

Afirmativní akce v České republice – její možnosti a meze

Zostření problémů českých Romů v několika posledních letech vyvolalo hledání radikálních kroků nápravy. V tomto kontextu se stále častěji ozývá požadavek na zavedení "vyrovnávacích akcí" ve prospěch příslušníků romské komunity, jejichž inspiračním zdrojem je především afirmativní akce uskutečňovaná v USA. Ve svém příspěvku se chci zamyslet nad tím, zda můžeme ve světle amerických zkušeností identifikovat některá úskalí a dilemata, která bychom měli v plánech na uskutečnění afirmativní akce v českých podmínkách vzít na vědomí.

Vznik, pojem a formy afirmativní akce¹

Místem zrodu koncepce tzv. afirmativní akce, která se později v různých obměnách uskutečnila v řadě zemí,² jsou USA. Afirmativní akce v USA sahá svými kořeny do poloviny 60. let, kdy došlo ve spojitosti s masovým hnutím za občanská práva vedeným Martinem Lutherem Kingem k celospolečenskému obratu ve vztahu k problému přetrvávající diskriminace černých Američanů. V této době byly přijaty některé klíčové zákony, zakazující segregaci a zajišťující rovná práva černochům.³ Tyto zákony jednoznačně vyměňovaly, aby státní orgány respektovaly zásadu, že základní občanská a politická práva náležejí všem bez ohledu na rasu, barvu pleti, náboženství či národní původ. Zatímco pro konzervativní část americké veřejnosti to znamenalo úspěšné završení spravedlivého boje za zrovnoprávnění "nebílych ras", v očích liberálů a radikálů se jednalo jen o mílník na této cestě. Za ním měla následovat další aktivní podpora společnosti při ekonomické, sociální a politické integraci doposud znevýhodněných skupin.

Pod tlakem těchto proudů dochází pak od poloviny 60. let až do současnosti k uskutečnění zvláštních podpůrných politik a opatření vůči Afro-Američanům a příslušníkům dalších znevýhodněných skupin, které nazýváme souhrnně "afirmativní akcí".⁴ Je ovšem nutné zdůraznit, že se těmto silám podařilo na dlouhou dobu získat široký konsensus většinové společnosti, opřený o zavržení haněbné historie otroctví, segregace a přetrvávající diskriminace černých Američanů a současně o přijetí morální odpovědnosti za tyto činy bílou většinou. To dokládá ostatně i skutečnost, že programy afirmativní akce byly prosazovány také republikánskými administrativami.⁵ Chci proto hned v úvodu podtrhnout, že veškeré

* Autorka pracuje na odboru pro lidská práva Úřadu vlády ČR. Tento příspěvek vyjadřuje její osobní názory, nikoli stanovisko úřadu, v němž je zaměstnána.

¹ V prvních třech částech příspěvku čerpám volně se svolením autora z rukopisu knihy Pavla Barši, *Politická teorie multikulturalismu*, která vyjde na podzim 1999 v brněnském nakladatelství CDK.

² Mezi tyto země patří např. Kanada, kde je uskutečňována určitá podoba afirmativní akce, známá pod označením "employment equity" (rovnost v zaměstnání) na základě *Employment Equity Act* z roku 1986. Opatření se týká čtyř skupin osob: žen, původních obyvatel, zdravotně postižených a viditelných menšin. Viz: Raskin, Carl, Canada, in: Hodges-Aeberhart, J. and Raskin C. (ed): *Affirmative Action in the Employment of the Ethnic Minorities and Persons with Disabilities*, ILO, 1997, s. 7-28.

³ Jednalo se o *The Civil Rights Act* z roku 1964 (zákon o občanských právech), *The Voting Rights Act* z roku 1965 (zákon o volebním právu) a *The Immigration Act* z téhož roku (zákon o přistěhovalectví).

⁴ Stručný nástin politiky afirmativní akce v češtině nabízí překlad knihy autorů Janda, Kenneth, Berry, Jeffrey M., Goldman, Jerry a Huff, Earl: *Výzva demokracie. Systém vlády v USA*, Sociologické nakladatelství, Praha 1998, s. 345-349.

⁵ Americký prezident Bill Clinton v jednom ze svých hodnocení afirmativní akce uvádí: "Je svým způsobem ironické, že nás dnes tato otázka rozděluje, vždyť afirmativní akce začala před 25 lety za vlády republikánského presidenta, za podpory obou stran. Začala jednoduše jako prostředek k dosažení stálého národního úkolu -

úvahy o aplikaci amerických zkušeností v Česku se musejí vyrovnat se skutečností, že historie Romů v českých zemích, jakkoli strastiplná, není historií násilného zavlčení do cizí země, zotročení a systematického vykořisťování menšiny většinou. Je spíše historií vyhánění nechtěných přistěhovalců a jako taková má jiný morální rozměr. Proto nelze ani očekávat, že by české obyvatelstvo ve své většině přijalo afirmativní akci jako diktovanou mravním imperativem kompenzace minulých bezpráví, jichž se předtím na menšině dopouštělo.

Afirmativní akce byla a je kontroverzním tématem jak v rovině politicko-morální, tak právní; není proto snadné podat její neutrální definici. Pojmu afirmativní akce byly vždy připisovány různé významy, které odrážely postoj autorů k legitimitě použití nápravných opatření zohledňujících rasová kritéria. Uvádím jedno z často citovaných vymezení, jehož autorem je americký badatel James Jones, aniž bych tím chtěla zpochybnit možnost vymezení jiných. Jones definuje afirmativní akci jako "veřejné nebo soukromé opatření nebo postupy či programy, které poskytují, nebo hodlají poskytnout, příležitosti nebo jiné výhody (či statky) osobám na základě - mimo jiného - jejich příslušnosti ke zvláštní skupině nebo skupinám".⁶ Mluvíme-li o afirmativní akci v USA, je důležité připomenout, že nebyla regulována jedním zákonem. Jednalo se spíše o mnohovrstevný soubor politik uskutečňovaných na základě prezidentských nařízení a vládních programů, které se týkaly zejména přidělování státních zakázek a licencí a vynucování férových zaměstnavatelských praktik, s cílem vymýtit diskriminační stereotypy.⁷

Afirmativní akci odstartovalo vládní nařízení č. 11246 vydané prezidentem Lyndonem Johnsonem v roce 1965, které podmiňovalo příjem peněz z federálních zdrojů tím, že příjemce zavede afirmativní akce k zabránění diskriminace v oblasti zaměstnávání.⁸ Původní koncept afirmativní akce uplatněný v tomto nařízení znamená vědomé úsilí zaměstnavatele, aby mezi jeho zaměstnanci byli přiměřeně zastoupeni příslušníci menšin (později také žen). Prostředky k dosažení tohoto cíle však nebyly striktně stanoveny a mohly být velmi mírné, např. zveřejňování volných míst v menšinovém tisku, školení odpovědných personálních pracovníků ohledně diskriminace a pod. Použití ráznějších, a tím i spornějších metod, např. stanovení „cílů“ a „časových harmonogramů“ k jejich naplnění či kvót v rámci afirmativní akce však na sebe nenechalo dlouho čekat. Se zavedením nových postupů a metod se postupně proměňoval a rozšiřoval i pojem a obsah afirmativní akce. Přijímaná opatření na federální úrovni se stala modelem pro přijímání obdobných programů jak ve veřejném sektoru na státní a místní úrovni, tak v soukromém sektoru na základě dobrovolnosti. Vedle již zmíněné oblasti zaměstnávání a veřejných zakázek se rozšířila i do jiných oblastí, např. přijímacího řízení na univerzity. Musíme mít proto na paměti působení a souhru všech těchto rozdílných aktérů a prvků, abychom si správně představili šíři, rozmanitost i složitost afirmativní akce.⁹ Pro ilustraci různých mechanismů jejího působení chci zmínit dvě

vytvoření rovných příležitostí pro všechny Američany." Clinton, Bill, Mend it, Don't End it, in: Curry, George E. (ed.): *The Affirmative Action Debate*, Addison-Wesley Publishing Company, Inc., 1996, s. 258.

⁶ Jones, James, The origins of Affirmative Action, 21 *University of California in Davis Law Review*, 383, 385 (1988) cit. podle Turner, Ronald (ed.): *The Past and the Future of Affirmative Action*, Quorum Books, New York, Westport, Connecticut, London, 1990, s. 1

⁷ Podle některých autorů tento soubor politik nebyl příliš koherentní. Viz např.: Marable, Manning, Staying on the Path to Racial Equality, in: Curry George E. (ed.): *The Affirmative Action Debate*, op. cit. s. 3.

⁸ Záběr tohoto nařízení je široký: vedle vládních a vzdělávacích institucí se týká velkého množství firem - příjemců peněz z federálních fondů. Pod výrazem "kontraktor" (smluvní partner), které nařízení používá, je nutno rozumět jakoukoli instituci nebo firmu, která je příjemcem peněz z federálních zdrojů. Vyňaty z působnosti nařízení jsou malí kontraktori, pokud kontrakt nepřesahuje částku 10.000 USD.

⁹ Například „Soupis a přehled federálních zákonů a předpisů, které stanovují cíle afirmativní akce nebo jiné preference na základě rasy, pohlaví nebo etnické příslušnosti“, který vypracovala Výzkumná služba Kongresu USA v únoru roku 1995, uvádí 171 federálních programů.

z nejdůležitějších federálních opatření, jedno ve sféře zaměstnanosti a druhé ve sféře veřejných zakázek.

Prvním jsou směrnice k afirmativní akci (*Affirmative Action Guidelines*) z roku 1979 vydané Komisí pro rovné příležitosti v zaměstnání (*Equal Employment Opportunity Commission*) ustavené podle hlavy VII Zákona o občanských právech z roku 1964 (*Civil Rights Act*), která zakazuje diskriminaci zaměstnanců ze strany zaměstnavatelů a zaměstnavatelských agentur na základě rasy, barvy pleti, náboženství, pohlaví nebo národního původu. Tyto směrnice jsou, mimo jiné, návodem pro dobrovolné uskutečnění afirmativní akce zaměstnavatelem. Podle směrnic je uskutečnění afirmativní akce přiměřené za těchto okolností: 1. existující praxe zaměstnávání má negativní dopad na rasové menšiny, 2. afirmativní akce má odstranit následky diskriminace v minulosti a 3. v situaci, kdy existuje "uměle omezená" nabídka pracovníků v určité profesi v důsledku historických omezení ze strany zaměstnavatelů a jiných osob.

Ve sféře veřejných zakázek byl klíčovým opatřením zákon o veřejných pracích (*Public Works Employment Act*) z roku 1977. Tento zákon, který vyčlenil určité finanční prostředky z federálních fondů pro státní a místní projekty veřejných prací, stanovil, že 10% z prostředků poskytnutých na projekty bude použito na objednání dodávek zboží nebo služeb od firem vlastněných nebo řízených občany USA, kteří jsou "černoši, španělsky mluvící, orientálci, Indiáni, Eskymáci nebo Aleutové". Podle vzoru této federální normy pak zaváděly obdobné modely zajišťující menšinovým firmám určitý podíl na veřejných zakázkách nižší územní celky, státy a municipality.

Spory o ústavnost afirmativní akce

Afirmativní akce byla od počátku žhavě diskutována a napadána z hlediska slučitelnosti s 14. dodatkem k Ústavě USA, který zaručuje všem rovnou ochranu zákona. Váže se k ní řada zásadních rozhodnutí Nejvyššího soudu USA i nižších soudů. Tato soudní rozhodnutí afirmativní akci jako takovou nepotvrdila, a ani nevyvrátila; to ostatně vzhledem k různosti programů afirmativní akce i k principům amerického ústavního soudnictví, kdy je posuzován vždy pouze konkrétní případ, ani nebylo možné. Soudní rozhodnutí však vymezila a precizovala podmínky a meze konkrétních modelů, mechanismů a metod jejího uskutečňování. Z celkového pohledu tato rozhodnutí odrážejí trend od benevolentnějšího k přísnějšímu posuzování jednotlivých afirmativních programů.¹⁰ Zkoumání rozhodnutí Nejvyššího soudu USA může být pro nás zajímavé i z dalšího hlediska: budou-li u nás vyrovnávací akce zavedeny, lze počítat s tím, že roli obdobnou Nejvyššímu soudu USA bude sehrávat Ústavní soud.

Chci v krátkosti uvést dvě kategorie soudních rozhodnutí, které považuji v daném kontextu za zvláště relevantní. Jsou to soudní rozhodnutí týkající se preferenci pomocí kvót a soudní rozhodnutí ve věci zvýhodnění menšinových firem.¹¹

¹⁰ Podle některých autorů představuje bod obratu rozhodnutí Nejvyššího soudu v případě „*Adarand Constructors, Inc. versus Peña*“ z roku 1995 (U. S. 115 S. Ct. 2097, 132 L.Ed.2d 158 (1995)). Toto rozhodnutí se mělo údajně stát katalyzátorem vstupu země do nové éry naplňování občanských práv, která se soustředí na rasově neutrální opatření k potírání sociální nerovnosti. Srv. Sutherland, Daniel: *Affirmative Action after Adarand. The Supreme Court vs. the Clinton Administration*, Center for Equal Opportunity. Pojednání je dostupné na internetové adrese: <http://www.coeusa.org/adarand.html>.

¹¹ V USA se pro specifickou formu zvýhodnění, která byla ve většině případů uplatněna, používá termín *minority business set-asides*, tj. "podíly vyčleněné pro menšinové firmy".

Pokud jde o systém kvót, chci odkázat na snad vůbec nejznámější z případů afirmativní akce rozhodnutých Nejvyšším soudem USA, a to případ *Regents of University of California versus Bakke* (1978).¹² V tomto případě Nejvyšší soud rozhodl, že zvláštní program přijímacího řízení na lékařskou fakultu University of California v Davisu, který vyčleňoval 16 ze 100 obsazovaných míst pro "znevýhodněné" studenty náležící k menšinám, byl nezákonný a nařídil univerzitě, aby přijala bělocha Allana Bakkeho na lékařskou fakultu.¹³ Soud v tomto rozhodnutí mimo jiné uvedl, že dosažení určitého procentního zastoupení příslušníků menšin mezi studenty nemůže být "účelem o sobě" a že úmysl pomoci obětem "společenské diskriminace" neospravedlňuje použití rasové klasifikace. (Použitý termín *societal discrimination* označuje obecné společenské znevýhodnění, které je zapříčiněno komplexními historickými a ekonomickými okolnostmi, na rozdíl od prokazatelného znevýhodnění určitých osob či skupin na základě konkrétních, identifikovatelných diskriminačních postupů a praktik uplatňovaných veřejnými či soukromými institucemi.¹⁴) Podle názoru soudu může být rasový nebo etnický původ konkrétního žadatele pozitivně zohledněn, nemůže však být důvodem vynětí uchazeče ze srovnání s ostatními žadateli. Jinými slovy, etnická příslušnost může být jedním z kritérií, nikoli však kritériem jediným.¹⁵ Případem Bakke tak byl systém kvót jednoznačně odmítnut jako nezákonný. Kromě toho nastolil tento případ otázku tzv. "nevinného třetího", tedy osoby, která utrpí použitím systému kvót či jinou preferencí pro menšinového uchazeče prokazatelnou a vážnou osobní újmu, ač se sama žádné diskriminace nedopouštěla.

Jak jsem již uvedla, vzorem pro zvýhodnění menšinových firem při získávání zakázek financovaných z veřejných fondů byl *Public Works Employment Act* z roku 1977. Přestože ústavnost samotného federálního zákona byla v roce 1980 potvrzena Nejvyšším soudem USA rozhodnutím v případě *Fullilove versus Klutznick*¹⁶, mnohé ze státních a místních programů pro zvýhodnění minoritních firem, které z principů tohoto programu vycházely, byly později prohlášeny americkými soudy na nezákonné. Stalo se tak ve světle jiného soudního případu rozhodnutého Nejvyšším soudem USA v roce 1986 - *Wygant versus Jackson Board of Education* (1986)¹⁷ - v němž se většina soudů přiklonila k názoru, že zákony znevýhodňující příslušníky většiny musejí být posuzovány podle stejných kritérií jako zákony poškozující menšiny, a potvrdil, že "společenská diskriminace sama osobě nepostačuje k ospravedlnění použití rasových kritérií"; použití klasifikace na základě rasy musí být podloženo prokázáním

¹² *Regents of the University of California versus Bakke*, 438 U. S. 265 (1978) Viz také: Stone, Geoffrey R., Seidman, Luis M., Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V.: *Constitutional Law*, Second edition, Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London, 1991, s. 618 a násl.

¹³ Bílý uchazeč Bakke, veterán z vietnamské války, nebyl přijat ke studiu, ač výsledky, kterých dosáhl v "řádném" přijímacím řízení, kterého se účastnil dvakrát, byly objektivně lepší, nežli výsledky některých žadatelů, kteří byly přijaty ke studiu v rámci menšinové kvóty.

¹⁴ V evropském kontextu se nabízí překlad "strukturální diskriminace", který je používán v dokumentech Rady Evropy. (Srovnej: *Romové v České republice, 1945 - 1998*, Socioklub, Praha, s. 492) Zjištění, zda jde o skutečně o koncepční ekvivalenty, by ovšem vyžadovalo hlubší analýzu.

¹⁵ Legitimitnost použití rasového (etnického) hlediska, byť i jako jednoho z mnoha kritérií, odmítl v případě „Hoopwood versus State of Texas“ (84 F3d 720, 5th Circ. 1996) Federální odvolací soud pro pátý obvod, čímž se přímo postavil proti rozhodnutí v Nejvyššího soudu v případě Bakke. Nejvyšší soud se odmítl případem zabývat a ponechal tak rozhodnutí v platnosti. Srv. např. Schmidt, Stefan W., Shellez, Mack C., Bardes, Barbara A.: *American Government and Politics Today*, 1997 - 1998 Edition, s. 157

¹⁶ *Fullilove versus Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980) Viz také: Stone, Geoffrey R. a další, *Constitutional Law*, op. cit. s. 627 a násl.

¹⁷ 476 U. S. 267 (1986). Případ se týkal zvýhodnění příslušníků menšin, v daném případě učitelů, při propuštění z práce. Případ je zajímavý i z hlediska „nevinného třetího“. Soudce Powell argumentoval mimo jiné tím, že zatímco záměry při přijímání nových pracovníků kladou na společnost rozptýlené nároky, uplatněný systém propuštění přenáší celou tíži úsilí o dosažení rasové rovnosti na bedra několika konkrétních jednotlivců.

konkrétní dřívější diskriminace ze strany vládní organizace uskutečňující afirmativní akci. Tento názor Nejvyšší soud stvrdil a rozvinul v dalších rozhodnutích.¹⁸

Kritéria pro posuzování afirmativních programů zaměřených na pomoc menšinovým firmám, která vykrystalizovala v těchto soudních rozhodnutích, můžeme stručně shrnout následovně: 1. zvýhodnění menšinových firem je nápravným opatřením, jehož účelem je odstranit důsledky diskriminace těchto firem při získávání veřejných zakázek v minulosti, 2) podmínkou uplatnění afirmativního programu je však věrohodné doložení existence dřívější diskriminace konkrétní menšiny v konkrétním státu, regionu či municipalitě a v konkrétním oboru podnikání, kde má být zvýhodnění uplatněno, a 3) rozsah zvýhodnění¹⁹ musí být úměrný jak síle diskriminace, tak procentu zastoupení kvalifikovaných minoritních firem v daném oboru,²⁰ 4) žádné zvýhodnění nemůže být poskytnuto uchazečům bez náležité kvalifikace a 5) pokud program uspěl, musí být změněn nebo ukončen.²¹

Pomoc znevýhodněným, nebo pomoc menšinovým elitám?

Afirmativní akce a její výsledky byly podrobovány vážné kritice nejen na rovině právní, ale také na rovině sociální a etické. Jeden ze závěrů této kritiky je, že afirmativní akce pomáhá spíše středním vrstvám a elitám, nežli těm skutečně znevýhodněným. Výchozím faktem pro zkoumání sociálních dopadů afirmativní akce byla skutečnost, že ačkoli se od počátků 60. let v USA díky afirmativní akci zvýšil podíl černých občanů USA mezi „profesionály“, tedy kvalifikovanými a dobře placenými zaměstnanci, manažery a podnikateli, ve stejné době nastal drastický úpadek jiné afroamerické populace - chudých obyvatelů vnitřních měst. V rovině sociologických zkoumání tuto skutečnost jako jeden z prvních doložil afroamerický harvardský sociolog William Julius Wilson. Podle Wilsonových závěrů: *„Příslušníci menšin z nejznevýhodněnějších rodin jsou většinou disproportčně (velmi nízce) zastoupeni mezi těmi ze své rasové skupiny, kteří nejvíce těží z preferenčního statusu v přijímacím řízení na vysokou školu, při přijímání do výnosného zaměstnání nebo v profesionálním postupu. Politiky afirmativní akce tak většinou posilují příležitosti zvýhodněných, aniž by přiměřeně řešily problémy znevýhodněných ... jen málo obyvatel ghatt městských center mělo užitek z afirmativní akce“*.²²

Podle Wilsona to prokazuje, že problém znevýhodněných není redukovatelný na problém rasového soužití a předchozí diskriminace. Proto by se k problému znevýhodněných menšin mělo přistupovat především jako k problému sociálně-ekonomickému. Afirmativní akce by tedy neměla být zacílená rasově, nýbrž měla by se řídit stupněm frustrace základních potřeb a třídním postavením. Wilson proto místo klasicky pojaté afirmativní akce doporučuje sociální „programy na vyrovnávání příležitostí“ (*affirmative opportunity programs*), z nichž by ovšem menšiny měly „disproporční“ prospěch, neboť jsou ve zvýšené míře postiženi

¹⁸ City of Richmond versus J. A. Croson Company, 488 U. S. 469 (1989). V těchto rozhodnutích hrála podstatnou roli také argumentace Nejvyššího soudu, podle které jsou zákonodárci na státní úrovni ve vztahu ke 14. dodatku Ústavy více omezeni nežli Kongres.

¹⁹ V kontextu USA to znamená zpravidla vyšší podíl participace minoritních firem na zakázce formou „subdávky“, která je stanovena jako podmínka pro primární kontraktory.

²⁰ Srv. Turner, Ronald: *The Past and Future of the Affirmative Action*, op. cit., s. 136.

²¹ Poslední dvě kritéria plynou z případu „Adarand Constructors, Inc. versus Peña“ z roku 1995. Případ Adarand má ovšem potenciálně širší dosah než je oblast veřejných zakázek: vyžaduje totiž, aby všechny případy, které zahrnují rozlišení (na základě rasy, tedy jak případy diskriminace tak preference, byly podrobeny tzv. testu přísného posouzení (*strict scrutiny*). V evropských podmínkách lze tento postup přiložit odkazem na test „nezbytnosti v demokratické společnosti“, který používá Evropský soud pro lidská práva.

²² Wilson, William J.: *When the Work Disappears. The World of the New Urban Poor*, New York, Vintage Books, 1997, s. 197.

znevýhodněním jako je nízký příjem, čtvrti sužované zločinem, rozpadlé rodiny, nevhodné bydlení, nedostatečné vzdělání, kulturní a jazykové odlišnosti. K podobným závěrům dospěli i další badatelé.²³

Zvýhodnění elit nemá pouze morální dimenzi. Z hlediska politiky předcházení etnickým konfliktům a integrace menšin do společnosti je pomoc menšinovým elitám jen velmi omezeným prostředkem nápravy, neboť neodstraňuje nejvážnější příčiny desintegrace a předsudků na straně většiny vůči příslušníkům menšin. Jiným problémem je, že poskytnuté zvýhodnění snižuje sebeúctu dobře postavených příslušníků menšin, neboť si vlastně nemohu být jisti tím, zda si takové postavení zaslouží a vyvolává i obdobné pochybnosti ze strany příslušníků většiny.

České pojetí vyrovnávacích akcí

Zásadním bodem obratu v české celospolečenské reflexi soužití většinové společnosti s Romy se stala masová emigrace Romů z České republiky, která začala ohrožovat základní zájmy a politické cíle české společnosti jako celku. Výrazem a výsledkem tohoto obratu se stalo vypracování tzv. Bratinkovy zprávy a přijetí vládního usnesení navazujícího na tento dokument na podzim roku 1997.²⁴

Základním morálním a právním východiskem usnesení k Bratinkově zprávě je odkaz na ústavní princip, který přikazuje většině, aby dbala ochrany menšin. Cílem usnesení a úkolů uložených vládou jednotlivým resortům je "zlepšení postavení romské komunity a vzájemných vztahů v rámci celé společnosti". Pokud jde o pronikání myšlenky afirmativní akce a morální rétoriky s ní spjaté do kontextu úvah o postavení Romů v Česku, je možné konstatovat, že ji usnesení vlády není poznamenáno. Je formulováno v liberálním a pragmatickém duchu: konstatuje sice existenci "závažných, historicky vzniklých handicapů, které brání většině příslušníků romské populace v plnohodnotném zapojení do života společnosti a které nejsou tito schopni překonat pouze vlastními silami". Usnesení však neuvádí výslovně jako příčinu těchto handicapů minulou diskriminaci. To je v souladu se skutečností, že autoři Bratinkovy zprávy vidí hlavní příčinu závažných problémů souvisejících s romskou komunitou především v nízké adaptabilitě podstatné části této komunity na transformační procesy. Usnesení současně jedním dechem ujišťuje, že pomoc státu a orgánů věřené správy "nesmí a nebude představovat zvýhodňování jedné skupiny obyvatelstva před jinými". Vlastní zpráva pak uvádí pouze stručnou informaci o afirmativní akci v USA.

Podíváme-li se na úkoly uložené přijatým usnesením jednotlivým resortům, zjistíme ovšem, že některé z nich by se daly považovat za pokyny k uskutečnění afirmativních programů. Nejblíže k tomuto přístupu lze zařadit pokyn ministru školství, aby "vypracoval systém motivace zaměstnavatelů k zaměstnávání obtížně zaměstnatelných osob a osob romského původu" nebo pokyn ministru vnitra, aby zajistil maximální přístup romských uchazečů ke studiu na středních policejních školách (ovšem při splnění podmínek přijímacího řízení k Policii ČR) či výzvu k nacházení "možnosti pro využití firem zaměstnávajících romské občany při zadávání zakázek v rámci resortů ministerstva zemědělství a životního

²³ Například harvardský ekonom Glenn Loury, podle něhož programy vyčlenění určitého objemu veřejných zakázek pro minoritní firmy či rasově preferenční opatření při přijímacím řízení na elitní univerzity prospívají takřka výlučně nejbohatší části afroamerické populace.

²⁴ Zpráva o situaci romské komunity v České republice a opatření vlády napomáhající její integraci do společnosti. Zprávu vzala vláda na vědomí usnesením č. 686 ze dne 29. října 1997.

prostředí". Zvláštní zmínku zaslouží ještě kapitola bydlení: ministru pro místní rozvoj je zde uložen úkol "podpory programů bydlení, přičemž na uskutečňování těchto projektů a na rozhodování o přidělování bytů se mají podílet místní romské organizace a firmy".²⁵

Ve srovnání s Bratinkovou zprávou představuje určitý obrat, ovšem zatím nejvíce v obecné rétorické rovině, "Koncepce politiky vlády vůči příslušníkům romské komunity, napomáhající jejich integraci do společnosti" přijatá v dubnu letošního roku sociálně demokratickou vládou²⁶, který navazuje na příslušnou část programového prohlášení vlády.²⁷ V tomto dokumentu se uvádí, že vláda, ve snaze dosáhnout bezproblémového soužití většinové společnosti a romské komunity "přijímá takovou koncepci politiky, jejíž důsledná aplikace povede k nápravě pochybení a křivd způsobených stoletími diskriminace i chybnou politikou vlád minulých". Této nápravy má být dosaženo jak důsledným úsilím o odstranění existujících projevů diskriminace, tak přistoupením k "vyrovnávacím akcím, s perspektívou dosáhnout cíle této akce do roku 2020".

Vyrovnávací akce v pojetí návrhu nemá být zaměřena výlučně na příslušníky romské komunity, ale jak je to v návrhu poněkud vágně formulováno, na "občany, kteří jsou v situaci, kterou vláda přesně nazve." Vládní materiál (usnesení včetně koncepce, předkládací zprávy a dalších podkladů), tak vykazuje v rovině stanoveného cíle a jeho odůvodnění jistou rozpornost: na jedné straně jsou cíle opatření sociální - zvláštní pomoc má být nasměrována k příslušníkům skupin ve svízelném postavení a bez rasového vymezení, "aby zahrnula všechny potřebné"; na druhé straně je přijetí "vyrovnávacích akcí" implicitně odůvodněno nutností nápravy historických křivd a diskriminací vůči příslušníkům romské komunity.

Je jistě zajímavé, že vládní koncepce má společné rysy s Wilsonovým konceptem "programů na vyrovnávání příležitostí", z něhož "disproporčně" těží příslušníci menšin.²⁸ Ačkoli je tento přístup v našich podmínkách patrně nepřijatelnější, chci upozornit na dvojitý úskalí jeho uskutečňování. *Za prvé* jde o to, že čím "objektivněji", a tedy širěji a ve svém důsledku i spravedlivěji, budou cílové skupiny vyrovnávací akce vymezeny, tím menší je šance, že může přinést brzký a viditelný úspěch ve smyslu zlepšení postavení Romů. Například termín "osoba obtížně umístitelná na trhu práce" lze definovat tak široce, že cíle "vyrovnávací akce" v oblasti zaměstnání splynou s cíli boje proti nezaměstnanosti obecně, která, jak víme ze zkušeností západní Evropy, je nikoli časově omezeným, nýbrž permanentním úkolem. *Za druhé*, je nutné zvážit tuto námitku: tak jako je (podle uznaných norem v oblasti zákazu diskriminace) opatření s disproporčním dopadem na příslušníky určité rasové menšiny považováno za diskriminaci, i když se v jeho formulaci nepoužívají rasová (či

²⁵ Realizace tohoto úkolu byla zahrnuta do Programu podpory výstavby nájemních bytů a technické infrastruktury na rok 1998. (Sdělení ministerstva pro místní rozvoj č. MRO1/98.) V souvislosti s problematikou zvýhodnění romských firem, o které pojednávám v další části, je zajímavé uvést, že program stanovuje, že v případě řešení potřeb bydlení romských rodin bude podmínkou při veřejné soutěži, že firma bude ještě před zahájením výstavby ochotna pro vlastní výstavbu zaměstnat občany romské národnosti (přednostně z řad budoucích uživatelů bytů), popř. tyto občany již zaměstnává.

²⁶ Usnesení vlády České republiky ze dne 7. dubna 1999 č. 279, o koncepci politiky vlády vůči příslušníkům romské komunity, napomáhající jejich integraci do společnosti. Vláda tímto usnesením uložila zmocněnci vlády pro lidská práva a předsedovi Meziřesortní komise pro záležitosti romské komunity, aby vytvořil odbornou skupinu pro rozpracování koncepce a do 31. 12. 1999 koncepci rozpracoval a předložil jí vládě.

²⁷ V Programovém prohlášení se uvádí, občanský princip jako základ řešení problému soužití majoritní části společnosti s romskou menšinou bude doplňován specifickými programy určenými pro romskou menšinu v těch případech, kdy dosavadní handicap nelze překonat přístupy uplatňovanými vůči společností jako celku.

²⁸ Ve zdůvodnění koncepce předkladatelé uvádějí, že zhruba 80% osob, na které se bude vyrovnávací akce vztahovat, budou příslušníci romské komunity a nejméně 70% příslušníků romské komunity bude tuto specifickou pomoc potřebovat.

jiná nepřijatelná) kritéria,²⁹ tak je také zvýhodněním menšin či "obrácenou diskriminací" každé opatření, které příslušníkům menšin přináší disproportční výhody, byť by byly cílové skupiny vymezeny obecně. Domnívám se, že tento argument nelze, v rovině politické a etické, odbyt poukazem na zákonné definice diskriminace podle některých mezinárodních norem.³⁰

Vyrovňovací akce ve vzdělání

Důležitou oblastí, jež se má podle Koncepce vyrovnávací akce týkat, je oblast vzdělání a zpřístupnění vyšší kvalifikace Romům (a jedincům z podobně znevýhodněných skupin). Vláda přitom nehodlá jít cestou kvót, například pro přijímání ve vysoké školy, ale hodlá jít cestou vyrovnávacích tříd, přípravných tříd, placeného doučování a podobně, tedy využitím postupů, které jsou již ověřeny a společností více méně pozitivně přijaty. Tyto formy pomoci totiž mají tu výhodu, že „rozptylují“ nároky na celou společnost (např. ve formě financování těchto projektů z veřejných prostředků), a vůbec nebo jen v malé míře přesouvají břemeno na bedra nahodilých jedinců, tj. nevyniká zde problém nevinného třetího.

Jediným poněkud problematickým opatřením je navržené poskytování stipendií pro romské studenty. Proti tomuto opatření by se nedalo nic namítat, pokud by bylo uskutečňováno v občanské sféře a ze soukromých peněz. Avšak zavedení systému stipendií poskytovaných z veřejných prostředků pro sociálně potřebné (případně nadané) romské studenty, aniž by byl současně zaveden systém stipendií pro sociálně potřebné (nebo nadané) z jiných skupin,³¹ nás staví před problém, na který poukázal v americkém kontextu případ Bakke. Etnická příslušnost sice může být vzata při rozdělování příležitostí v úvahu, nelze však připustit, aby tato příslušnost (v daném případě např. deklarovaná příslušnost k české většině či jiné menšině) byla důvodem pro absolutní vyloučení některého žadatele ze soutěže. Tento závěr vychází z teze, že český ústavní systém zaručuje občanům stejnou ochranu z hlediska rovnosti před zákonem jako slavná americká klauzule „rovné ochrany zákona“.³² Domnívám se proto, že vhodným řešením by bylo zavedení nebo posílení komplexnějšího systému podpory sociálně slabých a nadaných studentů, v jehož rámci by stipendia byla přidělována prostřednictvím jednotlivých škol, které jsou v nejlepší pozici rozhodnout o jejich přidělení na základě zvážení všech relevantních okolností, a to včetně, nikoli však výlučně, znevýhodnění na základě příslušnosti k menšinové komunitě. Jinou možností je svěřením úkolu distribuce stipendií nadacím či jiným neziskovým osobám: ani ony by však neměly rozhodovat výlučně podle etnické příslušnosti, budou-li přerozdělovat zdroje z veřejných prostředků.³³

²⁹ Názorným příkladem jsou transformační ustanovení českého zákona o občanství z roku 1993.

³⁰ Viz např. ustanovení čl. 1 odst. 4 Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace nebo čl. 4 odst. 2 a 3 Rámcové úmluvy o ochraně národnostních menšin.

³¹ Skupinou, která je z hlediska přístupu ke vzdělání ve srovnatelně handicapovaném postavení jako Romové jsou ve své většině např. děti první generace přistěhovalců, zejména uprchlíků, kteří pocházejí často z kulturně a jazykově velmi odlišných prostředí, přičemž tyto rodiny patří zpravidla mezi sociálně slabé příjmové kategorie.

³² Princip rovné ochrany zákona je vtělen zejména v čl. 1 Listiny, podle něhož jsou lidé rovni v důstojnosti i v právech. Důležité jsou v tomto kontextu i další ústavněprávní skutečnosti. Jde například o to, že právo na vzdělání je kvalifikováno jako „základní právo“ (čl. 33 Listiny), které přísluší všem bez rozdílu rasy, barvy pleti, národního nebo sociálního původu či příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině. Další odůvodnění tohoto závěru nabízí zákaz jakéhokoli ovlivňování svobodného rozhodování o své národnosti (čl. 3, odst. 2 Listiny) ve spojitosti s čl. 24 Listiny, podle něhož příslušnost ke kterékoli národnostní nebo etnické menšině nesmí být nikomu na újmu. Tuto úvahu rozvádím podrobněji v souvislosti se zvýhodněním romských firem při zadávání veřejných zakázek.

³³ Jako krajní přijatelné řešení vidím např. poskytnutí veřejných prostředků na podporu studentů různým neziskovým osobám, mezi jiným také nadací nebo občanskému sdružení, které pomáhá romským studentům.

Zvýhodnění romských firem při zadávání veřejných zakázek

Nejspornějším opatřením, které autoři vládní koncepce navrhuji, je "zvýhodnění romských firem při zadávání zakázek, podobně jako je tomu zdravotně postižených nebo vězňů".³⁴ Právě toto opatření, zjevně inspirované americkým vzorem, by ovšem mohlo přinést viditelné změny v relativně krátkém časovém horizontu. Tyto dopady by se přitom v závislostech na zvolených postupech mohly týkat jednak posílení romské střední vrstvy v celospolečenském měřítku, jednak snížení nezaměstnanosti mezi příslušníky romské komunity, především v místním a časově omezeném měřítku. V poslední části svého příspěvku se proto pokusím načrtnout základní problémy, které jsou s uskutečněním této myšlenky spjaty.

Každý model, počítající s poskytnutím určitých výhod, úlev či preferencí romským firmám, stojí před vážným problémem, jak "romskou" firmu definovat. Ačkoli se nám totiž v běžném životě může jevit pojem "romská firma" jako pochopitelný a zřejmý,³⁵ z hlediska právního představuje tvrdý oříšek. Pro vymezení romské firmy se přitom nabízí tyto varianty: 1) definovat romskou firmu jako firmu vlastněnou Romy (Romem) nebo 2) jako firmu, která zaměstnává určité procento zaměstnanců, kteří jsou Romy nebo 3) vytvořit definici kombinací obou kritérií. Všechny tyto varianty však nutně narazí na ústavní úskalí. Podle Listiny je totiž národnost (etnicita) dána výlučně subjektivně³⁶. Romem (podobně jako Polákem či Maďarem) je tedy ten, kdo se za Roma (Poláka či Maďara) prohlásí, třeba i na základě racionální kalkulace předpokládaných výhod, které mu toto rozhodnutí může přinést. Je zřejmé, že při plném respektování principu svobodného rozhodování o národnosti nelze právně zabránit vzniku "bílých romských firem", neboť jak vlastníci tak zaměstnanci, bez ohledu na svůj původ či barvu pleti, se mohou prohlásit za Romy. Stejně závažné důsledky má druhé ústavní omezení, a sice to, že Listina zakazuje jakékoli ovlivňování rozhodování o vlastní národnosti³⁷ a současně stanoví, že přihlášení se k jakékoli národnosti nebo etnické menšině nemůže být nikomu na újmu. To nás nutně staví před vážnou otázkou: nedopouští se stát zakázaného ovlivňování ve věci rozhodování o vlastní národnosti, podmíní-li možnost ucházet se o pomoc z veřejných prostředků tím, že uchazeč se přihlásí k určité konkrétní národnosti? Připomeňme, že Listina zakazuje jakékoli ovlivňování v této věci, tedy nejen

³⁴ Tvůrci vládní koncepce ovšem nepřicházejí s myšlenkou zvýhodnění romských firem při zadávání veřejných zakázek jako první, jak výše uvedeno, objevuje se v určité podobě již v Bratinkově zprávě. Protagonistou této myšlenky na veřejné scéně byl v době svého působení jako ministr bez portfeje v kabinetu Josefa Tošovského Vladimír Mlýnář. Podle jeho mediálních vystoupení lze dovodit, že se mělo jednat nejspíše o kombinaci "atestací", kdy by státní úřady vystavily určitým firmám potvrzení, že jde o spolehlivé romské firmy, a vyčlenění určitých veřejných zakázek ze standardního řízení, které by byly distribuovány mezi tyto firmy.

V této souvislosti chci upozornit také na skutečnost, že Národní plán zaměstnanosti, schválený vládou v květnu letošního roku (usnesení vlády č. 418 ze dne 5. května) zvýhodnění romských firem nezmiňuje. Jedním z opatření Národního plánu ovšem je „využívání veřejných zakázek přednostně k zajištění zaměstnanosti uchazečů o zaměstnání, zejména obtížně umísťitelných na trhu práce“; úkolem zpracovat a předložit vládě návrh novely zákona o zadávání veřejných zakázek do 31. prosince 2000 je pověřen předseda Úřadu na ochranu hospodářské soutěže ve spolupráci s ministrem práce a sociálních věcí.

³⁵ Srovnej k tomu Kaplan, Petr, Romové a zaměstnanost neboli zaměstnanost Romů v České republice, in: *Romové v České republice*, op. cit. s. 335 a poznámka 262. Podle údajů uvedených a citovaných autorem se počet romských soukromých podnikatelů těžko zjišťuje: M. Horáková uvádí 9000 osob, z toho desetina vlastní větší firmy, podle publikace R-Mosty lze identifikovat cca 52 romských firem. Podle názoru autora existuje kolem 30 romských stavebních firem.

³⁶ Čl. 3 odst. 2 Listiny, podle něhož má každý právo svobodně rozhodovat o své národnosti.

³⁷ Čl. 3 odst. 2 Listiny zakazuje se jakékoli ovlivňování tohoto rozhodování (tj. rozhodování o vlastní národnosti) a všechny způsoby nátlaku směřující k odnácňování. Čl. 24 Listiny stanovuje, že příslušnost ke kterékoli národnosti nebo etnické menšině nesmí být nikomu na újmu.

ovlivňování prostřednictvím „biče“ možných sankcí, ale také prostřednictvím „karotky“ nabízených výhod.³⁸ V praktické rovině si lze pak představit například situaci, kdy vlastník či vedení firmy zaměstnávající určité procento osob romského původu bude s ohledem na šanci k získání výhodné zakázky vyvíjet tlak na své zaměstnance, aby se k romské národnosti veřejně přihlásili.

Mám za to, že neexistuje právně čistý způsob, jak při určování toho, co je a co není romská firma obejít riziko „bílé romské firmy“ a riziko „býti Romem z nezbytí“. Východiskem pro jejich oslabení, nikoli však odstranění, může být nejspíše to, že se určení či prokázání skutečnosti, že jde o romskou firmu, vydělí z procesu rozhodování o přidělení konkrétní veřejné zakázky. Prakticky to znamená, že všem podnikatelským subjektům bude dána možnost, aby se přihlásily a případně registrovaly jako romské firmy a že budou stanovena určitá kritéria pro jejich uznání.

Jak jsem výše uvedla, platí v USA přísné podmínky pro zavedení afirmativních programů pro menšinové firmy, které se odvíjí od stěžejní premisy, že konkrétní program musí být vždy odůvodněn předchozí prokazatelnou diskriminací menšinových firem v dané oblasti a oboru. Je zřejmé, že uplatnění obdobných podmínek v českém kontextu nepřichází v úvahu, protože podobnou diskriminací romských firem nelze objektivně doložit.³⁹ Jedno z nejnovějších pojednání o zaměstnanosti Romů dokonce naznačuje, že činnost romské podnikatelské vrstvy je většinou závislá právě na věřených zakázkách.⁴⁰ Jestliže zvýhodnění romských firem nelze ospravedlnit silným morálním argumentem nápravy diskriminace, může být odůvodněno alespoň zájmem společnosti na dosažení určitých sociálních cílů. Případné zvýhodnění není proto výrazem morálních nároků a povinností ukotvených ve sféře spravedlnosti a práva, ale spadá do sféry pragmatického vyjednávání týkajícího se obecného zájmu a dobra.⁴¹ Proto je nezbytné, aby cíl zvýhodnění byl formulován jako legitimní cíl sociální politiky.

Legitimními cíli tohoto sociálního programu mohou být: snížení nezaměstnanosti romské populace a/nebo zvýšení reprezentace Romů mezi středním podnikatelským stavem. Tyto sociální cíle a programy však musejí být posuzovány nikoli izolovaně, ale ve vztahu k jiným sociálním a hospodářským cílům, jako je například zájem společnosti na zdravém

³⁸ Uvedený článek Listiny ovšem nelze vykládat rigidně, pokud jde o možné aktéry „ovlivňování“. Mám za to, že se v plném rozsahu a bez výjimek vztahuje na veřejnou moc. Ve vztahu k soukromým osobám musí být interpretován se zřetel na jiné ústavně chráněné hodnoty, např. svobodu slova. Při nepružném výkladu by totiž toto ustanovení mohlo vrhnout stín pochyb na některé aktivity menšinových spolků.

³⁹ Podle dostupných informací ani romští aktivisté, kteří zavedení zvýhodnění pro romské firmy požadují, nemluví explicitně o diskriminaci. Důvod neúspěchu romských firem vidí spíše v silné konkurenci: „Romští podnikatelé, kterých je dosti, se jen stěží prosazují na trhu práce. Systém konkursů i příslušná zákonná úprava jim neumožňují v silné konkurenci se prosadit, leda snad v méně kvalifikované práci, která je doménou Romů, ale i tam je to obtížné“ (Holoměk, Karel, Romská menšina v ČR, in: Ivan Gabal a kol.: *Etnické menšiny ve střední Evropě*, G plus G, Praha 1999, s. 169)

⁴⁰ Petr Kaplan, Romové a zaměstnanost neboli zaměstnanost Romů v České republice, in: *Romové v České republice*, op. cit. s. 335 a 365

⁴¹ Tato teze vychází z teorie klasifikace menšinových nároků, kterou vypracoval britský badatel Anthony Birch. Podle Birche lze přístupy většiny ke znevýhodněné menšině, které mají za cíl posílit občansko-politickou a sociálně-ekonomickou integraci, rozdělit na ty, které zajišťují práva v silném slova smyslu a jsou odůvodněny smyslem pro spravedlnost, a na ty, které lze odůvodnit zájmem na dobrém meziskupinovém soužití a sociální stabilitě, tedy nikoli morálně, ale pragmaticky. Do první kategorie spadá zajištění práva na nediskriminaci a jazykového vzdělání, do druhé pak spadají mimo jiné opatření typu afirmativní akce. Birch, Anthony H.: *Nationalism and National Integration*, London, Unwin Hyman Ltd., 1989, s. 59-60.

efektivním fungování ekonomiky založené na tržním principu⁴², na posilování odpovědnosti jedince za sebe a svou rodinu a na předcházení vzniku kultury závislosti.⁴³ V tomto kontextu chci upozornit na jedno nebezpečí. Pokud by se program zvýhodnění měl stát trvalou součástí "využívání" veřejných zakázek, pak hrozí, že pro určitou skupinu občanů bude vytvořen zvláštní režim zaměstnanosti vyčleněný z normálního trhu práce, s pravděpodobnými negativními důsledkem posílení závislosti romské populace na pomoci státu.⁴⁴

Mechanismus zvýhodnění

Prubířským kamenem všech úvah o zvýhodnění romských firem je proto otázka, jak vytvořit životaschopný a funkční mechanismus zvýhodnění, který by přinášel co nejméně negativních vnějších dopadů. Nejde proto pouze o vytvoření právně schůdné možnosti zavedení zvýhodnění pro romské firmy, která by respektovala ústavní rámec, jak je tento úkol protagonisty zvýhodnění někdy vnímán, ale o vytvoření takového modelu, který by co nejvíce respektoval i jiné legitimní zájmy společnosti v oblasti hospodářské a sociální politiky. V těchto úvahách lze uplatnit i některé aplikovatelné zásady amerických modelů, jako jsou např. požadavek přiměřenosti rozsahu afirmativního programu k podílu menšinových firem operujících v dané oblasti podnikání, zákaz zvýhodnění uchazečů, kteří neprokáží potřebnou způsobilost či kvalifikaci nebo požadavek na ukončení akce při dosažení jejího cíle.

V současné době jsou pravidla soutěže o veřejné zakázky upravena komplexně zákonem o veřejných zakázkách z roku 1994.⁴⁵ Tento zákon definuje, co je veřejnou zakázkou, stanovuje kvalifikaci uchazečů o veřejnou zakázku, reguluje průběh vlastní obchodní veřejné soutěže nebo jiných zjednodušených postupů výběru nejnižší zakázky (zvláštní postupy zadávání veřejných zakázek podle části třetí zákona), včetně kritérií hodnocení nabídek a upravuje dohled nad dodržováním zákona. Z hlediska myšlenky zvýhodnění romských firem je nutné upozornit na nejvíce relevantní ustanovení, a to § 11 zákona, který zakazuje zvýhodnění jednoho z uchazečů proti ostatním účastníkům se dvěma výjimkami: jde o (v našem kontextu méně důležité) zvýhodnění tuzemských firem v případě obchodní veřejné soutěže se zahraniční účastí a zvýhodnění tuzemských firem, které zaměstnávají nad 60% občanů se změněnou pracovní schopností, což zájemce dokládá potvrzením místně příslušného úřadu práce. Vlastní mechanismus zvýhodnění firem zdravotně postižených

⁴² Stanovení těchto cílů nás přivádí zpět k otázce vymezení romské firmy: pokud chceme dosáhnout cíle v oblasti politiky zaměstnanosti, pak je účelné definovat romskou firmu jako firmu zaměstnávající určité procento Romů. Pokud chceme napomoci vzniku středního romského stavu, je naopak účelné definovat romskou firmu jako firmu vlastněnou Romy bez zřetele k tomu, jaké zaměstnance firma má nebo k tomu, zda zakázku realizuje pomocí "bílých" subdodavatelů.

⁴³ Uvedené cíle jsou slučitelné s cíli moderních sociálních demokracií. Tento přístup je vlastní labouristům ve Velké Británii, kde je za vedení Tonyho Blaira uskutečňována pod heslem *welfare to work* (tedy od podpory k práci) zásadní sociální reforma s tvrdými thacheristickými opatřeními, která zahrnují např. snižování dávek pro "ženy samozivitelky" či odnětí dávek finančně dobře situovaným zdravotně postiženým občanům. Výzvou k takovéto politice je například společné londýnské vystoupení Tonyho Blaira a německého kancléře Gerharda Schrödera před volbami do Evropského parlamentu z 8. června 1999, podle něhož nemůže vést cesta k sociální spravedlnosti nadále přes stále rostoucí veřejné výdaje a ignorování vlastního úsilí a odpovědnosti, ale musí vést přes podporu kreativity, diverzity a výkonu. (Viz *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9. 6. 1999 a *International Herald Tribune* z téhož data.)

⁴⁴ Z vystoupení některých romských aktivistů lze usuzovat, že by vytvoření nějakého netržního modelu zaměstnávání pro romskou část populace uvítali. Např. Karel Holomek uvádí: "Trh není všemocný a není nezbytné jeho uplatňování právě v oblasti trhu práce." (Holomek, Karel, *Romská menšina v ČR*, op. cit. s. 170)

⁴⁵ Zákon č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 143/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb. Další připravovaná novela této právní normy je v současné době projednávána Parlamentem; její cílem je především harmonizovat řízení o zadávání veřejných zakázek s normami ES.

občanů spočívá v tom, že soutěžící firma zaměstnávající stanovené procento občanů se změněnou pracovní schopností získá zakázku i v případě, že nenabídne nejvýhodnější (tj. nejnižší cenu) za své služby: nabízená cena se však nesmí odchýlit od nejnižší ceny nabízené jiným tuzemským uchazečem o více než 20%. Na tento mechanismus zvýhodnění, jak jsem již výše uvedla, odkazuje vládou schválená koncepce. Domnívám se, že tento postup není analogicky použitelný pro romské firmy.

Určitým problémem je již diskutovaná definice romské firmy. Zatímco změněná pracovní schopnost je objektivně doložitelná skutečnost, příslušnost k romské národnostní skupině či identitě je subjektivní a nelze ji proto jednoduše "ověřit". Jak již bylo rovněž naznačeno, možným, byť problematickým východiskem z nouze by bylo zavedení nějakého systému registrace romských firem na úřadech práce či jiné pověřené instituci. Romské firmy, které se chtějí ucházet o zakázku, by pak osvědčení, že jde o romskou firmu, předkládaly spolu s vlastní nabídkou a dalšími stanovenými náležitostmi, obdobně jako je tomu i u firem zaměstnávajících občany se sníženou pracovní schopností.

Závažnějším problémem je ovšem to, že připuštění nižší nabídkové ceny u firmy, která zaměstnává Romy, nelze odůvodnit analogicky k firmě zaměstnávající zdravotně postižené. V druhém případě jde totiž o zohlednění skutečnosti, že osoby se sníženou pracovní schopností nejsou zpravidla schopny podat stejný výkon jako osoby zdravé. To v prvním případě, tedy u příslušníků romské komunity obecně jistě platit nemůže.

Spíše tedy, než uvažovat v rámci analogie se zdravotně postiženými, je nutné hledat zvláštní východiska pro vypracování *autonomního mechanismu zvýhodnění* pro romské firmy, který by co nejlépe odpovídal stanoveným sociálním cílům a přitom minimalizoval negativní dopady na hospodářskou soutěž. Podle mého názoru je nutné vycházet z těchto předpokladů:

1. Zvýhodnění romských firem není odstraněním důsledků dřívější diskriminace těchto firem při zadávání zakázek, ale pragmatickým opatřením ze strany státu, které je diktováno úsilím o řešení naléhavých sociálních problémů; stát, resp. jiný zadavatel veřejných zakázek, si proto musí ponechat možnost kontroly a pružného rozhodování o tom, v jakém rozsahu a za jakých okolností hodlá romské firmy zvýhodnit, aby dosáhl stanoveného sociálního cíle co nejefektivněji a aby na druhé straně nedošlo k podstatnému narušení mechanismů volné soutěže.

2. Rozsah zvýhodnění by měl respektovat skutečný podíl romských firem operujících v relevantní výšce podnikání.

3. Zvolený mechanismus preference musí být férový vůči všem soutěžícím: musí respektovat nejen jejich práva, ale i "legitimní očekávání". Úmysl zvýhodnit v soutěži romské firmy musí být proto jasně deklarován, včetně zveřejnění toho, jaká je váha této okolnosti vzhledem k jiným kritériím a podmínkám soutěže o zakázku. To v zásadě vylučuje systém, kde by zadavatel měl možnost podle svého uvážení přihlídnout v rámci hodnocení nabídek podaných v jedné soutěži ke skutečnosti, že některý z uchazečů je romskou firmou. "Romskost" firmy nelze dosti dobře poměřovat s jinými nesouměrnými kritérii, jako je cena, jakost nabídky a pod.

4. Žádné zvýhodnění by se nemělo stát trvalým zvýhodňováním některých konkrétních firem; férový systém pomoci by měl také distribuovat zakázky pokud možno spravedlivě mezi romskými firmami.

S přihlédnutím k uvedeným tezí by jeden z možných mechanismů zvýhodnění mohl vypadat následovně:

i. Zadavatel veřejné zakázky by měl zákonem stanovenou možnost navrhnout, aby určitá konkrétní zakázka byla vyčleněna do zvláštního režimu "menšinových zakázek". Návrh by musel odůvodnit stanoveným cílem a rozvahou, zda a jak může být tohoto cíle vyčleněním zakázky do menšinového režimu dosaženo. Současně by musel doložit, že v daném sektoru a lokalitě podnikají způsobilé romské firmy.

ii. K zařazení zakázky do zvláštních menšinového režimu by byl nutný souhlas Úřadu pro hospodářskou soutěž nebo jiného pověřeného orgánu, který by posoudil předvídatelné negativní dopady vyčlenění zakázky do menšinového režimu na uchování zdravé hospodářské soutěže v daném oboru podnikání a místě či regionu.

iii. Takto vyčleněná zakázka by byla postoupena do zvláštního režimu zadávání veřejných zakázek pro menšinové firmy. Tento režim by byl totožný s režimem stanoveným zákonem o zadávání veřejných zakázek s přesně stanovenými odchylkami.

iv. Zásadní odchylka by se týkala ustanovení o kvalifikaci uchazečů o veřejnou zakázku: v případě vyčleněných menšinových zakázek by bylo jedním z kvalifikačních předpokladů předložení osvědčení o tom, že jde o romskou firmu. V důsledku toho by tedy romské firmy soutěžily o vyčleněné zakázky mezi sebou. Ze soutěže o zakázku by však měly být vyloučeny firmy, které již v minulosti „menšinové zakázky“ v určitém rozsahu a hodnotě a v stanoveném období v rámci menšinového systému obdržely.

v. Předložené nabídky by pak byly posuzovány podle standardních kritérií (tj. nabídková cena, požadavky na jakost, doba plnění a pod.) Zadavatel by přitom zůstala zachována možnost vymezit tzv. další (zvláštní) podmínky soutěže podle § 10 zákona o zadávání veřejných zakázek, v jejichž rámci je možné upřesnit požadavky na řešení problémů zaměstnanosti.

vi. Zadavatel zvláštní "menšinové zakázky" by měl zákonem stanovenou povinnost vyhradit si právo odmítnout všechny předložené nabídky. Pokud by v rámci zvláštního řízení o zadání menšinové zakázky nebyl vybrán vhodný uchazeč, opětovné zařazení této zakázky do menšinového režimu by nebylo možné.

Navrhovaný systém by ovšem znamenal podstatný zásah do textu platného zákona, a v jisté míře i do jeho základní filozofie. Musel by se vyrovnat především s námitkou, že stejného účelu lze dosáhnout jemnějšími úpravami stávající právní normy, například novelizací § 10 zákona o zadávání veřejných zakázek tak, aby zahrnula odkaz na požadavky na řešení zaměstnanosti zvláštních znevýhodněných skupin, mezi jiným příslušníků romské komunity. Podle mého názoru však toto řešení neodpovídá výše uvedeným požadavkům, především požadavku transparentnosti a respektování legitimních očekávání všech uchazečů o veřejné zakázky. To je však věcí další diskuse. Jisté ovšem je, že daný problém nemá ideální řešení, a že bude nutné volit nejlepší možný kompromis mezi požadavky obecné férovosti pravidel soutěže na straně jedné, a efektivnosti pomoci romským firmám na straně druhé.

Závěr

Zkoumání americké afirmativní akce je silným zdrojem inspirace a poučení. Vzhledem rozdílným historickým a společenským okolnostem je však nutné přistupovat kriticky k pokusům o převzetí morální rétoriky s ní spjaté. V rovině vládní politiky by proto měla být dána přednost návratu k liberálním východiskům Bratinkovy zprávy před dalším rozvíjením konceptu nápravy historických bezpráví, která může být ve svých důsledcích kontraproduktivní. Na druhé straně však může být velmi užitečné, pokusíme-li se převzít a případně uzpůsobit našim podmínkám americké zkušenosti a závěry, pokud jde o přesné vymezení podmínek, mechanismů a metod uskutečňování vyrovnávacích opatření v různých oblastech života společnosti, např. při přijímání na vysoké školy, při zaměstnávání či zadávání veřejných zakázek. Některé obecnější zásady vyplývající z amerických zkušeností lze přitom použít jako čáry vymezující hřiště jakékoli vyrovnávací akce, která má být férová a spravedlivá. Je to například zákaz zvýhodnění uchazečů bez náležité kvalifikace nebo minimalizace dopadů na nevinné třetí strany. Ostatně, a to je důležité připomenout, vládní koncepce bere zřetel na některá nejzřejmější poučení z uskutečňování afirmativní akce v USA, jako je např. odmítnutí systému kvót. Dovoďte mi abych ukončila svůj příspěvek parafrází výroku amerického prezidenta Billa Clintona: "Afirmativní akce je flexibilní, férová a funguje, avšak pouze tehdy, je-li uskutečňována správně".⁴⁶

⁴⁶ Clinton, Bill, Mend it, Don't End it, op. cit. s. 264. V tomto projevu definuje Bill Clinton základní standardy férovosti při uskutečňování afirmativních programů takto: žádné kvóty, v teorii ani praxi; žádná nezákonná diskriminace jakéhokoli druhu, včetně obrácené diskriminace; žádné zvýhodnění osob, které nejsou kvalifikovány pro danou práci nebo příležitost; a jakmile je program úspěšný, musí být ukončen."