5.

listopadu 1996 se 54% kalifornských voličů přihlásilo k "Výroku 209" za odstranění programů založených na příslušnosti k rase a pohlaví, prováděných v oblasti zaměstnávání, obchodních zakázek a vzdělávání. Skupiny reprezentující zájmy rasových minorit a žen, pobouřené tímto výsledkem, dosáhly vítězství dočasným pozastavením účinnosti příslušného nařízení a předběžným nařízením blokujícím zavedení "Výroku 209". Vyhrály na okresní úrovni, ale rozhodnutí bylo zvráceno Odvolacím soudem, který zjistil jak je bolestivé, aby současně respektoval rozhraní mezi mocí zákonodárnou a soudní a nenarušoval vyrovnanost federální moci a moci státu tím, že působí jako federální tribunál formulující návrhy zákonů, přestože mezi nejvyšší státní aparát zatím nepatří.

Rozhodnutí zasluhuje pozornost tím, že trvá na tom, že diskriminace na základě rasy a pohlaví vyžaduje "důsledný státní zájem, mimořádně opodstatněný" (čl. 10). Nerozebírá koncepci afirmativní akce, ale věnuje většinu svého odůvodnění záležitostem právní konstrukce a hierarchii zákonů, při udržení přístupu důsledného soudního přezkoumání založeného v případě *Adarand*. Uzavírá, že rasové a genderové třídění, jakožto věc zákona a logiky, neohrožuje Čtrnáctý dodatek Ústavy z hlediska ústavnosti příslušného testu, resp. jeho "politické struktury", který se ptá, zda příslušné opatření naplňuje poněkud vzdálené úkoly, které má vláda naplňovat (čl.11. - 12.). V reakci na argumenty právního a procedurálního charakteru rozhodnutí stanoví, že bod VII. Zákona o občanských právech si nevyhrazuje nadřazenost nebo automatickou neplatnost "Výroku 209", neboť oddíl 1104 Zákona připouští generální výhradu výlučně tehdy, pokud jde o zřejmý nesoulad. Aniž určil podstatu případu, soud se znovu přiklonil ke kritériu individuálního poškození diskriminačním jednáním, argumentující tím, že Čtrnáctý dodatek garantuje rovnou ochranu jednotlivcům, nikoliv skupinám. Tím, že rozhodnutí neobjasňuje "mimořádný" test, ani nehodnotí váhu druhu toho kterého opatření, přetrvávají pochybnosti, zdali i v budoucích případech bude následovat tento svůj dosavadní přístup.

Evropský soudní dvůr (ESD)

Další námitkou vůči pozitivním akcím, jež získala publicitu počátkem devadesátých let, bylo rozhodnutí ESD ve věci Kalanke kontra Město Brémy. Bylo to poprvé, kdy byl ESD požádán o to, aby rozhodl, zda národní předpisy dovolující pozitivní akce pro ženy jsou slučitelná s čl. 2(4) směrnice o rovném zacházení, který stanoví: "Tato směrnice není na úkor opatření k rozvoji rovných příležitostí pro muže i ženy, zejména odstraňováním existujících nerovností postihujících příležitosti žen v oblastech uvedených v článku 1(1)." (přístup k zaměstnání, včetně služebního postupu v zaměstnání, přístup k odborné přípravě, pracovní podmínky). V daném případě zákon spolkové země Brémy o rovném zacházení mezi muži a ženami ve svém čl. 4 (2) stanoví, že jak pro přijímání, tak pro povyšování v oborech, kde je účast žen výrazně nízká - tzn., že ženy tvoří ani polovinu personálu v jednotlivých stupních v příslušných pracovních kategoriích - a současně má-li žena stejnou kvalifikaci jako mužský kandidát, musí být přednost dána ženě. Po té, co bylo rozhodnuto jmenovat na místo ředitele oddělení v městském Parks Department ženského kandidáta na základě toho, že zde bylo méně než-li mužů, rozhodl se pan Kalanke odvolat proti tomuto rozhodnutí. Tvrdil, že má vyšší kvalifikaci a že, i v případě kdyby byl stejně kvalifikovaný jako vybraná kandidátka, přednostní zacházení se ženou zakládá vůči němu diskriminaci na základě jeho pohlaví. Pokud by nebylo čl. 4 (2) uvedeného zákona, byl by povýšen ze sociálních důvodů, neboť musí živit tři na něm výživou závislé osoby (manželku a dvě děti), zatímco druhá kandidátka žádné takové závazky nemá. Pan Kalanke v tomto sporu neuspěl ani před místním ani regionálním pracovním soudem, Spolkový pracovní soud požádal ESD o rozhodnutí v předběžné otázce týkající se slučitelnosti tohoto zákona se směrnicí

Rady ES o rovném zacházení. ESD uvedený zákon odmítl, s tím, že automatická přednost daná stejně kvalifikované ženě se považuje za porušení směrnice: Národní pravidlo, které stanoví, že ženy mají automaticky přednost při obsazování pracovních míst tehdy, kdy muži a ženy kandidující na stejné místo mají stejnou kvalifikaci, pokud je v obsazovaném oboru jejich účast výrazně nízká, je diskriminací na základě pohlaví. (odstavec 16)..... Národní pravidla, která zaručují ženám absolutní a bezpodmínečnou prioritu při jmenování nebo povyšování, jdou nad rámec podpory rovných příležitostí a překračují meze výjimek podle článku 2(4) směrnice (odstavec 22).

ESD omezil rozsah svého rozhodnutí pouze na bezpodmínečné preferenční zacházení, s výslovným odkazem na přednost dávanou automaticky bez ohledu na další hlediska jako jsou individuální obtíže či omezování práv jiných skupin. ESD s ohledem k článku 2(4) směrnice poznamenal, že smyslem tohoto ustanovení bylo vytvoření prostoru pro dovození opatření, která ač se zdají být diskriminační, mají ve skutečnosti za cíl eliminovat nebo redukovat případy stávajících nerovností: např. lze akceptovat poskytování určitých výhod ženám v oblasti zaměstnávání, včetně povyšování, s cílem zlepšovat tak jejich konkurenceschopnost na pracovním trhu a tím napomoci dosáhnout muže při jejich kariérním postupu. Současně však být výjimka z individuálního práva stanoveného ve směrnici interpretována striktně. Nicméně, přestože se zdálo, že se ESD v tomto rozhodnutí pokusil přezkoumat celkový smysl pozitivních opatření - stejně jako se o to pokusil Nejvyšší soud USA v osmdesátých letech - použitá formulace však byla nezvykle nejasná a skutečnost, že byla umístěna až na konec rozhodnutí navíc naznačuje, že se jednalo o dodatek k hlavní části odůvodnění:

Dále, pokud takové opatření usiluje o rovné zastoupení mužů a žen na všech stupních a úrovních v dané oblasti, nahrazuje v podstatě rovnost příležitostí předpokládanou v článku 2 (4), což je výsledek, kterého lze dosáhnout pouze za předpokladu rovnosti příležitostí (odstavec 23).

Zdá se, že ESD dokonce stanovil, bylo-li cílem tohoto výroku hodnotit pozitivní akce, že metoda zvolená v brémském zákoně přesahovala zajišťování rovnosti přístupu ke kariérnímu postupu a povyšování, neboť směřovala k zajištění konkrétního výsledku; jak to vyjádřil Faundez (1994), je to dilema mezi zajišťováním rovnosti příležitostí a rovnosti výsledku.

Rozhodnutí ESD vyvolalo ohromné množství rozporných reakcí po celé Evropě především ve členských státech Evropského Společenství (ES), jež byly aktivní v přijímání a implementaci pozitivních akcí ve prospěch žen, ve víře, že taková opatření nejsou přípustná pouze z hlediska právního, a to vzhledem k článku 2 (4) směrnice, ale také, že jsou žádoucí z hlediska politického, sociálního a ekonomického. Akademici i odborníci pro otázky rovnosti kritizovali rozhodnutí jako příliš striktní interpretaci směrnice.

Někteří komentátoři (např., Schiek, 1996) tvrdili, že článek 4(2) brémského zákona jednoduše sloužil k vyloučení takových hledisek při výběru vhodného kandidáta jako jsou to, že kandidát je živitelem rodiny nebo délka jeho služby, což v německé státní správě svědčilo především ve prospěch mužských kandidátů, přičemž taková hlediska by se měla považovat za nepřímou diskriminaci vůči ženským kandidátkám. Jiní se pokusili připsat tento závěr právní formulaci, jež postrádala flexibilitu vůči jiným hlediskům jako jsou individuální nesnáze těch, které tato opatření nezahrnují. Komise ES zvážila všechny tyto myšlenkové tendence ve zprávě, kterou se rozhodla předložit Evropskému parlamentu a Radě ministrů a která obsahovala její výklad rozhodnutí ve věci Kalanke. Komise dovodila, že ESD odmítl pouze automatický charakter brémského opatření v případech absolutní a bezpodmínečné priority dávané ženám ke jmenování nebo povyšování. Komise tudíž zastávala názor, že jediný typ kvótového systému, který je protiprávní, je kvótový systém zcela rigidní, který neponechává žádný prostor pro zvážení individuálních okolností. Členské státy

ES proto měli volnost pro stanovení všech forem pozitivních akcí včetně flexibilních kvót.

11. listopadu 1997 vydal ESD druhé rozhodnutí týkající se pozitivních akcí ve věci Marschall kontra země Severní Vestfálsko. Pan Marschall, učitel, se ucházel o vyšší místo společně se ženskou kandidátkou; protože byli oba stejně kvalifikovaní a na příslušné platové a kariérní úrovni bylo zaměstnáno méně žen než mužů, žena musela být jmenována na základě novely zemského zákona o státní službě z 5. února 1995. Příslušné ustanovení stanoví: "Tam, kde je méně žen než-li mužů, zvláště pak ve vyšších třídách kariérního řádu, bude orgánem odpovědným za funkční postup dávana přednost ženám, a to i v případě stejné vhodnosti, schopnosti a profesionálních zkušeností, pokud zvláštní důvody na straně individuálního (mužského) kandidáta nezvrátí tuto vyrovnanost v jeho prospěch." Správní soud, ke kterému se pan Marschall odvolal měl vzhledem k případu ve věci Kalanke pochybnosti, zda je zemský zákon slučitelný se směrnicí o rovném zacházení a předložil případ k posouzení ESD. Rozhodnutí Soudu bylo dychtivě očekáváno, neboť na rozdíl od rozhodnutí ve věci Kalanke, příslušný národní předpis obsahoval ustanovení (zákonnou výjimku), podle které mohou specifické důvody převážit ve prospěch druhého (mužského) kandidáta.

ESD rozhodl, že čl. 2(1) a (4) směrnice takové pravidlo nevyklučuje, za předpokladu, že v každém jednotlivém případě toto pravidlo zaručí stejně kvalifikovaným mužským kandidátům jako jsou ženské kandidátky, že jejich kandidatura bude posuzována objektivně se zřetelem ke všem měřítkům kandidátů a pokud jedno nebo více měřítek (, která však nejsou diskriminační vůči ženským kandidátkám) nezvrátí rovnováhu ve prospěch mužského kandidáta, bude přednost dána ženám podle rozsudku:

Zákonodárci záměrně zvolili právně nepřesnou formulaci, aby zajistili dostatečnou flexibilitu, a navíc, aby ponechali prostor k uvážení a posouzení všech specifických důvodů pro daného kandidáta. To znamená, že i přes toto pravidlo přednosti může být vždy dána přednost mužskému kandidátovi na základě tradičních, či jiných hledisek k povýšení. (odstavec 5)

ESD nastínil svoji rozumovou úvahu pro dovolení zvláštních opatření podle článku 2 (4) směrnice, s tím, že však připustil (jako v případě Kalanke), že protože článek 2 (4) stanoví výjimku z individuálního práva uděleného směrnicí, nemůže národní pravidlo se specifickým cílem k upřednostňování ženských kandidátů zaručovat absolutní a bezpodmínečnou přednost žen v povyšování bez toho, aniž by překračovalo hranice výjimek stanovených tímto článkem. Zahrnutí ustanovení o výjimkách do zákona však nezbytně nezajišťuje, že jejich hranice budou respektovány; ustanovení o výjimkách musí zajišťovat objektivní přístup podle všech měřítek specifických pro daného kandidáta, která současně nejsou diskriminační vůči ženským kandidátkám. Z rozhodnutí však není jasné, jakým způsobem se tato hlediska mají prověřovat tak, aby nebyla diskriminační vůči ženám, ESD přesto stanovil:

Zdá se, že dokonce i tam, kde jsou ženští a mužští kandidáti stejně kvalifikovaní, muži bývají při povyšování zvyhodňováni především kvůli předsudkům a stereotypům, týkajícím se role a výkonnosti žen v zaměstnání a obavám např., že ženy z důvodu péče o rodinu a domácnost přerušují častěji svou kariéru, že budou méně přizpůsobivé pracovní době nebo že budou častěji nepřítomné kvůli těhotenství, porodu a kojení.

Mohlo by to znamenat, že při hodnocení hledisek příslušejících jednotlivým mužským kandidátům, mohou některá hovořit v jeho prospěch. Takové hledisko jako je však delší služba nelze připustit, neboť srovnávaná žena mohla přerušit své zaměstnání vzhledem k rodinným povinnostem.

Analýza těchto rozhodnutí ESD ukazuje, že vroucnost s jakou byly v 70. a 80. letech v Evropě vítány afirmativní akce ve prospěch žen, když zákony upřednostňovaly

automaticky ženské kandidátky při povyšování, poněkud ochladla. Nejnovější rozhodnutí však naznačuje, že tento problém lze znovu vyřešit může zahrnutím ustanovení o výjimkách (derogační klausule) do ustanoveních o afirmativních akcích. Skutečností je, že ESD vyžaduje tyto klausule, aby zajistil, že se při obnovování silné evropské podpory pro proaktivní opatření v boji při odstraňování diskriminace v zaměstnávání nevplíží žádné nové diskriminační prvky. Další potvrzení těchto tendencí se objevuje v článku 141 nové Amsterodamské smlouvy (dříve článek 119 Římské smlouvy), odstavec 4 který stanoví:

S ohledem na plné zajištění rovného zacházení s muži ženami v pracovním procesu nebrání zásada rovného zacházení žádnému členskému státu zachovat nebo zavést opatření poskytující zvláštní výhody pro usnadnění odborné pracovní činnosti méně zastoupeného pohlaví nebo pro předcházení či kompenzaci nevýhod v jeho profesní kariéře.

Jižní Afrika

Dva nedávné případy projednávané před soudy nižší instance v Jižní Africe ukazují, že i v prostředí, kde jsou afirmativní akce k překonání předchozí diskriminace otevřeně akceptovány jako nejpříjemnější metoda k dosažení rovnosti, přetrvávají scestné názory v tom smyslu, že se jedná o formu diskriminace.

Ústava k ukončení předchozího apartheidního režimu (zákon č. 108/1996) jasně stanovila, že diskriminace na základě rasy a pohlaví musí být odstraněna. Prozatímní Ústava z r. 1994 dala speciální důraz na afirmativní akce ve veřejné službě tím, že ve své sekci 212 stanovila:

- (2) Taková veřejná služba bude ... (b) zlepšovat výkonnou veřejnou administrativu široce reprezentovanou jihoafrickou komunitou ... (4) Při jmenování do funkcí a obsazování volných míst ve veřejné službě budou brány v úvahu předpoklady: kvalifikace, úroveň odborného vzdělání, schopnosti, výkonnost a vhodnost osoby ucházející se o jmenování, povýšení nebo převedení. Tyto podmínky mohou být vymezeny nebo předepsány zákonem nebo na základě zákona ... (5) Pododdíl (4) nebrání opatřením ke zvýšení účinnosti cílů uvedených v pododdílu (2).

Ustanovení zákona o veřejné službě, týkající se obsazování volných míst, vyjadřují politické rozhodnutí přetvořit bývalou pevnost bílých pracovních sil na "široce reprezentující Jihoafrickou komunitu".

Vytváření reprezentativní veřejné služby prostřednictvím afirmativních akcí se tak stalo bezprostředním ústavním cílem. Přesto v případě *Public Servants Association of SA and Others v Minister of Justice and Others* (1997), bylo Vysokým soudem (Transvaal Provincial Division) zrušeno rozhodnutí ministra spravedlnosti o jmenování žen do 30 míst na jeho ministerstvu, podložené tím, že pocházely z podreprezentovaných skupin.

16 bílých mužů pracujících na ministerstvu a ucházejících se tam o volné funkce, nebylo přizváno k příslušnému výběrovému pohovoru. Když viděli, že funkce jsou obsazovány ženami, namítli neoprávněnou diskriminaci z důvodu rasy a pohlaví. Oni a jejich profesní asociace požadovali po Vysokém soudu, aby 1) prohlásil jmenování za nelegální z důvodu rozporu se zákonem o veřejné službě a s podmínkami smlouvy sjednané s Výborem pro kolektivní vyjednávání v oblasti veřejné služby a za 2) prohlásil za neúčinná veškerá jmenování, při kterých byla brána na zřetel rasa, barva pleti nebo pohlaví uchazeče. Swart J., ve své mimořádně frustrující úvaze zopakoval ústavní a zákonné požadavky na reprezentanty veřejné služby a různé profesní zákony a smlouvy, pokoušeje se sladit nový přístup s předchozími praktikami ve veřejné službě, ale většinu zdůvodnění věnoval spletitému zkoumání osobních

charakteristik 16 bílých mužských uchazečů a výčtu šetření o vlastnostech těch, kteří uspěli. V úvaze proč bylo volné místo svěřeno 16 uchazečkám (nazývaným "dámy") na základě vyhodnocení jejich prvotřídních schopností, vyjmenoval soudce jejich studijní úspěchy a sportovní schopnosti v rugby a kriketu, užívaje při tom frazeologii typu "mimořádný sportovec". Některé z nich vynášel za to, že předtím sloužily v Jihoafrických policejních silách nebo v rozvědce, případně jako duchovní nebo hodnostářky v církvi, zřejmě aniž by si byl vědom své necitlivosti, pokud službu v aparátu předchozího apartheidního režimu vydává za předpoklad k udržení si funkce v režimu novém. Obdobně projevil nedostatek povědomí o attributech, bez kterých se právník se státní službě neobejde; mezi které patří např. universitní vzdělání. Důraz kladl na délku služby, aniž by zhodnotil, proč tyto kandidátky nepostupovaly v hierarchii civilní služby a setrvaly na jednom místě déle než 15 let. V diskusi o délce služby poznamenal, že některé z žen se staly kvalifikovanými právníčkami teprve před pěti lety a jako jmenované do nových funkcí "přeskočily několik úředníků na listině zásluh" (str. 253). Důraz položil na fakt, že podobné informace o mimořádných zásluhách jmenovaných žen zástupce žaloby neprezentoval tak, aby bylo možno jejich jmenování ospravedlnit jinými důvody než afirmativní akcí.

Swart J. se zřejmě snažil zakrývat svou nedůvěru k afirmativním akcím, neboť prohlásil: "Myslím si, že tyto citace z profesních zákonů bohatě ilustrují, že do této doby, i přes ustanovení Ústavy volající po reprezentativnosti, se afirmativní akce dosud neujaly a mimo jiné : jmenování do funkcí bylo prováděno důsledně v souladu s rozsáhlým a detailním výběrovým systémem založeným na schopnostech, ve kterém hlediska rasy a pohlaví nebyly brány na zřetel."

Když soudce zkoumal zákony a předpisy upravující postup ve veřejné službě, dlouze se zabýval přijímacími procedurami, a to se zřetelem k novým požadavkům na zapracování hledisek rasy a genderu. Není pochyb, že zákon o veřejné službě byl důležitým elementem při racionalizaci ministerstev a tvorbě jejich afirmativních plánů. Přesto soudce shrnul, že "vhodnost", jakožto kritérium pro přijímání a povyšování ve veřejné službě - při kterých historicky nikdy nebyla brána v úvahu rasa a pohlaví - by v novém režimu neměla být nahrazena kritériem rasy a pohlaví. K tomu, aby se prokázalo, že nejmenování bílých mužů do funkcí nebylo v souladu s ustanoveními prozatímní Ústavy o diskriminaci z hlediska rasy a pohlaví, bylo použito pěti testů, aniž by se potvrdilo, že předmětné jmenování bylo takovým opatřením, které patří mezi výjimky povolené Ústavou. Testy podle Swarta J. byly následující : (a) opatření musí být vymodelováno (nesmí jít o nahodilou akci), (b) musí být vymodelováno k nějakému účelu (musí být příčinná vazba mezi cílem a opatřením), (c) cíle opatření určeného k překonání předchozí diskriminace musí být adekvátní ochraně (nesmí ji nepřiměřeně přesahovat), (d) adekvátnost ochrany je nezbytná, protože omezuje jednotlivcům nebo skupinám plně a rovnocenně požívat jejich práva svobody (nikoliv bezmezně, ale se zřetelem k právům ostatních a zájmům celé společnosti), a (e) opatření musí být v souladu s ústavními požadavky na výkonnou veřejnou správu, v níž je široce reprezentována celá jihoafrická komunita (reprezentativnost nemůže převládnout na výkonnosti). Uzavřel, že rezervování 30 míst se nehodí do žádného obecného plánu nebo koncepce, nemůže splnit požadavek reprezentativnosti, zachází mnohem dál, než aby mohlo být vhodnou reakcí, protože zasahuje do vyšších funkčních míst, spíše než do vstupní úrovně pracovního zařazení, porušuje práva ostatních tím, že ignoruje "mimořádnou kvalifikaci" bílých mužů, a konečně nerespektuje požadavek výkonnosti, neboť kvality povyšovaných žen nebyly ve srovnání s bílými muži přesvědčivé. Kritici afirmativních akcí tomuto rozhodnutí aplaudovali, ale během několika měsíců vydal pracovní soud mnohem kladnější hodnocení afirmativní akce, tentokrát v soukromém sektoru.

V případě *George v. Liberty Life Association of Africa Ltd.* (1996) president Landman

podrobil celkovému průzkumu samu koncepci (afirmativních akcí), a to s využitím nově přijatých zdrojů jako je Ústava a zákon o pracovních vztazích a stejně tak hledal inspiraci v Úmluvě ILO č. 111 o diskriminaci při zaměstnávání a při výkonu povolání, z roku 1958. V tomto případě se pan George, bílý zaměstnanec firmy ucházel o vyšší funkci, inzerovanou na tabuli uvnitř podniku s poznámkou "pouze pro zúčastněné", což znamená, že v souladu s politikou přijatou firmou Staff Handbook bylo přístupné výlučně uchazečům z řad zaměstnanců firmy. Ačkoliv byl během výběrového řízení a pohovorů informován ve smyslu, že je vhodným kandidátem, byl na místo přijat barevný uchazeč, nepocházející z firmy. Tím vyšlo najevo, že místo bylo inzerováno i vně podniku. Uchazeč namítal, že přijetí externího uchazeče zakládá neférové zaměstnavatelské praktiky tím, že příslušnost k rase se stala rozhodujícím faktorem a že jmenování bylo neplatné, protože jím zaměstnavatel porušil vlastní politiku, dávající přednost uchazečům z řad vlastních zaměstnanců. Upřednostňující oddíl 8(3) prozatímní Ústavy, charakterizuje předseda soudu afirmativní akce nikoliv jako princip nebo normu -dosažení rovnosti a nediskriminace - ale jako metodu, strategii nebo postup, kterým rovné příležitosti mohou být dosaženy. Soud se věnoval objasnění toho, že v souladu s jihoafrickou soudní politikou nevměšování se do oblasti manažerských výsad, se nebude zabývat schopnostmi kandidátů, ale měl by se omezit na zkoumání aktu jmenování v kontextu s dodržením práva, a to obojího: hmotného (vyrovnání posuzovaných soutěžních hodnot, a postavení afirmativní akce při jejich dosahování) a procesního. Byl to značný odklon od přístupu Vysokého soudu v Transvaalu. Pracovní soud shledal, že přijatý uchazeč byl v minulosti znevýhodněn ve vzdělání, a že z tohoto pohledu nelze jeho přijetí považovat za takové, které by za současné situace jihoafrického trhu práce přispívalo k nefér zaměstnavatelským praktikám. Avšak se zřetelem k pravidlům řízení uplatňovaným firmou při přijímání zaměstnanců soud potvrdil, že na základě vlastní interpretace firemní politiky obsazování volných míst, měla být panu Georgemu dána přednost před vnějším uchazečem. Z tohoto důvodu soud shledal, že jmenování bylo výsledkem nekalých zaměstnavatelských praktik a přiznal uchazeči nárok na náhradu výdajů. Ponecháme-li stranou výrok sám, pak už jenom to, že rozhodnutí obsahovalo odůvodněnou podporu afirmativních akcí, si zaslouží ocenění. Vezmeme-li v úvahu, že případy byly projednávány na různých instančních úrovních, nezbyvá, než si počkat, který ze soudních přístupů bude následovat výzvy k přijímání afirmativních opatření v Jižní Africe.

Austrálie

V polovině 80.let byla podrobena testu speciální opatření, objevující se v australské legislativě. V případě *Gerhardy v. Brown*, byl využit článek 8 zákona britského společenství o rasové diskriminaci z roku 1975, který stanovuje, že speciální opatření na základě rasy nejsou diskriminací, aby bylo potvrzeno národní právo popírající určitá práva těch, kteří nejsou příslušníky domorodého kmene Aboriginů. Podle zákona jižní Austrálie z roku 1975 o zemských právech Pitjantjatjarů byly propůjčeny rozsáhlé pozemky na severozápadě jižní Austrálie Pitjantjatjarům, kteří na ně mají neomezený přístup, zatímco ostatní musí mít speciální povolení. Pan Brown vstoupil na tyto pozemky bez povolení a když byl obviněn z toho, že se dopustil přestupku, namítl, že zákon Jižní Austrálie je neslučitelný se zákonem proti rasové diskriminaci a tudíž je neplatný. Vrchní soud rozhodl, že zákon Jižní Austrálie byl speciálním opatřením pro účely článku 8 zákona britského společenství o rasové diskriminaci a je s ním slučitelný. Tudíž těm, kteří nejsou příslušníky Pitjantjatjarů, může být odepřen vstup na tyto pozemky.

Také v oblasti diskriminace na základě pohlaví je v australské jurisdikci tendence směrem k dosažení rovnosti a ke změně diskriminace z minulých let na zákonnou podporu speciálních opatření. Článek 33 federálního zákona o diskriminaci na základě

pohlaví z roku 1984 stanovuje, že není nezákonné provádět akce k zajištění toho, aby osoby určitého pohlaví nebo rodinného stavu nebo těhotné ženy měly rovné příležitosti s ostatními. V této souvislosti Komise o pracovněprávních vztazích schválila nařízení, v rámci navrhované fúze tří svazů v jeden, jímž byl post místopředsedy každé pobočky svazu vyhrazen ženě, a to na základě hlasování jeho členek. Komise rozhodla, že toto ustanovení je speciálním opatřením, které je určeno k dosažení faktické rovnosti a je tedy podle článku 33 přípustné. Následující rok jiný specializovaný tribunál zkoumal tvrzení, že dohody, kterými federální vláda a vláda území hlavního australského města (Australian Capital Territory = ACT) společně financovaly městské zdravotnické služby pro ženy, diskriminovaly muže, protože byly dostupné pouze ženám. V případě *Proudfoot v. ACT Board of Health and Others* (1992) Komise o lidských právech a rovných příležitostech rozhodla, že vlády se po četných konzultacích dohodly, aby na podporu zdraví žen byly vyžadovány speciální opatření. Podle názoru Komise nebyl takový závěr nepřiměřený. Tudíž tato opatření odpovídala článku 33 zákona o diskriminaci na základě pohlaví. Ačkoliv nejde o soudní případ z oblasti pracovního práva, je zde citován, protože jde o zajímavý přístup k úloze orgánu vydávajícího rozhodnutí. Stojí v ostrém kontrastu ke komplexu argumentů, které byly v 80. letech předkládány Nejvyššímu soudu Spojených států, když usiloval o oprávnění podpořit určité programy afirmativních akcí navzdory formulacím federálních zákonů. Zdálo se, že se americké soudy potýkají s testy nutnosti a vhodnosti realizovaného programu nebo opatření, zatímco prezident australské komise uvedl:

- Rozhodně není na komisi, aby momentálně určovala, zda jsou tyto iniciativy ve skutečnosti nezbytné nebo dokonce zcela vhodné pro dosažení cílů na podporu rovných příležitostí, pokud jde o ženy a muže v oblasti zdravotní péče. Článek 33 pouze žádá, aby ti, kteří se chtějí pustit do realizace těchto opatření, je prováděli v souladu s tímto cílem, nebo aby mohli dojít k závěru, že tato opatření se v budoucnu tímto cílem stanou.

Indie

V roce 1992 Nejvyšší soud jiné země Britského společenství podobně podpořil afirmativní akce, ačkoliv byly provázeny závažnými protesty veřejnosti. Ústava Indie povoluje státu vytvářet ustanovení, kterými jsou vyhrazena pracovní místa ve státních službách těm znevýhodněným skupinám obyvatel, které v nich nejsou adekvátně zastoupeny, a podporovat speciální péči o vzdělávací a ekonomické zájmy sociálně slabších skupin populace, zejména kmenů a kast. Po čtyřech dekádách provádění této rezervační politiky, bylo zastoupení dvou posledně zmíněných skupin ve státní službě stále nedostatečné. V roce 1979 byl zřízen speciální orgán, nazvaný Mandalova komise (podle svého předsedy), aby určil, jak zlepšit podmínky pro sociální skupiny znevýhodněné sociálně a z hlediska vzdělání. Ve své zprávě parlamentu Komise doporučila, aby bylo 27% míst v podpůrných a vzdělávacích zařízeních ústředních a státních vlád vyhrazeno pro hinduisty stejně jako pro ty, kteří nejsou hinduisty, ale patří mezi znevýhodněné skupiny. 31. srpna 1990 ústřední vláda zveřejnila memorandum reagující na vyhrazení 27% míst tím, že bylo doplněno dalším memorandumem, ve kterém se vyhrazuje 10% míst ve státní službě dalším znevýhodněným skupinám nezahrnutým v jiných rezervačních systémech, což je ve prospěch příslušníků chudých horních vrstev obyvatel. Proti tomuto memorandu byly vzneseny námitky v soudním případě *Indira Sawhney and Others v. Union of India and Others* (1992). Nejvyšší soud prohlásil, že vyhrazení 27% míst je platné jako prostředek k překonání diskriminace z minulých let a pokračující diskriminace na základě sociálního původu a nařídil jeho implementaci s výjimkou osob sociálně zaopatřených (tzv. "creamy layer" společnosti). Po soudním ověření platnosti tohoto

opatření byl zřízen expertní výbor za účelem specifikovat rozsah této výjimky a na základě jeho doporučení vydala ústřední vláda v září 1993 oznámení o 27% vyhrazených místech v ústřední vládě pro 1,200 příslušníků dalších znevýhodněných skupin.

Postoj Spojených národů a ILO

Ideologické kořeny afirmativní akce mají mezinárodní charakter; objevují se v různých deklaracích a smlouvách OSN, v nástrojích ILO a v právní teorii kontrolních orgánů ILO. Aspekt rovnosti, prostupující všemi nástroji OSN, počínaje Chartou až po ty nejnižší jejich formy, je tou základnou, o kterou se afirmativní akce opírají. Všeobecná deklarace lidských práv, právě slavící 50. výročí, obsahuje klasické ustanovení: "Všechny lidské bytosti se rodí svobodné a rovnocenné co do své důstojnosti a práv. Jsou nadány rozumem a svědomím a měly by vzájemně jednat v duchu bratrství." (čl.1). Mezinárodní úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace vyzdvihla význam proaktivních opatření proti rasismu a poskytla základ dalším testům pokud jde o přijatelnost takových opatření tím, že do kritérií pro jejich posuzování zahrнула nezbytnost, holistický přístup, proporcionalitu ve vztahu k cílům, kterých má být dosaženo, a časové omezení. V čl. 2 (2) říká že:

"Pokud to okolnosti vyžadují, provedou smluvní státy zvláštní opatření v oblasti sociální, hospodářské, kulturní a v jiných oblastech k zajištění přiměřeného rozvoje a ochrany rasových skupin nebo jejich příslušníků, aby jim bylo zaručeno plné a rovné užívání lidských práv a základních svobod. Tato opatření nemají mít v žádném případě za následek zachování nerovnosti nebo rozdílnosti práv různých rasových skupin po dosažení účelu, pro který byla přijata."

Mezinárodní Úmluva o občanských a politických právech a Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech obdobně vyžadují, aby smluvní strany přijaly a prováděly politiku odstraňování diskriminace založené na různých důvodech. Při boji za rovnost žen byl Úmluvou o odstranění všech forem diskriminace žen vyvozen logický závěr, že ze zákazu diskriminace vyplývá zejména povinnost přijímat specifická opatření k překonání důsledků předchozí diskriminace. Její čl. 4 (1) zní:

"Přijmou-li státy, smluvní strany dočasná zvláštní opatření, zaměřená na faktické urychlení zrovnoprávnění žen a mužů, nebude to považováno za diskriminaci jak je definována v této úmluvě; v žádném případě však tato opatření nesmí ve svém důsledku vést k zachování nerovnoprávných nebo oddělených měřítek; od těchto opatření bude ustoupeno, až budou dosaženy cíle zrovnoprávnění a v oblasti možností a zacházení."

Mezinárodní organizace práce (ILO), která je nejstarší specializovanou agenturou v systému OSN, přijala dokumenty k odstranění diskriminace ve sféře spadající do jejího mandátu - tj. oblast pracovních vztahů - již o několik let dříve. V roce 1958, při zasedání konference ILO byla přijata Konvence o zákazu diskriminace (v pracovních vztazích a při výkonu profese) č. 111, doprovázená Doporučením č. 111. Vyžaduje se, aby ratifikující státy přijaly a prováděly, ve spolupráci se sociálními partnery (a jak Doporučení říká : prostřednictvím vhodného národního mechanismu) národní politiku odstraňující diskriminaci v zaměstnání. Konvence definuje pracovní vztahy široce, tj. tak, aby pokryla nejen přístup k zaměstnání, podmínky

a předpoklady zaměstnání, ale též přístup k odborné přípravě. A skutečně, kontrolní orgány dohlížejí též na přístup do škol a k dalšímu vzdělávání, stejně tak jako na instituce poskytující odbornou přípravu a na jimi pořádaná přijímací řízení. Klíčovým ustanovením o rovnosti v zaměstnání je čl. 5 (2):

"Každý členský stát může po projednání s reprezentativními organizacemi zaměstnavatelů a pracovníků, pokud takové organizace existují, stanovit, že se nebudou pokládat za diskriminaci jiná zvláštní opatření, jež přihlížejí ke zvláštním potřebám osob, které se z důvodů, kterými jsou pohlaví, věk, invalidita, povinnosti vůči rodině nebo sociální či kulturní statut, obecně považují za osoby vyžadující zvláštní ochranu nebo podporu."

Z posledního ustanovení uvedeného článku je zřejmé, že tento základní mezinárodní instrument rovnosti nemůže vyvolávat žádné sémantické ani ideologické zmatky nebo překrucování koncepce rovnosti. Podle Konvence č.111 afirmativní akce není diskriminací. Navzdory této jednoznačné posici přetrvávají vůči této koncepci nadále opoziční názory, nehledě na stížnosti ohledně jejich aplikační obtížnosti a na reakce médií zmíněné výše. Jak Faundez říká : "Kritikové afirmativních akcí, případně jejich částí, obecně argumentují, že tato opatření ohrožují princip volné soutěže." (str. 1). Kontrolní orgány ILO, ověřující, zda ratifikující státy přijaly "zvláštní opatření", afirmativní akce a opatření na podporu zaměstnanecké rovnosti vítají, aniž by je diferencovaly na základě podmínek, za kterých jsou prováděny. Kontrolní orgány je berou jako součást národní politiky k překonání minulé nebo současné diskriminace v zaměstnání. Prohlašují - v souladu s tímto článkem - , že taková opatření nejsou ve smyslu Konvence diskriminační. Proto ILO neuzivá fráze jako "obrácená diskriminace". Pokud příslušný nástroj jako takový zahrnuje zřejmé proaktivní kroky, preference a "favorizaci" (jak to kritikové nazývají), musí být akceptován jako legitimní nástroj v boji proti diskriminaci v zaměstnání. To logicky vyplývá ze zjištění, že zákonný zákaz diskriminace není dostatečný k tomu, aby byla diskriminace v praxi odstraněna.

Výbor nehodnotil rozdílné postoje k afirmativním akcím, které zaujaly soudy ve Spojených státech a v Jihoafrické republice, neboť první ze zemí neratifikovala Konvenci č. 111 a druhá ji ratifikovala 5. března 1997 s tím, že zprávu o jejím provádění bude předkládat tento rok (1999). Německo konvenci ratifikovalo, a proto CEACR ověřoval, jak dalece jsou pravidla rovnosti pohlaví, přijatá městem Brémy, a zrušená Evropským soudním dvorem při projednávání případu Kalanke, v souladu s článkem 5. CEACR odmítl stanovisko naznačující kritiku automatické preference žen v případě, kdy kandidáti různého pohlaví vybraní k povýšení mají stejnou kvalifikaci a jedná se o sektor, kde jsou ženy podreprezentovány. Místo toho prohlásil, že takový vývoj by mohl v zasáhnout německou aplikaci Konvence č.111 a požádal vládu, aby ho informovala o tom, jaký má rozhodnutí ESD praktický dopad. Tato informace byla vládou poskytnuta při podání následné zprávy o plnění (viz ILO (1998a, str. 337). Když indický soud potvrdil afirmativní akci založenou na příslušnosti ke kastě, CEACR opatření uvítal a požádal o poskytování informací o dosažených výsledcích, vztahujících se k participaci v zaměstnání a pracovním podmínkám. Australské případy nevyvolaly při předkládání zpráv o plnění konvence pozornost CEACR.

Kontrolní orgány ILO ve svých nejaktuálnějších obecných i speciálních výzkumech o aspektech diskriminace v zaměstnání (ILO, 1996 a 1998b) nezkoumalo afirmativní akce z hlediska detailů vztahu mezi rovností příležitostí a rovností výsledku. Necítily se být kompetentní, aby se pokoušely zaujmout místo v diskusi, zda by speciální opatření měla být zaměřena výlučně na to, aby všem skupinám byla vytvořena stejná startovní čára, bez ohledu na pozdější výsledek, nebo zda by jim měl být

zaručen stejný výsledek. Komentátoři různých systémů, uplatňovaných po celém světě, jimiž jsou Castle (1995), Edwards (1995), Faundez (1994), Hofmeyr (1993), Innes, Kentridge a Perold (1993), Loenan a Veldman (1996), O'Neill a Handley (1994) a Solomos (1989) toho o výhodách a nevýhodách každého z přístupů napsali mnoho. Ostatní, jako Bacchi (1994) obecně a Scutt (1990, str. 120-123) k samé podstatě principu namítali, že posuzování zavržených koncepcí by mělo být přezkoumáno. V podnikových návodech k afirmativním akcím bývá varování před rizikem subjektivity při slepém spoléhání se na samu "podstatu", bez pečlivého zkoumání, co ta podstata znamená v kontextu příslušného podniku (viz CCH (1990), čl.106). Z mezinárodního hlediska však Konvence ILO (čl.2) vyžaduje, aby ratifikující stát " přijal a prováděl národní politiku zaměřenou na rozvoj rovných příležitostí a rovného zacházení s cílem odstranit jakoukoliv diskriminaci, a to metodami přiměřenými národním podmínkám a praxi" při zaměstnávání a výkonu povolání. Cílem je zamezit diskriminaci, přičemž se určení způsobu, jakým to bude zajištěno, ponechává na každém příslušném státu.

CEACR si však vymezil svou pozici jistými aspekty charakteru jak koncepčního, tak i metodologického. Například to znamená, že předmětná opatření by měla být konstruována tak, aby nastolovala rovnováhu; tím je pak dán požadavek, aby opatření byla úměrná charakteru a rozsahu ochrany, kterou cílová skupina potřebuje (ILO, 1996, par. 134ff). Poté, co jsou zvláštní opatření přijata, měla by být periodicky ověřována, aby bylo jisté, že jsou stále potřebná a efektivní. Tento názor zastává CEACR vždy, když pomáhá institucím pověřeným dohledem nad zákonností afirmativních akcí, tj. soudům, používat jasně stanovená mezinárodní pravidla. Členové ILO podporují při schvalování programu a rozpočtu ILO mnoho výzkumných projektů, vrhajících světlo na koncepční a pragmatické přístupy k afirmativním akcím v různých zemích. Publikace autorů : Chari (1994), Davis (1993), Ghee (1995), ILO-CEET (1997), Lim (1994), O'Regan a Thompson (1993), Ronalds (1998), Serna Calvo (1996) a Ventura (1995) vysvětlují v různé míře detailů, jak byly afirmativní akce zaváděny a jak aktuálně působí v zemích po celém světě, v Africe, Asii, Evropě, Severní Americe, Jižní Americe. ILO v poslední době připravila množství výcvikových manuálů a nástrojů vztahujících se k afirmativním akcím v zaměstnání, jde o ILO(1995 a 1997) a o Lim (1996).

Závěr

Proč, jak potvrzuje široká škála rozdílných rozhodnutí o afirmativních akcích popsaných výše, nebyli soudci schopni shodnout se na obecných standardech k jejich posuzování ? Zdá se, že se na konci 80. let Nejvyšší soud Spojených států pomalu dostává k přijetí následujících pravidel : opatření by mělo být adekvátní jeho cílům, z afirmativní akce by měly mít prospěch jen aktuální oběti diskriminace (argument v jednom stádiu odmítnutý, pak zase přijatý), že opatření by mělo být modifikovatelné tím, že bude zahrnovat kontrolu a průběžné zajišťování proporcionality (způsobem monitoringu a možnosti každoročních úprav), že typ opatření je určující pro jeho přijatelnost (uvolňování ze zaměstnání bylo méně přijatelné, než preferenční přijímání do zaměstnání a k odborné přípravě) stejně tak, jako uplatněná metoda. O dekádu později však, se rozhodnutí vrací k úzkému přísné právnímu znění Federální ústavy a Zákona o občanských právech a ruší pozitivní opatření. Dokonce v Evropě, kde existuje silná politická a sociální podpora ženské rovnosti, dospěl ESD k různým závěrům při zkoumání zákonných pokusů změnit profil sektoru veřejných služeb, ve kterém dominují muži. Poslední případy, spolu s politickým závazkem, týkajícím se afirmativních akcí, nyní zopakovaným v čl. 141 Amsterodamské smlouvy ukazují, že s pomocí politických tvůrců se danému konceptu znovu vrací popularita. Ale přesto, proč by afirmativní akce měly být

rušeny v takových zemích jako je Jižní Afrika, kde pro taková opatření existují podmínky *par excellence*?

Mohlo by to být tím, že, jak bylo uvedeno dříve, daný koncept boje proti dáblem užívaným metodám vede k tomu, že se s přítomností dábla lze jen těžko smířit? Nebo odpověď spočívá obecně v povaze výuky soudců a v soudním řízení, kladoucím důraz na znění textů (jako při soudce Rehnquistově výstředním mínění u Nejvyššího soudu Spojených států v 80. letech) nebo v odporu soudců zabývat se politickými záležitostmi (jako v kalifornském případě) nebo v jejich charakteristické pomalosti v přizpůsobování se změnám společenských norem (jako v případě Vysokého Jihoafrického soudu)? Mnoho by mohlo být též uvedeno ke složení soudů, potřebě vyšší genderové a rasové vnímavosti soudů. Nebo je to proto, že přívrženci afirmativních akcí, jejich praktičtí obhájci při soudních případech, a soudy samy nemají potuchy o právní koncepci, která by jim mohla pomoci při rozhodování v těchto věcech? Jak je shora uvedeno, příslušné mezinárodní právo - ať už pochází z OSN nebo z ILO - je jasné, ale instituce, jako jsou kontrolní orgány ILO, jejichž úkolem je vyhodnocovat takové systémy v kontextu s mezinárodními dokumenty o rovnosti, jsou váhají v převzetí pevného vedení, a dokonce i tehdy, kdy jim šanci dávají zprávy o plnění Konvencí, omezují se při zkoumání zpráv jen na pochvalné komentáře.

Možná, že vhodná informace není aplikována jen proto, že není široce rozšířená. Struktury ILO, zvláště jeho multidisciplinární týmy po celém světě, jsou sice pověřeny šířením rozvoje ve vztahu k zaměstnání, ale měly by se více pouštět do programů k osvětlení podstaty afirmativních akcí, seznamovat s jejich silnými a slabými stránkami tak, aby k nim veřejnost mohla zaujmout svou pozici. Přesto znovu: možná by měl být vznesen požadavek na další mezinárodní akci normativního charakteru. Není snad doba zralá na mezinárodní pracovní konvenci (případně i na doporučení) na toto téma? ILO se svým tripartitním členstvím a standardně založenými procedurami (zahrnujícími zástupce vlád, zaměstnanců a řízení podniků, možnosti přípravy, diskusí a konečně i hlasování všech členů Mezinárodní konference ILO o znění příslušných textů) poskytují solidní institucionální rámec, v němž taková možnost může být diskutována. V tomto roce byla zavedena procedura, kterou lze záležitosti mezinárodních standardů, k jejich řešení čas dozrál, dostává na pořad jednání Mezinárodní konference ILO. Řídící orgán vybírá z nabídky možných témat ten předmět zájmu, který by měl být připraven pro první diskusi na příští konferenci - o dva roky později.

Tento článek ukazuje na analýzách soudních rozhodnutí z konce 90. let, že určité striktnější testy a pravidla jsou potřebná k tomu, aby na národní úrovni existovala jistota a aby z něho neměly prospěch jen oběti diskriminačních praktik nebo jejich údajné oběti, ale i tvůrci politiky odpovědní za odstraňování diskriminace v zaměstnání. Minimálně by mezinárodním standardem mělo být:

1. definování koncepce, zdůraznění dočasného charakteru takových opatření,
2. objasnění jednou provždy, že afirmativní akce není "převrácená" diskriminace,
3. vytýčení mezi stanovených cílů,
4. podání příkladů metod přiměřených těmto cílům,
5. poskytnutí poučení o příslušných individuálních nebo skupinových nárocích,
6. jasně určit rovnováhu, které má být dosaženo se zřetelem k respektu vůči právům jiných skupin, příp. potlačení jejich práv a
7. zaujetí postoje vůči zřejmé nepřijatelnosti diskriminace, která má být napravena.

Takový text by měl soudům po celém světě umožnit, ať už ho jejich státy ratifikovaly nebo ne, nalézt inspiraci k posuzování faktické situace. Z toho, co je uvedeno výše je zřejmé, že pomocnou ruku potřebují. Dokonce i bez mezinárodních standardů

týkajících se dané věci, mají afirmativní akce mnoho podob a soudy se budou muset chopit uvedeného konceptu spíše dříve, než později.

Poznámky

- 1) Oddíl 708 bodu VII. zákona říká: "Ustanovení tohoto bodu nelze považovat za taková, aby z nich bylo možno vyloučit nebo osvobodit jakoukoliv osobu pokud jde o její způsobilost, povinnost, pokutu nebo trest, které jí náleží na základě současného nebo budoucího práva kteréhokoliv státu nebo orgánu v jeho politické podřízenosti, pokud nejde o takový právní předpis k jehož naplnění je třeba nařídit nebo povolit provedení úkonu, který by podle tohoto bodu mohl být protizákonnou praktikou při zaměstnávání."