

Ústavní specifika dvou posledních nominací k Nejvyššímu soudu Spojených států

Martin Dostál*

Abstrakt: V úvodu se autor věnuje historickému pohledu na proces výběru, nominace, schválení a jmenování soudců k Nejvyššímu soudu Spojených států, od počátků v roce 1789 až po současnost. Ve srovnání s českým ústavním a právním řádem jde o značně odlišný přístup, navzdory americkému vzoru pro naši Ústavu. V dalších částech se článek zaměřuje na poslední nominaci prezidenta Baracka Obamy a první nominaci prezidenta Donalda Trumpa, kterou byl soudce Neil Gorsuch, jenž byl posléze potvrzen. Demokratická strana snila o progresivní většině na soudu a obvinila republikány z „uloupení“ tohoto křesla a ze senátního odmítnutí zabývat se v průběhu deseti měsíců nominací soudce Merricka Garlanda. Demokratická obstrukce, která následovala, byla překonána republikány změněnými senátními pravidly. Když Donald Trump hledal soudce, aby umožnil soudu fungovat v plném počtu devíti soudců, tím nejdůležitějším z pohledu mnoha republikánů bylo nahradit co možná nejvíce konzervativního soudce Antonina Scaliu, jehož smrt v únoru 2016 vytvořila u soudu volné místo. Snahou bylo vyhnout se jmenování někoho, jako byl například již odstoupivší soudce David Souter, který často hlasoval s levým křídlem u soudu, ačkoliv byl jmenován republikánským prezidentem Bushem. Neil Gorsuch, soudce odvolacího federálního soudu bydlicí ve státě Colorado, má za sebou mnoho konzervativně laděných rozhodnutí, opírajících se o tisíce soudních jednání. Může dát soudu konzervativnější zabarvení, a to po roce, ve kterém byl soud rozdělen v poměru 4 : 4 v klíčových oblastech, mezi kterými je například problematika volebního práva, potratového zákonodárství, migrace či práv držitelů zbraní. Je ale ještě příliš brzy na to, přesně předpovídat, jak tento relativně mladý (49 let) soudce bude rozhodovat v mnoha budoucích složitých případech; to ukáže čas.

Klíčová slova: volné místo u Nejvyššího soudu, nominace, schválení, jmenování, rada a souhlas Senátu, obstrukce, ústavní povinnost, Senátní soudcovský výbor, soudní přísahy, textualistický a originalistický přístup k Ústavě

1. Úvod – historický pohled na výběr a schvalovací proces soudce Nejvyššího soudu USA

Od mimořádného významu funkce soudce Nejvyššího soudu v americkém ústavním systému, v USA nejstaršího a nejrespektovanějšího soudního ústavního orgánu, se odvíjí i náročný způsob jeho výběru, nominace a celého schvalovacího procesu (nominace, potvrzení, jmenování, sliby).¹ Všichni soudci federálních soudů Spojených států, a tedy

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

¹ Historický přehled se opírá zejména o následující odborné prameny; na rozdíl od české literatury o obecných dějinách našeho ústavního soudnictví, která není příliš rozsáhlá, jde o práce podrobné a již klasické. Jen podotýkám, že téměř každá věta by se dala ozdrojovat a v poznámkách také (jen při množství renomovaných právnických časopisů v USA) zpochybnit jinými vědecky podloženými názory, rozhodl jsem se však přistoupit k publikaci z pohledu v americké odborné komunitě snad již většinově přijímaných závěrů, a tedy i menšího množství citací – přinejmenším ve prospěch čtivosti textu. Vzpomněl jsem si přitom také na klasickou větu slavného experta, který již kdysi dávno kritizoval jistý článek příliš „opoznámkovaný“, že „skrovný text úpí pod širým lemem glos“. Těmito základními díly, ze kterých jsem především vycházel při svém dlouhodobém zájmu o ústavní systém Spojených států, zastřešený Nejvyšším soudem, především jsou: ABRAHAM, H. J. *The Judiciary: The Supreme Court in the Governmental Process*. New York: New York University Press, 1998; ABRAHAM, H. J. *Justices and Presidents: A History of U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*. Rowman & Littlefield, 1999; BRISBIN, R. A. *Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival*. Baltimore: John Hopkins University Press, 1997; BRONNER, E. *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America*. New York: Norton, 1989; CUSHMAN, C. *Courtwatchers: Eyewitness Accounts in Supreme Court History*. New York: Rowman & Littlefield, 2011; DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge:

i Nejvyššího soudu, jsou jmenováni prezidentem se souhlasem Senátu Kongresu Spojených států doživotně, pokud se „chovají dobře“ (*tenure under good behaviour*) ve smyslu zejména morálních nároků, které jsou na tuto ctihodnou funkci kladeny. Alexander Hamilton ve *Federalistovi* č. 78 uvedl, že náležité chování jako kritérium pro setrvání ve funkci tvoří vynikající překážku proti despotismu vládce v monarchii, ale také proti zásahům ze strany zastupitelského orgánu v republice: „*Nic nepřispívá tolik ke stálosti a nezávislosti jako setrvalost ve funkci*“ („*Nothing can contribute so much to the firmness and independence as permanency in office*“). Nejvyšší soud byl od počátku zamýšlen jako soudní orgán co nejvíce nezávislý na obou politických větvích národní vlády (Kongresu a prezidenta) a co nejvíce izolovaný od dopadů veřejného mínění. Proto jmenovací princip místo voleb a doživotní služba místo časově omezené.²

Jen pokud soudce zemře, rezignuje nebo odejde do důchodu, uvolní se místo na Nejvyšším soudu (*vacancy*). Někdy to může trvat, ale historicky průměrně vzato se nějaké místo uprázdní každé dva roky. Další rozdílně dlouhý časový úsek tvoří období, kdy záleží na prezidentovi a Senátu, jak rychle nominují, potvrzují a jmenují kandidáta. Jestliže je prezident zrovna v situaci zvané *lame duck* (doslova „chromý kačer“), tedy když už před koncem funkčního období nemůže nebo nechce znovu kandidovat, pokusí se senátoři ze strany pravděpodobného nového prezidenta zachovat pro něj možnost dosadit svého kandidáta. To se stalo třeba prezidentovi Johnsonovi a jeho favoritovi soudci Abrahamu Fortasovi roku 1968. Nejdelší *vacancy* u Nejvyššího soudu trvala dva roky a čtyři měsíce po smrti soudce Baldwina roku 1844. Senát se tehdy nezabýval třemi nominacemi prezidenta Tylera a odmítl i prvního kandidáta prezidenta Polka; teprve Polkova nominace pro všechny strany přijatelného soudce Griera vedla k úspěšné confirmaci hned den poté, 4. srpna 1846. Další dlouhé období s uprázdněným soudcovským křeslem bylo za předsednictví Rogera Taneye; šlo o stav mezi úmrtím soudce Daniela roku 1860 a confirmací soudce Millera roku 1862. Jinou situací je období, kdy se místo soudce dlouhodoběji neuvolní. Stalo se tak za soudu vedeného slavným Johnem Marshalllem, jenž rozhodoval v nezměněné sestavě více než jedenáct let – od února 1812 do září 1823. Téměř stejně dlouhá byla perioda Rehnquistova soudu, kdy žádný soudce neodstoupil z funkce od roku 1994 do roku 2005.

Oprávnění prezidenta vybrat si určitého kandidáta není v zásadě ničím omezeno, počítá se prostě s tím, že soudci ve funkci zůstanou mnohem déle, než prezident, který je

Cambridge University Press, 2008; ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; EPSTEIN, L. – SEGAL, J. A. *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Development*. Washington, D. C.: Congressional Quarterly, 2003; FRIEDMAN, L. M. *A History of American Law*. New York: Simon Schuster, 1985; GREENBURG, J. C. *Supreme Conflict: The Inside Story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2007; LOCKHART, W. B. – KAMISAR, Y. – CHOPER, J. H. – SCHIFFRIN, S. H. *Constitutional Law*. St. Paul, Minn., 1986; METCALFE, O. K. *General Principles of English Law*. Eight Edition. London – Edinburgh, 1967; MCCLOSKEY, R. G. – LEVINSON, S. *The Modern Supreme Court*. Chicago: Chicago University Press, 1994; O'CONNOR, S. D. *Out of Order: Stories from the History of the Supreme Court*. New York: Random House, 2013; REHNQUIST, W. H. *The Supreme Court: How It Was, How It Is*. New York: William Morow, 1987 (2003 vydáno Alfred A. Knopf, New York pod názvem *The Supreme Court*); ROTUNDA, R. D. *Modern constitutional law*. St. Paul, Minn., 1989; SCALIA, A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Chicago: Princeton University Press, 1997; SUNSTEIN, C. *Playing it Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of Law*. New York: New York University Press, 2001; TOOBIN, J. *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court*. New York: Doubleday, 2008; TRIBE, L. H. *God Save This Honorable Court: How the Choice of Justices Shapes Our History*. New York: Random House, 1985; WOODWARD, R. – ARMSTRONG, S. *The Brethren: Inside the Supreme Court*. New York: Simon and Schuster, 1979.

² Jmenování na kratší dobu vzbuzuje podezření, že soudce bude užívat svoji moc se zřetelem na znovujmenování. K tomu Hamilton konstatoval, že „*periodické jmenování, jakokoli regulované a kýmkoli vykonávané, vede, tím či oním způsobem, k pochybnostem o dostatečné nezávislosti*“.

jmenoval, a jeho nástupce již do vytvořeného složení soudu může zasahovat jen v případě, uvolní-li se místo konkrétního soudce, což je jedna z dalších základních záruk soudcovské nezávislosti. Zároveň tím má prezident dánu jedinečnou možnost, jak prostřednictvím svého soudce dlouhodobě ovlivnit směřování Nejvyššího soudu. Prezident tedy bez pokryteckého předstírání vybírá kandidáty především na základě svých politických preferencí a ideologické orientace. Demokratický prezident tak samozřejmě převážně nominuje kandidáty blízké demokratům, tedy obvykle spíše aktivistické liberály a republikánský prezident kandidáty, vyhovující republikánům, kterými bývají – zjednodušeně řečeno – konzervativci, zastávající doktrínu *self-restraint*. Výjimky potvrzují pravidlo.³

Jak případně shrnul soudce Robert H. Jackson, v dějinách došlo k ostrým střetům mezi nejoblíbenějšími prezidenty americké historie a Nejvyšším soudem: Thomas Jefferson to zkusil s *impeachmentem*, Andrew Jackson odmítl soud podpořit svojí autoritou, Abraham Lincoln neposlechl *writu* vydaného předsedou soudu, Theodore Roosevelt navrhoval možnost odvolatelnosti soudních rozhodnutí, Woodrow Wilson se pokusil liberalizovat členy soudu a Franklin D. Roosevelt navrhl soudní reorganizaci.⁴ Zbývá doplnit, že ani jeden úplně a do důsledků neuspěl, to však není tématem tohoto příspěvku.

Blízké osobní vztahy nebo přátelství nominovaného kandidáta na soudce s prezidentem bývají – poněkud překvapivě – poměrně zřídka důvodem výběru. Přesto k tomu párkrát došlo; tak Abraham Lincoln navrhl soudce Davise, prezident Wilson jmenoval svého přítele Brandeise, Taft soudce Lurtona, prezident Truman Vinsona (dokonce na funkci *chief justice*), Kennedy soudce Whiteho a známý je také (výše již krátce zmíněný) neúspěšný pokus Lyndona Johnsona protlačit na místo předsedy svého dlouholetého kamaráda Fortase. Jako odměnu za pomoc při republikánské nominační konvenci roku 1952 jmenoval prezident Eisenhower Earla Warrena a pak se divil, co deklarovaný konzervativce se soudem udělal za aktivistický převrat.

Že by se prezident se soudci Nejvyššího soudu radil, koho jmenovat jako jejich nového kolegu, je poměrně výjimečné, i když neformální dotazy na ideologicky spřízněného soudce nelze vyloučit. William Howard Taft, jediný člověk, který byl v historii prezidentem a posléze i předsedou Nejvyššího soudu, však velmi ovlivňoval prezidenta Hardinga a vytvořil si ve dvacátých letech v zásadě na míru „svůj soud“. Nejdříve samozřejmě úspěšně loboval sám za sebe a poté vybral další tři soudce, které Harding jmenoval; Sutherlanda, Butlera a Sanforda. Při nominaci Pierce Butlera roku 1922 přitom ostře zkritizoval dva jiné prominentní právníky, o kterých se také uvažovalo (Benamina N. Cardoza a Learned Handa) a kteří se mu nehodili. Nutno ale doplnit, že Taft byl jedním z nejpraktičtějších a nejprospěšnějších předsedů Nejvyššího soudu a skutečně byl veden jen záměrem vytvořit co nejkvalitnější sestavu. Podobně ovlivňoval prezidenty Hoovera a Roosevelta již jen předseda Charles Evans Hughes, jenž dosáhl roku 1932 právě jmenování vědce Cardoza, kterého Taft odmítal, nebo soudce Stona roku 1941 jako svého nástupce ve funkci *chief justice*. Roku 1981 doporučil předseda Rehnquist prezidentovi Reaganovi svoji dřívější spolustudentku Sandru Day O'Connorovou.

³ Republikánští prezidenti dosud jmenovali devět soudců, inklinujících k demokratům, zatímco demokratičtí prezidenti pouze tři „republikánské“ soudce. Prezident John Tyler – původně *whig* – jmenoval demokrata Samuela Nelsona. K tomu viz třeba ABRAHAM, H. J. *Justices and Presidents: A History of U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*. Rowman & Littlefield, 1999.

⁴ JACKSON, R. H. *The Struggle for Judicial Supremacy*. New York: Alfred A. Knopf, 1941. „Jefferson retailed with impeachment; Jackson denied its authority; Lincoln disobeyed a writ of the Chief Justice; Theodore Roosevelt proposed recall of judicial decisions; Wilson tried to liberalize its membership; and Franklin D. Roosevelt proposed to reorganize it.“

Tradičně patřily k úvahám prezidentů koho nominovat také geografické a náboženské faktory. V 19. století a zejména před občanskou válkou byla čtyři křesla vyhrazena pro čtyři nejvýznamnější státy či regiony: Novou Anglii, New York, Pennsylvánii a Virginii (*New England, New York, Pennsylvania and Virginia seat*). Snaha o vyrovnávání převahy soudců protestantských církví vedla již roku 1836 k vytvoření tzv. „Katolického křesla“ (*Catholic seat*), drženého poprvé předsedou Taneyem, a roku 1916 „Židovského křesla“ (*Jewish seat*), do kterého poprvé usedl soudce Brandeis. Tyto tradice jsou dnes již opuštěny, nebo se jim nepřikládá takový význam.

Od poloviny padesátých let minulého století hrála důležitou roli při výběru soudců komise *American Bar Association* (ABA), hodnotící odborné a intelektuální schopnosti potencionálních kandidátů před konfirmačním procesem v Senátu (prvním hodnoceným soudcem byl roku 1956 známý liberální soudce William J. Brennan). *ABA committee* rozhodovala, zda navrženým udělí hodnocení ve stupni „nekvalifikovaný“, „kvalifikovaný“ nebo „dobře kvalifikovaný“ (*not qualified, qualified, well qualified*). Pro dosažení obou schvalujících stupňů musel kandidát patřit mezi odbornou špičku v oboru („*at the top of legal profession*“), mít široké zkušenosti a dosahovat vysokého standardu pokud jde o integritu, profesionální kompetenci a soudcovský temperament. Vyskytly se však i další stupně hodnocení – např. Lewis Powell byl označen za „*jednoho z nejlepších právníků, který je k dispozici*“ („*one of the best lawyer available*“) a William H. Rehnquist byl devíti členy komise hodnocen jako „*vysoce kvalifikovaný*“ (*highly qualified*), přitom ale další tři členové komise hlasovali bez dalšího tak, že „*nebudou proti jeho jmenování*“ (*not opposed*).

K prvním výraznějším konfliktům mezi prezidentem a komisí ABA došlo za Richarda Nixona, který ji obvinil z úniku informací, když tisk zveřejnil, že dva z jeho kandidátů obdrželi hodnocení „nekvalifikován“. Spory se vyhrty zejména při kandidatuře Reagana nominanta Roberta Borka roku 1987 (deset členů panelu ho označilo za „vysoce kvalifikovaného“, čtyři za „nekvalifikovaného“ a jeden hlasoval *not opposed*) a Clarence Thomase roku 1991, kandidáta prezidenta Bushe staršího. Konzervativci obvinili hodnotící komisi z politizace procesu a snahy dodat municí oponentům kandidátů při konfirmačním procesu v Senátu. Bylo známo, že kandidáti demokratického prezidenta obvykle získávají lepší „známky“, než nominovaní republikánským prezidentem. Prezident George Bush proto roku 2001 oznámil, že nebude předkládat jména svých kandidátů k takovému hodnocení, protože považuje za nevhodné umožnit komoře (*bar group*) hrát tuto „*preferenční, kvazi oficiální roli*“. ABA komise však vyslovila, že bude přesto ve svých hodnoceních pokračovat po oznámení nominovaných, aby jejich *ranking* byl k dispozici pro konfirmační slyšení.⁵ Klíčovým týmem, podílejícím se na výběru, je skupina právních poradců prezidenta, kteří již v době před tím, než se vůbec naskytne příležitost někomu jmenovat, sepisují důležité údaje a fakta ze života perspektivních kandidátů, tzv. *candidate memos*. Pracují obvykle s pomocí materiálů veřejně dostupných, článků, rozhodnutí a vystoupení potenciálních nominantů, bez jejich osobního kontaktování. Tyto rešerše potom tvoří seznam, daný k dispozici prezidentovi, nazývaný „*kratší list*“ (*short list*), i když některé informace v něm mohou být značně rozsáhlé.

Dalším vlivným orgánem je pochopitelně Ministerstvo spravedlnosti (*Department of Justice*), které shromažďuje výsledky zjištění FBI o zázemí a případných riskantních

⁵ Je však třeba uvést, že žádný z kandidátů nebyl nikdy odmítnut čistě z důvodů profesní nekvalifikovanosti. U George H. Williamse, nominovaného prezidentem Grantem roku 1873, a to dokonce na předsedu soudu, byla sice zmiňována jeho nedostatečná odbornost, ale schválen nebyl pro podezření z korupčního jednání. Kandidátovi prezidenta Nixona G. Harroldu Carswellovi byla také vytýkána nezalost, ale rozhodující se nakonec ukázaly jeho rasistické názory, podporující segregaci.

okolnostech, týkajících se soukromého a profesního života, se kterými by potenciální kandidát mohl být v případě nominace konfrontován. Tento seznam je předložen také kandidátovi, aby si promyslel, zda opravdu bude o funkci usilovat: „*Tohle na vás má FBI, a po oficiální nominaci to zjistí novináři za pár hodin*“. V tradičně vlastenecké a puritánské Americe mohou hrát roli i některé na první pohled zanedbatelné prořehšky z mládí, třeba kouření marihuany. Stačí i nevhodný vtip, vyslovený v soukromí, který se dostane na veřejnost. Pokud uchazeč souhlasí, je věc postoupena Senátu Kongresu Spojených států, kde nominanta podrobně zkoumá Senátní soudcovský výbor (*Senate Judiciary Committee*), a koná se i jeho veřejné slyšení, již za účasti médií.

Samotný konfirmační proces před Senátem Kongresu je zcela specifická záležitost. Nutno zopakovat, že prezident nominuje soudce Nejvyššího soudu na radu a se souhlasem Senátu (*advice and consent of the Senate*; článek II, oddíl 2, klauzule 2 Ústavy); přitom jednou konfirmovaný a jmenovaný soudce zůstává u soudu doživotně. Praxe se ovšem vyvinula tak, že prezident, počínaje již Georgem Washingtonem, příliš nekonzultují svůj výběr se senátory předem. Zkrátka navrhnou svého kandidáta a na Senátu je jeho schválení nebo neschválení. Takle „poradní a souhlasná“ klauzule, které se také říká „jmenovací či ustavující“ („*advice and consent clause or appointment clause*“) byla přesto předmětem intenzivních teoretických debat od přijímání Ústavy a tak to zůstalo v zásadě dodnes – protože kromě vyslání vojáků do války není žádná z prezidentských pravomocí tak důležitá jako tato.

Virginský plán, při přijímání Ústavy navržený bývalým guvernérem tohoto státu Edmundem J. Randolphem, podporoval soudce vybírané oběma komorami Kongresu (byla zde obava svěřit prezidentovi moc prý podobnou monarchovi), ale delegáti nakonec uznali, že by to vedlo k partajním a regionálním bojům mezi politiky. Alternativní plán uvedl William Paterson z New Jersey, který tuto pravomoc svěřoval pouze prezidentovi; to však ze shora zmíněných důvodů rovněž nemělo šanci. Skupina kolem Jamese Madisona zvažovala, zda tuto pravomoc neudělit pouze Senátu, nejvíce stabilnímu a nezávislému tělesu, schopnému dosáhnout rozvážného rozhodnutí. Nakonec zvítězil kompromis a otcové Ústavy svěřují výběr prezidentovi a schválení Senátu. Co však ona slova *advice and consent* budou skutečně znamenat, to je sporné dosud, i když praxe se vyvinula jak výše řečeno. Při jakémkoli oslabení postavení prezidenta však nastupují úvahy a námitky typu „Senát je rovnocenný partner prezidenta při výběru soudců“. Samo umístění dané klauzule v Ústavě (článek II, a nikoliv článek I) však nahrává interpretaci, která se ustálila: primárním činitelem je prezident.⁶ Senátoři však mají právo při jakékoli prezidentově nominaci zvažovat kandidátovu soudcovskou filozofii či politickou ideologii, kterou zastává, nejen jeho profesionální způsobilost. Při nominaci soudce Alita to jednoznačně vyjádřil tehdejší senátor Barack Obama: „*Pevně věřím, že Ústava vyzývá Senát k udělení rady A souhlasu. Vyzývá k významné poradě a souhlasu, zahrnující prozkoumání soudcovy filozofie, jím zastávané ideologie a odborné činnosti*“ („*I believe firmly that the Constitution calls for the Senate to advice AND consent. I believe that it calls for meaningful advice and consent that includes an examination of a judge's philosophy, ideology, and record*“).

⁶ Například při debatě o nominaci Abeho Fortase na funkci předsedy Nejvyššího soudu roku 1968 upozorňoval senátor Robert P. Griffin na odmítnutí Johna Rutledge již roku 1795: „*Od té doby nemůže nikdo očekávat, že Senát nominaci jen orazítkuje*“ (*don't expect the Senate to be a rubberstamp*). Odpověděl mu senátní vůdce většiny Mike Mansfield: „*Naše odpovědnost je pouze zvážit kvalifikaci nominovaného a vyjádřit svoji spokojenost s ním či nespokojenost; dát svoji radu a souhlas, nebo radu a nesouhlas*.“ (*Our responsibility is merely to evaluate the qualification of the nominee and to record our pleasure or displeasure; to give our advice and consent or our advice and dissent.*) K tomu viz tzv. *Thurmond rule*, podrobněji dále v tomto článku.

Průměrně z patnácti nominovaných nezískají souhlas Senátu tři kandidáti (podle údajů z roku 2003 z do té doby 148 nominovaných neprošlo 28 jednotlivců). Často jde o politiku. Stalo se tak hned v případě prvního neschváleného, Johna Rutledge, kterému konfirmaci překazila jeho kritika tzv. Jayovy smlouvy s Anglií. Madisonovi kandidátovi Alexanderu Wolcottovi zase podrazilo nohy striktní vynucování embarga a prezidentem Polkem nominovaný George Woodward neprošel pro své řeči proti Američanům irského původu. V 19. století několik nominací ztroskotalo na tom, že stávající prezident se nacházel u konce své funkce (již zmíněná tzv. *lame duck nomination*) a senátoři chtěli uvolněné místo a právo doplnit soud zachránit – *to save the seat* – pro budoucího prezidenta. Takto nebyl schválen Buchananem nominovaný Jeremiah S. Black, který však také nebyl přijatelný pro severní republikány kvůli svým názorům na otrokářství. Prezidentu Grantovi zase neprošel Ebenezer R. Hoar, neboť nesouhlasil s *impeachmentem* dřívějšího prezidenta Johnsona a Grover Cleveland neuspěl s Newyorčany Williamem B. Hornblowerem a Wheelerem H. Peckhamem, neakceptovatelnými pro demokraty z tohoto státu.

Ve druhé polovině 20. století se politické a zejména ideologické boje o kandidáty ještě více přiosťřily. Problémy měl už prezident Wilson roku 1916 s nominací Louise D. Brandeise pro jeho obhajobu práv zaměstnanců a spotřebitelů, jakož i židovský původ, a prezident Roosevelt roku 1937 s Hugo L. Blackem, který byl kritizován za podporu prezidentova plánu „napakovat soud“ novými soudci. Prvním, kdo se vystavil dotazům před senátním výběrem, byl kandidát prezidenta Coolidge Harlan Fiske Stone roku 1925 a čelil nepříjemným otázkám na svoji úlohu ve funkci *attorney general* při vyšetřování jistého člena Senátu. Potíže měli také kandidáti prezidentů Eisenhowera Potter Stewart a Lyndona Johnsona Thurgood Marshall. Všichni jmenovaní byli ale nakonec schváleni a stali se jedněmi z nejlepších soudců Nejvyššího soudu. Velké kontroverze způsobila nominace Clarence Thomase, prominentního černošského konzervativce prezidentem Bushem roku 1991. Na jedné straně Afroameričan, ale na straně druhé ideologicky velmi pravicevě vyhraněný kandidát, na kterého v průběhu konfirmačního procesu navíc vyšlo najevo podezření ze „sexuálního harašení“, byl nakonec Senátem schválen těsným poměrem 52 ku 48 hlasům. Nejtěsnější úspěšná konfirmace (24 : 23) se však týkala Stanleye Matthewse roku 1881, nominovaného prezidentem Garfieldem.

K neúspěšným kandidátům patřili zejména John J. Parker, nominovaný roku 1930 prezidentem Hooverem a neschválený pro svůj postoj k zaměstnaneckým a rasovým otázkám, a kandidáti prezidenta Nixona z roku 1969, Clement F. Haynsworth a již zmíněný G. Harrold Carswell. Velkou ostudu si užil rovněž několikrát zmíněný Abe Fortas, nominovaný roku 1968 prezidentem Johnsonem na předsedu Nejvyššího soudu (Fortas byl v té době již *Associate Justice*). Johnson byl ve shora popsané pozici *lame duck* a republikáni hodlali volné místo zachovat pro svého prezidenta. Fortas, známý svým donášením prezidentovi a nepřilíživými finančními operacemi jim situaci ulehčil. Po dramatickém *filibusteringu* v Senátu nakonec požádal Johnsona, aby jeho nominaci stáhl. To zároveň pohřbilo šanci Homera Thornberryho, který měl být v případě posunu Fortase do funkce předsedy soudu jmenován na jeho původní místo. Největším marasmem při konfirmační bitvě však prošel Robert Bork, kandidát prezidenta Reagana z roku 1987. Radikálně konzervativní guru měl nahradit smířlivého soudce Powella a liberálové se obávali, že to zcela vychýlí Nejvyšší soud ve prospěch pravicevě orientované interpretace ústavy.

V prvním prezidentském období George Walkera Bushe užívali demokraté hrozbu *filibusteru*, pokud jím nominovaný soudce nebude mít podporu alespoň šedesáti hlasů v Senátu a nepostačovala tedy prostá většina; smyslem bylo, aby senátoři byli donuceni

ke kompromisům. Na jaře roku 2005 (krátce před tím, než se uvolnila dvě místa u Nejvyššího soudu) tato *filibuster rule* znamenala, že 55 republikánů v Senátu nemohlo jen tak protlačit prezidentova kandidáta. Konzervativní aktivisté a republikánští senátoři začali usilovat o to, aby ke zvolení stačila prostá majorita a nedocházelo k blokadě. Prezident Bush o tom mluvil dokonce ve své zprávě o stavu Unie, kdy za velkého potlesku zdůrazňoval, že „každá soudcovská nominace si zaslouží hlasování“ („every judicial nominee deserves an up or down vote“). Navrhovaná změna, mající zabránit účtyhodnému právu senátorů blokovat *filibusterem* kandidáty byla známá pod jménem „nukleární volba“ (*nuclear option*), kdy k přerušení obstrukce stačila nadpoloviční většina hlasů a tedy ne většina kvalifikovaná. Zdálo se, že k dohodě nedojde. Nakonec se však skupina umírněných senátorů obou stran setkala v kanceláři senátora Johna McCaina a bylo dohodnuto, že všem kandidátům, kteří nebyli dlouho připuštěni ke konfirmaci, bude umožněno podrobit se hlasování a další nominovaní budou do budoucna vystaveni *filibusteringu* pouze za výjimečných okolností („be filibustered only under extraordinary circumstances“). S 55 republikány v Senátu a takto omezenou možností *filibusteru* Bushův kandidát na předsedu Nejvyššího soudu John Roberts efektivně proklouzl konfirmačním procesem. Kdyby byla nominována některá z konzervativci příliš obdivovaných právníček, jako Janice Rogers Brownová nebo Priscilla Owenová, což Bush také zvažoval, pravděpodobně by se obstrukcím nevyhnuly. Na druhé straně byl Roberts dostatečně a nezpochybnitelně konzervativní, aby uspokojil republikány, kteří se již nechtěli dát napálit nějakým dalším soudcem, jako byl Kennedy, Souter nebo O'Connorová, kteří se u soudu posléze projeví nečekaně liberálně. Byli to tehdy – mnohem více než demokraté v Senátu – američtí duchovní lídři evangeliků, kteří mohli Bushovu nominaci potopit. Navíc Roberts se svojí přívětivou povahou a znalostmi oslnil senátory; staré případy Nejvyššího soudu citoval při slyšení z paměti, stejně jako pasáže z Listů Federalistů. Ve své hojně zveřejňované úvodní řeči dne 12. září vyslovil: „Soudci jsou služebníky práva. Jsou jako rozhodčí. Rozhodčí netvoří pravidla; aplikují je. Zajišťují, že se hraje férově a podle pravidel. Ale ještě nikdy nikdo nešel na sportovní zápas, aby viděl rozhodčího.“ Dne 22. září byl John Roberts schválen soudcovským výborem Senátu a o týden později konfirmován před plným Senátem v poměru 78 : 22.

2. Soudce Merrick Garland – ústavní otázky spojené s nominací prezidenta Obamy

Po nečekaném úmrtí soudce Antonina Scali ziskal prezident Obama svoji třetí možnost nominovat soudce Nejvyššího soudu.⁷ Věděl však, že to nebude mít jednoduché; bude muset čelit senátní převaze republikánů (54 : 46), navíc poslední rok ve funkci prezidenta.⁸

⁷ Aktuální výroky politiků a právníků v této a další kapitole vycházejí namnoze z těchto zdrojů a platí pro ně, co jsem vyslovil v poznámce č. 1, že zejména pro jejich množství nelze odkázat konkrétně na všechno. Jde o stěžejní listy Spojených států, zejména *The New York Times*, *The Washington Post*, *The Wall Street Journal*, *Houston Chronicle* či *The Boston Globe* a jejich webové stránky a také stránky samotného Nejvyššího soudu (<www.supremecourt.gov>), Historické společnosti Nejvyššího soudu (<www.supremecourthistory.org>) a blogu o Nejvyšším soudu (<www.scotusblog.com>). Jen pro úplnost konstatuji, že ve Spojených státech je zvykem citovat téměř vše, poněvadž mnozí právní vědci to považují za velmi seriózní. A nejen to, je nutno citovat obsáhle a přesně, jinak je autor označen za plagiátora se všemi nepříjemnými důsledky – řádně ocitovaná kompilace je naopak očekávána. Jde to až do lehce směšných úvodních frází, zmiňujících, s kým všim a někdy i na jakém místě a v jaké situaci bylo téma článku konzultováno, všem se pěkně děkuje, ale hlavně autoři nezapomenou zmínit, že za všechno zveřejněné odpovídají jen oni sami a že všechny případné omyly jdou na jejich účet či padají na jejich hlavu (spíše jde o ten účet).

⁸ Naposledy byl republikánskou majoritou v Senátu konfirmován kandidát demokratického prezidenta Govera Clevelanda Rufusa Peckhama roku 1895. Naopak roku 1988 (tedy ve volebním roce) schválil demokraty kontrolovaný Senát Anthonyho Kennedyho, kandidáta republikánského prezidenta Reagana.

Dalo se očekávat, že republikánští senátoři budou blokovat Obamovu nominaci, aby nedošlo k přílišnému vychýlení soudu doleva, po odchodu jednoho z nejkonzervativnějších soudců. Osm zbývajících soudců bylo ideologicky rozděleno zhruba 4 : 4. Nejvíce liberální soudkyně Ginsburgová a Sotomayorová tvořily jeden konec pomyslného levo-právého žebříčku, zatímco na druhé straně stáli nejvíce konzervativní soudci Thomas a Alito. Nové centrum soudu tvořili vždy spíše liberálně uvažující soudkyně Kaganová a soudce Breyer, po nich středový, nevyzpytatelný soudce Kennedy a pravicový předseda Roberts, jenž ale usiluje zejména o konsenzus a pověst soudu jako takového. „*Jsme dlouhodobě jednomyslní asi v 50 % případů a ve 20 % rozhodujeme poměrem 5 : 4, přičemž nejvíce sledované kauzy tvoří asi polovinu z tohoto počtu, tedy 10 %*“, řekl Stephen Breyer.⁹ Křehká rovnováha mohla být nyní narušena. Prezident Obama tedy volil velmi uvážlivě a strategicky.

V polovině března 2016 předstoupil před zástupce tisku a liberální aktivisty, shromážděné za slunečného dne v Růžové zahradě Bílého domu, doprovázen viceprezidentem Josephem Bidenem a předsedou Odvolacího soudu pro okruh *District of Columbia* Merrickem Garlandem; tento soud je považován za nejvýznamnější po Nejvyšším soudu Spojených států. „*Rozhodl jsem se nominovat někoho, kdo je uznáván nejen pro svoji výjimečnou znalost práva, ale také pro toho, kdo přináší ducha důstojnosti, úctyhodnosti a integrity*“, řekl prezident o soudci Garlandovi, sympatickém bělovlasém muži v brýlích, který na první pohled na takové hodnocení i vypadal. „*Prezidenti nepřestávají pracovat ani poslední rok ve funkci a senátoři by to měli dělat zrovna tak*“, uvedl ještě Obama, který předjímal obstrukce republikánské strany. Pak krátce vystoupil soudce Garland, jenž uvedl, že věrnost Ústavě a právu jsou základem jeho profesního života a bude-li Senátem schválen, bude v tomto kurzu prostě pokračovat.

Tímto krokem prezident Obama nevyhověl snahám levicových kruhů, které navrhovaly, aby vybral představitele rasové menšiny nebo další progresivní ženskou kandidátku. Rovněž rezignoval na další kandidáty, které měl na užším seznamu, jako byli třeba Sri Srinivasan (indického původu) nebo Afroameričan Paul Watford. Soudce Garland (v 63 letech jedním z nejstarších nominovaných k Nejvyššímu soudu; o rok starší byl Lewis Powell, nominovaný roku 1971) byl na Obamově kandidátce tím, koho je možno vytáhnout jako trumf v podobné situaci, tedy když je prezident před koncem funkčního období a Senát je plný republikánů. Kalkuloval také s tím, že pokud by byla v listopadu zvolena za prezidentku Hillary Clintonová, Merrick Garland by byl pro republikánskou stranu jistě přijatelnějším kandidátem, než její potenciální nová nominace a republikánští senátoři by ho mohli schválit v období „senátního chromého kačera“ (*Senate's lame-duck session*), dokud budou mít převahu. Obama také chtěl na co největší míru otupit námitky tvrdého jádra republikánů kompromisním kandidátem, akceptovatelným pro všechny strany. „*Předpokládat, že někdo tak kvalifikovaný a respektovaný jako Merrick Garland nedostane ani příležitost vystoupit před Senátem při nominaci k Nejvyššímu soudu, tak důležité instituci, které věří přes dvě třetiny Američanů, to by bylo bezprecedentní. Jednoduše žádám republikánské senátory, dejte mu férovou příležitost a pak o něm hlasujte. Pokud to neučiníte, rezignujete na svoji ústavní povinnost a navíc zásadně poškodíte proces nominace a konfirmace*“, zdůrazňoval Obama. Prezident, bývalý profesor ústavního práva,

⁹ Pro těsné kauzy, které nebyly rozhodnuty před Scaliovou smrtí, nedochází k započítání jeho (pravděpodobného) hlasu; v takovém případě (poměr soudců 4 : 4) soud nevydává odůvodnění rozhodnutí a závěr nižšího soudu je akceptován, nepůsobí však do budoucna jako precedent. Je však také představitelem přístup, že soud tyto případy s „remizou“ odloží na nové projednání (*reargument*) poté, co bude jmenován nový soudce.

tak vyjadřoval názor, že má ústavní povinnost (*constitutional duty*) na uvolněné místo neprodleně nominovat soudce, čemuž zrcadlově odpovídá ústavní závazek (*constitutional obligation*) Senátu přijmout nebo odmítnout jeho kandidáta v přijatelné lhůtě. „*Jsem překvapen, když sleduji lidi, kteří se označují za přísné vykladače Ústavy [strict interpreters], náhle nalézat sérii ústavních ustanovení, které v Ústavě nejsou. Ústava je přitom zcela jasná [pretty clear], pokud jde o to, co se má nyní stát,*“ trefoval se Obama do konzervativců jejich zbraněmi.

Republikáni ale také neztráceli čas. Vůdce senátní většiny senátor Mitch McConnell z Kentucky vystoupil krátce poté, co Obama dokončil svoji nominační řeč a oznámil, že bez ohledu na kvalifikaci a přednosti soudce Garlanda, nedojde ani k jeho slyšení na senátní půdě (*any action on this nomination*): „*Američané si zvolí prezidenta, který zvaží nominaci soudce Garlanda, nebo nominuje někoho jiného. Naše stanovisko je takové, že lidem je třeba dát možnost podílet se na tomto procesu.*“ Senátor Chuck Grassley z Iowy, předseda senátního soudcovského výboru s jeho 11 republikánskými členy doplnil: „*Žádné slyšení do 20. ledna 2017, kdy se nový prezident ujme funkce.*“ Republikánská strana prosazovala názor, že politické precedenty zabraňují prezidentovi jmenovat soudce těsně před koncem jeho funkčního období a pokud tak přesto učiní, republikáni prostě počkají až na inauguraci nového prezidenta. Hlavním precedentem, kterým bylo argumentováno, byla tzv. *Thurmond rule*, užitá proti kandidátovi prezidenta Lyndona Johnsona Abemu Fortasovi v roce 1968; toto pravidlo však nebylo vždy aplikováno konzistentně.¹⁰

Demokraté oponovali, že Ústava ukládá prezidentovi nominovat kandidáta a Senátu povinnost jej konfirmovat v rozumném časovém rozpětí. Jelikož v době Scaliova úmrtí zbývalo prezidentovi ještě 11 měsíců ve funkci, vyjádřili zástupci demokratické strany názor, že žádný precedent neexistuje pro tak dlouhé období, když mnoho nominací na soudce Nejvyššího soudu přišlo ve volebním roce.¹¹ Hned den po vystoupení předsedy senátního soudcovského výboru sepsala skupina liberálních ústavních právníků (např. Erwin Chemerinsky), organizovaných Americkou společností Ústavy (*American Constitution Society*), otevřený dopis prezidentovi Obamovi a americkému Senátu, ve kterém zdůraznili, že je nutno, aby byl Nejvyšší soud kompletní a mohl vykonávat své ústavní povinnosti a aby bylo urychleně hlasováno o nominovaném: „*Proces zahrnující slyšení, hlasování výboru a hlasování Senátu – není zde žádná výjimka pro volební roky*“ („*The process include hearings, committee votes, and floor votes – has no exception for election years*“). Jiná skupina, složená z dalších vědců a historiků (včetně historičky Doris Kearns Goodwinové) zveřejnila své stanovisko, ve kterém uvedla, že Ústava bezpochyby dává Senátu možnost neschválit prezidentova kandidáta, ale takové odmítnutí předpokládá zvažování nominovaného, což znamená slyšení před soudním výborem Senátu a plnou debatu v celém Senátu; k tomu zavazuje nejlepší praxe a důstojná tradice americké národní

¹⁰ Toto nepsané, právně nezávazné pravidlo, stanoví, že soudcovská nominace k federálnímu soudu by neměla vést ke konfirmaci v měsících nedlouho před volbami. Pochází z jara roku 1968 kdy senátor Strom Thurmond, republikán z Jižní Karolíny, takto zablokoval kandidáta prezidenta Lyndona Johnsona na předsedu Nejvyššího soudu. I když experti obvykle mluví o tom, že se jedná o nesmysl a už vůbec ne o precedent, Thurmondovo pravidlo bývá pravidelně vyvoláváno k životu oběma stranami, pokud se to některé politicky hodí; senátoři příslušné partaje potom vážně hovoří o Thurmondově pravidlu jako o závazné doktríně.

¹¹ V americké historii se vyskytlo 24 případů, kdy prezident v posledním roce své funkce nominoval kandidáty k Nejvyššímu soudu a Senát z nich konfirmoval 21. Půt tuctu prezidentů, v klasické roli „chromého kačera“, jmenovalo soudce dokonce když již byl zvolen jejich nástupce. Jednalo se o prezidenty Johna Adamse, Andrewa Jacksona, Martina Van Burena, Johna Tylera, Rutherforda Hayese a Benjamina Harrisona. Nutno ještě zmínit, že pokud by zde bylo přerušení činnosti Senátu v dostatečné délce, má prezident ústavní pravomoc provést tak zvaný *recess appointment* (prozatímní jmenování) a soudce pak zůstává na soudu, dokud se Senát nesejde a nehlasuje o něm.

historie. I jiné elitní – vždy však liberální – organizace vyzývaly, aby Garlandovi bylo umožněno „*promptní a férové slyšení a hlasování v patřičné lhůtě – prompt and fair hearing and a timely vote (Laurence Tribe), jelikož když se u soudu uvolní místo, Ústava hovoří jasně a úřadující prezident musí nominovat svého kandidáta, aby volné místo zaplnil, bez ohledu na to, že se tak děje ve volebním roce*“. Bylo také připomínáno, že i tvrdé nominační boje v případech Roberta Borka nebo Clarence Thomase byly vedeny za řádného slyšení kandidátů a hlasování o nich.

Ústavněprávní podporovatelé republikánů ale argumentovali, že ve skutečnosti neexistuje žádný textuální nebo historicky podmíněný základ pro závěr, že by Senát měl ústavní povinnost jednat a hlasovat o všech prezidentských soudcovských nominacích, navíc bezodkladně. Ani dosavadní praxe nenavzděčuje tomu, že by takové jednání Senátu bylo mandatorní, vždy bylo rozhodováno spíše podle konkrétní politické situace. To může být v jednotlivých případech neodpovědné, hloupé nebo riskantní, ale nikoliv neústavní. Republikáni byli zkrátka toho názoru, že Ústava dává Senátu právo, nikoliv povinnou pravomoc (*the right, not the power*), nechat kandidáta promluvit (*to give a hearing*) a hlasovat o něm. Skutečností je, že americká Ústava tak „zcela jasná“, jak tvrdil prezident Obama, v dané otázce opravdu není. Článek II, oddíl druhý nehovoří o tom, že by Senát byl povinen o prezidentských kandidátech jednat (*to give its advice and consent*) ani pro to nestanovuje nějakou specifickou proceduru; „*President shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint...*“ Senát tedy může debatu a hlasování odložit nebo na ně vůbec rezignovat, stejně jako v případě hlasování o jiných záležitostech, třeba o smlouvách. Takový výklad byl potvrzován i reálným chováním obou politických stran, které využívaly *filibusteringu* nebo jiné blokace, aby se nepohodlnému kandidátovi nedostalo slyšení či hlasování. Častěji se z historického hlediska jednalo o nominace k nižším federálním soudům, ale pro Nejvyšší soud tyto zvyklosti, když se to někomu hodilo, platily také.

Tento výbušný ústavněprávní spor trochu provokativně, ale docela případně okomentoval Noah Feldman: „*Obě strany jsou se svým výkladem vedle. Zde je, co Ústava říká o doplnění Nejvyššího soudu (Supreme Court vacancy) – ničehož. Neříká nic ani o množství jeho soudců. Kongres může přijmout zákon, stanovující jejich počet na osm, nebo jej může zvýšit třeba na dvacet tři. Vše, co Ústava požaduje, je, aby zde byl Nejvyšší soud. Co je nad tím, to je věc politiky. Teoreticky, myslím, by soud mohl být složen jen z jednoho soudce a interpretace Ústavy by byla v jeho rukách. Můžete mu říkat třeba Anthony Kennedy. Senát má kompletní kontrolu nad svými pravidly jednání a procesy. Často se používá filibuster, což je procesní postup, který poškozují princip většiny. Můžete říkat, že jde o nedemokratický a neústavní postup, ale nic s tím nenaděláte, protože je to samotný Senát, který rozhoduje, jak bude pracovat. Obamova administrativa může maximálně namítat, že pokud je zákonem stanoven počet soudců na devět, vyplývá z toho povinnost nominovat kandidáta a hlasovat o něm. To je však značně formalistický argument. Ve skutečnosti jsou stanovena základní pravidla pro politickou bitvu, a politici ji umí vybojovat. Naše Ústava má své mnohé dobré stránky, a jedna z nich je, že se nesnaží řešit každou politickou otázku. To by bylo k ničemu.*“¹²

Z hlediska českého ústavního práva je zajímavé komparovat zdánlivě podobnou situaci, která u nás nastala roku 2004; prezident Václav Klaus tehdy natolik otálel s nominací soudců Ústavního soudu (když předtím Senát několik jeho kandidátů odmítl), až jej Senát

¹² Volně dle FELDMAN, N. Obama and Republicans Are Both Wrong About Constitution. 17. 2. 2016, uvedeno větou: „*The first rule of replacing a Supreme Court justice is that there are no rules.*“

na své dubnové schůzi usnesením vyzval „*k urychlenému předložení návrhu na vyslovení souhlasu se jmenováním soudců Ústavního soudu*“. Je zřejmé, že se jednalo o zrcadlově obrácený problém, kdy Senát se domáhal jednání prezidenta, který byl obviňován z obstrukce – ve Spojených státech tomu bylo naopak.¹³

Bez ohledu na různé právní názory bylo brzy zřejmé, že jedinou nadějí Merricka Garlanda by bylo listopadové vítězství Hillary Clintonové a následný výše zmíněný postup republikánů, kteří by jej mohli schválit v obavách před jistě mnohem více levicově orientovaným kandidátem nové prezidentky. Ve Spojených státech to bylo republikány stručně vyjádřeno takto: „*GOP Senator: If we loose in November, we should confirm Merrick Garland*“. To znamená – senátor za Velkou starou stranu (republikánům se přezdívá *Grand Old Party*, navzdory tomu, že jsou mladší než demokratická strana): „*Když prohrájeme v listopadu, měli bychom schválit Merricka Garlanda*“. Nestalo se tak a novým americkým prezidentem byl zvolen Donald Trump, navzdory většině odborníků, analytiků a politologů, kteří mu nedávali žádnou šanci ani v primárkách, natož v prezidentských volbách. Rozhodla nižší volební účast zejména Afroameričanů, nedůvěryhodnost Hillary Clintonové řídicí se opatrně průzkumy veřejného mínění a proto vyslovující fráze, které podle expertů voliči chtěli slyšet (ve skutečnosti voliči tuhle šarádu prohlédli) a zejména autentičnost poněkud buranského, ale ve světě předem narýsovaných „správných názorů“ osvěžujícím způsobem působícího Donalda Trumpa, komunikujícího bez ohledu na média přímo s Američany prostřednictvím Twitteru, takové moderní verze „hovorů od krbu“ Franklina Delano Roosevelta. Trump znejistělým voličům střední třídy slíbil učinit Ameriku opět velkou, takovou, jakou byla v padesátých letech a za prezidenta Reagana: „*Make America Great Again*.“¹⁴ Republikáni tak získali k většinám v obou komorách Kongresu a většině státních guvernérů (rok byl tzv. supervolební) ještě překvapivého prezidenta, kterému jejich vedení v primárních volbách házelo klacky pod nohy.

Šachový tah prezidenta Obamy tedy nevyšel a soudce Garland neměl ani jedinou příležitost vystoupit před Senátem. Mitch McConnell doporučil demokratům, aby přestali ronit krokodýlí slzy nad osudem ctihodného Merricka Garlanda, jelikož v opačné situaci by se zachovali stejně jako republikáni.

3. Nominace a konfirmace kandidáta prezidenta Trumpa Neila Gorsucha

Celkově stým třináctým a zatím posledním jmenovaným soudcem Nejvyššího soudu se v dubnu 2017 stal Neil McGill Gorsuch, rodák z Denveru v Coloradu. Devětačtyřicetiletý (narozen v říjnu 1967), pohledný muž již zcela bílých vlasů, absolvoval v Denveru katolické školy a roku 1985 maturoval na jezuitské *Georgetown Preparatory School* v Marylandu. Nějakou dobu žil jako chlapec ve Washingtonu, kde jeho matka pracovala ve vedení

¹³ V České republice, kde je sice konstrukce procesu schvalování ústavních soudců zjevně inspirována Spojenými státy (prezident vybírá kandidáty, Senát schvaluje, prezident jmenuje), se však ústavněprávně jedná o jinak fungující systém. Naše Ústava zní v klíčových souvisejících pasážích odlišně než Ústava Spojených států. Zejména počet soudců je pevně určen v Ústavě (15) a pro správné fungování Ústavního soudu (abstraktní a konkrétní kontrola ústavnosti, quorum pro plénum, kvalifikovaná většina pro zrušení zákonů atd.) se předpokládá jeho plné obsazení, nehledě na riziko přetížení soudců u neúplného soudu, kde si soudci nemohou vybírat, čím se budou zabývat jako ve Spojených státech. Prezident má tak skutečně ústavní povinnost v rozumné lhůtě konat, tedy navrhnout kandidáta nebo kandidáty. Právě nekonání (nebo nedostatečné konání) prezidenta Klause v tomto směru vedlo tehdy dokonce k přípravám ústavní žaloby na prezidenta pro velezradu.

¹⁴ Bylo to ale docela těsné, zejména v Michiganu, Wisconsinu a Pensylvánii, kde Trump porazil Clintonovou pouze o 0,3 % či 0,7 %. Tyto státy rozhodly, přitom zde tradičně vítězili demokraté. Na náhodou ale Clintonová prohrála ve státech někdejšího průmyslového Středozápadu, dnes již zrezivělého (*Rust Belt*), kde zanikly statisíce pracovních míst.

agentury na ochranu životního prostředí (*Environmental Protection Agency*), jmenovaná na toto místo prezidentem Reaganem. Pokračoval na Kolumbijské univerzitě ve studiu politických věd (*Bachelor of Arts* 1988) a poté na Harvardské právnické škole (*Juris Doctor* 1991), kde byl také editorem důležitého právnického časopisu (*Harvard Journal of Law*).¹⁵ Spolužáky – jedním z nich byl Barack Obama – byl popisován jako „konzervavec v kampusu plném vášnivých liberálů“. V soudním roce 1991 až 1992 asistoval Gorsuch soudci Davidu Sentellemu u federálního odvolacího soudu pro D.C. Circuit a v roce 1993–1994 pracoval pro soudce Byrona Whita a Anthonyho Kennedyho u Nejvyššího soudu Spojených států. Někteří analytici byli toho názoru, že pravicově orientovaný Gorsuch svými názory centristického Kennedyho silně ovlivňoval. Gorsuch dále roku 2004 získal titul *Doctor of Philosophy* na Oxfordu (měl Marshallovo stipendium) za výzkum na téma asistovaná sebevražda a euthanasie za dozoru přirozenoprávně orientovaného filozofa Johna Finnise.¹⁶ V Anglii se také seznámil se svojí budoucí ženou Louisou, se kterou má dvě dcery. V současnosti žijí v coloradském Boulderu, kde vlastní také chalupu u řeky Colorado; zde si Gorsuch užívá oblíbeného rybaření (muškaření – *fly fishing*), na které pozval také téměř o dvě generace staršího kamaráda Antonina Scaliu.¹⁷ Od roku 1995 pracoval Gorsuch deset let jako advokát ve významné právnické firmě, kde se brzy stal partnerem. V Boha věřící soudce Gorsuch byl vychován jako římský katolík, ale se svojí ženou navštěvuje každý týden mše v protestantském kostele (*St. John's Episcopal Church in Boulder*), což vedlo pozorovatele k tomu, že se stal prvním protestantem u Nejvyššího soudu od rezignace Johna Paula Stevense. Gorsuch se však veřejně nevyjádřil, zda konvertoval k protestantismu, je prostě katolíkem, který navštěvuje mše v episkopálním kostele.

V letech 2005 až 2006 nacházíme Neila Gorsucha ve funkci zástupce *Associate Attorney General* Roberta McCalluma na ministerstvu spravedlnosti, kde se zabýval v první řadě otázkami prezidentovy války s terorismem a pomáhal připravit zákon, pokoušející se oddělit zadržované teroristy od federální jurisdikce (*Detainee Treatment Act*). Za dobré služby byl Gorsuch roku 2006 odměněn místem u federálního odvolacího soudu pro desátý soudní okruh; přísahu složil do rukou svého dřívějšího šéfa, soudce Anthony Kennedyho. U soudu se projevil jako zásadový konzervavec, který například podporoval širokou definici náboženské svobody („*nejde jen o to podporovat bezproblémová náboženství; snad mnohem důležitější je chránit nepopulární či problémová vyznání a sloužit tak v zájmu náboženské tolerance*“), oponoval „spící komerční klauzuli“ Ústavy (*dormant Commerce Clause*) umožňující rušit státní zákony, pokud porušují mezistátní obchod a i jinak favorizoval státní moc na úkor federální moci.

Poslední den v lednu 2017 oznámil nový prezident Donald Trump, že se rozhodl nominovat Neila Gorsucha k Nejvyššímu soudu.¹⁸ Gorsuch, stojící ve slavnostní atmosféře vedle

¹⁵ Kariéra se v Americe začíná dělat už za studia. Ve specifické, extrovertní atmosféře na amerických univerzitách jsou studenti vtahováni do diskuse s učiteli a přispívají do právnických časopisů (*law reviews*), které sami obvykle editují. Samozřejmě, čím je konkrétní škola prestižnější, tím slavnější je časopis, který vydává a student, redigující takové periodikum nebo píšící do něj, si udělá jméno, známé v odborných kruzích. Není náhodou, že v životopisech mnoha pozdějších soudců Nejvyššího soudu bývá tato činnost hned na počátku.

¹⁶ Gorsuchova kniha, vydaná roku 2006 – *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*, se opírala o jeho doktorskou práci. Poté byl jednou profesorkou obviněn z plagiátorství, ale vše uvedl na pravou míru tehdy již emeritní oxfordský profesor, slavný John Finnis: „*Kniha je postavena na citacích z primárních zdrojů a obvinění, že necituje také sekundární prameny je prostě absurdní.*“

¹⁷ Po smrti legendárního soudce napsal Gorsuch o svém příteli několik příspěvků, viz např. GORSUCH, N. M. *Legacy of Supreme Court Justice Antonin Scalia*. Tenth Circuit Court Bench and Bar Conference. Colorado Springs, September 3, 2016.

¹⁸ Původní seznam 21 kandidátů na soudce Nejvyššího soudu pomáhaly pro Trumpa zpracovat konzervativní *think-tanky* *Federalist Society* a *Heritage Foundation*.

prezidenta a objímající svoji ženu, potom krátce uvedl, že se cítí mimořádně poctěn a slibuje, že „*bude věrným služebníkem Ústavy a zákonů této veliké země*“. Jeden z jeho podporovatelů z republikánských senátorů entuziasticky zvolal, že „*soudcova osobnost je přesně tou, kterou otcové zakladatelé chtěli mít u Nejvyššího soudu*“. Demokraté se netajili jiným názorem: „*Tohle je ukradené křeslo [stolen seat], které hodlá zasednout nelegitímní a extremistický kandidát a já udělám všechno proto, aby tento útok na soud neuspěl*“, tvrdě vyslovil senátor Jeff Merkley z Oregonu. Jeho kolega z Oregonu Ron Wyden uvedl: „*Kdo věří, že individuální práva jsou rezervována pro lidi a ne pro vládu, nemůže podpořit takovou nominaci*“. Doplnil je Chuck Schumer, který vyhrožoval *filibusterem*, pokud se potvrdí názor některých expertů, že Gorsuch je mimo „mainstreamové“ (rozuměj liberální) právní názory, shovívavý k Wall Streetu a korporátním zájmům a naopak nepodporuje práva žen. Ale ne všichni z demokratické strany byli tak přísní; Neal Katyal, dřívější *solicitor general* ve vládě Barracka Obamy napsal do *New York Times*, že liberálové by měli podpořit Neila Gorsucha, kterého zná jako výjimečného soudce a člověka. Senátor Richard Blumenthal z Connecticutu opatrně vyslovil, že je velmi zklamán z toho, jak se republikáni chovali k soudci Garlandovi, ale demokraté by neměli opakovat stejnou chybu.

Gorsuch ihned po oznámení nominace Obamovu kandidátovi Merricku Garlandovi zatelefonoval, aby vyjádřil, jak si jej váží. Na rozdíl od Garlanda totiž bylo zřejmé, že republikáni mají v Senátu dost sil na to, aby Gorsuchova konfirmace uspěla. Také bylo čím dál více zřejmé, že demokratům se nezdaří vytvořit jednotnou opozici. Jedním z důvodů bylo, že skupina demokratických senátorů se bude za rok snažit o znovuzvolení ve státech, kde vyhrál Donald Trump. Mitch McConnell uvedl: „*Gorsuch bude konfirmován, ale nemožu vám nyní říci, jak to bude probíhat*“. Když předtím *American Bar Association* udělila Gorsuchovi *top rating* „*well qualified*“, bylo zřejmé, že nelze nic namítat ani proti kandidátovým odborným schopnostem.

Koncem března a počátkem dubna čelil Gorsuch čtyřdenním útokům demokratických senátorů před senátním soudcovským výborem (*Senate Judiciary committee*) a poté při konfirmačním slyšení v Senátu; demokraté byli poněkud frustrovaní, když se z uhlazeného soudce nepodařilo ani za jedenáct hodin dotazování vytáhnout jeho jasné názory na ústavnost potratů, držení zbraní, vztahu k osobám s menšinovým sexuálním zaměřením či genderovou identitou (zkratka LGBT; lesby, gayové, bisexuálové a transgender osoby), povolení kamer v soudních síních a další otázky, které zajímaly liberální voliče. Gorsuch opakovaně reagoval tak, že bude postupovat v souladu s *rule of law* a dodržovat nezávislost soudní moci. Odmítá něco slibovat nebo naznačovat, jak bude rozhodovat konkrétní kauzu. Kalifornská senátorka Dianne Feinsteinová mu řekla: „*Znepokojuje mne, že jste schopni se mistrně vyhnout jednoznačným odpovědím. Možná je to ctnost, nevím. Ale pro nás zde sedící je skutečně důležité vědět, co si myslíte o zásadních otázkách dnešní doby, tak na vás budeme dále naléhat*.“ Gorsuch odpověděl: „*Jde mi o právo, hluboce mi záleží na právu, na nezávislosti justice a dalších principech. A to je jediné vyjádření, které vám mohu sdělit; nemohu vám slíbit nic více, ani garantovat méně*.“ K potratovému zákonodárství Gorsuch řekl, že pokud by ho prezident Trump přímo požádal o překonání kauzy *Roe v. Wade*, bez řeči by se otočil a vyšel ze dveří. K podobným otázkám na možnost dotčení klíčových a mnoho let ustálených precedentů obecně odpověděl, že „*nikdo se nechce vracet do časů, kdy se jezdilo na koni*.“ Na přímý dotaz, co si myslí o Trumpových útocích na soudnictví (federální soudy tehdy zablokovaly prezidentovo omezení přístupu do USA z některých zemí, tzv. *travel ban*) nevyhýbavě sdělil, že s tím nesouhlasí a je z takových výroků šokován. Když senátor Richard Durbin z Illinois zmínil email,

ve kterém Gorsuch kritizoval advokáty z velkých firem, zastupující zadržené na Guantánamu, Gorsuch rovněž jasně vyslovil, že takové vyjádření nepatřilo k jeho nejlepším: „*It was not my finest hour*“. Napjaté zasedání před Senátem trochu odlehčil senátor Jeff Flake, který se vášnivého rybáře zeptal, jakou největší rybu chytil. „*Konečně mluvíme k věci*“ („*Oh, now we're talking*“), reagoval smějící se Gorsuch.

Vážný konkurent Clintonové v demokratických primárkách Bernie Sanders shrnul obavy demokratů: „*Soudce Gorsuch odmítl odpovědět na legitimní otázky při konfirmačním procesu a všechno jenom zamlžil*“. Konzervativněji orientovaný demokratický senátor Joe Manchin ze Západní Virginie ale uvedl: „*Chci, aby Nejvyšší soud fungoval, OK? Co udělali Merricku Garlandovi bylo chybné, a proto se nechci podílet na tom samém. Dvě chyby ve svém součtu neznamenají správnou věc*.“ Republikáni byli samozřejmě z kandidáta nadšení. Veterán Orrin Hatch řekl, že neviděl lepšího nominovaného za čtyřicet let v Senátu. Lindsey Graham z Jižní Karolíny připomenul konfirmační procesy soudce Scalií a soudkyně Ginsburgové, kteří byli schváleni více než 90 hlasy. „*Co se to stalo? Změnila se snad Ústava? Nikoliv, politika se změnila. Změnila se ve styl, za který bychom se všichni měli stydět. Myslím, že velmi škodíme soudnictví takovou politizací každé soudní nominace*.“

Podle senátních pravidel bylo třeba 60 hlasů pro schválení soudce Nejvyššího soudu, takže Gorsuch potřeboval alespoň osm demokratů z celkového počtu 48, aby za předpokladu, že pro něj bude hlasovat všech 52 republikánů, tohoto počtu dosáhl. Ale republikáni mohli v případě neúspěchu při vyjednávání s demokraty dané pravidlo změnit, aby pro konfirmaci soudce stačila prostá většina. Třetího dubna byl Gorsuch schválen senátním soudním výborem těsným stranicky podmíněným poměrem 11 : 9 a o čtyři dny později byl Senátem confirmován 54 : 45, když se tři demokraté přidali k jednotným republikánským senátorům. Demokraté se sice pokusili o *filibuster*, který by bylo možno teoreticky překonat jen šedesáti hlasy, ale republikáni použili zmíněnou „nukleární opci“, umožňující přerušit *filibuster* a obstrukční debatu prostou nadpoloviční většinou hlasů, jež činí 51; stejně tak postupovali demokraté roku 2013, když Senát ovládali oni. Osmého dubna složil Gorsuch obě soudcovské přísahy, první na soukromé ceremonii u Nejvyššího soudu do rukou předsedy Robertse; následovala veřejná ceremonie v Růžové zahradě Bílého domu před svým bývalým soudcem a novým kolegou Anthonym Kennedym.¹⁹

Závěr a výhled do budoucna

Bylo jasné, že Neil Gorsuch posílí konzervativní křídlo Nejvyššího soudu, otázkou zůstávalo, zda se přikloní k nejpravicejším soudcům Thomasovi a Alitovi a reálně tak nahradí Antonina Scaliu, či se zařadí spíše k pravému středu – k předsedovi Robertsovi a těžko odhadnutelnému soudci Kennedymu. Gorsuch je textualistou a originalistou jako Scalia a stejně jako jeho velký mentor zastává názor, že statutární předpisy mají být vykládány bez ohledu na legislativní historii. Gorsuchův přístup k právu je také blízký přirozenoprávní filozofii. „*Je nutno aplikovat právo takové, jaké je, ohlížet se přitom zpět, nikoliv dopředu, studovat text, strukturu a historii a rozhodnout se, jak by tomu rozuměl racionální čtenář*“

¹⁹ Poslední oficiální povinnost, kterou musí soudce Nejvyššího soudu splnit, než se skutečně ujme vykonávání své funkce, je přísaha. Skládá vlastně přísahy dvě (*oaths of office*), první je ústavní přísaha (*constitutional oath*), kterou jsou povinni absolvovat všichni federální funkcionáři, úředníci či zaměstnanci (kromě prezidenta, který skládá zvláštní slib), a druhou soudní přísaha (*judicial oath*), povinná pro federální soudce. Ve Spojených státech stále nejsou tyto akty pouze formálními či ceremoniálními událostmi, ale zároveň jde o hluboce prožívané vyjádření vůle přísahajícího odhodlat se skutečně se vši poctivostí konat to, co se od něj v této vysoce intelektuální, odpovědné a morálně náročné činnosti očekává.

v době přijetí daného předpisu; nerozhodovat případy podle svých morálních sklonů nebo politických konsekvencí, které zdánlivě nejlépe poslouží společnosti,“ říká nový soudce Nejvyššího soudu. Američtí liberálové se podle něho stali „přivažkem soudní moci“, spolehnajíce na to, že soudci a právníci, spíše než političtí vůdcové a voliči, protlačí jejich sociální agendu – tím ovšem rezignují na přesvědčování společnosti.

Jmenování poměrně mladého Neila Gorsucha znamená, že by mohl ovlivňovat vrcholný svět ústavního práva ještě déle, než třeba legendární John Marshall či Oliver Wendell Holmes. Navíc k tomu může mít ku pomoci další spřízněné konzervativní soudce, když současní významní liberálové u Nejvyššího soudu Stephen Breyer a Ruth Bader Ginsburgová již překročili osmdesátku, nebo se k ní blíží. Centristovi Anthony Kennedymu je také osmdesát. Osud a pověst Nejvyššího soudu přitom hodně závisí na jeho vyváženosti. Jakmile se příliš vychýlí jedním směrem, ať již doleva, či doprava, může se stát nebezpečně ideologickým. K tomu sice dojít nemusí, ale potenciálně to hrozí. Na závěry je však ještě příliš brzy.

Neil Gorsuch je známý také tím, že sbírá citáty Winstona Churchilla. Jistě bude proto znát tuto historku. Churchill, který jinak přílišnou skromností neoplýval, na nadšené gratulace, čeho dosáhl, když po něm kdysi pojmenovali tank, symbol nezdolnosti, odpověděl: *„Jak se dalo očekávat, tento tank měl mnoho nedostatků a prvovýrobních problémů, a když byly všechny sečteny, byl pokřtěn na Churchilla“*. Ano, nikoliv sama funkce či moc, ale až zraní jejího držitele a obecně přijatelné výsledky, kterých dosáhne, se počítají. Ukáže vývoj, těžké případy – a soud času: v taláru věčnosti mu předsedá sama nepodplatitelná historie.

Constitutional Specifics of Last Two Nominations to the Supreme Court of the United States

Martin Dostál

Abstract: In the introduction, the author presents historical overview of the process of selection, nomination, confirmation and appointment of Justices the Supreme Court of the United States, from beginning in 1789 to modern times. In comparison with the Czech constitutional and legal order, we see considerably different approach, despite the fact that our Constitution was inspired by the American. In the next sections, the article focuses on the final Supreme Court pick of president Barack Obama and president Donald Trump's first Supreme Court nominee judge Neil Gorsuch who was subsequently confirmed. The Democratic party had dreamed of a progressive majority in the court and accused the Republicans of "stealing" the seat and of refusing to consider the nomination of judge Merrick Garland, Obama nominee. The Democratic filibuster that followed was overcome by a Republican move to change Senate rules. When Donald Trump set out to find a justice to return the court to its full nine members, the imperative, as far as many Republicans saw it, was to come as close as possible to replacing conservative Justice Antonin Scalia, whose death in February 2016 created the vacancy. It was important to avoid an appointment like that of the retired Justice David Souter, who often voted with the court's liberal wing despite having been appointed by president Bush, a Republican. Neil Gorsuch, an appeals court judge based in Colorado, came with conservative credentials established by thousand of rulings. He can give the court a conservative tint, after a year in which a divided Court is split 4–4 on touchstone issues including voting rights, abortion rights, immigration and gun owners rights. But it's difficult now to accurately predict how a relative young (49 years) Justice might rule in many future hard cases; that needs still time.

Key words: Supreme Court vacancy, nomination, confirmation, appointment, advice and consent of the Senate, filibuster, constitutional duty, Senate judiciary committee, oaths of office, textualist and originalist approach