

## Vývoj konceptu nepřímé diskriminace ve Spojených státech amerických

Tereza Skarková\*

### 1. Úvod

Dle § 3 odst. 1 antidiskriminačního zákona<sup>1</sup> se nepřímou diskriminací rozumí takové jednání nebo opo-

\* Mgr. Tereza Skarková, interní doktorandka Katedry ústavního práva a mezinárodního práva veřejného, Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci.

menutí, kdy je na základě zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo praxe z některého ze zakázaných důvodů (taxativně uvedených v § 2 odst. 3<sup>2</sup>) osoba znevýhodněna oproti ostatním. Za nepřímou diskriminaci

<sup>1</sup> Zákon č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů

<sup>2</sup> Těmito zakázanými důvody jsou rasa, etnický původ, národnost, pohlaví, sexuální orientace, věk, zdravotní postižení, náboženské vyznání, víra a světový názor.

se však nepovažuje, pokud je toto ustanovení, kritérium nebo praxe objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné. Tato aktuálně platná definice nepřímé diskriminace je součástí českého právního řádu díky transpozici antidiskriminačních směrnic EU<sup>3</sup>, přičemž velký podíl na jejím utváření měl Evropský soudní dvůr (dnes Soudní dvůr Evropské unie). Podobně chápe nepřímou diskriminaci i Evropský soud pro lidská práva v rámci svého testu proporcionality. Tento koncept prošel v posledních desetiletích v Evropě zásadním vývojem, jeho počátky však sahají na americký kontinent, konkrétně do Spojených států amerických, kde se vyvinul v rámci zákazu diskriminace v oblasti zaměstnání. Oba výše zmíněné evropské soudy na tamní judikaturu v tomto kontextu často odkazují, cílem tohoto článku je proto představit historický vývoj a současný stav této doktríny, v USA známé jako doktrína nerovného dopadu (*disparate impact*)<sup>4</sup>, a to zejména z pohledu rozhodovací činnosti Nejvyššího soudu Spojených států.

## 2. Zakotvení v právních předpisech

Stejně jako v případě našeho antidiskriminačního zákona i v USA je možné uplatnit koncept nepřímé diskriminace jen v některých právně vymezených oblastech a jen z určitých zakázaných důvodů.<sup>5</sup> Tamější legislativa i judikatura se v této oblasti logicky postupně vyvíjela a dnes představuje poměrně komplikovaný systém nejrůznějších antidiskriminačních testů, jež se od sebe liší právě v závislosti na oblasti či důvodu, v rámci kterého se aplikují. Jak si ukážeme dále, zásadní roli přitom hraje zejména otázka dělení důkazního břemena.

Nejprve si však vymežíme oblasti a zakázané důvody, v rámci kterých doktrína nerovného dopadu působí.<sup>6</sup> V současné době mohou jednotlivci ve Spojených

státech využít konceptu nepřímé diskriminace především v rámci hlavy VII zákona o občanských právech z roku 1964<sup>7</sup>, jež se týká zákazu diskriminace v zaměstnání, což je také oblast, v rámci které tato doktrína vznikla (*Griggs v. Duke Power*)<sup>8</sup> a v níž se nejčastěji uplatňuje. Podle této hlavy je zakázána diskriminace z důvodu rasy, barvy pleti, náboženství, pohlaví a národnosti. Zákaz nepřímé diskriminace ve stejné oblasti z důvodu věku pak vyplývá ze zákona z roku 1967<sup>9</sup> (*Smith v. City of Jackson*)<sup>10</sup>. Nerovný dopad zdánlivě neutrálních opatření do sféry osob se zdravotním postižením, mj. opět v oblasti zaměstnání, je možno napadnout v rámci dvou zákonů přijatých Kongresem Spojených států v roce 1973<sup>11</sup> (*Alexander v. Choate*)<sup>12</sup>, resp. 1990<sup>13</sup> (*Raytheon Co. v. Hernandez*)<sup>14</sup>. Dalším důležitým federálním zákonem, který rozšiřuje oblast působnosti konceptu nepřímé diskriminace z důvodu rasy nebo barvy pleti, je zákon o volebním právu z roku 1965<sup>15</sup> (*Chisom v. Roemer*)<sup>16</sup>. Pokud bychom tedy srovnali jednotlivé zakázané důvody uvedené v českém antidiskriminačním zákoně, jediným důvodem, který zatím není ve Spojených státech amerických pokryt, je sexuální orientace<sup>17</sup>.

Největší rozruch je v USA v poslední době kolem aplikace doktríny nerovného dopadu v oblasti bydlení. Současná situace je taková, že administrativa prezidenta Obamy i nižší soudy tento účinek příslušným ustanovením hlavy VIII zákona o občanských právech z roku 1968<sup>18</sup> přiznávají, Nejvyšší soud ale zatím neměl možnost se k této otázce vyjádřit. Původně měl v této věci jednat v únoru loňského roku (*Magner v. Gallagher*)<sup>19</sup>, strany ale na poslední chvíli od řízení upustily. Obecně se však předpokládá, že by Soud v současném konzervativním složení daný účinek v uvedeném kontextu nepřiznal, jelikož tento záměr nevyplývá z úmyslu zákonodárce, resp. daný předpis neobsahuje jazyk, který je

---

MON, Jeffrey P., JENSEN, Kirk D. *White Paper: Disparate Impact Under FHA and ECOA: A Theory Without a Statutory Basis* [online]. [cit. 31. května 2013]. Dostupné na: <<http://www.buckleysandler.com/uploads/36/doc/disparateimpactwHITEpaper.pdf>>.

<sup>7</sup> Title VII of the Civil Rights Act of 1964.

<sup>8</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

<sup>9</sup> The Age Discrimination in Employment Act of 1968.

<sup>10</sup> *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228 (2005).

<sup>11</sup> The Rehabilitation Act of 1973.

<sup>12</sup> *Alexander v. Choate*, 469 U.S. 287 (1985).

<sup>13</sup> The Americans with Disabilities Act of 1990.

<sup>14</sup> *Raytheon Co. v. Hernandez*, 540 U.S. 44 (2003).

<sup>15</sup> The Voting Rights Act of 1965.

<sup>16</sup> *Chisom v. Roemer*, 501 U.S. 380 (1991).

<sup>17</sup> Chystá se sice přijetí zastřešujícího zákona (The Employment Non-Discrimination Act), ten ovšem v současně navrhovaném znění definici nepřímé diskriminace neobsahuje.

<sup>18</sup> Title VIII of the Civil Rights Act of 1968 (známý také jako The Fair Housing Act).

<sup>19</sup> *Magner v. Gallagher* (10-1032).

<sup>3</sup> Definice obsažená v antidiskriminačním zákoně byla inspirována především zněním čl. 2 (2b) směrnice Rady 2000/43/ES, ze dne 29. června 2000, kterou se zavádí zásada rovného zacházení s osobami bez ohledu na jejich rasu nebo etnický původ.

<sup>4</sup> V textu jsou oba pojmy používány *promiscue*.

<sup>5</sup> Pro účely zjednodušení záměrně odhlížím od dalších českých právních předpisů, které koncept nepřímé diskriminace rovněž zakotvují (např. zákon č. 221/1999 Sb., o vojácích z povolání aj.). Tyto právní předpisy v některých případech obsahují nejen odlišný výčet zakázaných důvodů, ale také rozdílnou definici nepřímé diskriminace.

<sup>6</sup> V textu jen vždy uveden konkrétní zákon, který v daném kontextu zakazuje diskriminaci zakotvuje, a rozhodnutí Nejvyššího soudu USA, jež tomuto ustanovení přiznává účinek nerovného dopadu, tzn. že diskriminačním může být shledáno i neúmyslné jednání či opomenutí. Hlavním kritériem je jazyk použitý v legislativním textu, který většinou obsahuje termíny jako *effects* nebo *results*. Tento závěr i dále uvedené příklady vychází z následujícího textu: SANDLER, Andrew L., NAI-

v souvislosti s konceptem nerovného dopadu obvykle používán<sup>20</sup>.

Nejvyšší soud USA se navíc v tomto smyslu vyslovil již v souvislosti s hlavou VI zákona o občanských právech z roku 1964, týkající se všech programů požívajících federální finanční podpory, když prohlásil, že v jejím rámci nemají jednotlivci právo domáhat se doktríny nerovného dopadu (*Alexander v. Sandoval*<sup>21</sup>). Zdá se tedy, že pokud Kongres nevezme iniciativu do svých rukou a předmětné předpisy o příslušnou terminologii nedoplní, bude další osud nepřímé diskriminace záviset pouze na nevyzpytatelném výkladu Nejvyššího soudu USA (viz dále). Máme-li potom srovnat současný dopad doktríny ve Spojených státech a v České republice, můžeme konstatovat, že v našem právním prostředí je sféra aplikace konceptu nepřímé diskriminace širší, neboť se dotýká většího počtu oblastí (výčet dle antidiskriminačního zákona viz § 1 odst. 1 tohoto předpisu<sup>22</sup>).

A nyní již k samotné definici nepřímé diskriminace. Pro účely tohoto článku si vystačíme s pojetím nerovného dopadu tak, jak je uplatňován v otázkách diskriminace v zaměstnání dle současného znění hlavy VII zákona o občanských právech z roku 1964. Předmětným ustanovením, které tuto doktrínu v dané oblasti zakotvuje v zákonné podobě, je § 703 (a) (2), jenž stanoví, že nezákonnou praktikou zaměstnavatele je takové jednání, které omezuje, vyčleňuje nebo zařazuje zaměstnance nebo uchazeče o zaměstnání způsobem, jenž jednotlivce zbavuje nebo by mohl zbavit možnosti zaměstnání, nebo jinak nepříznivě působí na jeho status zaměstnance, a to z důvodů uvedených výše, tj. rasy, barvy pleti, náboženství, pohlaví či národnosti.<sup>23</sup>

§ 703 (k) (1) (A) (i) stejného zákona poté zakotvuje aktuálně aplikované pravidlo děleného důkazního břemena, dle něhož musí žalobce (nejčastěji pomocí statistických důkazů) prokázat, že napadený postup či způsob výběru má podstatně nepříznivý dopad na určitou chráněnou skupinu osob. Žalovaný pak může danou

statistickou analýzu napadnout nebo může předložit odlišné statistické důkazy. Pokud žalobce založí domněnku nerovného dopadu, tedy když prokáže, že daná praktika je na první pohled diskriminační, tj. že má nepříznivé účinky (*prima facie case*), je na zaměstnavateli, aby dokázal, že napadená praktika souvisí s výkonem práce na dané pozici a že je v souladu s požadavkem podnikatelské nezbytnosti (*business necessity*). § 703 (k) (1) (A) (ii) dále stanoví, že i když zaměstnavatel takovou nezbytnost prokáže, může žalobce uspět, pokud dokáže, že zaměstnavatel nepřijal alternativní postup, který by naplnil jeho legitimní záměr, aniž by měl na chráněnou skupinu nerovný dopad. Jaká je historie tohoto pravidla a jak Nejvyšší soud USA vykládá jeho jednotlivé prvky, si ukážeme v následující části.

### 3. Judikatura Nejvyššího soudu Spojených států

#### 3.1 Vznik a podpora konceptu nerovného dopadu

Zásadním případem, který ve Spojených státech položil základ doktríně nerovného dopadu, je již výše zmíněné rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Griggs v. Duke Power* z roku 1971. Věcně se kauza týkala situace, kdy provozovatel elektrárny v Severní Karolíně vyžadoval po všech uchazečích o zaměstnání ukončené středoškolské vzdělání, a to i u pozic, kde takové vzdělání nebylo vzhledem k povaze práce potřebné. Toto pravidlo mělo za následek, že žadatelé o práci z řad černošského obyvatelstva byli fakticky dopředu vyřazeni, neboť ve většině případů požadované vzdělání neměli.

Žalobci namítali rasovou diskriminaci v přístupu k zaměstnání podle § 703 (a) (2) hlavy VII zákona o občanských právech z roku 1964. V průběhu řízení se sice neprokázalo, že by úmyslem provozovatele bylo vyloučit všechny černošské uchazeče o práci (což již bylo po přijetí desegregačních zákonů zakázáno), Nejvyšší soud nicméně dovedl, že pokud mají kritéria výběru rozdílný dopad na etnické menšiny, zaměstnavatel musí prokázat, že jsou tato kritéria odůvodněna povahou zaměstnání, resp. že mají k dané činnosti rozumný vztah (jedná se tedy o výše zmíněný požadavek podnikatelské nezbytnosti). V opačném případě jde o zakázanou diskriminaci bez ohledu na to, že zde chybí diskriminační úmysl. Jelikož požadavek středoškolského diplomu neměl přímou souvislost se zjišťováním předpokladů pro výkon dané práce, byl Nejvyšším soudem USA shledán jako nezákonný, ačkoliv bylo sporné pravidlo z hlediska rasy formálně neutrální.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> BAIN, Eric, W.M. Another Missed Opportunity to Fix Discrimination in Discrimination Law. *William Mitchell Law Review*, 2012, roč. 38, č. 4, s. 1461. Srovnej též pozn. č. 6.

<sup>21</sup> *Alexander v. Sandoval*, 532 U.S. 275 (2001).

<sup>22</sup> Toto ustanovení zakotvuje zákaz diskriminace ve věcech práva na zaměstnání a přístupu k zaměstnání, přístupu k povolání, podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti, pracovních, služebních poměrů a jiné závislé činnosti, včetně odměňování, členství a činnosti v odborových organizacích, radách zaměstnanců nebo organizacích zaměstnavatelů, včetně výhod, které tyto organizace svým členům poskytují, členství a činnosti v profesních komorách, včetně výhod, které tyto veřejnoprávní korporace svým členům poskytují, sociálního zabezpečení, příznání a poskytování sociálních výhod, přístupu ke zdravotní péči a jejího poskytování, přístupu ke vzdělání a jeho poskytování, přístupu ke zboží a službám, včetně bydlení, pokud jsou nabízeny veřejnosti nebo při jejich poskytování.

<sup>23</sup> Překlad autorka (totéž u dalších překladů z originálního anglického znění).

<sup>24</sup> TOBLER, Christa. *Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Dis-*

I když tedy hlava VII zákona o občanských právech z roku 1964 výslovně zakazovala pouze diskriminaci zjevnou, tj. úmyslnou, interpretoval Nejvyšší soud příslušná ustanovení tak, že obsahují rovněž zákaz diskriminace neúmyslné, jež se projevuje nerovným dopadem na první pohled neutrálního opatření na určitou chráněnou skupinu osob. Důkazní břemeno pak bylo rozděleno mezi žalobce a žalovaného tak, jak je dnes zakotveno v § 703 (k) (1) (A) (i) (viz výše). V následném případě ve věci *Albemarle Paper Co. v. Moody*<sup>25</sup> Nejvyšší soud dále prohlásil, že ani splnění požadavku podnikatelské nezbytnosti související s výkonem dané práce nemusí zaměstnavatele zbavit odpovědnosti podle hlavy VII, pokud žalobce prokáže, že by zaměstnavatelovým legitimním obchodním zájmům posloužil i méně diskriminační alternativní postup.<sup>26</sup> Toto kritérium je dnes zakotveno v § 703 (k) (1) (A) (ii) výše uvedeného zákona. Obě ustanovení se staly součástí federální legislativy v rámci zákona o občanských právech z roku 1991<sup>27</sup>, který byl Kongresem přijat v reakci na změnu trendu Nejvyššího soudu USA, který počínaje rozhodnutím ve věci *Washington v. Davis*<sup>28</sup> podmínky pro uplatnění doktríny nerovného dopadu značně omezil.

### 3.2 Postupné omezení aplikace doktríny nerovného dopadu

Ve svém rozhodnutí z roku 1976 totiž Nejvyšší soud shledal, že v oblasti působnosti rovnostní klauzule čtrnáctého dodatku k Ústavě<sup>29</sup> není doktrína nerovného dopadu aplikovatelná. Případ *Washington v. Davis* se týkal nerovnoměrného dopadu tzv. Testu 21 při náboru nových policistů pro hlavní město Washington D.C. Tento test zkoumal schopnost porozumět mluvenému a psanému textu a zjišťoval komunikační dovednosti uchazečů. Ve výsledku byl v boji o místo v policejním sboru úspěšný čtyřnásobně větší počet kandidátů bílé barvy pleti než kandidátů černošských. Washingtonské policii se přitom dal stěžít vytknout jakýkoliv diskriminační úmysl, jelikož o vzrůst podílu černošských policistů dlouhodobě usilovala. Nejvyšší soud USA také nakonec diskriminaci neshledal. Uvedl, že Test 21 je navenek neutrální, jeho tvůrci nelze přičíst úmysl diskriminovat a test samotný slouží legitimnímu vládnímu účelu. K dovození nepřímé diskriminace je tak v rámci

rovnostní klauzule nutno dokázat přinejmenším implicitní záměr tvůrce daného opatření využít navenek neutrální normy ke skryté diskriminaci.<sup>30</sup>

Tento přístup byl ihned po přijetí rozhodnutí ostře kritizován, jelikož úmysl je v diskriminačních věcech často velmi obtížné dokázat.<sup>31</sup> Hlavním důvodem tohoto omezení se zdá být dalekosáhlý potenciál doktríny nerovného dopadu, neboť jak sám Soud v rozhodnutí uvedl, tento koncept by mohl dopadat na velké množství zákonů, týkajících se např. daní, sociálního zabezpečení, veřejných služeb aj. Praktickým dopadem rozhodnutí ve věci *Washington v. Davis* tak byla skutečnost, že se námitky ohledně zaměstnavatelských praktik přesunuly z oblasti ústavní do oblasti zákona.<sup>32</sup> Jak si však následně ukážeme, i zde Soud postupem času přistoupl k dalšímu radikálnímu omezení.

Tento vývoj, který na konci osmdesátých let minulého století vyvrcholil neblaze známou kauzou *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*<sup>33</sup>, byl předznamenán rozhodnutím Nejvyššího soudu USA ve věci *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*<sup>34</sup>. Přestože Soud rozhodl ve prospěch žalobce a rozšířil koncept nerovného dopadu na subjektivní zaměstnavatelské postupy týkající se přijímání a povyšování, většina dala jasně najevo svůj názor, že v těchto případech leží *burden of persuasion* (doslova „břemeno přesvědčení“)<sup>35</sup> po celou dobu řízení na žalobci, tedy i poté, co na první pohled prokázal

<sup>30</sup> KÜHN, Zdeněk. Diskriminace v teoretickém a srovnávacím kontextu. In BOBEK, Michal, BOUČKOVÁ, Pavla, KÜHN, Zdeněk (eds.) *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 56–57.

<sup>31</sup> SELMI, Michael. Indirect Discrimination – A Perspective from the United States. In LOENEN, Titia, RODRIGUES, Paulo R. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Haag: Kluwer, 1999, s. 214.

<sup>32</sup> Žaloba byla v tomto případě podána ještě před účinností zákona o občanských právech z roku 1964, tudíž jedinou možností obrany představovala právě rovnostní klauzule.

<sup>33</sup> *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989).

<sup>34</sup> *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U.S. 977 (1988).

<sup>35</sup> V právním systému Spojených států se důkazní břemeno (*burden of proof*) skládá ze dvou na sobě více či méně závislých částí – *burden of persuasion* a *burden of production* (někdy také nazývané *burden of going forward [with evidence]*). Zjednodušeně by se dalo říci, že *burden of production* představuje dílčí důkazní břemeno, týkající se jedné konkrétní skutečnosti řízení, a *burden of persuasion* pak celkové důkazní břemeno, kdy příslušná strana za použití aplikovaného standardu v dané věci (v civilních věcech je tímto standardem *preponderance of evidence* čili standard převažujících důkazů) soudce či porotu (ne)přesvědčí o pravděpodobném řešení všech dokazovaných skutečností. Tato břemena jsou mezi žalobce a žalovaného rozdělena různě v závislosti na předmětu daného řízení. Ve většině případů nejsou tato pravidla zakotvena v zákoně, o rozdělení břemen mezi strany řízení tak rozhoduje soud.

*crimination under EC Law*. Antverpy – Oxford: Intersentia, 2005, s. 94.

<sup>25</sup> *Albemarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405 (1975).

<sup>26</sup> SPANN, Girardeau A. Postracial Discrimination. *The Modern American*, 2009, roč. 5, č. 2, s. 28.

<sup>27</sup> The Civil Rights Act of 1991.

<sup>28</sup> *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976)

<sup>29</sup> The Equal Protection Clause of the 14th Amendment to the United States Constitution.

nerovný dopad zdánlivě neutrálních opatření (*prima facie case*).<sup>36</sup>

V následujícím roce Nejvyšší soud původní standard ještě snížil, když v případě *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* omezil důkazní břemeno žalovaného oproti doposud požadovanému prokázání podnikatelské nezbytnosti na pouhé odůvodnění podnikatelskými zájmy (*business justification*). Soud dále v této kauze, týkající se nepoměrně nízkého počtu menšinových pracovníků (Filipínců, původních obyvatel Aljašky aj.) na kvalifikovaných pozicích v aljašských konzervárnách, prohlásil, že statistické důkazy rasové nerovnováhy nejsou samy o sobě k prokázání nerovného dopadu dostačující, žalobce totiž musí prokázat, že tento rozdíl ve statistice je důsledkem konkrétní praxe zaměstnavatele.<sup>37</sup> Tento aspekt rozhodnutí naznačuje, že se Soud rozhodl vydat obdobným směrem jako v případě *Washington v. Davis*, tzn. že by žalobce musel pro příště poukázat na zaměstnavatelův individuální záměr i v kauzách podle hlavy VII zákona o občanských právech z roku 1964.<sup>38</sup>

Reakcí na tento přístup bylo v roce 1991 přijetí již zmíněného nového zákona o občanských právech, jenž rozšířil § 703 zákona z roku 1964 o první legislativně zakotvenou definici nerovného dopadu a jenž rozhodnutí v případě *Wards Cove Packing Co. v. Atonio* částečně zvrátil.<sup>39</sup> Daná právní úprava se však týkala pouze některých aspektů institutu důkazního břemena, situace kolem aktuálně použitelného standardu proto zůstala poněkud nejasná.<sup>40</sup> Přesto byla iniciativa Kongresu vítaným krokem, neboť jak uvádí mj. Michael Selmi, existovala reálná možnost, že by Nejvyšší soud aplikaci doktríny nerovného dopadu naprosto vyloučil, kdyby měl příležitost.<sup>41</sup> Jak ukazuje poslední vývoj judikatury

Nejvyššího soudu Spojených států, nebyl daleko od pravdy.

### 3.3 Současný stav doktríny nerovného dopadu

Zatím poslední ránu konceptu nerovného dopadu zasadil Nejvyšší soud ve svém rozhodnutí ve věci *Ricci v. DeStefano*<sup>42</sup> z roku 2009. V rámci *obiter dicta* totiž prohlásil, že by některé aspekty daného ustanovení hlavy VII zákona o občanských právech z roku 1964 mohly být v rozporu s rovnostní klauzulí čtrnáctého dodatku Ústavy. Z konkurujícího stanoviska soudce Scallii lze dokonce vyčíst, že je o tom přesvědčen.<sup>43</sup> Definitivnímu řešení této otázky se však Soud prozatím vyhnul.

Nejvyšší soud rozhodoval ve specifickém kontextu vyrovnávacích opatření (*affirmative action*), jelikož podstatou případu byla otázka, zda je možné, aby zaměstnavatel z obavy před odpovědností, vyplývající z aplikace doktríny nerovného dopadu, přijal opatření znevýhodňující většinu. Kauza se konkrétně týkala žaloby požárníků bělošského a hispánského původu, působících ve službách města New Haven (Connecticut), kteří byli díky úspěšnému složení potřebného testu v očekávání povýšení. Jelikož ale tento test dopadal nepoměrně tvrdě na uchazeče černé barvy pleti (v testu neuspěl ani jeden), rozhodlo se vedení výsledky daného testu zrušit a nepovýšilo žádného uchazeče. Žalobci namítali, že toto rozhodnutí je v rozporu se zákazem přímé diskriminace podle § 703 (a) (1) zákona o občanských právech z roku 1964 a zároveň porušuje ústavní záruku rovného zacházení vyplývající ze čtrnáctého dodatku k Ústavě. Soud byl tedy postaven před zásadní otázku, jejíž podstata se týkala vzájemného vztahu ustanovení o přímé a nepřímé diskriminaci v rámci federálního zákona o občanských právech a současně toho, do jaké míry je tento vztah souladný s ústavní klauzulí o rovnosti.

Výsledkem těsného většinového rozhodnutí (soudci rozhodli poměrem hlasů pět ku čtyřem) nakonec bylo úplné odchylení od standardu nastaveného Nejvyšším soudem před necelými čtyřiceti lety v kauze *Griggs v. Duke Power*. Soud totiž dospěl k závěru, že snaha vedení města New Haven vyhnout se porušení ustanovení hlavy VII o nerovném dopadu představuje přímou diskriminaci vůči majoritním, v daném případě převážně bělošským uchazečům. Většina vedená soudcem Kennedym se tak přiklonila k názoru, že předmětná ustanovení hlavy VII o přímé a nepřímé diskriminaci jsou ve své podstatě rozporná. Podle Soudu totiž skutečnost, že samotný záměr města vyhnout se nerovnému dopadu mohl být přípustný, neznamená, že jsou přípustné také prostředky použité k jeho dosažení.

<sup>36</sup> JONES, Amos N., EWING, D. Alexander. *The Ghost of Wards Cove: The Supreme Court, the Bush Administration, and the Ideology Undermining Title VII*. *Harvard BlackLetter Law Journal*, 2005, roč. 21, s. 167.

<sup>37</sup> NELSON, Robert L., NIELSEN, Laura B. *Scaling the Pyramid – A Sociological Model of Employment Discrimination Litigation*. In NELSON, Robert L., NIELSEN, Laura B. (eds.) *Handbook of Employment Discrimination Research – Rights and Realities*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 13.

<sup>38</sup> SCANLAN, James. *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989). In BECKMAN, James A. (ed.) *Affirmative Action, Encyclopedia*. Westport: Greenwood Press, 2004, s. 931.

<sup>39</sup> TOBLER, Christa. *Indirect Discrimination – A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*. Antverpy – Oxford: Intersentia, 2005, s. 94.

<sup>40</sup> SCANLAN, James. *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 490 U.S. 642 (1989). In BECKMAN, James A. (ed.) *Affirmative Action, Encyclopedia*. Westport: Greenwood Press, 2004, s. 931.

<sup>41</sup> SELMI, Michael. *Indirect Discrimination – A Perspective from the United States*. In LOENEN, Titia, RODRIGUES, Paulo R. *Non-discrimination Law: Comparative Perspectives*. Haag: Kluwer, 1999, s. 215.

<sup>42</sup> *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S., 129 S. Ct. 2658 (2009).

<sup>43</sup> SPANN, Girardeau A. *Post-racial Discrimination*. *The Modern American*, 2009, roč. 5, č. 2, s. 30.

Test, který Nejvyšší soud při hodnocení těchto prostředků ve věci *Ricci v. DeStefano* použil, si majorita vypůjčila z dřívějších konzervativních rozhodnutí Soudu týkajících se ústavnosti vyrovnávacích opatření. Soud v tomto kontextu v minulosti judikoval, že rovnostní klauzule zakazuje použití rasově zaměřených opatření, ledaže existují přesvědčivé důkazy (*strong basis in evidence*) o tom, že jejich použití je nezbytné.<sup>44</sup> Ačkoliv tedy omezení vyplývající z hlavy VII nemusí být nutně ve všech aspektech totožné s omezeními vyplývajícími z ústavy, soudce Kennedy shledal, že tyto ústavní principy mohou poskytnout vhodné vodítko i v kontextu zákona. Jak jsem však uvedla již výše, samotnou ústavností ustanovení o nerovném dopadu se Soud v dané kauze nakonec nezabýval.

Soudkyně Ginsburg ve svém odlišném stanovisku, ke kterému se připojili další tři soudci, naopak zdůraznila, že Soud dosud ve svých rozhodnutích mezi těmito ustanoveními nenašel ani náznak rozporu. Podle ní se tato ustanovení naopak doplňují, neboť jsou obě navržena za účelem skoncování s diskriminací na pracovišti a slouží k podpoře rovných příležitostí. V kontextu hlavy VII navíc postačí, aby žalovaná strana prokázala, že při zrušení výsledků daného testu jednala v dobré víře (*good faith standard*), že by opak, tedy jejich potvrzení, představovalo nepřímou diskriminaci z důvodu rasy. Podle názoru disentujících soudců by však rozhodnutí města New Haven mělo projít i přísnějším testem (*strong basis in evidence standard*) aplikovaným většinou, jinak by totiž bylo velmi obtížné najít proti nerovnému dopadu obranu. Teoreticky by takovou obranou mohl být požadavek podnikatelské nezbytnosti, toho však nebylo možné v dané situaci využít, neboť existoval dostatek alternativních postupů povýšení, které by danému účelu sloužily, aniž by působily rasově nerovný dopad.

Z dosavadní praxe Nejvyššího soudu je však zřejmé, že podmínky stanovené testem přesvědčivých důkazů je možné splnit jen ve výjimečných případech, pokud vůbec. Konzervativní soud totiž prozatím v kontextu ústavního přezkumu vyrovnávacích opatření nikdy tento standard splněným neshledal. Nadto tyto podmínky nebyly dle majority splněny ani v samotné kauze *Ricci v. DeStefano*, přestože dostupné důkazy poukázaly na množství vhodných alternativ, které indikovaly, že by rozhodnutí žalované strany mohlo tímto testem snadno projít.<sup>45</sup> Soud se však rozhodl vydat jiným směrem, a tak jsou zaměstnavatelé snažící se vyhnout soudním řízením z důvodu nerovného dopadu na první pohled neutrálních opatření v současné době ve Spojených státech ve velmi těžké pozici.

<sup>44</sup> Viz např. rozhodnutí ve věci *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989) či *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986)

<sup>45</sup> SPANN, Girardeau A. Disparate Impact. *Georgetown Law Journal*, 2010, roč. 98, s. 1145.

## 4. Závěr

Na závěr si dovoluji jen pár poznámek souvisejících s kritikou tohoto Soudem nově nastoleného trendu. Jak se v minulosti mnohokrát ukázalo, pouhý zákaz přímé diskriminace často není dostatečným prostředkem k dosažení rovnosti, tím spíše v kontextu rasové diskriminace v USA, kde je tento problém především systematický. Je proto nereálné se domnívat, že je možné jej vyřešit pouhým uplatňováním prostředků nápravy v individuálních případech. Jedině koncept nepřímé diskriminace, resp. ve Spojených státech koncept nerovného dopadu, představuje efektivní nástroj v boji s diskriminací vůči nejrůznějším menšinám. Navíc, jak konkrétně v souvislosti s případem *Ricci v. DeStefano* poznamenal georgetownský profesor ústavního práva Girardeau Spann, tento trend je v podmínkách USA kontroverzní ještě z dalšího důvodu. I kdyby měl totiž Nejvyšší soud pravomoc rozhodnout, jaký koncept rovnosti je obsažen v ústavní rovině, je otázkou, zda může zbavit účinku rovněž ustanovení federálního zákona o nerovném dopadu, neboť podle Spanna by byl takový postup v rozporu s ústavním zakotvením zásad dělby moci.<sup>46</sup> S ohledem na současnou situaci doktríny nepřímé diskriminace v USA proto nezbývá doufat, že se iniciativy na tomto poli v nejbližší době ujme jiný článek státní moci, tj. Kongres Spojených států, či že se Nejvyšší soud od své konzervativní pozice odkloní (byť by to bylo způsobeno obměnou soudního stavu). Ideální by samozřejmě bylo sladit obojí.

## Summary

The main purpose of this article is to present a basic overview of the history and current state of the concept of indirect discrimination, or disparate impact, in its birthplace, the United States of America. The article briefly covers all areas of law in which the concept is currently applicable, while it more closely focuses on Title VII of the Civil Rights Act of 1964 as it is in the context of employment law where the doctrine originated. The principal role was, and remains to be, that of the Supreme Court of the United States which in *Griggs v. Duke Power* (1971) interpreted the Act to proscribe not only overt discrimination but also practices that are fair in form, but discriminatory in operation. The test formulated by the Court, which also served as an inspiration for its European counterparts, was however weakened by the Court itself in subsequent years. Most importantly, the concept of disparate impact as perceived in the U. S. nowadays is not applicable in the context of the Equal Protection Clause. It is therefore

<sup>46</sup> SPANN, Girardeau A. Postracial Discrimination. *The Modern American*, 2009, roč. 5, č. 2, s. 35.

still necessary to prove intent in order to find discrimination under this part of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution. The burden and standard of proof have also changed considerably over time. The burden of persuasion now lies with the employee even after finding prima facie case, and the standard of proof

for the employer shifted from business necessity to mere business justification. How far will the conservative Court go in its case law, or if the Congress steps in again as it did in the case of the Civil Rights Act of 1991 remains to be seen.