

## Diskriminace z důvodu pohlaví a Ústava Spojených států

(přeložil Jan Filip)

Christina Wells\*

### 1. ÚVOD A POHLED DO HISTORIE

XIV. dodatek k Ústavě Spojených států zakazuje vládám států „upírat jakékoli osobě, která podléhá jejich jurisdikci, stejnou ochranu zákona“.<sup>1</sup> Znění to-

hoto dodatku z této ochrany speciálně nevyjímá ženy a rozhodně se výslovně vztahuje na všechny osoby pod jurisdikcí kteréhokoli členského státu unie. Historie ovšem svědčí o tom, že XIV. dodatek byl zamýšlen na prvním místě ve prospěch osvobozených otroků.<sup>2</sup>

\* Christina Wells, University of Missouri School of Law, Columbia, Missouri, USA; Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno

<sup>1</sup> Ústava USA, XIV. dodatek, oddíl 1.

<sup>2</sup> Viz *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1879), kde je řečeno, že: „(XIV. dodatek) je jedním z řady ústavních ustanovení, která mají obecný účel; jmenovitě, zajistit rase nedávno emancipované, která byla po mnoho generací držena v otroctví, všechna občanská práva, která požívá nadřazená rasa.“

V době jeho přijetí tedy ženy nebyly chráněny, ani nebylo zamýšleno, že by měly být jeho prostřednictvím chráněny.

Vyloučení žen z antidiskriminačních ustanovení XIV. dodatku není překvapující. V době jeho přijetí byly ženy považovány za „ne-osoby“ z právního hlediska. A tak jim bylo v 19. století upíráno právo hlasovat především kvůli přesvědčení, že jejich vlastní role měla spočívat v tom, aby byly ženou a matkou nebo proto, že měly být intelektuálně neschopné vykonávat takové důležité právo.

Nadto třeba dodat, že vdané ženy v podstatě neměly vlastnické právo nebo právo uzavírat smlouvy. V důsledku toho po uzavření manželství považovala anglo-americká právní tradice muže a ženu z hlediska práva za jednu osobu. Jak poznamenal William Blackstone „během manželství dochází k suspendování veškerého bytí či právní existence ženy.“<sup>3</sup> Proto vdané ženy nemohly vlastním jménem žalovat nebo uzavírat smlouvy, ani nemohly vlastnit nebo spravovat majetek.<sup>4</sup>

Vdané ženy také ztrácely základní tělesnou a sexuální autonomii. V rozhodnutí *State v. Rhodes* např. Nejvyšší soud Severní Karolíny odmítl zrušit rozhodnutí, kterým byl zproštěn obžalovaný manžel, který byl obžalován z pokusu o znásilnění (assaulting) své ženy. Podle soudu: „Z hlediska práva je řízení rodinných záležitostí tak samozřejmou věcí, jako je tomu v případě řízení státu, stejně tak se úprava otázek rodiny podřizuje takovému státnímu řízení... nebudeme (však) zasahovat nebo pokoušet se o její kontrolu... ledaže jde o případ, kde hrozí nebo se děje trvalé nebo svévolné bezpráví nebo podmínky strany jsou nesnesitelné... Pouhé výbuchy vášně, jednorázové násilí a přechodná bolest, to jsou věci, které brzy láska zapomene a odpustí a každý člen pro ně najde ospravedlnění v jeho vlastních slabostech.“<sup>5</sup>

Závěrem uvedme, že ženy byly v 19. století často vyloučeny z žádoucích pracovních příležitostí. Stejně jako při upírání práva hlasovat, bylo často vyloučení nebo omezení v zaměstnání odůvodňováno pouka-

zem na ženskou křehkou povahu a na ženám vlastní nezpůsobilost k určitým zaměstnáním kvůli jejich choulostivosti.<sup>6</sup> Snad nejproslulejší vyjádření tohoto názoru se objevilo v případě *Bradwell v. Illinois* řešeném Nejvyšším soudem USA, kde tento soud podpořil názor Státu Illinois, který odmítl poskytnout licenci k výkonu právníckého povolání vdané ženě. Soudce Bradley v odlišném stanovisku k odůvodnění výroku napsal: „Civilní právo, stejně jako přirozenost sama, již rozpoznaly rozdíl v příslušných oborech a poslání muže a ženy. Muž je nebo by měl být ochránce a obránce ženy. Přirozená a vlastní bázlivost a křehkost, která patří k ženskému pohlaví, je zjevně činí nezpůsobilým pro mnoho povolání v občanském životě. Uspořádání rodiny, které je založeno na božském příkazu, stejně jako na povaze věci samé, určuje domácí sféru jako tu, která rozhodně patří k doméně a funkcím ženství. Harmonie, neku-li identita zájmů a názorů, které patří nebo by měly patřit k instituci rodiny, je neslučitelná s představou ženy podstupující odlišnou a nezávislou kariéru na svém muži.“<sup>7</sup>

Při existenci takových právních omezení není obtížné pochopit, proč autoři XIV. dodatku celkem vzato neuvažovali o tom, že by měli chránit ženy. Ovšem s postupem času se situace žen zlepšovala. V roce 1920 dostaly ženy ústavně právo hlasovat.<sup>8</sup> Nadto zákon o vlastnictví vdaných žen poskytl ženám určitou míru dispozice s jejich vlastním majetkem.<sup>9</sup> Nicméně příznačná diskriminace stále přetrvávala. Například zákony pravidelně vylučovaly ženy z porot<sup>10</sup> a určitých druhů zaměstnání pouze z důvodu jejich pohlaví.<sup>11</sup> Výsledkem těchto existujících forem diskriminace bylo to, že feministky začaly v 60. a 70. letech 20. století nاپadat takové zákony s tvrzením, že porušují XIV. doplatek. Kvůli pochopení feministické výzvy a případné ochrany žen před diskriminací ze strany Nejvyššího soudu USA je další část výkladu věnována rozboru obecných principů rovné ochrany zákonem a počátečním pokusům tohoto soudu vyřešit ústavní otázky kolem diskriminace z důvodu pohlaví.

<sup>3</sup> BLACKSTONE, W.: Commentaries on the Laws of England\*\*442-443.

<sup>4</sup> Viz BASCH, N.: In the Eyes of the Law 17 (1982).

<sup>5</sup> State v. Rhodes, 61 N.C. 453 (1868).

<sup>6</sup> Viz Muller v. Oregon, 208, U.S. 412, 421 (1908) s poznámkou, že „ženská tělesná stavba a plnění mateřských funkcí ženu staví do nevhodné pozice v boji o živobytí“.

<sup>7</sup> Bradwell v. Illinois, 83 U.S. (16 Wall.) 130 (1872).

<sup>8</sup> Ústava USA, XIX. dodatek.

<sup>9</sup> Basch, N. (pozn. č. 4), s. 27, kde popisuje zákony různých států.

<sup>10</sup> Viz Hoyt v. Florida, 368 U.S. 57 (1961).

<sup>11</sup> Viz Goesart v. Cleary, 335 U.S. 464 (1948), kde byl potvrzen zákon zakazující ženám získat licenci jako výčepní, pokud nebyly manželkou nebo dcerou muže, který vlastnil bar, ve kterém mohly pracovat.

## 2. PRÁVNÍ ZÁKLAD – JUDIKATURA TÝKAJÍCÍ SE ROVNÉ OCHRANY OBEČNĚ A PRVNÍ PŘÍPADY, KTERÉ ŘEŠILY DISKRIMINACI Z DŮVODU POHLAVÍ\*

Obecné principy a právní základ. Dříve než Nejvyšší soud vstoupil na pole problematiky diskriminace z důvodu pohlaví, používal to, co je známo jako dvoupatrový přezkum (two-tiered review) k určení, zda zákony klasifikující lidi odlišně porušují klauzuli rovné ochrany ze XIV. dodatku. Zákony, které nakládaly s „podezřelými“ kategoriemi lidí odlišně, byly předmětem „přísného přezkumu“ (strict scrutiny), který vyžadoval, aby byl zákon potřebný k dosažení naléhavého zájmu státu.<sup>12</sup> Přísný přezkum je zvláště obtížně splnitelný standard. Je-li soudem použit, vlády většinou prohrávají.<sup>13</sup> Klasickým příkladem podezřelé klasifikace je zákon, který diskriminuje lidi na základě jejich rasy, což je stěží překvapivý jev daný původním účelem XIV. dodatku, kterým byla ochrana osvobozených otroků. Nejvyšší soud rovněž došel k závěru, že předmětem přísného přezkumu mají být zákony, které diskriminují z důvodu občanství<sup>14</sup> nebo výkon určitých základních práv.<sup>15</sup> Nejvyšší soud se nespolehá na pouhou výkladovou charakteristiku při definování „podezřelé“ kategorie. Z rozhodnutí Nejvyššího soudu lze ovšem nasbírat různá kritéria. Snad nejdůležitějším je, že Nejvyšší soud poznamenává, že lidé, kteří jsou „oddělenými a uzavřenými menšinami“ vyžadují zvláštní ochranu, protože nejsou schopni chrá-

nit se sami cestou přístupu k politické moci.<sup>16</sup> Nejvyšší soud také poznamenal, že podezřelými jsou zákony nakládající rozdílně se skupinami, které byly v dlouhé historii předmětem diskriminace.<sup>17</sup> Konečně Nejvyšší soud konstatuje, že zákony diskriminující na základě nezměnitelných rysů jsou podezřelé, neboť považuje za nefér brát lidi rozdílně kvůli náhodě zrození.<sup>18</sup>

Pokud zákonodárství nezahrnuje podezřelou kategorii, používal Nejvyšší soud daleko shovívavější standard přezkumu. „Test racionality“, jak je označován (rational basis review), pouze vyžaduje, aby „legislativní prostředky byly v racionálním vztahu k legitimnímu státnímu zájmu“.<sup>19</sup> Nejvyšší soud se při aplikaci tohoto testu drží dosti zpět. Jak uvádí, test racionality „je ve hře (offended) jen tehdy, když rozlišení spočívá na východiscích zcela irelevantních k dosažení cíle státu. Předpokládá se, že zákonodárné sbory států jednají v rámci své ústavní kompetence navzdory faktu, že v praxi jejich zákony ústí do určité nerovnosti. Zákonná diskriminace nebude zrušena, pokud nějaká skutková podstata může být pochopena jako její ospravedlnění.“<sup>20</sup> Pro vládu je zcela snadné vyhovět takovému standardu, a je-li použit, vlády málokdy prohrávají.<sup>21</sup> Typické zákonodárství jako předmět přezkumu z hlediska racionality zahrnuje zákony rozlišující mezi typy reklamy na vozidla,<sup>22</sup> zákony rozlišující mezi oftalmology a optometry z hlediska proměrování čoček brýlí<sup>23</sup> a zákony požadujícími, aby byly určité obchody o nedělích zavřeny.<sup>24</sup>

**První případy diskriminace z důvodu pohlaví.** Během 60. let 20. století krácelo hnutí za občanská

\* Poznámka překladatele: Některé pojmy jsou při zachování přesnosti nepřeložitelné. Proto tři klíčové termíny, které vyjadřují tři stupně náročnosti hodnocení ústavnosti rozlišovacích znaků, nemusí být zcela srozumitelné mimo kontext vlastního soudního rozhodnutí. Obecně tak nejpřísnější kritérium (strict scrutiny) spojené s naléhavostí (compelling) státního zájmu překládám jako „přísný přezkum“. Prostřední stupeň náročnosti, který je USA označován pro nás nic neříkajícím termínem „intermediate scrutiny“ a je spojeno s podstatností nebo závažností (substantiality) státního zájmu, je překládán jako „prostřední měřítko“ a konečně nejméně náročné hodnocení rozlišujících zákonů (rational basis review), vázané na rozumnost rozlišení, je překládáno jako test racionality.

<sup>12</sup> Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

<sup>13</sup> Obecně se říká, že přísný přezkum je „přísný“ v teorii a fatální ve skutečnosti. Viz GUNTHER, G.: The 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: a Model for a Newer Equal Protection. 86 Harvard Law Review, 1, 8 (1972).

<sup>14</sup> Viz Graham v. Richardson, 403 U.S. 365 (1971), kde soud vyšel z toho, že „cizinci jsou jako kategorie prvotřídním příkladem oddělené a uzavřené menšiny“.

<sup>15</sup> Viz CHEMERINSKI, E.: Constitutional Law: Principles and Policies, s. 638–639 (1997), kde rozebírá určitá základní práva (např. právo cestovat nebo právo hlasovat) chráněná pod rovnou ochranou.

<sup>16</sup> V United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 153 pozn. 4 (1938) Nejvyšší soud prohlásil, že „předsudek vůči odděleným a uzavřeným menšinám může být zvláštní podmínkou, která vážně směřuje k omezení fungování politických procesů, na které lze zpravidla spoléhat při ochraně menšin a může v souladu s tím vyžadovat důkladnější soudcovské zkoumání.“

<sup>17</sup> Palsmore v. Sidoti, 466 U.S. 429 (1984). V této věci soud poznamenal, že „jádro účelu XIV. dodatku bylo odstranění veškeré státem uložené diskriminace spočívající na rase. Klasifikace osob podle jejich rasy je pravděpodobněji odrazem rasového předsudku než legitimního veřejného zájmu.“ Tamtéž, s. 432.

<sup>18</sup> Viz Lockhart v. McCree, 476 U.S. 162 (1986).

<sup>19</sup> Hodel v. Indiana, 452 U.S. 314, 331–332 (1981).

<sup>20</sup> McGowan v. Maryland, 366 U.S. 429 (1961).

<sup>21</sup> Děkanka Stanfordské právnické fakulty Kathleen Sullivanová poznamenává, že v případě aplikace testu racionality „se předpokládá, že vláda vyhraje – a jakýkoli právník, který si objedná znalecký posudek ke zpochybnění empirického základu zákona, plýtvá klientovými penězi“. SULLIVAN, K. M.: Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing. 63 U. COLO. L. REV. 293, 296 (1992).

<sup>22</sup> Railway Express Agency v. New York, 336 U.S. 106 (1949).

<sup>23</sup> Williamson v. Lee Optical, 348 U.S. 483 (1955).

<sup>24</sup> McGowan v. Maryland, 366 U.S. 420 (1961).

práva ve Spojených státech mílovými kroky při dosahování rasové rovnosti pro Afro-Američany. Feministky, které byly podníceny těmito úspěchy, počaly různě argumentovat, že klauzule rovné ochrany zakazuje diskriminaci z důvodu pohlaví, stejně jako zakazuje rasovou diskriminaci. Proto má být pohlaví považováno za podezřelou kategorii a zákony rozlišující na základě pohlaví by měly být shledány neústavními na základě přísného přezkumu. Ačkoli Nejvyšší soud časem souhlasil, že XIV. dodatek chránil před většinou případů rozlišování z důvodu pohlaví, nemohl se z počátku shodnout na tom, jaké měřítko přezkumu by měl použít.

Poprvé Nejvyšší soud prohlásil za neústavní zákon, který rozlišoval z důvodu pohlaví, v případě *Reed v. Reed*.<sup>25</sup> Tento případ se týkal zákona státu Idaho, který určoval, kdo by byl vykonavatelem zůstavitele bez poslední vůle. Zákon vymezil z hlediska pořadí několik kategorií jedinců, kteří mají být jmenováni vykonavatelem. Takto měl přeživší manžel přednost před dětmi, které měly přednost před přeživšími rodiči atd. Zákon též stanovil, že v případě dvou jedinců, kteří spadají do téže kategorie „musí být muži upřednostněni před ženami.“ V řešeném případě chtěli být jmenováni vykonavatelem otec i matka zesnulého chlapce. V souladu s právem státu Idaho jmenoval soud pro věci pozůstalostní otce. Matka podala žalobu a tvrdila, že ji zákon neústavně diskriminuje, protože je žena.

Stát Idaho zdůvodňoval přednost mužů tvrzením, že to vylučuje prostor pro spory v pozůstalostních věcech a usnadňuje to administrativu. Nejvyšší soud použil test racionality. Uvedl, že XIV. dodatek požadoval, aby zákonná klasifikace byla „rozumná, nikoli svévolná a aby spočívala na nějakém odlišujícím základě, který má férový a podstatný vztah k předmětu úpravy, takže všechny osoby v podobných situacích budou brány stejně“.<sup>26</sup> Podle Nejvyššího soudu zákon nevyhověl testu racionality, protože „dávat povinně přednost osobám jednoho pohlaví vůči osobám druhého pohlaví pouze pro dosažení toho, aby nedošlo k projednání podstaty věci, znamená činit naprosto svévolný legislativní výběr zakázaný klauzulí rovné ochrany ze XIV. dodatku“.<sup>27</sup>

Případ Reedových je poněkud neobvyklý z hledis-

ka použití testu racionality k odstranění zákona založeného na pohlaví. Jak o tom bylo pojednáno výše, test racionality je typicky velmi odlišný. V téměř každé jiné souvislosti by byla argumentace vlády dostatečná k odůvodnění zákona.<sup>28</sup> V tomto případě naznačuje ochota odstranit zákon založený na pohlaví, že Nejvyšší soud skrytě věřil, že pohlaví má blízko k podezřelé klasifikaci.<sup>29</sup> Pouhé dva roky později alespoň čtyři soudci Nejvyššího soudu tuto domněnku vyjádřili výslovně. V případě *Frontiero v. Richardson* relativní většina čtyř soudců tvrdila, že přísný přezkum patří k případům založeným na klasifikaci z důvodu pohlaví.<sup>30</sup>

V tomto případě se Nejvyšší soud zabýval ústavností federálního zákona, který povoloval mužskému vojenskému personálu automaticky uplatňovat své manželky jako závislé osoby, zatímco požadoval, aby ženský vojenský personál prokázal, že jejich manželé byly závislými osobami předtím, než mohli obdržet příslušné rodinné přídatky. Soudce Brennan, který jménem dalších tří soudců argumentoval, že klasifikace založená na pohlaví obdobně jako rasová klasifikace byla „sama o sobě podezřelá a předmětem přísného přezkumu“.<sup>31</sup> Odůvodňoval to tím, že ženy měly „dlouhou a nešťastnou historii sexuální diskriminace založené na přístupu ‚romantického paternalismu‘, který v důsledku toho postavil ženy nikoli na piedestal, nýbrž je zavřel do klece.“<sup>32</sup> Soudce Brennan rovněž tvrdil, že pohlaví, podobně jako rasa, je „nezměnitelná charakteristika určená toliko narozením“.<sup>33</sup> Rozlišování založené na takové charakteristice by „porušovalo základní pojetí našeho systému, podle kterého by mělo mít právní zatížení nějaký vztah k individuální odpovědnosti.“<sup>34</sup>

Ačkoli ostatní členové Nejvyššího soudu souhlasili s tím, že zákon je neústavní, soudce Brennan nebyl schopen dát dohromady většinu soudců, kteří by jej podpořili při odůvodnění potřeby provádět přísný přezkum.<sup>35</sup> V důsledku toho však nebylo jasné, zda přísný přezkum nebo test racionality je právě tím vhodným standardem přezkumu v případech založených na rozlišování pohlaví. Skutečně také v následujících dvou letech soud rozhodl „několik případů pohlaví, aniž by určil, jakou úroveň přezkumu pou-

<sup>25</sup> *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71 (1971).

<sup>26</sup> Tamtéž, s. 76.

<sup>27</sup> Tamtéž, s. 76-77.

<sup>28</sup> Viz případy citované v poznámkách 22 až 24.

<sup>29</sup> Chemerinsky, s. 602 (poznámka 15).

<sup>30</sup> *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

<sup>31</sup> Tamtéž, s. 688 (stanovisko relativní většiny).

<sup>32</sup> Tamtéž, s. 684.

<sup>33</sup> Tamtéž, s. 686.

<sup>34</sup> Tamtéž.

<sup>35</sup> Např. soudce Stewart měl za to, že zákon byl neústavní a opíral se standard testu racionality, jak byl použit v případě Reedových.

žil; v některých případech potvrdil možnost rozlišování z důvodu pohlaví, další případy prohlásil za neústavní.<sup>36</sup>

### 3. ROZHODNUTÍ NEJVYŠŠÍHO SOUDU POUŽÍVAT „PROSTŘEDNÍ MĚŘÍTKO“ V PŘÍPADECH ROZLIŠOVÁNÍ PRO POHLAVÍ

V roce 1976 se konečně Nejvyšší soud shodl na standardu přezkumu v případech rozlišování pro pohlaví. Avšak než aby se spoléhal na jednu z existujících úrovní přezkumu, zvolil zcela nový standard. V případě *Craig v. Boren* shledala většina soudců neústavním zákon státu Oklahoma, který zakazoval prodávat nízkoalkoholické pivo mužům pod 21 let, ale povoloval ženám kupovat takové pivo od 18 let.<sup>37</sup> Podle soudu může zákon založený na rozlišování podle pohlaví obstát ústavní přezkum, jen když slouží „důležitým státním (governmental) cílům a byl podstatný (substantially) ve vztahu k takovým cílům.“<sup>38</sup> Zatímco oklahomský zákon sloužil důležitým státním zájmům na bezpečnosti dopravy, Nejvyšší soud dokazoval, že státní statistická evidence nebyla dostatečná k tomu, aby prokázala, že tento zákon měl podstatný vztah k tomuto cíli. Statistika ukázala, že 0.18% žen a 2% mužů bylo uvězněno pro řízení pod vlivem alkoholu. Nejvyšší soud to vyložil takto: „Zatímco takový nepoměr je ze statistického hlediska nezanedbatelný, může stěžít tvořit podklad pro použití linie pohlaví jako klasifikačního nástroje. Úměra 2% musí být považována za zcela nedostatečně vhodnou. Vždyť rozhodnutí v předchozích případech důsledně odmítla použití pohlaví jako rozhodovací faktor, byl zákon, o které se jednalo, spočívaly na daleko více empiricky vypovídajícím vztahu než je tento.“<sup>39</sup> K tomu třeba dodat, že většina soudu zjevně nespolehlala na statistické údaje a uváděla, že skutečnost, že méně žen než mužů bylo uvězněno, mohla odrážet stereotyp v nazírání na muže a ženy než skutečné rozdíly v pití a řízení.<sup>40</sup>

Od případu *Craig* bylo zcela jasné, že standard, který se zde vyhlásil, je vhodným k posuzování zákonů, které rozlišují podle pohlaví.<sup>41</sup> Avšak původ standardu není jednoznačný. Při prohlášení, že zákony rozlišující mezi pohlavími musí mít podstatný vztah k důležitým státním zájmům, Nejvyšší soud v případě *Craig* vyvodil, že šlo o aplikaci standardu, který byl vytvořen v „předchozích případech“.<sup>42</sup> Je ale jasné, že ani přísný přezkum, ani test racionality, jako jediné dva dosud existující standardy, nepoužívaly takovou formulaci. A jak plynul čas, Nejvyšší soud začal označovat tento standard pro případy ohledně pohlaví jako „prostřední (intermediate) měřítko“, uznává, že není ani přísné, ani racionální, nýbrž skutečně něco mezi těmito dvěma standardy. Někteří badatelé kritizují Nejvyšší soud za to, že odmítl použít přísný přezkum a tvrdí, že ženy podobně jako rasové menšiny, byly dlouho diskriminovány a politicky bezmocné a že pohlaví, podobně jako rasa, je neměnná charakteristika.<sup>43</sup> Jiní však uvádějí, že ženy, ačkoli jsou často obětí diskriminace nejsou „oddělené a izolované“ menšiny ospravedlňující ochranu podle přísného přezkumu.<sup>44</sup> Ještě jiní tvrdí, že prostřední měřítko je vhodné kvůli „reálným“ biologickým rozdílům mezi muži a ženami oproti často irrelevantním rozdílům mezi rasami.<sup>45</sup> Nehledě na tuto významnou odbornou diskusi byl Nejvyšší soud schopen vyhnout se dlouhému odůvodňování svého rozhodnutí o použití prostředního měřítka díky tvrzení, že tento standard byl založen v předchozích případech.

Jiný kontroverzní aspekt použití tohoto přezkumu se objeví v případech, kdy jde o diskriminaci vůči mužům. V případě *Craig* Nejvyšší soud ve skutečnosti rozhodoval o zákonu diskriminujícím muže. Následkem toho soudce Rehnquist tvrdil, že byl prostřední měřítko vhodné tehdy, jednalo-li se o diskriminaci žen, v případě diskriminace mužů byl vhodný test racionality. Uvažoval tak, že muži na rozdíl od žen nemají žádné příznaky utiskované skupiny; proto zákony, které je diskriminují by měly být brány s velkým ohledem.<sup>46</sup> Většina soudců však nebyla nikdy tímto argumentem

<sup>36</sup> Chemerinsky, s. 603–604 (poznámka 15), kde rozebírá různé případy.

<sup>37</sup> *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

<sup>38</sup> Tamtéž, s. 190.

<sup>39</sup> Tamtéž, s. 201–202.

<sup>40</sup> Většina uvedla, že „právě sociální stereotypy vyjádřené v zákonech rozlišujícími podle věku jsou schopné podstatně narušit přesnost těchto srovnávacích statistik. Poněvadž ‚bezstarostní‘ mladí muži, kteří pijí a řídí jsou převedeni do vězeňských statistik, kdežto jejich ženské protějšky jsou kavalírsky eskortovány domů“. Tamtéž.

<sup>41</sup> Viz *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996); *Mississippi Women's College v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982); *Kirchberg v. IFeenstra*, 450 U.S. 455 (1981); *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1980); *Caban v. Mohamed*, 441 U.S. 380 (1989); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979).

<sup>42</sup> *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 s poznámkou, že „předchozí případy prokázaly, že klasifikace podle pohlaví musí sloužit důležitým státním cílům a musí být v podstatném vztahu k dosažení těchto cílů“.

<sup>43</sup> Viz *BADER GINSBURG, G.*: *Sexual Equality Under the Fourteenth and Equal Rights Amendments*, 1979 WASH. U. L. Q., 161; *KARST, K.*: *Foreword: Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment*, 91, HARV. L. REV. 1 (1977).

<sup>44</sup> Viz *HART ELY, J.*: *Democracy and Distrust* 164 (1980).

<sup>45</sup> Viz *KINGSLEY R. BROWNE*: *Sex and Temperament in Modern Society: A Darwinian View of the Glass Ceiling and the Gender Gap*, 37 ARIZ. L. REV. 971 (1995).

<sup>46</sup> *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976) – odlišné stanovisko J. Rehnquista.

přesvědčena a Nejvyšší soud aplikoval prostřední měřítko vůči zákonům, které diskriminovaly jak muže, tak ženy.

#### 4. NĚKTERÉ DOPADY PROSTŘEDNÍHO MĚŘÍTKA V PŘÍPADECH DISKRIMINACE POHLAVÍ

Rozhodnutí Nejvyššího soudu používat o něco méně přísný standard v případech diskriminace pohlaví má některé významné dopady.

**Programy pozitivní akce (affirmative action).** Za prvé, rozhodnutí používat prostřední měřítko u pohlaví ulehčilo Nejvyššímu soudu zachovat programy tzv. pozitivní akce, pokud se v nich jednalo o pohlaví. Tyto programy jsou vládními programy souvisejícími se zaměstnáváním a vzděláváním. Poskytují přednost při zaměstnávání a v přístupu ke vzdělání skupinám, které byly historicky obětí diskriminace. Účelem takových programů je obecně napravit důsledky minulé diskriminace.<sup>47</sup> V nedávné době Nejvyšší soud důrazně odmítl pojetí pozitivní akce v souvislosti s rasovou diskriminací. Zastánci pozitivní akce tvrdili, že Nejvyšší soud by měl přezkoumat vládní programy upřednostňující rasové menšiny spíše z hlediska prostředního měřítka než přísného přezkumu. Podle jejich názoru je účel takových programů „benigní“ – nejsou zamýšleny s cílem poškodit bílé Američany. Spíše mají prostě napravit minulou diskriminaci a útlak, kterým trpěly Američané, kteří nebyli bílí.<sup>48</sup> Avšak Nejvyšší soud rozhodl, že přísný přezkum je vhodným standardem pro všechny zákony, které vedou rasovou klasifikaci, bez ohledu na to, zda jsou založeny na benigním nebo zavrženém motivu.<sup>49</sup> Jak vysvětlil jeden ze soudců „Z hlediska naší Ústavy státní moc nemůže jednat ke škodě nějaké osoby jen kvůli její rase. Pravidlo nemůže být odlišné, když osoby poškozené rasově předpokládaným zákonem nejsou členy rasové menšiny.“<sup>50</sup>

Naproti tomu projevil Nejvyšší soud více pochopení k pojmu pozitivní akce v souvislosti s pohlavím. Podržel tak zákon poskytující penzionovaným ženským pracovníkům vyšší měsíční sociální dávky než v případě mužů<sup>51</sup>, stejně jako zákon poskytující větší výjimku z daně z majetku pro vdovy než pro vdovce.<sup>52</sup> Jako

v rasových případech, oba zákony účinně diskriminovaly muže. Avšak v obou případech Nejvyšší soud projevil ochotu je zachovat, protože „působily přímo ke kompenzaci minulé ekonomické diskriminace žen. Trh se zaměstnáním je nepřátelský vůči ženám hledajícím jakákoli, byť nejhůře placená místa. Tím umožňuje ženám, které byly nefér omezovány ve výdělcích oproti mužům, aby dostaly vyšší dávky a působí přímo k nápravě části důsledků minulé diskriminace.“<sup>53</sup> Za tento stav odpovídá z velké části používání prostředního měřítka Nejvyšším soudem u případů pohlaví. Kdyby to řešil na základě přísného přezkumu, Nejvyšší soud by musel tyto zákony založené na rozlišení pohlaví téměř jistě odstranit, poněvadž téměř žádný zákon nemůže takový přezkum přežít. Větší pružnost prostředního měřítka však umožňuje Nejvyššímu soudu podržet zákony týkající se pozitivní akce, pokud jsou založeny na rozlišování pohlaví.

Zůstává ovšem otázkou, zda tyto případy zůstanou právně určujícími. Rozhodnutí Nejvyššího soudu ohledně pozitivní akce v souvislosti s pohlavím byly nejdříve ve srovnání s dneškem použity z hlediska přísného přezkumu v souvislosti s rasou a navíc v době, kdy se Nejvyšší soud jevil ochotným aplikovat prostřední měřítko i na benigní rasové klasifikace.<sup>54</sup> Tak by bylo možno tvrdit, že Nejvyšší soud bude pravděpodobně používat přísný přezkum programů pozitivní akce založených na pohlaví. Nakonec však dává málo smyslu dovolit ženám získávat prospěch z programů, jejichž použití je ústavně zakázáno rasovým menšinám. Nicméně dosud Nejvyšší soud nepřezkoumal program pozitivní akce v souvislosti s pohlavím, takže původní rozhodnutí mají přesto stále platnost. Navíc, ve vztahu k diskusi (viz níže) týkající se biologických odlišností mužů a žen, je stále důvod si myslet, že Nejvyšší soud může v souvislosti s pozitivní akcí nazírat pohlaví odlišně od rasy.

**Biologická odlišnost.** Jeden z nejvíce výrazných aspektů nynějšího přístupu Nejvyššího soudu k odlišování podle pohlaví je zjevně jeho pojetí biologické odlišnosti. Jeho judikatura v otázkách rovné ochrany obecně používá pojmu „formální rovnost“ – pojmu, kdy by „podobně situovaní lidé měly být posuzováni podobně“. V souvislosti s rasovou diskriminací Nejvyšší soud došel k závěru, že rasové odlišnosti, ač technicky tělesné odlišnosti, byly téměř vždy ire-

<sup>47</sup> Viz Chemerinsky, s. 590–593 (poznámka 15).

<sup>48</sup> Tamtéž, s. 588–589.

<sup>49</sup> Viz *Richmond v. J. A. Crosson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarant Constructors, Inc. v. Pena* 132 L. Ed. 2d 158 (1995).

<sup>50</sup> *Fullilove v. Klutznik*, 448 U.S. 525–526 (1980) – odlišné stanovisko soudce J. Stewarta.

<sup>51</sup> *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313 (1977).

<sup>52</sup> *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351 (1974).

<sup>53</sup> *Califano v. Webster*, 430 U.S., s. 318.

<sup>54</sup> Viz *University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). V tomto úvodním případě, který se týkal programu pozitivní akce, se Nejvyšší soud rozdělil ve vztahu k vhodnému standardu přezkumu. Čtyři soudci spoléhali na vhodnost prostředního měřítka, jeden argumentoval ve prospěch přísného přezkumu a čtyři vůbec nechtěli tento ústavní problém rozhodnout. V období mezi 1978 a 1989 se soud nemohl shodnout na jednom standardu, někdy užíval přísný přezkum a někdy prostřední měřítko. Viz též GEOFFREY R. STONE et al.: *Constitutional Law* 648–652 (3d ed. 1996).

levantní k účelu většiny rasově podložených zákonů. Ve skutečnosti byly takové zákony podezřelé, protože byly obvykle deformovány stereotypy a rasovými předsudky. Takové zákony proto byly neústavní, neboť umožňovaly odlišné posuzování lidí, kteří byli v podstatě „podobně situovaní“. Nejvyšší soud také uznal, že stereotypy jsou často zdrojem zákonů diskriminujících ženy, avšak byl daleko ochotnější povolit odlišné posuzování mužů a žen.

Z velké části tato ochota Nejvyššího soudu pramení z biologických odlišností mezi muži a ženami – zejména menší ženské fyzické síly a z jejich schopnosti otěhotnět. Například ve věci *Michael M. v. Sonoma County Superior Court* Nejvyšší soud uznal ústavnost kalifornského zákona vymezujícího „znásilnění z hlediska zákona“ (statutory rape) jako „pohlavní styk vykonaný se ženou mladší 18 let“.<sup>55</sup> Zákon kriminalizoval i dobrovolný styk, pokud měla dívka méně než 18 let, údajně proto, že se Kalifornie pokoušela zabránit pohlavnímu styku teenagerů a z něj plynoucímu těhotenství. Ačkoli byl zákon zjevně založen na pohlaví, když činil trestně odpovědnými pouze muže, Nejvyšší soud shledal takové zacházení ospravedlnitelným ve světle reálných fyzických odlišností mezi muži a ženami.

Nejvyšší soud tak konstatoval: „Nepotřebujeme být lékaři, abychom rozeznali, že mladí muži a mladé ženy nejsou podobně situovány s ohledem na problémy a rizika pohlavního styku. Pouze ženy mohou otěhotnět a trpět nesrovnatelně vážnými tělesnými, emocionálními a psychickými důsledky sexuální aktivity. Protože prakticky všechny významné škodlivé a nevyhnutelné identifikovatelné důsledky mladistvého těhotenství dopadají na mladou ženu, jedná zákonodárny sbor právem v rámci své pravomoci, když si vybral k potrestání toho účastníka, který z povahy věci nezakusí mnoho důsledků svého chování. Navíc riziko těhotenství samo představuje pro mladé ženy podstatné odstrašení. Žádná podobná přirozená sankce neodstrašuje muže. Trestní sankce uložená pouze mužům tak slouží k přibližnému ‚srovnání‘ odstrašení mezi pohlavími.“<sup>56</sup>

V důsledku toho Nejvyšší soud rozhodl, že muži a ženy nejsou s ohledem na důsledky pohlavního styku stejně situovány. Proto, trestá-li zákon pouze muže, neporušil teorii, podle které „podobně situovaní lidé mají být posuzováni podobně“.

Několik dalších rozhodnutí se opírá o biologické odlišnosti mužů a žen k odůvodnění, že nebyl odstraněn zákon diskriminující vůči jednomu pohlaví – např. zákon vylučující ženy z povinného odvodu založený na jejich nezpůsobilosti k bojové službě,<sup>57</sup> zákon vylučující dávky v těhotenství z programu nemocenského pojištění, protože pouze ženy mohou otěhotnět<sup>58</sup> anebo zákon poskytující biologické matce automatické veto vůči adopci, zatímco u biologického otce vyžaduje vytvoření vztahu k dítěti jako předpoklad takového veta.<sup>59</sup> Ve všech případech jako např. *Michael M.*, mohl Nejvyšší soud přijatelně argumentovat, že muži a ženy nebyly podobně situovány z důvodu svých biologických odlišností. V případě povinných vojenských odvodů např. lze argumentovat tím, že ženy, které jsou v průměru fyzicky slabší než muži, by mohly být v bojových situacích méně vhodné. Podobně v případech adopcí lze tvrdit, že biologická matka, která porodila dítě, má větší smysl pro přichylnost k dítěti než biologický otec, který by měl prokázat svůj vztah dříve než bude vetovat adopci.

Navzdory těmto zdánlivě logickým argumentům mnohé feministky halasně odsoudily ochotu Nejvyššího soudu podržet zákony založené na tělesných odlišnostech.<sup>60</sup> To neznačí, že tělesné odlišnosti jsou vždy irelevantní. Jistěže nejsou. Ale feministky argumentovaly tak, že mnohé z těchto zákonů domněle založených na reálných tělesných odlišnostech, jsou často ve skutečnosti založeny na stereotypech ohledně žen. Např. v rozhodnutí *Michael M.* Nejvyšší soud slepě přijal rozumovou úvahu o těhotenství mladistvých pro vymezení znásilnění pro potřeby zákona, ačkoli zde bylo mnoho důkazů, že původním účelem takových zákonů bylo chránit z módy vyšlé teorie o ženské cudnosti či zdrženlivosti.<sup>61</sup> Podobně v souvislosti s vojenskými odvody Nejvyšší soud nikdy nepožadoval po armádě, aby prokázala, že ženy byly nezpůsobilé nasazení v bojové akci. Ve skutečnosti armáda tuto skutečnost nemohla prokázat s ohledem na množství žen, které se stále více hlásí na úkoly blízké bojovému nasazení (increasingly seeing combat-like duty).<sup>62</sup> Ochota Nejvyššího soudu přehlédnout tento nedostatek důkazů ovšem umožnil Kongresu spolehnout se na zastaralé stereotypy „choulostivých“ žen nezpůsobilých boje. Jeho ochota podržet zákon vylučující těhotenství ze způsobilosti pro dávky při pracovní neschopnosti

<sup>55</sup> *Michael M. v. Sonoma County Superior Court*, 450 U.S. 464 (1981).

<sup>56</sup> Tamtéž, s. 471–472.

<sup>57</sup> *Roster v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981).

<sup>58</sup> *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974).

<sup>59</sup> *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248 (1983).

<sup>60</sup> Jako příklad takové kritiky viz např. CATHARINE MACKINNON: *Difference and Dominance: On Sex Discrimination*. In: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (1987); ZILLAH EINHORN: *The Female Body and the Law* 42 (1988); MARY BECKER: *Prince Charming: Abstract Equality* 1988 SUP. CT. REV. 201; CHRISTINE LITTLETON: *Reconstructing Sexual Equality*, 75 CAL. L. REV. 1279 (1987).

<sup>61</sup> Viz *Michael M.*, 450 U.S., s. 494–496 – odlišné stanovisko J. Brennana.

<sup>62</sup> Viz MICHAEL J. FREVOLA: *Damn the Torpedos, Full Speed Ahead: The Argument for Total Sex Integration in the Armed Services*. 28 CONN. L. REV. 621, 624 (1996), kde zaznamenává rostoucí roli žen v bojových operacích.

je rovněž založena na stereotypním chápání žen. Odmítnutí financovat těhotenské dávky ze strany státu, když tento financuje jiné případy výhradně mužské nebo dobrovolné nezpůsobilosti jako jsou prostata nebo plastická chirurgie, odráží obecné chápání těhotenství a mateřství – totiž že by ženy neměly pracovat a současně mít rodinu. Anebo by to přinejmenším neměly dělat na veřejné náklady. Takové teorie sahající zpět k představám z 19. století, že „prvořadý osud a poslání ženy je naplnit vznešenou a blahodárnou funkci ženy a matky.“<sup>63</sup>

Posuzování mužských a ženských biologických odlišností Nejvyšším soudem zjevně předcházelo použi-

tí prostředního měřítka. Jeho rozhodnutí použít toto měřítko místo přísného přezkumu mu však dovoluje pokračovat v používání biologie k ospravedlnění odlišného zacházení. S ohledem na cíl zákona, o který se jedná, by použití přísného přezkumu vyžadovalo, aby vláda nabídla daleko více důkazů, než jakými jsou biologické odlišnosti. Jako nižší standard však prostřední měřítko umožňuje Nejvyššímu soudu podržet zákony založené na daleko méně důkazech, že biologické odlišnosti jsou relevantní. Proto má rozhodnutí Nejvyššího soudu zvolit si prostřední měřítko hluboké důsledky pro jeho doktrínu diskriminace na základě pohlaví.

<sup>63</sup> Bradwell v. Illinois, 83 U.S. (16 Wall.) 130 (1873) – odlišné stanovisko J. Bradleye.