

## TŘI VÝROČÍ ANTONINA SCALII

Martin Dostál\*

**Abstrakt:** Autor se v článku věnuje analýze ústavněprávní interpretace a výkladu zákonů, které používal jeden z nejpobulárnějších soudců Nejvyššího soudu USA, výjimečný člověk Antonin Scalia, intelektuální vůdce konzervativního křídla soudu, jenž 12. února 2016 nečekaně zemřel. Za dlouhou dobu, kterou sloužil u soudu (téměř třicet let), sepsal více odlišných a konkurujících stanovisek než kterýkoli jiný soudce. Jeho styl psaní byl květnatý a vášnivý, používal výstřední analogie, jakož i široké znalosti historie. Scalia nedělal kompromisy se svými názory a věrností Ústavě Spojených států, aby k sobě přitáhl ostatní soudce. Výtrvale oponoval teorii „živé Ústavy“, kterou někteří soudci používali pro ospravedlnění rozhodnutí, která nebyla založena na textu Ústavy a doktríně materiálně pojatého řádného procesu. Zdůrazňoval striktní oddělení moci jednotlivých větví vlády; podle jeho názoru jasné meze oddělení zákonodárné, výkonné a soudní moci vycházejí přímo z Ústavy. Scalia tvrdil, že neexistuje žádné ústavní právo na interrupci a hlasoval proti zákonům, založeným na rozdílech mezi rasami, pohlavím nebo sexuální orientací. Autor se snaží ukázat Scaliovu metodologii a stylistického génia v případech *Morrison v. Olson* (1988), *City of Richmond v. J. A. Croson* (1989), *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990), *Barnes v. Glen Theater* (1991), *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* (1992), *Lee v. Weisman* (1992), *United States v. Virginia* (1996), *Troxel v. Granville* (2000), *Martin v. PGA Tour* (2001), *Kyllo v. United States* (2001), *Atkins v. Virginia* (2002), *McConnell v. FEC* (2003), *Lawrence v. Texas* (2003) a *Obergeffell v. Hodges* (2015). Článek ukazuje také Scaliovu dobrou povahu a charakter. Byl to brilantní, polemicky založený člověk s nenapodobitelným smyslem pro humor, muž pevných zásad, včetně estetických. Scalia byl tradicionalistický katolík, hluboce věřící, podporující dlouhodobou americkou tradici nesektářských veřejných modliteb k Bohu. Necht odpocívá v pokoji.

**Klíčová slova:** výklad ústavního textu, výklad zákona, odlišné stanovisko, souhlas s výrokem rozhodnutí, nesouhlas s odůvodněním, metoda výkladu, zaměřená na textu předpisu, metoda výkladu, založená na chápání slov a vět v době přijetí předpisu, metoda hledající vůli zákonodárce či ústavodárce, výklad zaměřený na účel předpisu, teorie živé Ústavy, materiálně pojatá klauzule řádného procesu ve čtrnáctém dodatku

*„Vládní omezení svobody jsou vždy doprovázena halasně sdělovanými nejlepšimi záměry; diktátor slibuje zavést pořádek, nikoliv tyranii.“<sup>1</sup>*

### ÚVODEM

Letošní rok měl být pro Antonina Scaliu – jednoho z neznámějších soudců amerického Nejvyššího soudu – mimořádný, přinejmenším kvůli dvěma kulatým výročím. V březnu by se dožil osmdesát let a v září by dosáhl třiceti let práce u Nejvyššího soudu. V polovině února přibýlo třetí výročí tohoto roku, lidsky přirozené, které ale mohlo ještě

\* JUDr. Martin Dostál, Ústavní soud České republiky. E-mail: Martin.Dostal@usoud.cz.

<sup>1</sup> Takto volně překládám větu ze Scaliova odlišného stanoviska ve věci *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* 494 U. S. 652 (1990), která v originále zní: „*Governmental abridgment of liberty is always undertaken with the very best of announced objectives; dictator promise to bring order, not tyranny.*“ Předesílám, že v článku se snažím čtenáři na mnohých místech (obvykle pod čarou) poskytnout také anglický text, aby si mohl ověřit, zda cituji korektně. V anglosaském, a zejména americkém právu (termínem „americký“ rozumím pro tento článek samozřejmě jen Spojené státy americké a ne třeba Latinskou Ameriku) jsou určité vžitě výrazy a slovní spojení někdy komplikovaně přeložitelné do jiných jazyků v rámci kontinentálního právního systému, tak aby vystihovaly podstatu věci.

počkat; Scalia nečekaně zemřel.<sup>2</sup> Nekrology vyznívaly v tendenčním stylu, podle ideologického zaměření autora, neboť Scalia značně polarizoval odbornou i laickou veřejnost. Vyšlo mnoho oslavných článků i kritických pojednání; pro liberály a levicově orientované to byl ultrakonzervativce, pro pravici byl zase tím, kdo přes svoji značnou erudici nedokázal zvrátit některé soudní precedenty, které této skupině nevyhovovaly. Prezident Obama teď dostane šanci jmenovat nějakého liberálně orientovaného soudce a vychýlit tak poměry u Nejvyššího soudu.<sup>3</sup> Domnívám se, že je na místě pokusit se pro českou odbornou veřejnost zpracovat obsáhlejší článek, věnovaný Scaliiovi životu, právní filozofii a přínosu ústavnímu právu, jenž by jeho osobnost postihoval vyváženěji, než pouze z ideologických pozic a nashromážděných předsudků. Text je primárně zaměřen na vidění práva samotným Scaliou a představuje jeho metodologii a odborné názory. Pokud jde o kritiku, tu v zásadě přenechávám povolanejším. Nemyslím, že je nutné článek vždy koncipovat jen polemicky a shrnout suchá fakta pro a proti, aby mohl být označen za přísně vědecký. Zejména levicovými publicisty nebyl žádný ze současných soudců Nejvyššího soudu více kritizován, k tomu lze nalézt spoustu čtiva.<sup>4</sup>

Pro větší objektivitu ale možno poukázat na to, že odborná kritika Scalii (když vynecháme čistě ideologicky podmíněné ataky) se koncentrovala v podstatě do tří okruhů: prvním byla již výše zmíněná skutečnost, že Scalia častokrát nedokázal získat na svoji stranu většinu soudců, a to právě ve věcech, na kterých konzervativcům ve Spojených státech nejvíce záleželo (potraty, práva homosexuálů, pozitivní diskriminace, právo na soukromí a další). V těchto záležitostech však chci ukázat, že Scaliiova věrnost Ústavě a jejímu textu ukazuje zároveň jeho zásadovost. Neuměl dělat kompromisy, aby k sobě přilákal středově založené soudce a budoval si konsensem spřízněnou skupinu, kterou by mohl využít pro překonání nějakého nepohodlného precedentu. Byl tak pravým opakem třeba liberálního soudce Williama Brennana, který se podle Scalii projevoval u soudu třeba jako vůdce většiny v Kongresu.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Došlo k tomu v noci ze 12. na 13. února 2016 na ranči v texaském Shafteru, kde se Scalia den předtím účastnil honu. Do pozdního dopoledne nepřicházel na snídani, a tak byl jeho apartmán otevřen. Bylo zjištěno, že Scalia zemřel ve spánku. Cizí zavinění bylo vyloučeno, ani pítva nemusela být provedena, i když měl jako každý známý a vlivný člověk mnoho nepřátel (samozřejmě se hned vyskytla řada konspiračních teorií). Scalia se ale již delší dobu potýkal s problémy se srdcem a s vysokým krevním tlakem a bylo známo, že operaci, která by mu ulevila, se nemohl kvůli zdravotnímu stavu podrobit. O necelý týden později se soudce Scalia naposledy dotkl půdy Nejvyššího soudu. Dne 19. února byla rakev s jeho tělesnými pozůstatky vystavena ve Velké hale, aby bylo umožněno širší veřejnosti rozloučit se s ním. Pohřeb a katolická mše za zesnulého se konala o den později.

<sup>3</sup> Když hovořím o liberálech a konzervativcích, nutno vymezit, v jakém politickém smyslu: dnes mají američtí liberálové (sdružení v demokratické straně) blíže k evropské konstruktivistické levici, jednající ve prospěch státních zásahů do hospodářství a obsáhlých sociálních programů, tedy toho, co by Hayek a ostatní klasičtí liberálové označili za pseudoliberalismus. Od padesátých let 20. století se konzervativci (zástupci republikánské strany) vyhranili především jako odpůrci regulované ekonomiky a zastánci nízkých daní. Ale demokratická i republikánská strana měly tradičně svá konzervativní a liberální křídla (docházelo tedy k názorovému sblížení konzervativněji laděných demokratů a liberálnějších republikánů). Při výběru soudců Nejvyššího soudu zaznávají samozřejmě také hlasy, aby stěžejní roli hrála jen odborná kvalifikace kandidáta, který by měl být apolitický. Federální soudnictví je však natolik zapojeno do řešení otázek, úzce souvisejících s politikou, že jde spíše o nerealistické přání.

<sup>4</sup> Namátkou třeba KANNAR, G. The Constitutional Catechism of Antonin Scalia. *Yale Law Journal*. 1990, No. 61, s. 1301–1357; GERHARDT, M. J. A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia. *Boston University Law Review*. 1994, No. 74, s. 25–66. BISKUPIC, J. Scalia and His Scorchers. High Court Justice Vehemently Upholds Values in His Opinions. *Houston Chronicle*. July 4, 1996; BASSHAM, G. Justice Scalia's Equitable Constitution. *Journal of College and University Law*. 2006, Vol. 33, No 1.

Druhá oblast, za kterou by Scalia kritizován, byla pro něj zvláště citlivá; šlo o jeho soudcovskou filozofii. Paradoxně, navzdory shora řečenému, byl napadán, že při její aplikaci není zcela konzistentní a svůj přístup účelově koriguje, pokud by výsledek kolidoval s politicky důležitou konzervativní agendou. Objektivně nutno přiznat, že některé případy tak na první pohled mohou působit, více však bylo těch, kde Scalia sice nerad, ale vzhledem ke své textualistické metodologii rozhodl konzistentně a hlasoval třeba s liberálním blokem. Konečně – za třetí – mu také bylo vyčítáno, že ačkoliv sám kritizuje aktivistické soudce, stává se jedním z nich, když má možnost zvrátit nějaký zákon nebo rozhodnutí, které se nelíbí konzervativním politikům. V další části tohoto článku se naznačené problematiky dotkneme na konkrétních případech, kde budou v rámci výkladu jednotlivých kauz obsaženy také odlišné názory od Scaliových (obvykle většinové stanovisko) a bude tak možno konfrontovat rozdílná východiska ve vzájemné interakci s ostatními soudci Nejvyššího soudu, s nimiž Scalia polemizoval.

Pro vysvětlení koncepce daného textu uvádím, že jsem považoval za vhodné jej částečně sepsat ve formě *laudatia*, přinejmenším proto, že zemřel výjimečný soudce (který svými rozhodnutími i odbornými texty ovlivňoval justici nejen ve Spojených státech) a čestný muž, ať již si o něm jeho názoroví oponenti mysleli cokoliv. S tím souvisí další skutečnost: Myslím, že k celkovému poznání rozhodování konkrétního soudce slouží i snaha o jeho psychologické vystižení a zdůraznění výrazných povahových vlastností. Osobnost je v psychologii chápána jako celek zděděných a získaných duševních vlastností, které jsou pro člověka příznačné a činí jej jedinečným.

## 1. SCALIŮV ŽIVOT, TEMPERAMENT, CHARAKTEROVÉ VLASTNOSTI A PROFESNÍ NÁZORY

Antonin Gregory Scalia se narodil 11. března 1936 v Trentonu, stát New Jersey a základní i střední katolickou školu absolvoval v Queensu v New Yorku, kam se jeho rodiče přestěhovali.<sup>6</sup> Na Georgetownské univerzitě získal titul v oboru historie, pokračoval na Freiburské univerzitě ve Švýcarsku a po návratu z Evropy nastoupil na Harvardskou právnickou školu; roku 1960 zde promoval *magna cum laude*. Na Harvardu tehdy vrcholil rozkvět tak zvané „procesně-právní“ školy (*Legal process school*), která reagovala na právní realismus.<sup>7</sup> Svoje rané názory Scalia doplnil o teze profesora Kolumbijské právnické fakulty

<sup>5</sup> Nejvyšší soud USA je dlouhodobě tvořen devíti soudci a mnoho významných rozhodnutí bylo přijato poměrem 5 : 4. „*Jde o to získat pět hlasů, pak je možné cokoli*“ (*You can do anything around here with five votes*), říkal Brennan k velké zlosti konzervativců, kterým takové věty, patřící do ranku výroku předsedy Hughese „*Ústavou je to, co Nejvyšší soud za ústavu prohlásí*“, připadaly velmi neseriózní a cynické. Ani Brennan ani Hughes však tyto věty nemysleli úplně doslova, šlo jim spíše o to ve výbušné zkratce vyjádřit obecnou podstatu věci, což se jim, jak je zřejmé z reakcí konzervativních „inženýrů práva“, podařilo. Na rozdíl od absolutistických pozic, nepřipouštějících kompromis, byl Brennan ochoten v mnohém ustoupit aby mohl být mezi většinou.

<sup>6</sup> Jako jediné dítě italského přistěhovalce ze Sicílie Salvatora Eugena Scalii, profesora románských jazyků na Brooklynské koleji, a Catheriny Panarové, dcery italských imigrantů, učitelky na základní škole, měl veškerou péči a podporu svých erudovaných rodičů. Scalia velmi obdivoval své rodiče, zejména mimořádně vzdělaného otce. „*Vždy měl před obličejem knihu*“, říkal o něm a dodával: „*naučil mne komunikovat přímo s originálním textem a nespolehat se na překlad.*“

<sup>7</sup> Pionýři procesní školy, profesori Henry Hart a Albert Sacks, trvali na tom, že kongresmani jsou lépe kvalifikováni pro politická rozhodnutí než soudci. Právní realisté naproti tomu podle nich jen hledají způsoby, jak vložit svoje politické preference do práva. Scalia vzal tento přístup za svůj, neboť odpovídal jeho přesvědčení,

Herberta Wechslera: Soudci Nejvyššího soudu by měli zakládat svoje rozhodnutí na „neutrálních principech“, bez vlastních preferencí. Jen osobní nezainteresovanost může soud zachránit od pokušení stát se zcela mocenským orgánem.

Profesní kariéru Scalia zahájil v ohioském Clevelandu; pracoval v renomované advokátní kanceláři, kde se očekávalo, že se brzy stane partnerem. Chtěl však raději učit a tak se přestěhoval do Virginie (Charlottesville), na jejíž univerzitě se stal profesorem práva. Roku 1971 za prezidenta Nixona nastoupil do veřejných služeb.<sup>8</sup> Po nástupu Ronalda Reagana Scalia usiloval o získání funkce *Solicitor General of the United States*,<sup>9</sup> ale byla k jeho zklamání nabídnuta jinému; náplast v podobě místa soudce federálního apelačního soudu pro sedmý okruh se zdála Scaliovi méně významná a raději si počkal na slíbenou funkci soudce u vlivného apelačního soudu pro okruh *District of Columbia (D. C. Circuit)*, kam byl prezidentem Reaganem nakonec jmenován v říjnu 1982. Zde se proslavil konzervativními názory, které vkládal do svých rozhodnutí, psaných jasným jazykem a přitom odborně na výši. Byl kritický k některým rozhodnutím Nejvyššího soudu, která musel následovat jako precedenty, a tak si ho Reaganovi poradci zapsali na užší seznam (*short list*) kandidátů pro Nejvyšší soud. Na tomto seznamu se dostal na první místo před svého kolegu u *D.C. Circuit* Roberta Borka.

Když roku 1986 oznámil předseda Nejvyššího soudu Warren Burger, že hodlá rezignovat, prezident Reagan nejdříve nominoval stávajícího soudce Rehnquista na místo nového *Chief Justice* a na jeho původní křeslo navrhl Scaliu.<sup>10</sup> Scalia měl kus štěstí v tom, že

---

že soudci musí následovat striktní procedurální pravidla spíše než používat vlastní diskreci. Konzervativce vždy nejvíce dráždil směr jiné školy na Yale, tvrdící, že soudce se nejdříve rozhoduje a pak odůvodňuje. Vychází se ze zmíněného právního realismu, kde guruem byl zejména Jerome Frank (*Law and Modern Mind*, 1930), zdůrazňující psychologii a emoce konkrétního soudce a skepsi vůči logice a precedentům. Šlo zejména o kritiku tak zvané mechanické jurisprudence a deduktivismu; zastřešujícím pojmem pro označování oponentů byl „právní formalismus“, a je jím dosud.

<sup>8</sup> Začal v úřadu pro telekomunikace (*Office of Telecommunications Policy*) a posléze předsedal Administrativní konferenci Spojených států, což byla navzdory svému honosnému názvu poměrně malá nezávislá agentura, mající potírat federální byrokracii. Za Nixonova nástupce Geralda Forda byl Senátem konfirmován jako zástupce ministra spravedlnosti (*Assistant Attorney General*). Na ministerstvu Scalia absorboval náladu, vyjadřující podezření ke Kongresu a podporu silné exekutivy, kterou sdílel s ostatními konzervativci té éry, jako byl *Solicitor General* Robert Bork, šéf štábu Bílého domu Dick Cheney nebo ministr obrany Donald Rumsfeld.

<sup>9</sup> Po ministru spravedlnosti (*Attorney General*) a jeho přímému náměstkovi (*Deputy Attorney*) je nejvyšším funkcionářem Ministerstva spravedlnosti *Solicitor General* (u nás málo přesně přirovnávaný k Nejvyššímu státnímu zástupci či dokonce náměstkovi generálního prokurátora), který zejména zastupuje Spojené státy v řízení před Nejvyšším soudem. Rozhoduje také, proti čemu se federace odvolá, tedy co nechá ústavněprávně přezkoumat. Úřad *Solicitor General* navíc vystupuje v mnoha případech, ve kterých je poměřována pozice federální vlády jako účastníka v řízení před nižšími soudy. Zde mu pomáhají na případu zainteresovaní *U. S. Attorneys*, působící u každého federálního distriktního soudu. *Solicitor General* má také svůj vlastní tým právníků – „*attorneys*“, kteří častěji než on sám před Nejvyšším soudem vystupují jako jeho zástupci. Je snad zbytečné připomínat, že tato funkce byla pro některé úspěšnou předehrou pro získání nominace na soudce Nejvyššího soudu a vykonávali ji mimo jiné předsedové Taft a Hughes, stejně jako soudci Stanley Reed, Robert H. Jackson nebo Thurgood Marshall. Scalia do té doby zastupoval vládu před Nejvyšším soudem jen v jediné kauze, *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba* (1976), ale s úspěchem.

<sup>10</sup> Jelikož se Reaganovi poradci (zejména *Attorney General* Edwin Meese) domnívali, že to může být poslední příležitost pro prezidenta jmenovat soudce Nejvyššího soudu (do konce funkčního období mu zbývaly jen dva roky), upřednostnili Scaliu před Borkem, a to zejména ze tří důvodů: za prvé byl Scalia o deset let mladší než Bork a byl zde tedy předpoklad, že bude u soudu prosazovat hodnoty republikánů po delší dobu, za druhé se zdál méně kontroverzní pro liberály, jelikož neseřpsal tolik ostrých článků jako Bork, a za třetí se všichni shodovali na tom, že by bylo pěkné mít konečně prvního italo-amerického soudce.

demokraté se zaměřili na Rehnquistovu nominaci, které chtěli hlavně zabránit, a se Scaliou se smířili. Získal si senátory svým humorem, všeobecným rozhledem a vzdělaností, doprovázen na slyšení svojí velikou rodinou, ženou s devíti dětmi, kteří tatínkovi způsobilně fandili. Výsledek hlasování v Senátu byl jednoznačný: 98 : 0 pro Scaliu.

Antonin Scalia, přáteli zvaný „Nino“, patřil k soudcům, kteří očekávání svého prezidenta nezklamali.<sup>11</sup> Předpokládalo se, že bude hájit hodnoty konzervativní Ameriky a on tak činil s obdivuhodnou vervou tři desítky let. Na ústní jednání přicházel nabitý energií; někdo napsal, že připomíná středověkého rytíře, navlečeného v plné zbroji a vzrušeného nastávajícím bojem. Žádný soudce nepoložil tolik otázek, nikdo si neodpustil tolik komentářů a nikdo neuměl svými vtipnými poznámkami vzbudit v soudcovské síni tolik smíchu.<sup>12</sup> Scalia byl zkrátka dalším z řady sympatických typů rodu „*enfant terrible*“, kterých se v historii Nejvyššího soudu USA vystříдалo několik, a pro svoji svéráznost nebyl vždy lehce zařaditelný. Jeho italský původ byl zřejmý z jeho vzhledu i povahy. Extrovertní, pyknický typ s černými vlasy a tmavýma očima, stálým širokým úsměvem a rozmáchlými gesty. Měl rád společnost, dobré jídlo a pití, cigarety a dýmku, oslavy a rauty, divadlo a operu; baseball, poker, lov a hru na klavír.<sup>13</sup>

Scalia sepsal mnoho odlišných stanovisek – *dissenting opinions*, která jsou mimořádně čtivá; používal nečekané analogie a vtipná přirovnání, do hry vložil svoje široké znalosti historie a encyklopedickou paměť. Není to sucharský právnícký žargon a přitom jde o odůvodnění na vysoké odborné úrovni. Když se rozhodl napsat si odlišné stanovisko,

<sup>11</sup> V samotném výběru konkrétního soudce není americký prezident v zásadě ničím omezen. Protože soudcové jsou jmenováni doživotně, pokud se chovají dobře (*under good behaviour*), obvykle mnohonásobně přežijí funkční období prezidenta, jenž je vybral. Ten má tedy možnost ovlivnit směřování Nejvyššího soudu na mnoho let dopředu. Demokratičtí prezidenti tak vybírají liberální soudce, republikánští hledají konzervativce, přesto jsou pak mnohdy překvapeni, jak soudce rozhoduje. V období sporů Nejvyššího soudu s prezidentem Franklinem Delano Rooseveltem se soudce Stone, jmenovaný předchozím republikánským prezidentem, přiklonil na stranu liberálů, až jej F. D. Roosevelt dokonce jmenoval předsedou soudu, a naopak, jeden z největších Rooseveltových odpůrců McReynolds byl původně jmenovaný demokratem Woodrovem Wilsonem jako domnělý liberál. Jiným příkladem je slavný soudce Louis D. Brandeis, který se sám politicky označoval za republikána, ale přitom sdílel nebo dokonce překonával ekonomické a sociální vize prezidenta Wilsona. Prezident Eisenhower jmenoval předsedou Earla Warrena, a nestačil se divit, jaký aktivistický liberál se z něho vyklubal. Tak bychom mohli ještě dlouho pokračovat.

<sup>12</sup> Jeho otázky a postřehy byly typické jistou naléhavostí – teď jde o všechno, jako by varoval před hrozícím požárem. Jindy ale uvolnil atmosféru dobře načasovanou poznámkou. Když jednou jistý právník dlouho nemohl ve svých papírech najít, co hledal, Scalia do napjatého ticha pronesl: „*Až to najdete, zavolejte bingo!*“ Když byl Scalia ve formě a šlo o důležitou věc pro konzervativce (a pak byl ve formě vždycky), dominoval ústním jednáním a někdy se až zdálo, že se přestává kontrolovat. Agresivními otázkami napadal advokáty a okázale je shazoval, když něco zapoměli, nebo nevěděli kudy kam s argumentací. Pak se neohlížel ani na kolegy v soudní lavici. Předseda Rehnquist mu jednou pohrozil prstem jako neposlušnému žákovi, když Scalia skočil do řeči soudci Kennedymu. Také jeho přednášky a diskuse byly poznamenány konfrontačním stylem, lidé se však cítili – více než napadeni – spíše poučení a pobaveni. Ale všechna tato představení byla změkčována Scaliiovým důvtipem a inteligencí. Jedináček z učitelské rodiny, sám učitel, rád vyučoval druhé. Po soudu rozeslal krátká memoranda se svými záměry, zvané „Ninogramy“. Bojoval, aby přesvědčil kolegy o jediném správném názoru na věc, tom svém, a pak teatrálně nařikal, když nebyl většinou. Jak již řečeno, odmítal totiž dělat kompromisy se svým právním závěrem, jen aby se k němu některý nesouhlasící soudce přiklonil. Pro Scaliu byla nejdůležitější jeho doktrinární konzistence. To na rozdíl třeba od Williama H. Rehnquista, který, zejména poté, co se stal předsedou soudu, byl zaměřen více na důležitost a jednotu soudu jako instituce. K tématu např. SCALIA, A. – GARNER, B. A. *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*. St. Paul: Thomson Wes, 2008.

<sup>13</sup> Vášnivě a dobře také zpíval při různých slavnostních příležitostech (například vánočních večercích pořádaných Nejvyšším soudem), a se soudkyní Ginsburgovou jednou dokonce vystoupil na scéně ve Washingtonské opeře.

tak to byl ale obvykle také pěkně ostrý disent, který si jeho odpůrci nedali za rámeček.<sup>14</sup> Ale nad to vše se Scalia uměl povznést. Tento v Boha silně věřící člověk, s láskou k umění a k historii, měl také nemalý smysl pro sebeironii. Přes svůj vysoký věk si stále dobře rozuměl s mladými lidmi a když se objevil ve vysokoškolském kampusu, hned byl kolem něj hlouček studentů, rozveselených Scaliovými průpovídkami.

## 2. SCALIOVA PRÁVNÍ FILOZOFIE, PRÁCE NA NEJVYŠŠÍM SOUDU A PŘÍNOS ÚSTAVNÍMU PRÁVU

Nejdříve vymezím Scaliův přístup obecně a posléze se budu snažit vyložit jej na konkrétních pasážích z odůvodnění jeho rozhodnutí, a nebude náhodou, že to budou vesměs odlišná stanoviska. Zde se totiž mnohem lépe projeví individualita soudce, který se nemusí ohlížet na kompromisy, nutné ve většinovém rozhodnutí, kde není soudce osamělý. Konkurencí právní názory jsou obsaženy právě v popisu podstaty těchto většinových stanovisek, což je zároveň polemika se Scaliovými závěry.

Scalia se zaměřoval na text právního předpisu. Metodou interpretace Ústavy mu tedy byl *textualismus*, doplněný *originalismem* – chápáním jejich slov a vět jako v době, kdy byla přijata, jak jim rozuměli lidé, kteří ji ratifikovali. Další dodatky k Ústavě pak musí být obdobně vykládány v tom smyslu, jaký měly v době, kdy došlo k jejich ratifikaci. Ale pozor, platí jen to skutečně vyjádřené v ústavním textu, a jak by mu bylo tehdy rozuměno; kdyby někdo třeba objevil, že tajný záměr otců zakladatelů byl jiný než slovně vyjádřený, nic by to nezměnilo.<sup>15</sup> Jedná se tedy vlastně o textualismus, vztažený k době ratifikace, vycházející z toho, co bylo skutečně publikováno; někdy se to nazývá literárním originalismem (*literaristic originalism*; můžeme-li text předpisu interpretovat tak snadno, tak vlastně k výkladu ani nedochází, vše je jasné). Teprve když text není úplně jednoznačný nebo umožňuje více než jeden závěr, soud by měl zjistit, zda lze nalézt podporu pro nárokované právo, svobodu či výkon moci v právních a společenských tradicích Spojených států amerických. Nedostatek takové textuální, historické a společenské podpory vedl Scaliu k tomu, že na rozdíl od liberálních soudců neshledal, mimo jiné, v Ústavě žádné „právo“

<sup>14</sup> Scaliu, který jak shora konstatováno, sám rád nesouhlasil, paradoxně rozčiloval každý nesouhlas s jeho odbornými východisky, podobně jako jiného mimořádného intelektuála americké historie, Thomase Jeffersona. Některé jeho disenty tak mohly znít až urážlivě pro kolegy a oponenty, ale ti jej již znali. „Nino“ si ulevil, vypsal se, a pak z něj byl zase kamarád. Neměl natolik nesnášenlivou povahu, se kterou by, třeba jako soudci Frankfurter nebo McReynolds, přenášel svůj odborný nesouhlas do osobní roviny. Například ho pojilo již zmíněné upřímné přátelství se soudkyní Ruth Bader Ginsburgovou, členkou levého, liberálního křídla soudu. Navštěvovali spolu operní představení a na Nový rok se rodiny Ginsburgových a Scaliových tradičně setkávaly na společném slavnostním obědě. Přitom pokud jde o právo, nesouhlasili spolu ani v jediné významné záležitosti. Proslavené bylo přátelské ideologické poštuchování, které Scalia provozoval s liberálním soudcem Breyerem. Bývali oba zvaní na různé přednášky a posluchači tak získali v brilantní, vtipné formě diametrálně odlišné úhly pohledu na určitou právní problematiku. Srov. např. Transcript of Discussion between Antonin Scalia and Stephen Breyer. *Washington College of Law*. 2007, January 13. Znamé byly také Scaliovy pohrdavé útoky na pragmatickou jurisprudenci soudkyně Sandry Day O'Connorové.

<sup>15</sup> Jde totiž o originalismus (*original meaning*), nikoliv o interpretaci typu „*original intent*“, intencionalismus, hledající skutečnou vůli těch, kteří Ústavu psali a přijímali. I když originalista a právník vyznávající přístup *original intent* mnohdy nahlížejí do stejných historických zdrojů a pramenů, činí tak z rozdílných důvodů. Originalista jejich pomocí nehledá záměr otců zakladatelů, ale lepší porozumění tomu, jak byl ve své době chápán určitý pojem.

na potrat nebo „právo“ zemřít. Scalia byl tedy za první textualistou, a originalismus mu jen pomáhal tomuto textu správně porozumět, zejména když věty nebyly zcela jasné.

Zde je nutno učinit vysvětlující odbočku, protože se nacházíme v kontinentálním právním systému, a použitým výrazům by nemuselo být adekvátně porozuměno. Názvy metod interpretace v americkém právu jsou jiné než v evropské teorii práva, kde je základem stále K. F. von Savigny, velký prorok právního formalismu (*Begriffjurisprudenz*).<sup>16</sup> V angloamerické literatuře se traktují tři podobné, leč jinak označované metody: Textualismus (text předpisu, jazykový výklad), purposivismus (účel předpisu, objektivní metoda, zaměření na vykladače předpisu) a intencionalismus (záměr toho, kdo předpis přijal, subjektivní metoda, soustředění se na autora předpisu). V časovém smyslu se připojuje tzv. originalismus (jde o něco jiného než uvedený „*original intent*“), popsany doplněk Scaliovy metody. Při zkoumání textu, účelu a záměru tvůrce se jím bere do úvahy stav, jaký tu byl v době přijetí inkriminovaného právního předpisu.<sup>17</sup>

Všichni právníci stejně s výkladem začínají u textu právního předpisu, tedy jako textualisté. Kdo je ale ve zkoumané věci moudřejší, či „racionálnější“, tvůrce předpisu či jeho adresát? Tu nastupují interpreti, argumentující (také) účelem, teleologicky, jako například Stephen Breyer.<sup>18</sup> Ale soudce, který musí rozhodnout a ne teoretizovat, ví, že v praxi je vyložená vědecká problematika, ostře se snažící oddělovat jednotlivé metody interpretace, poněkud nereálná, protože soudce se obvykle zamyslí nad kombinací těchto metod (pokud se vůbec v tomto směru zamyslí), a nějak rozhodne. Nelze ale také nikdy zapomínat, že každý výklad práva by měl zahrnovat i úvahy, jaké by právo mělo být, aby bylo ve shodě se spravedlnostními představami (Ronald Dworkin, Lon Fuller a další). A jsme u věčného návratu přirozeného práva, významné součásti *philosophia perennis*.

Scalia jako metodologický textualista věděl, že právní předpisy jsou výsledkem střetu různých zájmů a zmatených kompromisů, a proto snažit se zjistit skutečný záměr záko-

<sup>16</sup> Formuloval metodu gramatickou, systematickou, historickou a logickou, opatrně zmínil i teleologickou. Dnes jde o jazykový výklad (verba a gramatika), systematický (jednota ústavního textu), teleologický (účel), historický (doba, kdy byla ústava přijata) a komparativní (srovnávací).

<sup>17</sup> Aby to nebylo tak jednoduché, existuje samozřejmě přístup, který vychází z aktuálního stavu – stavu v době interpretace, a právní vědci přišli pochopitelně i na další metodu, která je kombinací originalismu a aktualismu. Mnohost teorií umožňuje vědeckým pracovníkům amerických právnických škol škatulkovat jednotlivé soudce, ale život vždy překvapí, když náhle rozhodnou jinak. Klasický textuální originalista vykládá text právního předpisu podobně jako vyznavači rakouské teorie „zkamenění“ (*Versteinerungstheorie*), podle stavu, za kterého byl předpis přijímán. To Scalia používal jen ve vztahu k ústavním textům, ale ne důsledně, jak dále vyloženo; interpretoval si jej extenzivním způsobem, aby docházel k racionálně obhajitelným výsledkům.

<sup>18</sup> Breyer je asi jediným současným soudcem Nejvyššího soudu, který si vypracoval vědeckou metodu výkladu, která mohla konkurovat Scaliově metodě, a aplikoval ji ve svých rozhodnutích. Jeho právní pragmatismus byl považován za intelektuální protiváhu Scaliově textualismu (Scalia samozřejmě nesouhlasil, že by šlo o filozofie stejně „váhové kategorie“). Breyer při interpretaci jak ústavního textu, tak statutárních předpisů používá čtyři nástroje, totožné v zásadě se Scaliovými: nejdříve hledí na text předpisu, pak se zabývá historií, otázkou tradice a dále bere do úvahy sílu precedentu. Na rozdíl od Scalii však doplňuje další dva přístupy; za první je to smysl či účel přijetí právního předpisu (*the purpose of the statute or legislative intent*) a za druhé zvažuje důsledky při použití některé z interpretací, přicházejících v úvahu (*the consequences of competing interpretations*). Breyer zdůrazňuje, že mu to umožňuje zajistit výkladu větší objektivitu, než když se soustředíte pouze na mnohdy nejednoznačný text. Svoji právní a soudcovskou filozofii vyložil nejlépe sám Breyer v knize *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution* z roku 2005. Jde o svým způsobem odpověď na Scaliovu knihu *A Matter of Interpretation* z roku 1997 a polemiku s přístupem, zdůrazňujícím pouze text předpisu a jeho *original meaning*. (SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. New Jersey: Princeton Uni Press, 1997).

nodárce, složeného z protichůdných sil, je nemožné. Právem je jenom vyjádřený text. Nejde však o to, co se nazývá doslovným výkladem, jasný text ostatně není třeba interpretovat; moderní textualista bere do úvahy také kontext předmětné právní úpravy, nicméně ne tak vášnivě, jako někteří více pragmaticky zaměřeni soudci. Když si rozumně vyloží smysl právního předpisu, textualista nepokračuje, aby se dostal tam, kam by ideově chtěl. *Judicial self-restraint*, soudcovské sebeomezení, chápe jako základní vyjádření svého úkolu.

Scalia říkal, že právní předpisy, a zejména nejvyšší právní předpis, známý jako Ústava Spojených států amerických, prostě „říkají, co míní a míní, co říkají“. Samozřejmě počítal s vývojem v tom smyslu, že třeba pod pojem „dopravní prostředek“ zahrnul i auta a letadla, které nebyly otcům zakladatelům, ani těm, kteří Ústavu ratifikovali, známy, nebo tiskovou svobodou chránil i „*online press*“, ačkoliv komputery rovněž v době přijetí Ústavy neexistovaly. V tomto smyslu aktualizoval text právního předpisu. Například ve věci *Kyllo* z roku 2001 byl Scalia autorem většinového stanoviska, ve kterém vyslovil, že ve 21. století je nutno chránit soukromí stejně jako ve století osmnáctém, přičemž autoři čtvrtého dodatku nemohli předpovídat moderní přístroje, umožňující získávat informace, aniž dojde k fyzickému vniknutí do domu.<sup>19</sup>

Naopak při interpretaci zákonů, ať již federálních či státních,<sup>20</sup> používal Scalia čistý textualismus – prosté chápání slov a vět, jak k němu běžně dochází v době, kdy je výklad podáván, nevracel se k době přijetí textu předpisu a už vůbec nevyhledával jejich legislativní historii. To je jediná cesta, jak zabezpečit, že demokratická většina skutečně zakotví svoji vůli do práva, říkal. Jeho nechuť k soudci, který pátrá v takových zdrojích, vedla dokonce k tomu, že za léta postupně poklesla citace legislativní historie v odůvodněních, protože nikdo se nechtěl dostat do v zásadě zbytečného sporu s tak vynikajícím oponentem. „*Zákonodárci mají různé důvody, proč hlasují pro jistý zákon, nebo dokonce nemají žádný důvod. Vládne nám právo, nikoliv záměry jeho tvůrců*“, zdůrazňoval Scalia a s humorem, využívajícím postřehy z historie, dodával: „*demokratická a spravedlivá vláda nemůže připustit, aby bylo znění zákona determinováno tím, co zákonodárce zamýšlel, spíše než tím, co publikoval. To je ještě horší než známý trik římského císaře Nera, který nechal texty zákona pověsit tak vysoko, že byly těžké přečtení*.“ Text právního předpisu nutno podle Scaliie interpretovat nikoliv striktně nebo volně, ale smysluplně, v souladu s obvyčejným chápáním slov a vět. Zde často sahal po slovníku, vydaném v době přijetí určitého zákona. Pokud je však text jasný, nelze jeho vyznění nějak opravovat, i když je zákon hloupý, protože to samo o sobě ještě neznamená vždy protiústavnost.

Podle Scaliie mají lidé v Americe zaručeno právo na rovné a konzistentní postavení před právem, čemuž odpovídá garance, aby nebyli vystaveni různým úvahám a názorům

<sup>19</sup> *Kyllo v. United States* (2001) 533 U.S. 27 (2001) byl případ, ve kterém Nejvyšší soud nepřipustil použití high-tech přístroje, zkoumajícího teplotu v uzavřené místnosti, bez příkazu k prohlídce (*search-warrant*). Těsným poměrem 5 : 4 tak zvrátil odsouzení muže ze státu Oregon, potrestaného za pěstování marihuany, což policie zjistila pomocí uvedeného přístroje, signalizujícího bez vniknutí dovnitř zvýšenou teplotu v domě.

<sup>20</sup> Nejvyšší soud Spojených států není exkluzivním ústavním tribunálem, specializovaným primárně jen na ústavněprávní problematiku, jako je tomu u většiny evropských ústavních soudů. Kromě toho, že *Judicial Review* vykonávají i ostatní soudy, každoročně vydává nezanedbatelnou část rozhodnutí, zahrnujících širokou škálu otázek, týkajících se statutárního práva nebo dokonce *common law* (*statutory and common law issues*). Individuální spor tak rozhodne pouze na základě zákonných a jiných pramenů práva (jak se v Evropě pod vlivem německé judikatury říká, „jednoduchého práva“), aniž se vůbec dotkne ústavního práva.



soudců, nebo měnicím se náladám veřejnosti. Proto nesnášel koncept „živé Ústavy“ (*living Constitution*), dávající soudcům možnost modifikovat smysl ústavních článků, aby došlo k jejich adaptaci na měnící se dobové okolnosti reflexí vývoje názorů ve společnosti. Zde srovnával Ústavu se zákony, které se také neinterpretují se změnou jejich smyslu v časovém vývoji. Varoval, že „*jakmile jednou připustíme, že ústavní standardy se vyvíjejí v souladu s dospívající společností, riskujeme, že velmi rychle uvěříme v jejich kulminaci v našich vlastních názorech*“. Hrozí pak nebezpečí, že „*vláda práva se změní ve vládu právníků; nejhorší na teorii živé Ústavy je, že chce vlastně Ústavu zničit. Přitom celý smysl Ústavy tkví v tom, zabránit budoucí společnosti, dělat si co chce*.“ Právě proto podle Scalii otcové zakladatelé přijali Ústavu a dali soudcům Nejvyššího soudu benefit doživotního jmenování – aby zabránili společnosti přijmout zákony, které porušují přetrvávající či věčné hodnoty národa. Demokratický stát nepotřebuje psanou Ústavu, aby zaručil současné, nové, moderní hodnoty. Od toho jsou volby. Psaná Ústava je nutná právě proto, aby chránila určité hodnoty před převažujícími názory ve společnosti.

Scalia rovněž zásadně nesouhlasil s koncepcí, kterou Nejvyšší soud dal původně pouze procedurálním garancím v klauzulích řádného procesu a stejné ochrany čtrnáctého dodatku – *due process of law and equal protection* – materiální obsah (*substantive*). Tím se podle Scalii stal tvůrcem práva, nikoliv jeho pouhým vykladačem (nebo maximálně tím, kdo právo dotváří), a vstoupil tak do oblasti vyhrazené zákonodárci a politice. Podle teorie *substantive due process* v sobě slovo „svoboda“ ve zmíněné klauzuli zaručující „řádný proces“ zahrnuje také materiální omezení státní moci regulovat lidské chování, bez toho, aby byla tato konkrétní práva výslovně, třeba jen obecně, zmíněna v Ústavě. Takto bylo (vy)nalezeno třeba právo na soukromí (*right of privacy*).<sup>21</sup> S tím mají textualisté jako Scalia samozřejmě problém.<sup>22</sup> Scalia zdůrazňoval, že text klauzule *due process* nechrání jednotlivce před porušováním jejich svobody bez dalšího (*simpliciter*); chrání jej před porušováním jejich svobody „bez řádného právního procesu“. Ústavní text garantuje určitá materiální práva výslovně, a nadto zaručuje právo na řádný proces, pokud jde o život, svobodu nebo majetek.

K tomu, že byl v daném názoru Scalia konzistentní, lze uvést věc *Troxel v. Granville* (2000) 530 U.S. 27 (2000), ve které se Nejvyšší soud zabýval rodičovskými právy. Většina soudců dospěla k závěru, že rodič má ústavně zaručené právo omezit u svých dětí návštěvy prarodičů. Následoval tak předchozí rozhodnutí Nejvyššího soudu státu Washington, který shledal tomu odporující zákon neústavním, protože porušoval materiální právo matky řídit výchovu svých dětí, garantované prý čtrnáctým dodatkem. Scalia, sám otec devíti dětí, u kterého by tedy bylo možno předpokládat, že podpoří svobodu rodičů vychovávat své děti, jak uznají za vhodné, si podal odlišné stanovisko. V souladu se svojí textualistickou metodologií neshledal takové právo ani v textu Ústavy, ani v historických tradicích. Takže jakkoliv mohl pociťovat jisté sympatie pro dosažený výsledek, věren své

<sup>21</sup> Stalo se tak ve věci *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965) kde Nejvyšší soud poměrně jednoznačně (7 : 2) prohlásil za neústavní zákon státu Connecticut, který paušálně zakazoval použití prostředků proti početí (tedy např. i manželským párům). Konzervativce dráždilo hlavně odůvodnění, sepsané soudcem Douglasem, argumentující složitě nalezeným právem na soukromí každého jedince v Ústavě.

<sup>22</sup> „*The lack of textual basis for creating new rights gives unelected judges too much discretion to advance their sense of right and wrong, undermining the rule of law*“. Blíže Scalia, A.: *The Rule of Law as a Law of Rules*, University of Chicago Law Review 56. 1989, Fall.

doktríně konstatoval, že daná otázka měla být v demokracii ponechána na rozhodnutí lidu.<sup>23</sup>

Scalia netvrdil, že se Ústava nemůže měnit, k tomu však slouží proces přijímání dodatků. Může být doplňována v oblasti dělby moci a vymezení kompetencí nejvyšších státních orgánů (*frame of government*), jako když například sedmnáctý dodatek zavedl přímou volbu senátorů, nebo může dojít k rozšíření základních práv (*bill of rights*), jako když ratifikací devatenáctého dodatku bylo ženám garantováno volební právo.<sup>24</sup> Scalia se trochu ve výše uvedeném přístupu podobal soudci Hugo Blackovi, který také kritizoval ideu „živé Ústavy“, ale Scalia byl přísnější, bez Blackovy pragmatické citlivosti k politickému kontextu. Scaliův přístup nelze popsat jako soudcovské sebeomezení – naopak byl ve snaze zlikvidovat federální a státní zákony, se kterými se neztotožnil, aktivistický. Tady by Scalia zřejmě nesouhlasil: pokud se někdy zdá, že vystupuje aktivisticky a nerespektuje doktrínu dodržování předchozích rozhodnutí (*stare decisis*) a předchozí precedenty Nejvyššího soudu, činil tak jenom tehdy, když jeho metodologická analýza prokázala, že určité soudní rozhodnutí nemá oporu v textu Ústavy ani v amerických právních a společenských tradicích. Říkal, že vlastně tímto postupem „*deaktivuje předchozí soudní aktivismus*“.<sup>25</sup>

Jak již výše zmíněno, Scaliiovi názorovi oponenti se jej samozřejmě pokoušeli chytit za slovo a ukázat, že jeho právní filozofie a metodologie zase tak konzistentní a neideologická není. Podobně Scaliu pozlobil soudce Breyer, jenž ho ve veřejné diskusi konfrontoval se skutečností, že ti, kteří ratifikovali čtrnáctý dodatek, neměli v úmyslu tímto způsobem zcela ukončit segregaci ve školách, jako se stalo ve slavném případě *Brown* z roku 1954. Scalia na to reagoval tak, že by se připojil ke starému soudci Harlanovi v jeho slavném disentu v kauze *Plessy v. Ferguson* z roku 1896, který byl případem *Brown* překonán, a vůbec by se úmyslem těch, co přijali předmětný dodatek, nezabýval.<sup>26</sup>

Bylo mu ale také třeba připomínáno, že jeho *podpora ústavních práv korporací* neodpovídá originalistickému přístupu k ústavnímu textu, když v době ratifikace čtrnáctého dodatku bylo obecně zastáváno, že korporace nejsou nositeli ústavních práv. Scalia to překlenoval výkladem, že v době přijetí Listiny práv byla ústavní práva přiznávána „skupinám, složeným z jednotlivců“ a neexistencí výslovné výjimky pro subjekty jako jsou

<sup>23</sup> Scalia předmětné rodičovské právo nalezl mezi „*unalienable Rights*“ v Deklaraci nezávislosti, konstatující „*all Men...are endowed by their Creator*“ a mezi právy, jejichž výčet v ústavě nesmí být vykládán jako popření nebo zlehčení (*deny or disparage*) ostatních práv náležejících lidu. Ale Deklarace nezávislosti neváže přímo soudy (*the Declaration of Independence is not a legal prescription conferring powers upon the courts*), a soudci nejsou oprávněni identifikovat nová práva podle devátého dodatku k Ústavě a napravovat tak zákony, „*hloupě přijaté lidem*“ („*laws duly enacted by the people*“).

<sup>24</sup> Někteří jsou toho názoru, že otázku *women suffrage* bylo možno vyložit širší interpretací jiných částí Ústavy bez přijetí dodatku, třeba z klauzule *equal protection* čtrnáctého dodatku. K tomu Scalia říkal: „*ale tehdejší Nejvyšší soud se necítil oprávněn nalézat nová práva bez textuální a historické podpory*“ („*Yet the Supreme Court in those days did not feel empowered to establish new rights without textual or historical support*“).

<sup>25</sup> Jeho metodologie jej také odlišovala od tak zvaných „striktních konstrukcionistů“, kteří používají zužující výklad; například pod svobodu projevu prvního dodatku zařazují pouze skutečný veřejný projev. Scalia byl přesvědčen, že první dodatek kryje oblasti komunikace mnohem širěji, a zahrnoval pod jeho ochranu třeba i psaný dopis.

<sup>26</sup> Případ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), ve kterém Nejvyšší soud formuloval pokryteckou doktrínu *separate but equal* („oddělení, ale rovni“). Jediným disentuujícím byl soudce John Marshall Harlan I, jenž zde vyslovil často citovanou větu, že Ústava USA je barvoslepá a jakékoli oddělování občanů na rasovém základě je projevem otroctví, neslučitelného s občanskou svobodou. Jde o jeden z nejslavnějších a nejlivnějších disentů v historii Nejvyššího soudu.

korporace v klauzuli garantující svobodu projevu prvního dodatku. V oblasti svobody projevu se Nejvyšší soud zabýval také financováním politických stran. Ve věci *McConnell v. Federal Election Commission* 540 U.S. 93 (2003) schválil dvě nejdůležitější opatření příslušného zákona.<sup>27</sup> Zákon byl velmi rozsáhlý a upravoval celou problematiku komplexně, ale těmi dvěma nejdůležitějšími kapitolami byl za prvé zákaz toho, čemu se říkálo „měkké peníze“ (*soft money*), což byly dary od jednotlivců a korporací národním politickým stranám (to bylo dosud neregulované, ale objem těchto příspěvků se velmi zvýšil a tím i obavy z korumpování legislativního procesu) a za druhé došlo k regulaci druhu politické reklamy, zacílené na určitou oblast veřejných otázek.<sup>28</sup> Kongres tedy zakázal zmiňovat jméno kandidáta šedesát dnů před volbami. Skupiny politických aktivistů namítaly, že takové opatření porušuje jejich práva zaručené prvním dodatkem, seznamovat voliče o konkrétním politikovi v nejlépe efektivním čase. Jak řečeno, Nejvyšší soud danou úpravu podržel. Vyslovil, že enormní příspěvky politickým stranám (*soft-money*), zejména od korporací, mají korozivní efekt na legislativní proces a na důvěru voličů v integritu jejich vlády. Boj proti této korupci tak reprezentuje „významný vládní zájem“ (*compelling government interest*) a je proto zcela legitimní.

Nejvýraznějším disenterem byl Scalia. Uvedl, že rozhodnutí soudu nebylo věrné textu ani duchu prvního dodatku Ústavy ani předchozím precedentům. První dodatek znamená především právo kritizovat vládu. Scalia připustil, že někteří členové Kongresu mohli být vedeni ušlechtilými motivy, ale mnozí se spíše chtěli vyhnout nepříjemné kritice. Vystihl, že zákon přijali stávající členové Kongresu (samozřejmě), kteří budou usilovat o znovuzvolení, a jsou tedy favorizováni. Vyzyvatelé to mají vždy těžší, a každá restrikce v oblasti svobody projevu tenduje k úspěchu těch, co usilují o další mandát. Není náhodou, že vydají na svoji kampaň až třikrát více z „tvrdých peněz“ (*hard money*; přímé příspěvky kandidátům), které nejsou legislativou regulovány, než jejich vyzyvatelé. Ale podpora národních stran (*national-party funding*) je daným zákonem limitována; to slouží zase spíše stávajícím kongresmanům.<sup>29</sup> Restrikce vydávání peněz na podporu určitého projevu jsou podle Scalii ekvivalentní restrikcím svobody slova. První dodatek chrání politické shromažďování stejně jako politické projevy. Právo sdružovat se zahrnuje i právo shromažďovat finanční prostředky. Také druh asociace jakým je korporace musí požívat plné ochrany prvního dodatku, neboť stejně jako jiná sdružení nebo jednotlivci přispívá k veřejné diskusi.

K riziku korupce Scalia uvedl: kandidáti by neměli být izolováni od neefektivnější podpory projevu, kterou jim mohou poskytnout hlavní hráči v ekonomice a spojené zájmové skupiny. Premisa prvního dodatku počítá s tím, že Američané nejsou ovce ani hlupáci. Jestli je tato premisa chybná, má naše demokracie větší problém než politický

<sup>27</sup> „*Bipartisan Campaign Finance Reform Act*“ (BCRA, také známý jako „*McCain-Feingold Act of 2002*“).

<sup>28</sup> Tak zvaná „*issue advocacy*“. Jejich sponzoři mohli zůstat v utajení, jenom reklamy, výslovně doporučující voličům koho volit nebo nevolit, byly regulované. To se však dalo obcházet – místo výslovného „*nevolte senátora Jacksona*“ – například takto: „*přísnější podmínky pro ochranu životního prostředí vedou k uzavírání továren. To vede k nezaměstnanosti. Kongresman Jackson podporuje životní prostředí. Zavolejte mu a sdělte, že nechcete být na dlažbě.*“

<sup>29</sup> Zákon o kolkovním z roku 1712 uložil daň z reklamy. To vedlo ke konci poloviny časopisů tehdy v Anglii. Podobně postupoval roku 1765 anglický parlament proti koloniím, použil Scalia své oblíbené argumentace dějinami a připomenul i slavné rozhodnutí *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), ve kterém bylo mimo jiné uvedeno, že placená inzerce v tisku je plně chráněna prvním dodatkem.

vliv pomocí koncentrace majetku. Každá „co za to“ dohoda (*quid-pro-quo agreement*) porušuje zjevně trestní právo. K argumentu, že v politice se točí již příliš peněz, Scalia napsal: „*Jestli se naše demokracie topí v množství finančních příspěvků, pak prostě neumí plavat*“. Uzavřel tím, co již uvedl; ve skutečnosti jde o prevenci kritiky vládnoucích a připomenul tzv. „fenomén Charlieho Wilsona“ (dřívějšího prezidenta General Motors), jenž řekl: „*Co je dobré pro General Motors, je dobré pro zemi*.“ Scalia konstatoval, že mocní brzy inklinují k tomu věřit, že co je dobré pro ně, prospívá i státu. Prvním instinktem mocných je udržet si moc. Pokud Ústava vyžaduje periodické volby, nejlépe se toho dosáhne omezením volebních projevů.<sup>30</sup>

Dále bylo, jak jsem uvedl výše, Scaliovi předhazováno, že mu „konzistentní originalismus“ byl jen zástěrkou pro jeho skutečný záměr – zvrátit co nejvíce zásadních rozhodnutí, přijatých zejména Warrenovým a raným Burgerovým soudem a dosáhnout toho, co se konzervativcům nepodařilo politicky. Scalia se bránil, že i tam, kde jeho pravicové přesvědčení bylo v nesouladu s originalistickým přístupem, rozhoduje jako originalista, i když třeba nerad. Například považoval pálení americké vlajky, která je jinak pro konzervativce posvátná, za součást *svobody projevu*.<sup>31</sup> Ostatně, Scalia byl konzistentním podporovatelem politického projevu, který podle něj leží v centru prvního dodatku a svobodu slova chápal, jak již shora naznačeno, širěji, včetně projevů spojených s určitým jednáním; nepříznával však takovou ústavní ochranu pornografii a jiným druhům neslušností (*indecenty*). Např. ve věci *Barnes v. Glen Theater, Inc.* 501 U.S. 560 (1991) šlo o to, že stát Indiana přijal zákon, zaměřený proti neslušnému chování na veřejnosti, jenž mimo jiné zakazoval nahotu. Dva striptýzové bary a jejich tanečníci zákon napadli pro jeho údajný nesoulad s právem na svobodné vyjádření názoru podle prvního dodatku. Nejvyšší soud poměrem 5 : 4 zákon podržel. Většina soudců sice uznala, že tanec nahých lidí představuje výrazné chování (*expressive conduct*), leč patří do toho druhu projevu, který pro svoji obscenitu může být státními zákony limitován. Zákaz nahoty, a ne tanec, byl objektem předmětného zákona.

Scalia hlasoval s většinou, ale nesouhlasil s odůvodněním rozhodnutí, a tak si podal konkurující stanovisko – *concurring opinion*. Soud vůbec podle něho neměl zjišťovat, zda omezení této činnosti je v důležitém zájmu státu; první dodatek se zde podle něho

<sup>30</sup> Scalia se chystal na příležitost, která se naskytl v podobě kauzy *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010). Obchodní korporace mohou nyní poskytovat neomezené příspěvky na volební kampaně, jde o svobodu projevu, což Scalia považoval za mimořádně důležité.

<sup>31</sup> Notoricky známá vlajka s hvězdami a pruhy je pro většinu Američanů předmětem mimořádné úcty. Nejvyšší soud shledal v případech pálení vlajky (*Flag Burning Cases*) symbolický projev, chráněný prvním dodatkem. Ve věci *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989) byl zákon státu Texas o hanobení vlajky označen za neústavní, kolidující s možností realizace svobody projevu; skutečností však je, že pan Gregory Johnson, původně podle předmětného zákona potrestaný, vlajku nejen páčil (symbolický projev), ale také u toho sprostě pokřikoval. Těsnou většinou pěti soudců vedl Bill Brennan, se kterým samozřejmě hlasovali liberálové Marshall a Blackmun, ale majoritu pomohl vytvořit i soudce Kennedy a zejména Scalia. Brennan konstatoval, že stát nesmí omezovat vyjádření určitých myšlenek jenom proto, že většina společnosti zvolený projev považuje za urážlivý (*the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive*). Proti tomuto rozhodnutí se zvedl velký odpor z řad amerických vlastenců a Kongres proto rychle přijal obdobný zákon jako stát Texas (*federal Flag Protection Act*), který však opět Nejvyšší soud stejným poměrem (5 : 4) prohlásil za neústavní ve věci *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990). Poté pokus o přijetí ústavního dodatku na ochranu vlajky nezískal potřebnou dvoutřetinovou většinu v obou komorách Kongresu. Scalia se trápil a nadával: „*Nesnám špinavé, vosaté, sandály nosící muže, kteří páli naši drahou vlajku. Ale jsem přesvědčen, že to směji dělat v rámci svobody slova*.“

vůbec neaplikuje. Indiana neregulovala tanec, ale nahotu na veřejnosti, v souladu s dlouhou tradicí takových zákonů, tvořících porušení obecného práva („*an offense at common law*“). Svým typickým způsobem Scalia napadal myšlenku disentujících soudců, že pouze ublížení druhým je důvodem k restrikci nudismu na veřejných místech. Ono Thoreauovské „*můžeš si dělat, co chceš, dokud tím neublížíš jiným*“ je pěkná idea, ale není vepsána do Ústavy. „*Zákon státu Indiana by byl porušen, i kdyby se skupina tisíců lidí rozhodla v centru města ukazovat si svoje genitálie, a v tomto davu by nebyl ani jediný neviný poškozený. Naše společnost, a všechny humánní společnosti, zakazují takové aktivity, neboť jsou nemorální, podobně jako zakazuje sadismus, kohoutí zápasy nebo zneužívání drog.*“ Indiana může podle Scalii vynutit zákaz nudismu na veřejnosti i proti těm, kteří tvrdí, že tímto způsobem hodlali komunikovat (něco vyjádřit, třeba že na nahotě není nic neslušného); na podstatě to nic nemění, nejde o projev, ale nepřístojné jednání. A stát reguloval toto chování, ne nějaké vyjádření.

Pokud jde o *pravomoci exekutivní větve* národní vlády, byl Scalia jejich horlivým zastáncem, prosazujícím, že moc prezidenta musí ve většině případů převážet. V oblasti dělby moci jsou podle něj stanoveny Ústavou jasné linie, oddělující legislativu, exekutivu a justici, a proto není žádná z těchto větví oprávněna užívat moci vyhrazené jiné větvi. V kauzách, týkajících se federalistických otázek, byl zase často na straně konkrétního státu proti federální vládě. Scalia byl toho názoru, že ústavní struktura, garantující horizontální a vertikální dělbu moci (federalismus), je mnohem důležitější pro zajištění individuálních svobod než Listina práv (*Bill of Rights*). Přitom články Listiny práv považoval za vysoce zavazující a interpretaci nezměnitelné; text je jasný, právo je garantováno, nic více, nic méně (*text is clear, right is guaranteed, no more, no less*), říkal. Soudci nemohou jeho vyznění změkčovat nebo přitvrzovat, jak se jim to v konkrétním případě hodí.<sup>32</sup>

Ilustrací Scaliiova přístupu v popsané oblasti je jeho dissent v kauze *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654 (1988). Nejvyšší soud tu schválil deset let staré rozhodnutí Kongresu, pocházející z doby, řešící dozvuky aféry *Watergate* přijetím zákona o vládním etickém kodexu.<sup>33</sup> Závěr Nejvyššího soudu (přijatý poměrem 7 : 1), za který sepsal stanovisko předseda Rehnquist, byl postaven na ústavní pravomoci Kongresu jmenovat nižší soudní úředníky a na odmítnutí názoru, kterým před soudem argumentoval Reaganův *Solicitor General*, že zákon porušuje prezidentovu schopnost zajistit „věrné vykonávání zákonů“ (*faithful execution of laws*), když mu nedává možnost ani jmenovat, ani odvolat nezávislého poradce či vyšetřovatele. Soud konstatoval, že prezidentovi zůstává dostatečná moc k výkonu ústavních povinností. „*Independent counsel*“ má omezenou jurisdikci, dobu působnosti i pravomoc, takže nemůže nijak uškodit systému dělby moci.

Jediným disentujícím byl Antonin Scalia. Sepsal obsáhlé nesouhlasné stanovisko, ve kterém poukázal nejen na ústavně strukturální inkompabilitu instituce nezávislého vyšetřovatele, ale předvídal i reálné problémy, které to přinese. Předně zdůraznil, že kriminální vyšetřování je výkonem čistě exekutivní moci (*purely executive power*)

<sup>32</sup> Ústavu Spojených států následuje 27 dodatků (*amendments*), z nichž prvních deset je nazýváno Listinou práv (*Bill of Rights*), přijatých s účinností od 15. prosince 1791.

<sup>33</sup> Zmíněné rozhodnutí Kongresu autorizovalo vznik speciálního tříčlenného soudního panelu, určeného ke jmenování nezávislého vyšetřovatele (*independent counsel*) pro účely zjišťování nezákonností exekutivy. Zákon umožňoval odvolání vyšetřovatele pouze ministrem spravedlnosti (*Attorney General*), a jen z „dobrých důvodů“ (*for a good cause*).

a prezidentovi zákon odnímá exkluzivní kontrolu nad touto mocí, která mu má náležet. Případy alokace moci mezi Kongres, prezidenta a soudy, dotýkající se její vyváženosti, přicházejí před Nejvyšší soud pro svoji důležitost, tak říkajíc, „v rouše beránčím“ (*in sheep's clothing*), a jejich potenciál zasáhnout vyváženost mocí nemusí být evidentní a zjistí se až po pečlivé analýze, ale, jak Scalia zdůraznil se smyslem pro gradaci textu, „tento vlk přichází jako vlk“ (*but this wolf comes as a wolf*). Připomněl, že politické tlaky vedly již v minulosti ke jmenování speciálních vyšetřovatelů (*special prosecutors*), třeba pro aféry *Teapot Dome* a *Watergate*, takovým postavením jako nynější „nezávislý vyšetřovatel“ ale nedisponovali. Poznamenal, že vyšetřovatel, který nebude součástí exekutivní větve moci – jak Ústava vyžaduje – se bude chovat jako nevypočitatelný inspektor Javert z Hugových *Bídníků*, zuřivě usilující o to, někoho dostat (*running wild in order to „get“ someone*). Scalia uzavřel: „*Vláda práva znamená vládu pravidel. Dnešní rozhodnutí o základní problematice fragmentace exekutivní moci není ovládána pravidly, ani právem... Preferuji spolehnout se raději na závěry moudrých mužů, kteří zkonstruovali náš systém, lid, který jej potvrdil a dvě století historie, která prokázala, že funguje.*“<sup>34</sup>

Scalia byl ostrým odpůrcem soudci nalezeného *práva na interrupci*; byl přesvědčen, že takto uměle nelze vytvořit ústavní právo, které není obsaženo ani v textu Ústavy, ani není zakořeněné v amerických tradicích – naopak, taková jednání byla v minulosti vždy proskribována. Výsledkem byla podle Scalii konstantní konfuze a inkonzistence v rozhodnutích, týkajících se potratů. Věc měla být ponechána rozhodnutím státních legislatur nebo lidu, a ne soudu. Scalia se dlouhá léta snažil vytvořit na Nejvyšším soudu většinu, která by zvrátila rozhodnutí ve věci *Roe*.<sup>35</sup> Připomínal, že překonání tohoto precedentu by nevedlo k tomu, že by se rázem staly interrupce nezákonné; jen by to umožnilo státům přijmout takovou legislativu.<sup>36</sup> Politikaření a lobbismus v této citlivé otázce ale změnily

<sup>34</sup> Pravdivost Scaliových předpovědí si připomněli republikáni v podobě nezávislého vyšetřovatele Lawrence Walshe roku 1992 (snaha znovu žalovat dřívějšího ministra obrany Caspara Weinberga pro aféru *Irán-Contras* krátce před volbami), a zejména demokraté při impeachmentu prezidenta Clintona, kam jej dotlačil *independent counsel* Kenneth Starr, vyšetřující po čtyři roky Clintonovy obchody s pozemky a mimomanželské vztahy. Kongres nakonec mlčky uznal Scaliovy námitky a platnost zákona neprodloužil.

<sup>35</sup> Případ *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), založený na kontroverzní „*trimester analysis*“, mnozí emotivně přirovnávají k tak ostudné kauze, jako byla *Dredd Scott case*, ve které bylo před občanskou válkou rozhodnuto ve prospěch otrokářů. Skutečně, tento případ rozdělil veřejné mínění v USA ve 20. století téměř tak ostře, jako otázka otroctví o století předtím. Nejvyšší soud, paradoxně pod předsednictvím Warrena E. Burgera, který měl vést soud konzervativním směrem, přiznal ženám ústavní právo na potrat (*constitutional right to abortion*) a velmi tak rozšířil právo na soukromí, nalezené Warrenovým soudem. Společenská, odborná i politická kritika rozhodnutí přetrvává a zápas mezi podporovateli potratů a jejich odpůrci se nepodařilo zvrátit ani pokusem o přijetí ústavního dodatku. Autor stanoviska soudu Harry Blackmun, na kterého se trochu nespravedlivě soustředila zejména cílená palba konzervativců (přitom rozhodnutí bylo přijato poměrem 7 : 2), o tématu potom často přednášel, bylo mu však předhazováno, že argumentoval spíše morálně než právně, když zdůrazňoval význam rozhodnutí jako milníku na cestě ženy ke skutečné rovnoprávnosti. V odborných kruzích si neposloužil dokonce ani u mnohých liberálních právníků. I podle levicového Marka Tushneta je zdůvodnění z čistě řemeslného hlediska hrozné. Podle nejhalasnějšího kritika z konzervativních pozic Roberta Borka zde nejsou žádné právní argumenty; právo na interrupci prostě v ústavě není a soudci sledovali jen ideál neomezeného individualismu a soud se dopustil libovůle, kterou si přisvojil moc, patřící americkému lidu. Nejspíše lze sdílet názor Johna Elyho, podle kterého *Roe* leží již za přijatelnou hranicí, kdežto *Griswold case* se k ní jen blíží; Douglas byl zkrátka talentovanější než Blackmun. V *Griswoldovi* 1965 bylo nalezení a použití práva na soukromí ještě oprávněné, zde již bylo spíše zneužito.

<sup>36</sup> Jako křesťan byl Scalia zásadově proti interrupcím, ale jako právník bral ohled i na jiné názory ve společnosti. Nesouhlasil jen s nadekretovaným příkazem Nejvyššího soudu, bez podpory v ústavním textu, a přitom závazným pro všechny státy.

i poměry, panující na Nejvyšším soudu, jehož soudce chtěli mít otcové zakladatelé co nejvíce izolované od veřejnosti. Nyní propukají před soudem masové demonstrace obou nesmířitelných táborů, kdykoliv rozhoduje o tomto tématu, které se plete i do způsobu výběru budoucích soudců, konstatoval Scalia; svoje právní názory vyjádřil zejména ve stanoviscích k případům Webster 1989 a Casey 1992.

Ve věci *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989) se konzervativcům zdařilo vytvořit těsnou většinu (5 : 4) a shledat tak ústavním základní články zákona státu Missouri, který potraty trochu omezoval. Zákon zakazoval provádět interrupci ve státních zařízeních, na které přispívají daňoví poplatníci a ukončení těhotenství od určité doby (od dvaceti týdnů těhotenství) podmiňoval stanoviskem lékaře, testujícího životaschopnost plodu, přičemž zakazoval doporučovat tento postup ženám ze strany veřejných zaměstnanců (pokud nejde o život matky) a používat k tomu veřejné prostředky. Tento výsledek ale neuspokojil nikoho, pro příznivce práva volby ženy (*pro-woman choice*) zašel soud příliš daleko, zatímco pro odpůrce interrupcí by bylo vítězstvím jen překonání závěru vysloveného v případě *Roe*. O to se z majority pěti soudců ve Websterovi poctivě pokusil jen Antonin Scalia. Trojice Rehnquist, White a Kennedy přijala pluralitní stanovisko, ve kterém restriktivní podmínky přezkoumávaného zákona shledala ústavními, pokud jsou založeny na racionálním základě (*rational basis test*). Soudkyně O'Connorová vytvořila vlastní koncepci, když výslovně odmítla zasahovat do precedentu *Roe* a zákon státu Missouri podpořila na základě ještě užšího standardu, než byl použit v pluralitním stanovisku: přijaté restrikce nesmí vést k „nevhodnému břemenu“ (*undue burden*) vzhledem k přiznanému právu na potrat.

Scalia, frustrovaný z neúspěchu zvrátit kauzu *Roe* a z názorů soudkyně O'Connorové, sepsal konkurující stanovisko, ve kterém napadl téměř všechny body jejího odůvodnění. Úvodem konstatoval, že tato kauza bude bezpochyby mnohými vítána jako triumf soudního státnického přístupu (*today's case will doubtless be heralded as a triumph of judicial statemanship*). Podle Scalii „*tím tedy není, ledaže je státnickým počinem prolongovat tímto soudem samým si udělenou suverenitu v oblasti, ve které nemá co dělat*“. Jestliže O'Connorová uvedla, že věc nebylo nutno rozhodovat z hlediska ústavního práva, Scalia ocitoval nedávné kauzy, ve kterých O'Connorová autorizovala zrovna opačný přístup. Uvedl, že takový názor nemůže brát vážně. Soud podle Scalii neměl s touto kauzou disponovat na zákonném základě, ale posoudit, zda zákon státu Missouri je či není v souladu s Ústavou. Poté odmítl teorii přílišného břemena („*undue burden*“) která podle něj nemůže být vůdčí metodou, jak řešit právní otázky interrupcí. Závěrem si Scalia povzdechl, že ze čtyř možností, které soud mohl zvolit – znovu potvrdit *Roe*, výslovně jej zvrátit, překonat jej mlčky nebo se této otázce zcela vyhnout – je ta poslední (a zvolená) nejméně odpovědná.

Další republikánský prezident George Bush starší se pokusil posílit tábor odpůrců interrupcí jmenováním Clarence Thomase (to se mu z jeho hlediska povedlo) a Davida H. Soutera (to se mu nepovedlo, protože Souter se přidal k liberálům). Nejvážnější pokus konzervativců byl učiněn ve věci *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), ve kterém byl napaden interrupce omezující pensylvánský zákon. Poprvé zde čtyři soudci (Rehnquist, Scalia, Thomas a White) jednoznačně hlasovali pro zvrácení kauzy *Roe*. Většina se však opřela o stanovisko majoritního jádra tří soudců ve svém středu, tvořeného O'Connorovou, Souterem a Kennedym, ve kterém měl hlavní slo-

vo shora zmíněný test soudkyně O'Connorové, zvaný „*neobvyklé či neúměrné břemeno*“ (*undue burden*), kterým byla poměřována regulace interrupcí.<sup>37</sup>

Byla přitom použita rétoricky pěkně znějící slova: „*V samotném srdci svobody se nachází právo rozhodnout se pro svůj koncept existence, myšlení, univerza, a tajemství lidského života*“ (*At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life*). Takové poetické zdůvodnění, spolu s nedostatečnou ústavněprávní argumentací, rozčílilo Scaliu, který neváhal do boje opět nasadit svůj sarkastický jazyk. Ve svém obsáhlém odlišném stanovisku, plném historických ohlédnutí a kontextů, konstatoval, že jeho názory jsou neměnné; státy mohou, pokud chtějí, povolit interrupce, nebo je zakázat, a Ústava jim v této oblasti nic nepřikazuje. Umožnění potratů nebo jejich omezení je otázkou demokracie: občané se snaží navzájem přesvědčit a volit. Jak soud sám přiznal, „*tam, kde rozumní lidé zastávají různé názory, vláda se může přiklonit k jedné pozici, nebo ke druhé*“. Tohle je podstata zkoumané problematiky, zdůraznil Scalia, a ne zda má žena právo nechat potratit své dítě jako výkon své „svobody“ v absolutním smyslu. Jde o to, zda je taková svoboda chráněna Ústavou Spojených států. „*Isem si jist, že nikoli*“, pokračoval Scalia, „*stejně jako není ústavně chráněna třeba bigamie, a to ze dvou jednoduchých důvodů: 1) Ústava o tom neříká absolutně nic a 2) dlouholetá tradice americké společnosti takové jednání zakazuje a potlačuje*.“

Scalia pak zopakoval, že rozhodnutí ve věci Roe bylo od základu chybné, a to jak v metodologii, užití soudem, tak v podstatných textových kritériích a tradici. Citoval soudce Curtise, disentujícího před 135 lety ve věci Dreda Scotta: „*Již nemáme Ústavu; jsme pod vládou jednotlivců, kteří čas od času deklarují, co je Ústava, podle jejich vlastních názorů na to, čím by měla být*“.<sup>38</sup> Pokud jde o aplikaci doktríny *stare decisis* na zachování

<sup>37</sup> O takové břemeno se podle tohoto testu jedná, pokud záměr zákona nebo jeho efekt vede k umisťování materiálních překážek do cesty ženě, která hodlá za povolených podmínek podstoupit interrupci (*to place substantial obstacles in the path of a woman seeking an abortion*). Takto uvedení tři soudci shledali ústavními zákoně restrikce, stanovující pro ženy 24 hodinovou čekací dobu, povinnost vyslechnout lékařské poučení a pro nezletilé souhlas rodičů s vykonáním potratu. Se soudci Blackmunem a Stevensem se však spojili ve věci zákonné úpravy vyžadující, aby těhotná žena povinně sdělila svůj záměr podstoupit interrupci manželovi, a prohlásili jej za neústavní (*husband notification provision constitutes an undue burden, and is therefore invalid*). Soudci, kteří se rozhodli zachovat rozhodnutí Roe v platnosti, také vyslovili sporný názor, že vytvoření ústavního práva na potrat se stalo součástí právních pravidel (*rule of law*), akceptovaných většinou Američanů. Zásada dodržování precedentů (*stare decisis*) byla podle nich zvláště důležitá v dané věci, jelikož mnoho lidí přijalo legalitu interrupcí, a proto, navzdory možným pochybnostem o rozhodnutí ve věci Roe, bylo důležité zachovat jeho podstatu (*to preserve its central holding*). Pluralitní majorita soudců se také zabývala pokusem definovat umístění práva na potrat do oblasti základního práva na soukromí (*right to privacy*).

<sup>38</sup> Jedním z mála soudců Nejvyššího soudu Spojených států, který na funkci rezignoval nikoliv ze zdravotních či kariérních důvodů, nebo pod tlakem skandálu, ale z principu, byl Benjamin Robbins Curtis z Massachusetts. Právníckou kariéru zahájil v bohatém Bostonu a stal se přítelem slavného Daniela Webstera, který jej v roce 1851 doporučil prezidentu Millardu Fillmoremu na místo, uvolněné soudcem Woodburym, aby jmenováním whiga došlo alespoň k nějakému omezení tehdejší dominance jižanských demokratů u Nejvyššího soudu. Přesvědčený odpůrce otroctví Curtis si v tomto ohledu nebral u Nejvyššího soudu servítky, což v souvislosti s kauzou Dreda Scotta vedlo až k jeho rezignaci v září 1857. Curtis byl svěhlavý solitér jako Scalia, nerad se podřizoval nějakému týmu, a jak sám doplnil, „*zejména ne takovému týmu, jaký tehdy působil u Nejvyššího soudu*“. Některé zdroje sice uvádějí, že byl také nespokojen se svým platem i s namáhavou praxí předsednictví v soudních obvodech (neoblíbená praxe povinného objíždění soudních obvodů – *riding circuits*), jiné že jej k rezignaci donutil předseda Taney, který nechtěl u soudu tak rušivý element, ale nejpravděpodobněji v pozadí tohoto činu byla skutečně pouze otázka zastávané ideologie.



precedentu *Roe*, Scalia uvedl: „*Přisáhám, nikdy jsem neslyšel o nové verzi této doktríny, znějící – vyber si co chceš a ostatní verze odhod*“ („*keep-what-you-want-and-throw-away-the-rest-version*“). Zůstat u rozhodnutí *Roe*, to není principem práva (o čem asi soud mluvil), ale principem chybně pojaté „reálpolitiky“. Máme tu nový způsob ústavněprávního uvažování, opřený nikoliv o text nebo tradici, ale o tak zvané „racionální rozhodnutí“ (*reasoned judgment*), které není ničím jiným, než filozofickým předpokladem a morální intuicí. „*Jestliže svobody, chráněné Ústavou, jsou, jak soud řekl, nedefinované a neohrančené, pak by lidé mohli protestovat, že jsme neimplementovali jejich hodnoty, na rozdíl od našich. Z této arény, kde nemáme co dělat, bychom měli rychle vykročit*“, uzavřel.

Scalia zrovna tak jako údajnému právu na potrat oponoval *afirmativním akcím* (pozitivní diskriminaci) a dalším politickým rozhodnutím, které upřednostňují minority jako feministky nebo homosexuály. Jakékoli rozlišování nebo zvýhodňování mezi rasami, sexuální orientací a pohlavími (*race, gender and sexual orientation*) Scalia nepřipouštěl; říkal tomu „kulturní válka“ či přesněji „boj kultur“ (někdy používal dokonce přímo německý výraz „*Kulturkampf*“).<sup>39</sup>

V oblasti genderových klasifikací podle klauzule o stejné ochraně (*equal protection*) čtrnáctého dodatku používal Scalia test, zvaný *intermediate scrutiny*, který nebyl tak přísný jako *strict scrutiny standard*, aplikovaný na rasové a etnické klasifikace a základní práva (protože ženy nejsou minoritou, ale většinou skupinou voličů). Koncem 20. století však podle Scalii tyto testy pozbyly smysl a jakékoli vědecké pozadí, jelikož si je majorita Nejvyššího soudu upravuje podle svých potřeb. Nejvyšší soud aplikoval svůj *intermediate-scrutiny test* (viz také kauzu *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 1976) ve věci *United States v. Virginia* 518 U.S. 515 (1996), ve které se jednalo o státem Virginie podporovanou tradiční vojenskou školu (*Virginia Military Institute*, VMI), která však přijímala pouze muže. Stát obhajoval tuto diskriminační politiku mimořádně rigorózním fyzickým tréninkem, omezením soukromí studentů a psychickým nátlakem, blízkým šikaně, tedy metodami, kterými se měli absolventi zocelovat. Pro ženy by mohly ale být podobné metody příliš náročné a ponižující. Soud ve stanovisku sepsaném soudkyní Ginsburgovou, která se touto problematikou zabývala již jako advokátka spolu s Americkou unií občanských práv a svobod (*American Civil Liberties Union*, ACLU), přikázal VMI buď přijmout ke studiu ženy, nebo se vzdát státní finanční podpory. Příjímací politika byla podle majority soudu založena zejména na široké generalizaci otázky, do jaké míry je žena schopna zvládnout fyzicky i psychicky náročný program. I když soud připustil, že většina žen nebude skutečně schopna absolvovat, není důvodu, aby byly připraveny o možnost alespoň se o to pokusit. Pokud stát chce přijmout jakýkoli zákon, kde je s ženami a muži nakládáno odlišně, musí použít velmi přesvědčivé ospravedlnění pro takové jednání (*exceedingly persuasive justification*). Rozhodnutí bylo přijato v poměru 7 : 1, jelikož soudce Thomas se prohlásil za podjatého, neboť jeho syn tuto školu právě navštěvoval.

<sup>39</sup> Scalia měl na mysli ostře vyhraněné a navzájem nesouladné životní postoje. K původu pojmu „*Kulturkampf*“: Tzv. „kulturní boj“ proti katolické církvi v Německu zahájil kancléř Bismarck, což režim zdůvodňoval vyhlášením dogmatu o papežské neomylnosti na prvním vatikánském koncilu, čímž se prý římská církev stala nekulturní. Byl přijat zákon, podobný komunistickému „zákonu o státním dozoru nad církvemi“; bez státního souhlasu se nikdo nemohl stát farářem, církevní školy byly uzavřeny, katolický tisk byl cenzurován. Ale Bismarck po asi deseti letech „*Kulturkampf*“ ukončil a uzavřel dokonce dohodu s papežem. Podobně probíhal tento boj ve Francii za ministerského předsedy Leona Gambetty, krátce v Belgii, ve Švýcarsku a zejména v Latinské Americe.

Osamělým nesouhlasícím byl Antonin Scalia, absolvent vojenské přípravky (*a military prep school*) St. Francis Xavier na Manhattanu, který závěr většiny trpce zkritizoval a konstatoval, že to povede ke konci veškerých státem podporovaných škol, určených tradičně jen pro některé pohlaví. Ve svém obsáhlém disentu napadl téměř každou část zdůvodnění majority. Použil podobné argumentace, jaké používal ve věcech religiózní svobody, založené na tom, že Ústava by neměla být vykládána tak, aby vyřadila programy, opírající se o staleté tradice národa. Začal typicky „scaliovsky“: „*Dnes soud sestřelil (shuts down) instituci, sloužící s hrdoostí lidem a pro dobro státu Virginie více než půldruhého století. Aby dosáhl tohoto obdivuhodného výsledku, odmítl fakta, nalezená dvěma nižšími soudy, přeskočil vlastní precedenty a ignoroval historii našeho lidu.*“ Novou zátěž pro stát, který musí dokázat aplikovat shora uvedenou „*exceedingly persuasive justification*“ v případech týkajících se diskriminace na základě pohlaví, označil Scalia za redefinici testu *intermediate scrutiny*, která jej učinila zbytečným, neboť není odlišitelný od přísného testu *strict scrutiny*. Scalia doplnil, že nemá problém s takovými abstraktními testy, ale nemohou si hrát na vědecké metody, když je soud aplikuje, jak se mu zachce. Podle něho je funkcí Nejvyššího soudu zachovat (*to preserve*) určité společenské hodnoty, a nikoliv je revidovat (*not to revise them*). „*Právní kultura, která zapoměla na koncept res ipsa loquitur (věc hovoří sama za sebe) si zaslouží osud, který dnes uchystala pro VMI*“. VMI byla založena roku 1839 a vždy přijímala pouze muže, stejně jako jiná slavná instituce, Citadela v Jižní Karolíně (1842). I všechny federální vojenské školy, West Point, Námořní akademie v Annapolisu nebo Akademie leteckých sil přijímaly po většinu své existence jen muže. Umožnit zde studovat ženám (od 1976) nenadekretoval soud, ale lidé prostřednictvím voleb. Lidé se podle Scali mohou rozhodnout pro změnu určité tradice pomocí demokratického procesu, ale názor, že nějaká tradice se stává postupně neústavní během času – to není právo, ale politika propašovaná do práva (*politics-smuggled-into-law*). Vepsání nového pravidla do Ústavy pomocí účelově vytvořených testů není interpretací Ústavy, ale její tvorbou.<sup>40</sup>

Závěrem Scalia citoval z „Kódu gentlemana“ (*The Code of a Gentleman*), což je soupis hodnot, které by měl každý student VMI dodržovat: „*Čest gentlemana závisí na dodržování slova a nekorumpovatelnosti principů. Je následovníkem rytířů, křižáků; ochránce slabých a prosazovatel spravedlnosti. Nikdy neztrácí nervy; neukazuje zlost, strach, nenávisť, rozpaky nebo vášeň na veřejnosti. Jedná s lidmi s úctou, bez ohledu na jejich společenské postavení. Nelísá se k mocným a respektuje nedostatky druhých lidí.*“ Scalia k tomu poznamenal: „*Nevím, jestli muži ve VMI žili podle těchto hodnot; asi ne. Ale je ohromnou věcí, že veřejná vzdělávací instituce na ně i v dnešní době klade důraz. Nemyslím, že by někdo z nás, včetně žen, chtěl tohle zničit.*“<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Scalia pak znovu zesměšňoval test „*exceedingly persuasive justification*“, který nazval amorfní frázi, jejíž použití však jako jediné mohlo vést k závěru, že vojenská akademie, přijímající pouze muže, jedná neústavně, když existují „některé ženy“, které by se chtěly pokusit tuto školu absolvovat; nebo by, podle odůvodnění soudu, stačila zřejmě jen jedna jediná žena, která by měla takový zájem. Se sarkastickým odkazem na slavnou poznámku pod čarou ve věci *Carolene Products* z roku 1938 Scalia uvedl, že je těžké ženy označit za „*skrytou a utajenou minoritu*“, která není schopná sama dosáhnout nápravy pomocí politických procesů, když ženy dnes tvoří majoritu voličů. Taková podpora ze strany soudu ženám zavání paternalismem, který však samotný soud mnohokrát odmítl. Nepřátelé odděleného veřejného vzdělávání (*single-sex public education*) zvítězili, když se jim podařilo přesvědčit sedm soudců, že jejich pohled na svět je obsažen v Ústavě, a tím ho zavedl ve všech 50 státech USA. A privátní oddělené vzdělávání je také ohroženo, neboť je mnohdy závislé na státních příspěvcích.

Pokud jde o vládní federální *programy preferující minority* v podnikání, některé státy a města následovaly závěry, vyslovené ve věci Fullilove z roku 1980.<sup>42</sup> Město Richmond tak zajistilo rasovým a etnickým menšinám zajištěné podnikání v oblasti stavebních prací, aby tak napomohlo odstranit efekt dřívější diskriminace zejména Afroameričanů na jeho území. Firmy, které patřily některé z vybraných menšin (mj. se to týkalo rovněž Indiánů nebo Eskymáků), měly zaručeny významný podíl na těchto pracích. Tento pokus o *affirmative action* však již Nejvyšší soud neschválil pro nesoulad s klauzulí o stejné ochraně (*equal protection*) ve čtrnáctém dodatku ve věci *City of Richmond v. J. A. Croson Comp.* 488 U.S. 469 (1989). Stanovisko majority pěti soudců formulovala soudkyně O'Connorová (kromě ní souhlasili Rehnquist, White, Stevens a Kennedy), soudce Scalia sepsal své konkurující stanovisko. O'Connorová v zásadě uvedla, že státy mohou přijmout takové programy, napravující křivdu vůči nějaké rase, a zvýhodňující je v podnikání, jen pokud taková diskriminace dosáhla určitého stupně a aplikovala tak na tyto věci tzv. *strict scrutiny standard*. Tato nová aplikace přísného testu pro danou oblast práva znepokojila liberály, kteří věřili, že není možno nijak zabraňovat snahám o nápravu dřívější rasové diskriminace. Soudci Brennan, Marshall a Blackmun tak publikovali ostré disenty.

Soudce Scalia, souhlasící s většinou, že je nutno aplikovat přísný test *strict scrutiny standard*, ve svém separátním stanovisku uvedl, že ale nesouhlasí s názorem o právu napravovat dřívější diskriminaci současným zvýhodňováním kdysi postižených menšin. Podle něj může státní vláda přijímat takové zákony, které pomáhají v uplatnění znevýhodněným osobám (mezi kterými mohou být i černoši), ale ne přímo černošům (mezi kterými mohou být znevýhodnění jedinci).<sup>43</sup> Scalia dále připomenul, že boj o rasovou spravedlnost byl historicky bojem národní společnosti proti poměrům panujícím v určitých státech; ne vše se přitom týkalo jen starého Jihu. „*Pro děti otců zakladatelů to není žádným překvapením*“ a odkázal na Madisonův List Federalistů č. 10 (čím menší je město či společnost, tím menší svoboda jednotlivce). V Richmondu to nyní obrátili a přijali zvýhodnění pro nyní ale již dominantní politickou a rasovou skupinu: „*Kde je ve hře nespravedlnost, další nespravedlnost nemůže být nápravou*“ (volně „*Where injustice is the game, however, turnabout is not fair play*“), komentoval to Scalia a uzavřel, že jistě v minulosti černoši trpěli větší diskriminací než jiné rasové skupiny. Ale kdo věří, že současné rasové preference pomohou „*vyrovnat skóre*“, mýlí se. Nejde o černochoy, židy či Iry, kteří jsou opět diskriminováni, ale o konkrétní lidi, stvořené sobě rovnými (*created equal*), kteří jsou nyní diskriminováni, pokud jsou posuzováni podle svého původu či barvy kůže.

<sup>41</sup> Autor *Románu o růži* ke správnému chování šlechtice ducha uvádí: „*Mluv způsobně vždy, vlídně, s klidem, jak k pánům, tak i k drobným lidem, a snaž se dobré slovo říci, když procházíš se po ulici...*“ Celou tuhle kulturu, navazující na středověké pojetí rytířství, považoval Scalia za to nejlepší, na co lidé přišli.

<sup>42</sup> V případě *Fullilove v. Klutznik* 448 U.S. 448 (1980) ještě Nejvyšší soud v oblasti *affirmative action* připustil určité rasové kvóty. Rozhodnutím přijatým v poměru 6 : 3 schválil články, přijaté Kongresem v příslušném předpise (*Public Works Employment Act 1977*) a povolil vyčlenit 10 % ze zdrojů na veřejné práce pro příslušníky menšin. Předseda Burger ve většinovém stanovisku vyslovil, že pro dosažení cíle, kterým jsou stejné ekonomické příležitosti, je Kongres oprávněn aplikovat také nové techniky, mezi kterými je i limitované použití rasových a etnických kritérií, aby mohlo dojít k nápravě současné situace.

<sup>43</sup> Citoval slavnou větu soudce Harlana I ve věci *Plessy*: „*Naše Ústava je barvoslepá a nezná ani netoleruje rozdílné zacházení s občany.*“ Také použil názor profesora Bickela (*The Morality of Consent*), že „*rasové kvóty derogují lidskou důstojnost a individualitu*“ a dokonce i dissent soudce Douglase ve věci *DeFunis v. Odegaard* 416 U.S. 312 (1974).

Také *homosexuály* Scalia nepotěšil. Ve věci *Lawrence v. Texas* 539 U.S. 558 (2003) došlo k překonání precedentu kauzy *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986), ve které Nejvyšší soud odmítl považovat za základní právo účast na homosexuálních stycích a rozšířit tak právo na soukromí. Dva homosexuálové, Tyrone Garner a John Lawrence (zadržení policií, která vnikla do Lawrenceova bytu), byli potrestáni pokutou ve výši 200 dolarů podle texaského zákona, zakazujícího orální nebo anální sex mezi osobami téhož pohlaví. Napadli proto, široce podporováni skupinami aktivistů za občanská práva, tento zákon jako porušující klauzule řádného procesu a stejné ochrany podle čtrnáctého dodatku; podle nichž taková právní úprava neférově klasifikuje všechny homosexuály jako kriminálníky.

Nejvyšší soud nakonec zvrátil svůj sedmnáct let starý precedent. Za majoritu hovořil soudce Kennedy, jenž zdůraznil, že musí být respektován soukromý život homosexuálů, který stát nemá kontrolovat nebo kriminalizovat (*making their private sexual conduct a crime*). Podstata věci nespočívá v právu na sexuální styky s partnery stejného pohlaví, ale v právu na soukromí. Zároveň však uvedl, že se to týká jen skutečně privátního a konsenzuálního chování dospělých a že kauza nijak neotevřela cestu ke sňatkům homosexuálů (*gay marriage*). Odmítl předchozí argumentaci historií a tradicemi, ze kterých je sice při materiálním postupu v rámci řádného procesu nutno vycházet, ale nikoliv se u nich zastavit. Většina neaplikovala striktní ani racionální testy („*strict scrutiny*“, „*rational basis review*“), ale zdůraznila, že texaský zákon neprokázal státní zájem, který by ospravedlnil takový zásah do soukromého života.<sup>44</sup>

Konzervativci hořekovali: takže „žijící Ústava“ natolik mezi svými 195 a 212 narozeninami dospěla, že sodomie je ústavním právem.<sup>45</sup> V dalším ze svých – jak se v Americe říká – „hořkých disentů“ si soudce Scalia povzdychl, že případ „*podminuje všechny zákony regulující sexuální chování, a zákony, omezující možnost sňatku pouze na heterosexuály postaví na pěkně nejistý základ*“ (*undermined all laws regulating sexual conduct and left laws limiting marriage to heterosexuals on pretty shaky grounds*). Scalia napadl většinové rozhodnutí srovnáním stejné situace, která nastala ve věci *Casey*, kdy soud odmítl překonat rozhodnutí *Roe*. „Devatenáctiletý“ *Roe* nebyl ve věci *Casey* překonán, zatímco „sedmnáctiletý“ *Bowers* nynějším *Lawrencem* ano. V případě *Casey* většina řekla, že nebude měnit rozhodnutí pod tlakem (*to overrule under fire*) veřejné kritiky, a přesně to udělala nyní v kauze *Lawrence*. *Bowers*, řekla většina, byl cílem materiální a kontinuální kritiky, leč totéž je možno říci o kauze *Roe*. Scalia uvedl, že nevěří na rigidní vázanost

<sup>44</sup> Podle Kennedyho otcové zakladatelé dobře věděli, že současnost může lidi zaslepit pro vnímání některých pravd a pozdější generace spatří, že zákony, tehdy vnímané jako potřebné a správné, ve skutečnosti slouží jenom k útlačku. Jak Ústava trvá, tak lidé v každé generaci mohou využít jejich principů pro své vlastní hledání větší svobody. K většině se přidala i soudkyně O'Connorová, ovšem jen z toho důvodu, že napadený zákon se vztahoval pouze na homosexuály a nikoliv na heterosexuály; v tom spatřovala nerovnost. Místo práva na soukromí aplikovala analýzu principu stejné ochrany podle čtrnáctého dodatku a test, založený na racionální bázi (*equal protection analysis, rational basis test*).

<sup>45</sup> RING, K. A. *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*. Washington, D.C.: Regnery Publishing Inc., 2004, s. 7. Skutečností opravdu bylo, že v důsledku kauzy *Lawrence* byly rychle zneplatněny podobné zákony ve třinácti státech. Z určitého hlediska jsou dopady tohoto případu pro homosexuály podobné jako věc *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) pokud jde o rasovou segregaci. Ještě roku 2003 rozhodl Nejvyšší soud státu Massachusetts, že osoby stejného pohlaví mohou mezi sebou uzavírat sňatky. Ve věci *Obergeffel v. Hodges* (2015) byly schváleny sňatky osob stejného pohlaví na celonárodní úrovni.

doktrínou *stare decisis* v ústavněprávních otázkách, ale soud by měl být konzistentní spíše než manipulativní při její aplikaci.<sup>46</sup>

Pokud soud vyslovil, že „i když vládnoucí většina ve Spojených státech shledává určité partikulární chování nemorálním, není to dostatečným důvodem pro zákony, zakazující tuto praxi“, pak Scalia konstatoval, že tohle znamená konec veškeré legislativy založené na morálce (*this effectively decrees the end of all moral legislation*). Načež se pustil do názoru soudkyně O'Connorové, že zákon je nerovný, neboť míří pouze na homosexuály. Podle Scalii nepochopila, že zákon je zaměřen na předmětné deviantní sexuální chování, a týká se všech, kdo se ho dopustí, stejně; mužů i žen, heterosexuálů i homosexuálů. Závěrem Scalia uvedl, že nemá nic proti homosexuálům nebo jiným skupinám, pokud prosazují svoje vize normálním demokratickým způsobem. Ale vynálezem novopečeného „ústavního práva“ (*invention of a brand-new „constitutional right“*) prokázali, stejně jako Nejvyšší soud, netrpělivost v čekání na skutečnou demokratickou změnu.

Jak již zmíněno, série rozhodnutí na výbušné téma manželství osob stejného pohlaví vyvrcholila ve věci *Obergeffell v. Hodges* (2015), kde to Nejvyšší soud označil za základní právo, garantované klauzulemi řádného procesu a stejné ochrany (*due process* a *equal protection*) čtrnáctého dodatku. V jednom ze svých posledních disentů se Antonin Scalia podle očekávání do odůvodnění majority pěkně opřel. Začal tím, že mu je celkem jedno, co říkají zákony o manželství, ale zato je pro něj enormně důležité, kdopak to je, kdo mu vládne. Tento vládce 320 miliónů Američanů od pobřeží k pobřeží je většina z devíti soudců Nejvyššího soudu. Tahle praxe revize Ústavy nevoleným výborem devíti, obvykle doplněná extravagantní chválou svobody, připravila občany o jejich nejdůležitější svobodu: svobodu vládnout si sami. Takový systém si nezaslouží nazývat se demokratickým. Scalia dále připomenul heslo boje kolonistů proti Velké Británii takto: nereprezentativní „panel devítky“ porušil princip mnohem fundamentálnější než „žádné zdanění bez zastoupení“, totiž „žádná společenská transformace bez zastoupení“ (*no social transformation without representation*). Když byl čtrnáctý dodatek roku 1868 ratifikován, všechny státy samozřejmě chápaly manželství jako svazek muže a ženy. Pak se Scalia čím dále více rozpaloval; rozhodnutí označil za soudní puč a pýchu, předcházející pád (použil slova „*hýbris*“, které řečtí filozofové používali k označení největšího povahového prohřešku). Nevolení soudcové objevili základní právo, přehlédnuté všemi lidmi v době ratifikace a našli něco, co méně zkušené právníci neviděli; například schválně jmenoval nejslavnější soudce a právní vědce americké historie (Cooleye, Harlana, Holmese, Handa, Brandeise, Tafta, Cardoza, Blacka, Frankfurtera, Jacksona a Friendlyho). Majorita si přijala něco, co označila za „rozumný rozsudek“ a vyňala tak danou otázku z demokratického procesu. Tihle soudci vědí, že omezit sňatky na muže a ženu je proti rozumu.<sup>47</sup> Disent končil Scalia takto: „*Já můžu jít. Svět neočekává logiku a preciznost v básnictví nebo v inspirativní populární filozofii; jsou požadovány v právu. Dnešní rozhodnutí zase snížilo reputaci soudu, založenou na jasném myšlení.*“

<sup>46</sup> Soud konstatoval, že by zákon neměl být namířen na „*souhlasící dospělé, jednající v soukromí*“. „*Tomu nerozumím*“, píše Scalia, „*jistě konsenzuální sodomie, stejně jako heterosexuální styk, jsou zřídka provozovány na veřejné scéně.*“

<sup>47</sup> Scalia se také vysmíval větě, že podstatou sňatku je, že dvě osoby mohou společně nalézat různé svobody, jako projevy intimity a spirituality. „*Důvěrnosti jsou po svatbě spíše omezovány, než že by expandovaly. Zeptejte se nejbližšího hipíka. Projevy jsou jistě svobodou, ale za dlouho trvajících manželství také přilíží neexpandují.*“

*Trest smrti* považoval Scalia za ústavní (uložil by ho i mladistvému nebo mentálně retardovanému vrahovi), stejně jako právo jednotlivce držet střelné zbraně. Ve věci *Atkins v. Virginia* 536 U.S. 304 (2002) shledal Nejvyšší soud ve výkonu trestu smrti mentálně retardovaného jedince porušení zákazu krutých a neobvyklých trestů (*cruel and unusual punishment*) v osmém dodatku. Daryl Atkins byl odsouzen za únos, loupež a vraždu. Psycholog ho shledal lehce mentálně retardovaným, přesto byl ve státě Virginia odsouzen k smrti. Za majoritu soudců Nejvyššího soudu sepsal odůvodnění soudce Stevens, který své rozhodnutí opřel mimo jiné o „národní konsenzus proti této praxi“ a upozornil také na odpor náboženských vůdců a světové komunity, jako je třeba Evropská unie.

Antonin Scalia v disentu vyslovil, že nejde o nic jiného než o vkládání osobních názorů jednotlivých soudců, tvořících většinu, do práva.<sup>48</sup> Za „národní konsenzus“ nelze považovat, že jen v osmnácti státech je zakázán výkon trestu smrti u retardovaných, a to ještě s výjimkami. Stejně irrelevantním shledal Scalia praktiky „světové komunity“, jejíž způsobu a hodnoty nebyly vždy sdílené Američany, za což lze podle Scalii jenom poděkovat. A odkázal na slavnou Marshallovu větu: „*Nesmíme nikdy zapomenout, že je to Ústava Spojených států, co zde vykládáme*“.<sup>49</sup>

Scalia si také položil zajímavou řečnickou otázku, zda je mentálně retardovaný jaksi více disponován k páčání těžkých zločinů než jiní lidé; odpověděl si takto: „*Podle mých zkušeností, opak je pravdou: být jako dítě obecně předpokládá nevinnost, a ne brutalitu*.“ Proto lehce mentálně postižený, který ví, co dělá, a spáchá vraždu zvláště mučivým způsobem, není hoden více ohledů než průměrný vrah (*average murderer*).<sup>50</sup>

Citlivou otázkou „práva zemřít“ (*right to die cases*) se Nejvyšší soud zabýval ve věci *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* 497 U.S. 261 (1990). Jednalo se o oběť automobilové nehody, Nancy Cruzanovou, nacházející se ve vegetativním stavu v kómatu. Její rodiče usilovali o to, aby byla ukončena podpurná léčba, udržující ji v tomto stavu. Odůvodnění pro většinu (poměr hlasů byl 5 : 4) sepsal předseda Rehnquist, jenž omezil právo jednotlivce odmítnout život podporující medikamentózní léčbu, založenou v zájmu svobody chráněné klauzulí *due process*, které jinak uznali všichni členové soudu. Podle těsné většiny bylo takové právo limitováno tím, že stát mohl požadovat doložení jasných a přesvědčivých důkazů (*clear and convincing evidence*), že pacient dříve projevil přání

<sup>48</sup> Není žádných pochyb, že v době přijetí Ústavy byly exekuce lehce mentálně retardovaných běžné a nebyly považovány za kruté a neobvyklé. Pouze zlomek retardovaných, obecně tehdy nazývaných „*idiots*“, požíval zvláštního statusu. Idiotti, stejně jako blázni (*lunatics*), nedisponovali dostatkem vůle (*deficiency in will*), což je činilo neschopnými jednat závažně a rozeznat špatné od správného; tedy byli osvobozeni od viny a samozřejmě také od trestu. Bylo jim pouze zabráněno ve volném pohybu: „*Going loose, to the terror of the King's subjects*“, s odkazem na Blackstoneovy anglické komentáře, 1769.

<sup>49</sup> Scalii, jako ostatní právní konzervativce, velice iritovala jakákoli argumentace mezinárodním právem či zahraničním právem (*use of international law or foreign law*) při výkladu americké Ústavy. To dělá třeba soudce Kennedy, jenž je toho názoru, že základní principy lidských práv jsou společné všem lidem na světě, a soudce Breyer, pro posílení přesvědčivosti odůvodnění (*persuasive – not binding – authority*). Ve zkoumaném případě Scalia vtipným způsobem upozornil na to, že je velmi dobré a Američanům prospěšné nesdílet hned všechny modernistické praktiky „světové komunity“. Třeba i proto mohli starou Evropu dvakrát vytáhnout ze světové války.

<sup>50</sup> Odlišné stanovisko zakončil Scalia odkazem na Matthewa Haleho (dílo *Pleas of the Crown*) s jeho tři století starým popisem tradiční metody *common law*, která bere ohledy na faktory redukující vinu: „*Anglické právo disponuje nejlepší možnou metodou procesu, zaměřenou na zkoumání podstaty daného případu; porotou dvanácti mužů, kteří mohou předkládat svoje konkurující si názory a přísahami svědků, vše pod dozorem a vedením soudce*.“

nebýt za určitého stavu subjektem takových léčebných procedur (*constitutional right to decline life support*). To si nemysleli čtyři disentuující soudci, kteří považovali takový požadavek za příliš přísný.

Scalia se opět vymezil svébytně, když hlasoval s většinou, ale podal si konkurující stanovisko. Polemizoval s názorem většiny, že odmítnutí medikamentózní podpory je ústavně chráněné. Takové právo by podle něj bylo rovno „právu“ spáchat sebevraždu, které nikdy nebylo uznáno žádným soudem ani neexistovalo v amerických právních dějinách. Federální soudy v této oblasti nemají co dělat; okamžik, od kterého je život člověka zbytečným (*worthless*) nelze nalézt v Ústavě a nezná jej ani devět soudců Nejvyššího soudu – lépe než třeba devět náhodně vybraných lidí z telefonního seznamu. Pak se Scalia rozepsal o *common law* v Anglii, citoval Blackstona a jiné authority, jakož i americkou judikaturu, pokud jde o sebevraždu. Odmítl pokusy narýsovat hranici mezi akcí a „neakcí“ v této oblasti – či spíše různými formami nejednání (*inaction*). Nemá podle něj smysl říci, že někdo se nesmí zabít tak, že prostě odkráčí do moře, ale může si sednout na břeh a čekat na mohutnou vlnu. Když osobu, která si sama vzala množství barbiturátů, přivezou do nemocnice, vypumpují jí žaludek bez ohledu na její přání. Pokud soudce Brennan uvedl ve svém disentu, že „*stát nemá takový legitimní obecný zájem na něčím životě, aby to mohlo převážit rozhodnutí člověka odmítnout léčbu*“, pak podle Scalii vlastně říká, že stát se nemá starat o to, pokud chce někdo spáchat sebevraždu. Soudce Stevens byl ve svém disentu ještě explicitnější; podle něj „*rozhodnutí o smrti se dotýká samotného jádra svobody*“ (*choices about death touch the core of liberty*). Na to Scalia odpovídá: „*To je pohled, který zastávalo mnoho společenství v dějinách, a naše státy mají volnost jej také přijmout, ale nejde o názor, zastávaný našimi ústavními a právními tradicemi.*“ To vše neznamená, že by považoval za nutné – kdyby věděli, zda Nancy Cruzanová si opravdu přeje zemřít – udržovat ji při životě. Říká jen, že Ústava zde mlčí.

Dalším případem, vhodným pro popsání Scaliovy metodologie, pokud jde o *výklad pouhého zákona* (*statutory law*), bylo kontroverzní rozhodnutí v případě *Martin v. PGA Tour, Inc.* 532 U.S. 661 (2001). Jednalo se o žalobu proti asociaci profesionálních golfistů, jejíž pravidla zakazovala při soutěžích používání motorizovaných vozíků. Golfista Casey Martin, jenž měl degenerativní onemocnění, v jehož důsledku se nemohl řádně pohybovat (atrofie svalstva pravé nohy), žádal s odkazem na ADA<sup>51</sup> o možnost používat při turnajích vozíku. Zákon ADA přitom zmiňoval golf jako příklad sportu, ve kterém mohou postižení veřejně soutěžit a znovuobnovovat své síly a nesmějí být přitom diskriminováni. Majorita sedmi soudců Nejvyššího soudu rozhodla v Martinův prospěch, když konstatovala, že soutěže „PGA Tour“ spadají pod definici veřejné akomodace – „*public accomodation*“ podle ADA a že Martinovi přísluší užívat veškerých výhod tohoto zákona. Námitku asociace, že tento zákon dopadá pouze na spotřebitele (*customers*) a ne profesionální sportovce, soud odpověděl, že Martina lze považovat za spotřebitele ve smyslu daného předpisu, protože platil jako profesionál pravidelný předepsaný poplatek asociaci. Navíc podle soudu používání vozíku nijak zásadně nezmění tuto hru (*not fundamentally alter the game*).

<sup>51</sup> Roku 1990 přijal Kongres legislativu, týkající se ochrany fyzicky a mentálně handicapovaných (*The American with Disabilities Act, ADA*), zakazující diskriminaci těchto lidí v zaměstnání, při poskytování veřejných služeb a ubytování.

Scalia rozhodnutí majority označil za benevolentní a nevěrné textu, struktuře a smyslu předmětného zákona (ADA), jakož i zdravému rozumu (*common sense*). Zdůraznil, že profesionální sport není místem pro „*public accomodation*“, a že profesionální sportovec není spotřebitel. Soud se pak musel soustředit na podle Scalií velmi složitou a velmi hloupou otázku, zda je chůze esenciální součástí hry zvané golf. Odpověď, ke které soud dospěl, tedy že ne, Scaliu neuspokojila; podle mnohých je chůze právě centrálním faktorem tohoto sportu. Je někdo, jezdící po golfovém hřišti, ještě vůbec golfista? Ale protože pravidla všech sportů jsou nakonec arbitrární, je těžké konstatovat, že něco je pro určitý sport podstatné, esenciální (podporuje to jenom tradice). Scalia dodal, že asociace PGA Tour mohla sama přijmout výjimku ve prospěch golfisty Martina, ale to bylo čistě na ní, aby takto doplnila svá pravidla – anebo na Kongresu, který mohl daný zákon (ADA) explicitně rozšířit, tak, aby pokrýval tuto otázku. Soud samotný však nemohl zákon přepisovat (*rewrite the law*), i když v dobrém a tolerantním úmyslu.<sup>52</sup>

Při pojednání o Scaliovi nelze pominout jeho hluboké *náboženské přesvědčení*. Scalia byl tradicionalistický katolík, patřičně hrdý na svého syna Paula, který je katolickým knězem. Žertoval přitom, že jako katolický otec pěti synů by měl ve Vatikánu problém, kdyby alespoň jeden z nich nesloužil zcela Bohu. Scalia ale nebyl spokojen s výsledky druhého vatikánského koncilu a dával přednost tradičním latinským mším (Tridentská latinská mše).<sup>53</sup> „*Aby kapitalismus skutečně fungoval, a vytvořil stabilní a dobrou společnost, jsou základem původní křesťanské hodnoty*“ (*traditional Christian virtues*), říkal Scalia. Trval na tom, že otcové zakladatelé nechtěli nikdy vyjmout Boha z veřejné debaty a politického života (náboženská neutralita, „separační zeď“ mezi státem a náboženstvím), ale tradicí náboženské svobody byla neutralita mezi náboženskými vírami. Ukažme to na Scaliově disentu ve věci *Lee v. Weisman* 505 U.S. 577 (1992), jenž se týkal tématu modliteb ve školách. Jednalo se o modlitby při promočních ceremoniích na veřejných školách a soud, poměrem 5 : 4, shledal tento přístup za nesouladný s klauzulí, zakazující státní církev, tzv. *establishment clause* prvního dodatku. Nevycházel však z *Lemon-testu*,<sup>54</sup> ale zaměřil

<sup>52</sup> Scalia dále napsal: „*Agilita, síla, rychlost, balanc, bystrost myslí, pevnost nervů, schopnost koncentrace, tyto talenty nejsou distribuovány stejným způsobem...a je uvažováním z Farmy zvířat (its Animal Farm determination) že férovost a ADA vyžadují, aby se každý mohl účastnit hry za tak individualizovaných pravidel, která zaručí, že žádný nedostatek schopností nebude jeho handicapem. Stalo se roku 2001 a všichni si byli nakonec rovni*“ (*everybody was finally equal*; s odkazem na Kurta Vonneguta a Harrisona Bergerona, in: *Animal Farm and Related Readings*).

<sup>53</sup> Jako reakce na reformační protikatolické hnutí se konal v severoitalském Tridentu od roku 1545 téměř dvacet let trvající koncil, který upřesnil katolickou věrouku zaměřením činnosti církve ke spáse člověka a upevnil církevní strukturu. Odlišnost evangelických církví a katolické církve se projevuje i v atmosféře mší. Zatímco u evangeliků s důrazem na niterný prožitek víry, k němuž křesťan nepotřebuje vnější okázalost, klade katolictví na tento efekt nemalý důraz. Tridentská katolická mše v sobě spojuje hudbu, zpěv, slovo, nádheru rouch a gest spolu s bohatostí výzdoby chrámu. Do rozhodnutí Tridentina se pak promítla i nová kulturní atmosféra nastupujícího baroka.

<sup>54</sup> *Establishment clause* prvního dodatku bývá stabilně interpretována tak, že nejen zakazuje Kongresu zřídit nějaké státní náboženství (*national church*), ale také zakazuje jakoukoli přímou podporu náboženským skupinám a institucím. Nejvyšší soud k této problematice nikdy nezašel zcela absolutistickou pozici. Klíčovým precedentem v této oblasti se stal případ *Lemon v. Kurtzman* 403 U.S. 602 (1971). Nejvyšší soud neshledal neústavním, když byly ve městě Pawtucketu, stát Rhode Island o Vánocích městskou správou zřízeny jesličky; upřesnil však, za dodržení jakých pravidel mohou státy poskytnout finanční příspěvky soukromým náboženským školám, aby to bylo v nesouladu s prvním dodatkem, zakazujícím zavádění nějakého státního náboženství. Soud znovu připomenul, co již vyslovil ve věci *Engel v. Vitale* 370 U.S. 421 (1962) a doplnil třetí bod



se na tlak, který školní podpora modliteb může způsobit nevěřícím studentům. Za majoritu sepsal odůvodnění soudce Kennedy, jenž zdůraznil, že „*Ústava zakazuje státu vyžadovat od studentů religiozní konformitu jako cenu za účast na jejich vlastní promoci*“. Naopak, vláda má povinnost chránit a respektovat sféru nenásilně ovlivňovaného svědomí a víry, která je znamením svobodných lidí.<sup>55</sup>

Scalia ostře nesouhlasil. Ve své typické jeremiádě mimo jiné uvedl, že rozhodnutí zmařilo tradici, která je tak stará jako samotné promoční ceremonie na veřejných školách, dlouhodobou americkou tradici nesektářských modliteb k Bohu na veřejných slavnostech (*longstanding American tradition of nonsectarian prayer to God at public celebrations*). Jako nástroj destrukce, buldozer sociálního inženýrství, soud vynalezl „bezdnou“ doktrínu a manipulovatelný test psychologického donucování, který slibuje učinit pro *establishment clause* totéž, co tak zvané Durhamské pravidlo (*Durham rule*) pro vyvinění obžalovaného, pokračoval rozzlobený Scalia.<sup>56</sup>

Pak učinil výlet do historie a argumentoval originalisticky a prastarou společenskou tradicí Spojených států, aby prokázal neodůvodněnost přesunu náboženských projevů z veřejného života zcela do soukromí. Začal Deklarací nezávislosti, dovolávající se Boha jako nejvyššího soudce světa a spoléhající se na ochranu božské prozřetelnosti; pokračoval citacemi z inauguračních řečí prezidentů Washingtona, Jeffersona, Madisona a Bushe. Připomněl tradici proklamací na Den děkuvzdání (*Thanksgiving proclamation*), praxi veřejných modliteb při zasedáních federální vlády a skutečnost, že všechna zasedání samotného Nejvyššího soudu jsou zahajována zvoláním „*Bůh ochraňuj Spojené státy a tento ctihodný soud*“.

Poté se Scalia pozastavil nad tím, jak může být pro někoho psychicky obtěžující povstat či zůstat v tichosti sedět, a respektovat tak věřící. Konstatoval, že žijeme ve vulgární době, ale naše sociální konvence snad neklesly ještě tak hluboko, aby jenom ten, kdo se postaví na židli a křičí obscenity, mohl být považován za jedince, zjevně nesouhlasícího s tím, co se děje v jeho přítomnosti. „*Respekt pro religiozní zvyklosti druhých je fundamentální občanskou ctností, kterou by měla vláda a veřejné školství kultivovat. Maturanti, promující, a jejich rodiče děkují Bohu, jak to jejich předkové vždy při podobných příležitostech činili. Přesto se majoritní stanovisko zabývá více zájmem pana Weismana a jeho dcery, než právy druhé strany. Přitom dlouhodobá americká tradice modliteb při oficiálních*

---

do předmětného testu ústavnosti, který je od té doby znám jako tzv. *Lemon test*: neodporuje Ústavě, pokud zásah sleduje světský cíl (*secular legislative purpose*), určité náboženství přímo nepodporuje nebo nepotlačuje (*neither advances nor inhibits religion*) a nespojuje stát nadměru s nějakým náboženstvím (*excessive government entanglement with religion*). Třístupňový „*Lemon test*“ byl v této podobě kritizován některými náboženskými organizacemi a republikánskými prezidenty; zejména Ronald Reagan a George H. W. Bush přímo vyzývali Nejvyšší soud k jeho přeformulování nebo odstranění. Nejvyšší soud k tomu sice nepřistoupil, ale aplikace předmětného testu nebyla nikdy ani zdaleka jednotná. V nemálo případech soud na jeho důsledné uplatnění rezignoval, jindy jej zase poměrně přísně dodržoval. Záleželo na konkrétním složení soudu.

<sup>55</sup> Skutková podstata případu byla přítom následující: veřejná škola ve státě Rhode Island dodržovala svoji praxi veřejných modliteb při ceremoniích ukončení nebo vyšší školy. Roku 1989 uvdal ředitel školy Lee židovského rabína, aby vyslovil tyto děkované modlitby. Přitom jej upozornil na doporučení, formulované „Národní křesťanskou a židovskou konferencí“, aby modlitby nebyly nijak sektářské. Rabín tak učinil v obecném poděkování jedinému Bohu. Jedné ze studentek a jejímu otci se to nelíbilo a školu žalovali. Věc skončila až před Nejvyšším soudem.

<sup>56</sup> Podle tohoto, dnes již opuštěného, pravidla bylo kriminálíkům umožněno vyhnout se trestu, pokud alespoň jeden psychiatr dosvědčil, že trestný čin byl spáchán v důsledku mentálního onemocnění nebo defektu.

*ceremoniích ukazuje s nepochybnou jistotou, že establishment clause nezakazuje vládě takové náboženské jednání podporovat. Baptisté a katolíci, naslouchající jednoduchým a inspirativním modlitbám rabína Guttermana při této oficiální a patriotické příležitosti, byli zkráceni o svá práva nehorázným způsobem. Naše společnost byla připravena o důležitý unifikační mechanismus, jen proto, aby zbavila nevěřící i minimálního nepohodlí, spočívajícího v povstání nebo v sezení, vyjadřujícím respektující neúčast. To je nesmyslné v politice a nepodporované v právu. Pro tyto důvody, nesouhlasím“, zakončil Scalia své odlišné stanovisko.*

Na rozdíl třeba od bývalého předsedy Rehnquista, který svoji víru v Boha považoval za soukromou věc (Rehnquist však byl tolerantní luterán), nebránil se Scalia veřejnému vystupování.<sup>57</sup> Taková veřejná vystoupení provokovala sekulární kritiky, ale Scalia zdůrazňoval, že nikdy nedovolí, aby víra měla zásadní vliv na jeho nestrannost v soudnictví. Richard Posner o něm napsal: „*Je to teokratický stoupenec většiny (theocratic majoritarian), jenž používá historizující argumenty pro svoje vlastní hodnoty a politické preference*“. Jiný komentátor trefněji řekl, že Scaliův přístup k Ústavě je stejný jako přístup katolíků k latinské mši před druhým vatikánským koncilem; s velkou věrností kodifikovaným pravidlům.<sup>58</sup>

### 3. SCALIŮV ODKAZ AMERICKÉMU PRÁVU

Antonin Scalia uváděl, že jeho jurisprudence je harmoničtější s Ústavou, než jiné; totéž tvrdí jeho žáci a konzervativní podporovatelé, což není ve Spojených státech vůbec zanedbatelná skupina. Díky takto koherentně pojímané soudcovské filozofii by se podle nich Amerika vrátila od vlády lidí k vládě práva – doslova by se „znovuzrodila“; prosperovala by prý nejen demokracie, ale Spojené státy by byly i mnohem rozmanitější. V některých státech by třeba zakázali sňatky homosexuálů, jiné by je mohly povolit, někde by ukládali trest smrti, jinde nikoliv. Tato diverzita by kontrastovala s dnešními, Nejvyšším soudem předepsanými jednotnými standardy pro celou zemi. Svoboda by

<sup>57</sup> V řeči „Společné křesťanské dobro“ na Gregorian University v Římě kritizoval opouštění křesťanských ctností u vlád, které to nahrazují státem blahobytu (*welfare state*). Kapitalismus je přitom mnohem více závislý na křesťanství, protože se realizuje důstojností, službou a charitou. Bohatý je zrovna tak schopný ctností jako chudý. Copak má, jak se zdá z názorů levicových vlád, jen socialismus monopol na ctnosti?

<sup>58</sup> Katolická církev před druhým vatikánským koncilem lpěla na tom, aby byla vyslovována správná slova a aby mše byla sloužena korektně. Šlo zejména o slova: číst breviář a odříkávat správné latinské formule. Všechno to bylo trochu mnohomluvné, příliš levé poloviny mozku, ovládající třídící, analytické a abstraktní myšlení. Pravá polovina mozku naproti tomu myslí spíše v obrazech, symbolech a je zaměřena více synteticky; k tomu v duchu Tridentu sloužila vnější krása a okázalost chrámu. K tomu WINK, W. *Bibelarbeit – ein Praxisbuch für Theologen und Laien*. Stuttgart, 1982. Základem středověkého vědění bylo „první umění trivia“, což byla „gramatika“. Jejím účelem bylo pochopit básníky a historiky a naučit se správně hovořit a psát; to nebylo nazýváno schopností či znalostí věci v současném slova smyslu, ale uměním, jak jej chápal středověk, tedy zejména darem od Boha, spojeným s odpovědností za darované. I do celkového tvaru gotické katedrály, hlavního centra té doby, se promítala myšlenka rovnosti všech lidí před Bohem. Presbytář s hlavním oltářem je na úrovni podlahy hlavní lodě (na rozdíl od románské baziliky) a kněz je tak postaven na stejné místo, jako prostý věřící. Uvádím to, protože vrcholné středověký svět Scalia miloval, a také tehdejší rytířskou kulturu, kladoucí důraz na zbožnost, statečnost, ochranu slabších, a vůbec správné chování, určované přesnými pravidly, v nichž se sice odrážela hierarchie feudální společnosti, ale rovněž pokora, která jako základní hodnota nedovolovala nikomu vyvyšovat se.

byla soudy chráněna pomocí základních svobod, vyjmenovaných v Listině práv a byla by v bezpečí před větrem změn, opírajícím se o vyvíjející se a neukotvené názory veřejnosti.

Malá schopnost získat druhé soudce pro svůj názor Scaliu moc netrápila, nebo se tak alespoň tvářil. Rozhodl se psát s elánem a elegancí, aby ovlivnil budoucí generace soudců, advokátů a právních vědců. To se mu zdařilo, ústavní *law casebooks* jsou plné Scaliových rozhodnutí a jeho texty jsou tištěny mnohem častěji, než v případě jiných soudců stávajícího Nejvyššího soudu. Scalia jednou napsal článek, vyzdvihující bývalého prezidenta a předsedu Nejvyššího soudu Williama H. Tafta.<sup>59</sup> Ocenil, že „*uměl běžet proti poslednímu vývoji historie*“. Kritikům Tafta, kteří mu vyčítali, že měl mít lepší předvídavost věcí, které přijdou, Scalia odpověděl takto: „*Historie nás učí, že velcí vůdcové uměli předvídat vývoj a pro svůj úspěch vedli masy lidí tam, kam tito vlastně podvědomě sami chtěli. Ale mnohem důstojnější je – když spatřujeme, kam se pokrok žene a nesouhlasíme s tím – udělat co nejvíce proto, aby se ten vývoj proměnil, co na tom, že bez úspěchu.*“ Pozorný čtenář pochopil, že to Scalia napsal nejen o Taftovi, ale také o sobě. I jeho odpůrci museli uznat, že nikdy nezradil zásady, kterým věřil, i když by kompromis mohl být z jeho hlediska mnohdy velmi výhodný. A to je pro skutečného muže jediná jistá cesta ke hvězdám, a možná i za ně.

---

<sup>59</sup> Taft udělal nesmírně mnoho pro Nejvyšší soud. Považoval funkci u tohoto soudu za více než prezidentství. Když byl jmenován jeho předsedou, a zůstal jím po celou dobu slunečných dvacátých let 20. století, vyslovil: „*že jsem byl kdysi prezidentem Spojených států, na to jsem už zapomněl. Nyní jsem tam, kde mám být a kde jsem chtěl vždy být*“. Jeho styky, inteligence a pochopení role Nejvyššího soudu v americkém ústavním systému, které soudu pomohlo k větší efektivitě, to vše je stále nedostatečně doceněno. Scalia to ovšem věděl lépe než mnozí oficiální historici.

### Three Anniversaries of Justice Antonin Scalia

Martin Dostál

***Abstract:** The author analyses constitutional and statutory interpretation used by one of the most popular Justice of the Supreme Court of the United States, an extraordinary individual Antonin Scalia, intellectual leader for the textualist and originalist position in the Court's conservative wing. In February, 12, 2016 he has passed away. During his long tenure (served on the Court for nearly thirty years), Scalia has written more concurring opinions and dissents than any other Justice. His writing style was colourful and forceful, with garish analogies and historical background. Scalia does not compromise his views and fidelity to the Constitution of the United States in order to attract other Justices. He staunchly opposes the idea of "living Constitution", which some Justices have used to justify decisions not grounded in the text of the Constitution, and the doctrine of "substantive due process of law". He emphasised a strict separation of powers among the branches of government; in his view clear lines of separation among legislative, executive and judicial branches follow directly from the Constitution. Scalia has argued that there is no constitutional right to abortion and voted to strike down laws which make distinctions by race, gender or sexual orientation (affirmative action). The author shows Scalia's methodology and stylistic genius in opinions like *Morrison v. Olson* (1988), *City of Richmond v. J. A. Croson* (1989), *Webster v. Reproductive Health Services* (1989), *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990), *Barnes v. Glen Theater* (1991), *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey* (1992), *Lee v. Weisman* (1992), *United States v. Virginia* (1996), *Troxel v. Granville* (2000), *Martin v. PGA Tour* (2001), *Kyllo v. United States* (2001), *Atkins v. Virginia* (2002), *McConnell v. FEC* (2003), *Lawrence v. Texas* (2003) and *Obergeffell v. Hodges* (2015). The article also demonstrates Scalia's good nature and character. He was brilliant, polemical, with incomparable sense of humour, he was a man of rigid principle, including aesthetics. Scalia was a traditionalist Catholic, a man of strong faith, supported a longstanding American tradition of nonsectarian prayer to God at public celebrations. May he rest in peace.*

***Key words:** constitutional interpretation, statutory interpretation, dissenting opinion, concurring opinion, textualisms, originalisms, original intent, intencionalism, purposivism, living constitution, substantive due proces*