

odst. 1, jestliže otázka vyvstane u soudu členského státu, jehož rozhodnutí již nemůže být napadeno opravnými prostředky podle vnitrostátního práva, a tento soud požádá o rozhodnutí předběžné otázky Soudní dvůr, protože toto rozhodnutí považuje za nutné k vydání svého rozsudku. V žádném případě však Soudní dvůr nemá pravomoc rozhodovat o opatřeních a rozhodnutích přijatých podle čl. 62 odst. 1 SES, která se týkají udržení práva a pořádku a zajištění vnitřní bezpečnosti (čl. 68 odst. 2 SES).

Oblast druhého pilíře, tj. společná zahraniční a bezpečnostní politika, zatím do pravomoci Soudního dvora nesvěřuje žádné záležitosti.

Je zajímavé, že jurisdikci Soudního dvora podléhají také některé mezinárodní smlouvy, např. Úmluva o pravomoci a vykonatelnosti rozhodnutí v občanských a obchodních věcech³⁸⁾ uzavřená podle čl. 293

³⁸⁾ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters publikovaná v ÚL 1983 C 97/23.

SES nebo Úmluva o pravomoci a uznávání a vykonatelnosti rozhodnutí v manželských věcech⁴⁰⁾ uzavřená podle dnešního čl. 31 SEU. Pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách se vztahuje za určitých podmínek také na státy Evropského hospodářského prostoru (EHP).

Vzhledem k existenci dvou různých soudních orgánů mohou nastat spory o otázku příslušnosti, se kterými počítá čl. 54 Statutu ESD. Obecně si soudy navzájem postoupí věc, pokud zjistí, že je k rozhodování příslušný druhý soud. Soud prvního stupně má rovněž v různých typech řízení možnost přerušit řízení a počkat na rozhodnutí Soudního dvora nebo se prohlásit za nepřislušný a věc Soudnímu dvoru postoupit.

(Dokončení v příštím čísle)

³⁹⁾ Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters publikovaná v ÚL 1998 C 221/1.

Argumentace srovnávacím právem

v judikatuře Nejvyššího soudu Spojených států amerických

MICHAL BOBEK

„Nepopravíme ho, nebyl plnoletý. a navíc už to ve světě nikdo nedělá!“

Dne 1. března 2005 došel Nejvyšší soud Spojených států amerických v případě *Roper v. Simmons*¹⁾ k závěru, že vykonání trestu smrti na osobě, která byla v okamžiku spáchání trestného činu mladší osmnácti let, odporuje osmému dodatku Ústavy Spojených států amerických.²⁾ Zrušení trestu smrti pro mladistvé na území Spojených států amerických zásahem moci soudní je z ústavního hlediska zajisté problematikou

fascinující. Není však předmětem tohoto článku. Co nás zajímá není hmotněprávní výsledek případu. Náš zájem směřuje k tomu, jak k tomuto výsledku Nejvyšší soud argumentačně dospěl, ještě přesněji k určitému výseku argumentace Nejvyššího soudu: jakou roli hrálo při rozhodování Nejvyššího soudu užití srovnávacího práva a posouzení zahraničních pramenů?

Případ *Roper* je prozatím posledním pokračováním ságy, která rozděluje americkou právníkou veřejnost již delší dobu: mají soudy Spojených států amerických, tedy především Nejvyšší soud, brát při svém rozhodování v potaz právo cizích států a cizí judikaturu? Tato otázka je citlivá především při výkladu dodatků americké ústavy týkajících se ochrany základních občanských práv. Rozštěpení americké právníkové veřejnosti v této otázce je dobře patrné

¹⁾ Donald P. Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Christopher Simmons, rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojených států amerických z 1. března 2005. Rozhodnutí zatím nebylo úředně publikováno, prozatímní označení (bez určení počáteční stránky ve sbírce rozhodnutí Nejvyššího soudu) je 543 U. S. (2005) společně s určením, zda se jedná o většinové či některé z odlišných stanovisek.

²⁾ „Je zakázáno vybírat nepřiměřené kauce, ukládat nepřiměřené pokuty či kruté a neobvyklé tresty.“ Klíčovou otázkou výkladu představuje zjištění, zda trest smrti představuje krutý a neobvyklý trest.

v rámci samotného Nejvyššího soudu.³⁾ Článek má za cíl na pozadí případu *Roper* krátce načrtnout debatu, která je ve Spojených státech na téma využívání zahraničních právních pramenů při řešení vnitrostátních ústavních konfliktů vedena.

Většina v případě Roper: srovnávací právo je relevantní, není však rozhodující

Případ *Roper* je vzorovým příkladem nesouhlasu v rámci Nejvyššího soudu v otázce využití zahraniční judikatury při výkladu Ústavy Spojených států amerických. Výchozí případ pocházející ze státu Missouri byl (bohužel) prozaicky jednoduchý. Christopher Simmons spáchal vraždu. Se svými kumpány se v noci vloupal do domu paní Crookové. Paní Crookovou svázal, odvezl na most a shodil do vody. Paní Crooková se utopila. Christopher Simmons byl usvědčen z vraždy prvního stupně a odsouzen k trestu smrti. Případ se cestou odvolání dostal před Nejvyšší soud státu Missouri. Tento ve svém rozsudku⁴⁾ konstatoval, že se ve Spojených státech již vyvinul celonárodní konsensus, který brání výkonu trestu smrti u osob mladších osmnácti let a trest smrti zrušil. Stát Missouri se odvolal k Nejvyššímu soudu Spojených států amerických.⁵⁾

Nejvyšší soud se rozštěpil na pětičlennou většinu (sudci Kennedy, Stevens, Souter, Ginsburg a Breyer), přičemž sudci Stevens a Ginsburg předložili částečně konkurující stanovisko (*concurring opinion*).⁶⁾ Soudkyně Sandra Day O'Connor sepsala odlišné (nesouhlasné) stanovisko (*dissenting opinion*). Hlavní odlišné stanovisko dodal soudce Antonin Scalia.

³⁾ Využívání zahraničních právních pramenů v rozhodování Nejvyššího soudu bylo předmětem historicky první veřejné debaty mezi soudci Nejvyššího soudu Stephenem Breyerem a Antoninem Scaliou. Konala se 13. ledna 2005 na American University Washington College of Law, Washington D. C. Záznam debaty je možné sledovat v elektronické podobě na serveru <http://www.c-span.org>. Doslovný přepis debaty je možné stáhnout na internetových stránkách American University na <http://www.american.edu> (4. 4. 2005).

⁴⁾ State ex rel. Simmons v. Roper, 112 S. W. 3d 397 (2003).

⁵⁾ 540 U. S. 1160 (2004) (writ of certiorari). Pro úplnost je třeba dodat, že se jednalo o v pořadí druhý pokus o odvolání k Nejvyššímu soudu v případě Roper. První žádost o odvolání, kterou podal několik let předtím Simmons, byla Nejvyšším soudem odmítnuta. Soud však v mezidobí částečně modifikoval svoji judikaturu v otázkách trestu smrti pro pachatele mentálně zaostalé v případě Atkins v. Virginia, 536 U. S. 304 (2002). V reakci na toto rozhodnutí došel Nejvyšší soud státu Missouri k závěru, že stejné závěry platí též pro osoby mladistvé. Protože Nejvyšší soud Spojených států chtěl zamezit vytváření rozporné judikatury v jednotlivých státech Unie, druhou žádost o odvolání přijal.

⁶⁾ „Concurring opinion“ znamená, že soudce souhlasí s většinou pokud se týká výsledku (výroku) rozhodnutí, nesouhlasí ale zcela nebo částečně s argumentací, která k němu jeho kolegy vedla. Metaforicky řečeno, soudce s konkurujícím stanoviskem došel na stejné místo, šel ale jinou cestou.

K odlišnému stanovisku soudce Scalia se připojili předseda soudu Rehnquist a soudce Thomas.

Autorem většinového stanoviska Nejvyššího soudu byl soudce Kennedy. Jeho argumentace se opírala o tři hlavní body: Za prvé, od okamžiku, kdy se Nejvyšší soud otázkou trestu smrti u mladistvých zabýval naposledy,⁷⁾ došlo k vytvoření celonárodního konsensu v tom smyslu, že poprava mladistvých představuje „krutý a neobvyklý trest“, a je tedy v rozporu s osmým dodatkem Ústavy Spojených států. Soudce Kennedy tento názor podepírá empirickou studií situace v jednotlivých státech Spojených států, kde většina (zdaleka ne však všechny státy) výkon trestu smrti na mladistvých buď přímo zakázaly, nebo jej nevykonávají. Soudce Kennedy se zde přiklání k dynamickému výkladu Ústavy. Ústava by dle jeho názoru měla být vykládána s přihlédnutím k tomu, jaký obsah mají její ustanovení v kontextu novodobé společnosti. Dle tohoto náhledu znamená „krutý a neobvyklý trest“ něco jiného v době přijetí prvních deseti dodatků k Ústavě a něco jiného na počátku 21. století, tedy o více jak dvě století později. Úkolem Nejvyššího soudu je vykládat Ústavu Spojených států ve světle nestále se vyvíjejících standardů slušnosti (*evolving standards of decency*).

Druhá argumentační linie většinového stanoviska vychází z aspektů psychologických a penologických. Mladiství nebývají, dle názoru Nejvyššího soudu, dostatečně mentálně vyspělí, aby nesli plnou váhu odpovědnosti za své činy. Bývají také méně citově vyzrálí, náchylnější k ovlivnění a nátlaku a také méně informovaní než dospělí. Z těchto poznatků Nejvyšší soud vyvozuje nižší formu zavinění a společenské nebezpečnosti činů mladistvých. Nižší míra zavinění by pak v očích Nejvyššího soudu měla znamenat nižší trest. Vzhledem k závažnosti a nezvratitelnosti trestu smrti by pak, jak uzavírá Nejvyšší soud, měl být výkon trestu smrti na mladistvých obecně vyloučen.

Jakkoliv jsou výše uvedené dvě argumentační linie většinového stanoviska Nejvyššího soudu zajímavé (a nikoliv nesporné), náš zájem patří argumentační linii třetí. Argumentaci srovnávacím právem zahajuje většina Nejvyššího soudu následovně: „Naše rozhodnutí, že trest smrti je nepřiměřeným trestem pro pachatele mladší osmnácti let, je potvrzeno drsnou skutečností, že Spojené státy jsou jedinou zemí na světě, která úředně schvaluje výkon trestu smrti na mladistvých.“⁸⁾ Nejvyšší soud však, s ohledem na dopad, jaké má podobné prohlášení na odpůrce užití srovnávacích praktik v judikatuře Nejvyššího soudu, dodává: „Tato realita se však nestává určující, neboť úkol výkladu Osmého dodatku zůstává naší odpovědností.“⁹⁾

⁷⁾ V roce 1989 v případě *Stanford v. Kentucky*, 492 U. S. 361 (1989).

⁸⁾ 543 U. S. (2005), majority (Kennedy) str. 21 (bod IV).

⁹⁾ Tamtéž.

Na jaké zahraniční prameny odkazuje Nejvyšší soud konkrétně? Tak především na Úmluvu OSN o právech dítěte, která v článku 37 vylučuje výkon trestu smrti na pachatelích mladších osmnácti let. V rámci mezinárodního práva pak Nejvyšší soud dále odkazuje na Mezinárodní pakt o občanských a politických právech a na Americkou úmluvu o ochraně lidských práv. Dalším bodem v argumentaci Nejvyššího soudu je mezinárodní srovnání: kromě Spojených států, pouze 7 států světa popravilo od roku 1990 mladistvé: Irán, Pákistán, Saudská Arábie, Jemen, Nigérie, Demokratická republika Kongo a Čína. Z úvah Nejvyššího soudu lze vyčíst, ač tento poznatek není přirozeně otevřeně vysloven, že liberálnější většina Nejvyššího soudu není potěšena zařazením USA do této skupiny států. Navíc, jak uzavírá Nejvyšší soud, již i těchto sedm států v současnosti trest smrti na mladistvých buď vysloveně zrušilo, nebo jej v praxi nevykonává.

Dalším směrem úvah Nejvyššího soudu je částečně historizující zahraniční srovnání. Nejvyšší soud zmiňuje postupné rušení trestu smrti ve Spojeném království Velké Británie a Severního Irsku po druhé světové válce jako podpůrný argument pro své tvrzení, že výkon trestu smrti na mladistvých patří mezi „kruté a neobvyklé tresty“. „Zkušenost Spojeného království má s ohledem na historické vazby mezi našimi zeměmi a ve světle původu samotného Osmého dodatku zvláštní význam. Dodatek byl vytvořen podle podobného vzoru v anglické Deklaraci práv z roku 1689.“¹⁰⁾ Pochopení a zohlednění **současné** situace ve Spojeném království má proto, dle názoru většiny Nejvyššího soudu, relevanci pro řešení podobné otázky ve Spojených státech a výklad podobného ústavního textu.

Menšina v případě Roper: ve výkladu Ústavy Spojených států nemá cizí právo místo!

Menšina, zastupovaná Antoninem Scaliou, odmítá přiznat jakoukoliv relevanci zahraničním pramenům při výkladu Ústavy Spojených států: „Domnívám se, že ani výklad osmého dodatku ani výklad kteréhokoli dalšího ustanovení naší Ústavy by neměl být určován subjektivními názory pěti členů tohoto soudu a stejně smýšlejícími cizinci.“¹¹⁾ Necháme-li stranou Scaliovu nesouhlasnou argumentaci v prvních dvou bodech rozhodnutí Roper, jaké výhrady má menšina vůči argumentaci srovnávacím právem?

Pokud se týká mezinárodněprávních pramenů, Scalia poznamenává, že žádný z pramenů mezinárodního práva, na který se většina odvolává, nebyl nikdy Spojenými státy ratifikován v takové podobě, aby zakazoval trest smrti u mladistvých. Úmluvu OSN o právech dítěte ratifikovaly všechny státy světa s vý-

jimkou USA a Somálska. Spojené státy tedy nejsou úmluvou vázány a soudy Spojených států k ní nemají přihlížet. K relevantním ustanovením Mezinárodního paktu o občanských a politických právech formuloval Senát Spojených států amerických při ratifikaci výhradu, která prohlašuje, že Spojené státy nejsou vázány zákazem výkonu trestu smrti u mladistvých. Scalia dosti jízlivě uzavírá, že „Pokud si Nejvyšší soud zatím do své výzbroje nepřidal pravomoc sjednávat a ratifikovat ve jménu Spojených států mezinárodní smlouvy, není mi jasné, jak tento důkaz [argumentace mezinárodními smlouvami – pozn. autora] posiluje a nikoliv vyvrací jeho pozici.“¹²⁾

V podobném duchu odmítá Scalia přiznat jakoukoliv relevanci skutečnosti, že Spojené státy jsou jedním z mála, ne-li již posledním státem současného mezinárodního společenství, který vykonává trest smrti na mladistvých. Dle Scalii nejsou cizí úpravy a zkušenosti pro výklad Ústavy spojených států relevantní. Navíc, jak se Scalia táže, je Nejvyšší soud Spojených států skutečně v pozici hodnotit právní situaci a praxi ve všech zemích světa? „Nejvyšší soud je bez problémů ochoten věřit tomu, že každý cizí stát – bez ohledu na jeho jakkoliv tyranskou či politickou vizáž a s jakkoliv podřízenými či neschopnými soudy – ve skutečnosti vážně respektuje pravidlo zákazu trestu smrti pro pachatele mladší osmnácti let.“¹³⁾

Třetí bod argumentace zahraničním právem, tedy srovnání se Spojeným královstvím, je dle Scalii „pravděpodobně ta nejvíce neobhajitelná část“¹⁴⁾ argumentace většiny Nejvyššího soudu. Dle Scalii je nepochybné, že jak Spojené státy, tak Spojené království sdílí společnou právní minulost. Jedná se však o minulost, nikoliv přítomnost. Používat anglické právní prameny lze proto pouze k výkladu historických pramenů z konce 18. století. Srovnání se současnou situací ve Spojeném království však nemůže sloužit k výkladu současné Ústavy Spojených států. Jak Scalia uzavírá, „Nedovedu pochopit, proč bychom měli brát ohled na zemi, která ve stoletích následujících po Válce za nezávislost vyvíjela – a s narůstající rychlostí dále vyvíjí, od nedávného podřízení se Spojeného království judikatuře Evropských soudů, dominovaných kontinentálními právníky – právní, politickou a společenskou kulturu dosti odlišnou od té naší.“¹⁵⁾

Z výše uvedeného je zřejmé, že menšina principiálně odmítá jakékoliv zohlednění srovnávacího práva při výkladu současné Ústavy Spojených států amerických. Jak také uzavírá Scalia, „...základní premisu argumentace Nejvyššího soudu, tedy že právo Spojených států by mělo být v souladu s právem zbytku světa, je třeba bez dalšího odmítnout.“¹⁶⁾ Pro úplnost dodejme, že ne celá menšina v případě Roper odmítá

¹²⁾ 543 U. S. (2005), dissent (Scalia), str. 17 (bod III).

¹³⁾ Tamtéž.

¹⁴⁾ Tamtéž, str. 20.

¹⁵⁾ Tamtéž, str. 21.

¹⁶⁾ Tamtéž, str. 18.

¹⁰⁾ 543 U. S. (2005), majority (Kennedy), str. 23 (bod IV).

¹¹⁾ 543 U. S. (2005), dissent (Scalia), str. 2.

užití srovnávacího práva bez dalšího. Pozice soudkyně Sandry O'Connor, která je autorkou druhého odlišného stanoviska, je vůči srovnávacímu právu o poznání smířlivější. Ačkoliv O'Connor nebyla v případě Roper srovnávacím právem přesvědčena o nutnosti zrušení trestu smrti pro mladistvé, užití srovnávacího práva obecně nevylučuje. Dle jejího názoru má srovnávací právo své místo v rámci dynamického výkladu Ústavy. „Vývíjející se standardy slušnosti tohoto národa jistě nejsou plně izolovány či v rozporu s hodnotami převažujícími v jiných zemích. Naopak bychom neměli být překvapeni, jestliže nalezneme soulad mezi vnitrostátními a mezinárodními hodnotami, především v oblastech, kde mezinárodní společenství dosáhlo jasné shody – vyjádřené v mezinárodním právu nebo ve vnitrostátním právu jednotlivých zemí – v tom, že určitá forma trestu je v rozporu se základními lidskými právy. Existence podobné shody může sloužit přinejmenším jako potvrzení uvážlivosti shodného a opravdového amerického konsensu.“¹⁷⁾

Užití srovnávacího práva – rovina teoretická

Jak již bylo zmíněno v úvodu, případ *Roper v. Simmons* není ve sporu ohledně využití srovnávacího práva v argumentaci Nejvyššího soudu ojedinělý. *Roper* je spíše dobrou a čerstvou ilustrací rozkolu, který trvá již několik desetiletí. Spor má mnoho rovin a nuancí, nicméně dvě jasné opačné pozice jsou zastupovány dvěma soudci Nejvyššího soudu – Stephenem Breyerem a Antoninem Scaliou.

V zásadě se jedná o odlišný náhled na způsob výkladu Ústavy Spojených států a role Nejvyššího soudu v ní. Scalia zastává postoj, který sám označuje za tzv. původní výklad Ústavy (*originalist approach*). V tomto pohledu jsou soudci v demokratickém státě striktně vázáni textem dokumentu, který vykládají. Ústavní dokument má být čten ve smyslu, světle a vnímání, který mu byl přikládán v okamžiku, kdy byl přijat. Jestliže ústavní dokument na určité téma mlčí, není úlohou moci soudní, aby tento dokument doplňovala či rozšiřovala výkladem. To je výlučnou pravomocí demokraticky zvoleného zákonodárce. Z této pozice pak logicky plyne nezáměr soudce, užívající zmiňovanou „autentickou“ formu ústavní interpretace, o současné dění v jiných zemích a jiných právních řádech pro výklad ústavního dokumentu.¹⁸⁾

¹⁷⁾ 543 U. S. (2005), dissent (O'Connor), str. 19 (bod D).

¹⁸⁾ S výjimkou tedy výše zmiňovaného historického výkladu „srovnávacím“ právem, kdy zohlednění stavu anglického common law ke konci 18. století a ve stoletích předcházejících může být bráno v potaz pro výklad kořenů současné úpravy. V podobném případě se však nejedná ani tak moc o srovnávací, jako spíše skutečně o historický výklad. V oblasti lidských práv, srov. například dlouhý výklad na téma historie potratů v anglosaských zemích v případě *Roe et al. v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973) či rozbor historického pozadí trestného činu sodomie (pohlavního styku se zvířaty) v případě *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 (2003) apod.

Antonin Scalia osobně často brojí proti „nadsoudnímu“ dialogu mezi soudci. Dle jeho názoru se jedná o nebezpečný posun, ohrožující samotné základy demokracie. Jak Scalia konstatoval v projevu na mezinárodním setkání soudců z celého amerického kontinentu, „...my, soudci amerických demokracií, jsme služebníci lidu. Máme povinnost aplikovat, bez strachu či zaujatosti, zákony, které tento lid považuje za vhodné. Nejsme nějaké mezinárodní kněžstvo, které by bylo povoláno stanovovat našim svobodným občanům jakési nadnárodní normy, které jsou v rozporu s jejich vlastními. Kdyby ‚mezinárodní normy‘ byly kontrolovaly naše praotce, demokracie by se na americkém kontinentě nebyla nikdy zrodila“.¹⁹⁾

Jak Scalia uvádí, mezinárodními a nadnárodními soudcovskými dialogy mezi soudci dochází k vytváření jakéhosi horizontálního náhledu na „správné“ řešení problémů, které pak soudci ve vzájemné shodě a odkazu jeden na druhého v podobě použití srovnávacího práva a vzájemné citace judikatury vnucují vlastním občanům. Tato myšlenka je patrná v případě ožehavých lidsko-právních otázek, ve kterých zpravidla nepanuje v rámci daného státu shoda, jako jsou potraty,²⁰⁾ trest smrti,²¹⁾ trestní postih, sňatky homosexuálů²²⁾ apod. Tato obava však není omezena pouze na Spojené státy. Nebezpečí podobných postupů, kdy „osvícení“ soudci na nejvyšších či ústavních soudech za podpory a odvolávání se na zahraniční paralely prosazují soudní cestou řešení, proti kterému protestuje většina vnitrostátní populace, lze nalézt v Evropě²³⁾ i mimo ni.²⁴⁾

¹⁹⁾ Scalia, A.: Commentary, 40 (1996) St. Louis L. J. 1119, na str. 1122.

²⁰⁾ *Viz Roe et al. v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), *Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*, 505 U. S. 833 (1992).

²¹⁾ *Viz* např. *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972), *McKlesky v. Kemp*, 481 U. S. 279 (1987), *Callins v. Collins*, 510 U. S. 1141 (1994), *Thompson v. Oklahoma*, 487 U. S. 815 (1988), *Stanford v. Kentucky*, 492 U. S. 361 (1989) a náš uvozuující případ *Roper v. Simmons*.

²²⁾ *Viz* např. *Bowers v. Hardwick* 478 U. S. 186 (1986) či *Lawrence v. Texas* 123 S Ct 2472 (2003).

²³⁾ V oblasti lidských práv především v rámci judikatury Evropského soudu pro lidská práva, který za spolupráce se soudy smluvní strany pomáhá rušit „zastaralé“ či „zaostalé“ právní úpravy typu kriminalizace sexuálního styku mezi dospělými osobami stejného pohlaví [srov. severoirský případ ve stížnosti č. 7525/76 *Dudgeon v. United Kingdom* (1982) 4 EHRR 149 (Series A no. 45) či irská stížnost č. 10581/83 *Norris v. Ireland*, (Series A no. 142)], koriguje poněkud prudernější představy o obscénním umění [*Müller and Others v. Switzerland*, (1991), 13 EHRR 212 (Series A, No 133)] či podrobuje přezkumu standardy obscénnosti v rámci svobody slova [*Handyside v. United Kingdom* (1979-80) 1 EHRR 737 (Series A, No 24)].

²⁴⁾ Markantní je podobný postup například v Izraeli. Izraelský Nejvyšší soud totiž za pomoci srovnávacího práva, především za použití judikatury Nejvyššího soudu Spojených států amerických, neváhá vytvářet právní konstrukce cizí izraelskému právnímu řádu. V oblasti ochrany svobody slova srov. Lahav, P.: *American Influence of Israel's Jurisprudence of Free Speech*. 9 *Hastings Const. L. Q.* 21 (1981 – 1982). Silná

Soudce Stephen Breyer nabízí na stejný problém názor opačný. Za prvé, výklad žádného ústavního dokumentu nemůže být statický. Výklad výrazů a obrátů dvě stě let starých je třeba vykládat dynamicky, ve světle vyvíjejících se názorů a standardů společnosti. Tento dynamický, evoluční výklad ústavy připouští, že ač slova Ústavy Spojených států zůstávají stejná, jejich obsah se mění s vývojem společnosti. Z tohoto odlišného pojetí funkce soudce při výkladu ústavy pak plyne odlišné chápání úlohy srovnávacího práva. Jak soudce Breyer poznamenává,²⁵⁾ všichni soudci na celém světě jsou lidské bytosti řešící podobné problémy. Jestliže řeší nové a podobné problémy, na které žádná stará ústavní listina nezná odpovědi, proč nezohlednit rozumný postup či právní názor, který existuje v jiném právním řádu?

Za podobných právně-filosofických východisek je „nahlédnutí“ do cizího právního řádu pro účely výkladu vlastních ústavních ustanovení možné. V oblasti lidských práv může být podobný postup ospravedlněn povahou lidských práv jako takových. Jestliže je naším filosofickým východiskem univerzální lidských práv, předpokládáme, že lidská práva jsou nezadatelná, nezczizitelná a do značné míry nezávislá na státě, který je pouze chrání, nikoliv vytváří. Za této konstelace zbývá k užití srovnávacího práva pro výklad jejich obsahu už jen malý krůček. Jestliže jsou lidská práva skutečně univerzální, pak by výklad těchto práv v jednotlivých právních řádech měl být pouhou lokální variací jednoho a toho samého práva.

Proč je využívání srovnávacího práva při ústavní interpretaci, především v kontextu Spojených států, takovým problémem? Do značné míry se jedná o aspekt psychologický, jakýsi pocit, že většinová vůle a určitá společenská hodnotová volba, učiněná volenými zástupci, je přepsána nevolenou elitou ve jménu „mezinárodních“ standardů a hodnot. Tato námitka může být do určité míry pravdivá. Problém má však, jak jsme viděli výše, širší pozadí: východiska pro a proti využití srovnávacího práva jsou dána zvolenou metodou ústavního výkladu. Jestliže někdo volí „autentickou“ metodu výkladu ústavního textu, užití srovnávacího pohledu při zjišťování obsahu současného ústavního textu je od počátku nemožné. Námitka vůči využití srovnávacího práva druhou stranou se pak dostává do dimenze jakéhosi požadavku férovosti výkladového boje. Zastánci evolučního, dyna-

mického výkladu ústavy totiž získávají ve srovnávacím právu zbraň, kterou druhá strana nikdy nemůže získat. Zastánci autentického výkladu proto požadují souboj pouze v národním ringu a prostředky přístupnými oběma stranám.²⁶⁾

Dalším opakujícím se motivem je míra ingerence moci soudní do rozhodování morálních, lidsko-právních otázek. I v této oblasti jsou však karty předem dány: zastánci autentického výkladu prosazují pokud možno nejvěrnější výklad stávajícího textu a maximální zdrženlivost moci soudní. Tento přístup v praxi znamená, že jestliže ústavní text na klíčové otázky mlčí, není úkolem moci soudní mluvit za něj. Jestliže Ústava Spojených států na téma trestu smrti či potratů mlčí, úprava obou otázek spadá do pravomoci států federace. Jestliže pak k Nejvyššímu soudu přicházejí odpůrci trestu smrti či zastánci potratů a žádají zákaz prvního a autorizaci druhého, žádají po soudu provedení změn, které jsou povahou legislativní. Jak trefně glosuje Scalia: „Jestliže se domníváte, že je třeba zrušit trest smrti, přesvědčte své spoluobčany a schvalte zákon. Toto za vás žádný soud neudělá!“²⁷⁾

Z výše uvedeného náčrtu teoretického pozadí by se mohlo zdát, že využívání srovnávacího práva je klíčovým problémem výkladu Ústavy ve Spojených státech. Tak tomu přirozeně není. Tento pohled je vhodné kvalifikovat z několika hledisek. Za prvé, užití srovnávacího práva je sporné pouze v oblasti výkladu Ústavy a základních občanských práv ve výlučně vnitrostátních případech, kdy neexistuje pražádná autorizace soudu zohledňovat zahraniční právní úpravu. Využití srovnávacího práva v „běžných“ případech, například v oblasti mezinárodního práva soukromého či spolupráce v trestních věcech, není sporné.²⁸⁾ Je však otázkou, nakolik se v těchto oblastech jedná o srovnávací právo. V podobných případech totiž často existuje přímo ve vnitrostátním právu odkaz, který zmocňuje soudce k použití zahraničních právních pramenů. Za „pravý“ srovnávací přístup je však možné označit pouze případy, kdy jsou pro výklad vnitrostátního práva v čistě vnitrostátních situacích (tedy bez jakéhokoliv mezinárodního prvku) použity zahraniční právní prameny. Jedná se o situace, kdy ve vnitrostátním právním řádu chybí jakékoliv ustanove-

tendence k přebírání judikatury Nejvyššího soudu Spojených států či evropských soudů je též patrná v Jižní Africe, Indii či Kanadě. Blíže viz McCrudden, Ch.: A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, No. 4, pp. 499 – 532(2000) či Slaughter, A.-M.: A Typology of Transjudicial Communication. 29 *U. Rich. L. Rev.* pp. 99 – 137 (1994 – 1995).

²⁵⁾ Následující text je parafrázou vystoupení soudce Breyera v rámci výše citované debaty mezi soudci Breyerem a Scaliou, viz výše, pozn. č. 3.

²⁶⁾ Z praktického hlediska pak navíc není ve značném množství ožehavých lidsko-právních témat (trest smrti, potraty, práva homosexuálů apod.) využití srovnávacího práva cestou do neznáma, právě naopak – většina liberálních demokracií (především Evropa) mívá v podobných otázkách liberálnější úpravu než Spojené státy. Jakmile se proto někdo v podobných oblastech srovnávacího práva dovolává, je jasné, kam chce argumentačně dospět.

²⁷⁾ Parafráze projevu soudce Scaliie v rámci debaty na využití srovnávacího práva v judikatuře Nejvyššího soudu, cit. výše, pozn. č. 3. V případě výkladu federální ústavy, tedy kupříkladu v případě zmiňovaném Scaliou, se celá otázka dále komplikuje – jedná se nejen o otázku míry ingerence moci soudní do domény moci zákonodárné, ale též o otázku vymezení kompetencí mezi federací a jednotlivými státy Unie.

ní zmocňující soudce zabývat se zahraničním právem.

Stejně sporné je, za druhé, zda způsob, jakým Nejvyšší soud pracuje se zahraničními prameny v otázkách výkladu základních práv obsažených v Ústavě Spojených států lze vůbec označit za práci s prameny právními. Jak jsme viděli výše v případě *Roper*, Nejvyšší soud využívá zahraničního práva nikoliv jako práva v normativním smyslu slova, ale jako prostředek pro autoritativní zjištění určité sociální skutečnosti či praxe v zahraničí. Nejvyšší soud se nepídí po detailech právní úpravy v zahraničí a její normativní relevanci pro právo Spojených států. Co jej zajímá, je jakou morální volbu provedl ten či onen stát v určité otázce. Nejvyšší soud tak pracuje se zahraničním právem či zahraniční judikaturou jako s důkazy, které mají prokázat určité skutkové okolnosti, fakta. Zahraniční právo v tomto pojetí nemá atributy práva jako takového. Zahraniční právo má buď kvalitu statistických údajů, které prokazují existenci určité skutečnosti v zahraničí,²⁹⁾ dává empirické údaje o fungování určitého právního pravidla v zahraničí,³⁰⁾ či poskytuje důkaz o morálních standardech v jiných státech.³¹⁾ Pokud používá Nejvyšší soud srovnávací „právo“ v této rovině, je sporné, nakolik lze mluvit o právu jako takovém. Užití zahraničního „práva“ v této dimenzi by šlo z praktického hlediska snadno nahradit prostou vládní statistickou studií či akademickým článkem.

Poslední podstatnou kvalifikací je právně-teoretické odlišení argumentačního stylu při využívání srovnávacího práva. Rozdíl spočívá v tom, jestli soudce užije srovnání se zahraničím ve stylu „Trest smrti je protiústavní, protože ho v zahraničí (či v zemi X) nemají.“, anebo jestli jeho závěry znějí „Trest smrti je protiústavní, protože je v rozporu s dodatkem X a dodatkem Y Ústavy Spojených států amerických ... Tento závěr je navíc v souladu s praxí v zahraničí.“ V pří-

²⁸⁾ Zpravidla také, ale nikoliv časté. Soudy Spojených států mají spíš tendenci zahraniční právo „přehlížet“. Srov. např. Clark, D. S.: *The Use of Comparative Law by American Courts* (I) 42 Am. J. Comp. L. Supp. 24 (1994) či Tushnet, M.: *Transnational/Domestic Constitutional Law*. 37 Loy. L.A. L. Rev. 239. Pro analýzu využití mezinárodního práva soudy Spojených států, viz McFadden, P. M.: *Provincialism in United States Courts*. 81 Cornell L. Rev. 5 (1995 – 1996).

²⁹⁾ Jak tomu bylo například v samotném případě *Roper*. Podobnou mezinárodní „sociologickou studii“ provedl Nejvyšší soud kupříkladu v otázce výkonu trestu smrti na osobách mentálně zostalých v případě *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002) či v předchůdci případu *Roper – Stanford v. Kentucky*, 492 U. S. 361 (1989) (Justice Brennan).

³⁰⁾ Kupříkladu soudce Souter probíral v případě *Washington v. Glucksberg*, 117 S Ct 2257 (1997) holandské zkušenosti a problémy s právní úpravou eutanázie.

³¹⁾ Srov. dosti mlhavé odkazy k morálním standardům v zahraničí v otázkách práv homosexuálů v případech jako *Bowers v. Hardwick* 478 U. S. 186 (1986) či *Lawrence v. Texas* 123 S Ct 2472 (2003) či názor soudce Breyera na užití srovnávacího práva pro výklad amerických standardů morálky a slušnosti v případě *Knight v. Florida*, 528 U. S. 990 (1999), na str. 997 – 98.

padě prvním se jedná o argument autoritou, odvolání se na zahraniční praxi se stává autoritativním argumentem samo o sobě. V případě druhém představuje zahraniční situace argument podpůrný, který je doplňkem a pouhým dalším potvrzením závěru již učiněných na základě jiné argumentace.³²⁾ Je nepochybné, že použití srovnávacího práva jako výlučné autority je problematické. V praxi bude také velice vzácné – postavit svoji argumentaci výlučně na zahraničním právu si žádný vnitrostátní soudce asi nedovolí. Pokud argumenty srovnávacím právem fungují jako argumenty podpůrné, jako argumenty potvrzující závěry již dosažené na základě vnitrostátního práva, odpor vůči jejich využití klesá.³³⁾

Užití srovnávacího práva – rovina praktická

Užití srovnávacího práva Nejvyšším soudem Spojených států představuje kromě teoretických výhod také problémy praktické. K nejpodstatnějším výhradám v tomto směru patří povrchnost a neporozumění, značná selektivita při výběru pramenů, špatná kvalita odkazů na použité prameny a otázky procesní rovnosti stran a úlohy soudu při práci se srovnávacím právem.

Závažnou výhradou proti využívání srovnávacího práva vnitrostátními soudy obecně je chybějící kvalifikace právníků (a soudců), vzdělaných v rámci svého právního řádu, schopných pracovat na odpovídající úrovni se zahraničním právem. Následkem neznalosti cizího právního řádu a pozadí fungování určité normy ve společnosti může být povrchnost a nahodilost práce se zahraničními právními prameny.³⁴⁾ Ještě horší varianta nastává v případě, kdy selektivita není dána objektivní nemožností do hloubky jdoucí srovnávací rešerše, ale úmyslným výběrem pouze těch zahraničních pramenů či judikátů, které podporují závěry, kterých chce soudce dosáhnout. V praxi se pak může stát, že v rámci řízení nemusí být nikdo schopen mylné závěry o zahraniční právní

³²⁾ Viz Summers, R. S.: *Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification*. 63 Cornell L. Rev. 707 (1978), na str. 716. Summers označuje tyto argumenty jako „authority reasons“ a „substantive reasons“.

³³⁾ Srov. v této perspektivě strukturu výše popsané argumentace Nejvyššího soudu v případě *Roper*: ve stanovisku většiny byl argument zahraniční úpravou v pořadí argumentem třetím, poté, co většina již došla k závěru, že výkon trestu smrti u mladistvých je protiústavní na základě osmého a čtrnáctého dodatku k Ústavě Spojených států. Pořadí argumentů a uvození argumentu srovnávacím právem jako argumentu dodatečného, nikoliv určujícího, bylo bezpochyby pečlivě voleno.

³⁴⁾ Viz Alford, R. P.: *Misusing International Sources to Interpret the Constitution* 98 Am. J. Int'l L. 57, na str. 64 an. či Tushnet, M.: *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, 108 Yale L. J. 1225 (1999), str. 1237 – 38 a 1285 – 1306. Tushnet používá pro podobný postup výraz „bricolage“ – náhodný výběr a skládání několika útržků cizího právního řádu, které ve svém součtu nemusí vůbec odpovídat skutečnosti.

úpravě vyvrátit, či k tomu, jako v případě soudů posledního stupně, nikdo již nemá příležitost.

Problém selektivity využívání zahraničních pramenů je však třeba opět uvést do širší perspektivy. Za prvé, jakákoliv argumentace a kterékoliv rozhodnutí soudu je z povahy věci při výběru pramenů selektivní, a to i vzhledem k pramenům vnitrostátním. Množství právních pramenů, které se dané problematiky dotýkají a které by bylo třeba potenciálně zohlednit je vždy vyšší, než množství pramenů, se kterými lze reálně pracovat. I v případě vnitrostátního sporu tak soudce zpravidla provádí nutný výběr *relevantních* právních pramenů. Tento výběr je vždy nutně selektivní. Za druhé, jestliže soud nepoužívá zahraničních pramenů jako pramenů práva, ale, jak popsáno v případě Nejvyššího soudu výše, jako dokladů o určité sociální skutečnosti, zahraniční „právo“ dostává stejný statut, jako jakékoliv jiné, extra-legální prameny motivace soudních rozhodnutí. Zahraniční právo tak má stejný status jako právní doktrína či různé statistické, historické či ekonomické studie. Nicméně i v případě těchto dalších, sekundárních právních pramenů je zřejmá značná selektivita, která však, jak se zdá, nikoho neznepokojuje.³⁵⁾

Selektivita výběru pramenů je, především v případě Nejvyššího soudu Spojených států či jiných soudů právní kultury *common law*, také odrazem způsobu získávání znalosti o zahraničních právních úpravách a obecněji způsobem dokazování v řízení před soudem. Nezastupitelnou roli zde hrají dva faktory – vedení sporu dominované zásadou projednací (adversální) a institut podání *amici curiae*. Nejvyšší soud přirozeně dělá své vlastní rešerše. Ve svém rozhodovacím procesu však těží především z informací, které mu poskytnou strany sporu. Stranami sporu nejsou myšleny pouze strany výchozího sporu, ale též podání intervenujících stran (*amici curiae*). V důležitých ústavních případech, řešících otázky trestu smrti, potratů či práv homosexuálů běžně intervnují desítky různých vládních a především nevládních organizací, a to nejen ze Spojených států, ale též ze zahraničí.³⁶⁾ Je zajímavé pozorovat, jak inflační charakter pro užívání zahraničního práva podobné intervence mají. Množství intervencí a materiálů týkajících se zahraničního práva roste díky intervenujícím stranám v posledních letech exponenciální řadou. Velké světové nevládní organizace mají pochopitelně k dispozici celosvětové informační zázemí a podstat-

ně jiné prostředky, než běžní účastníci vnitrostátního řízení.³⁷⁾ Podobná situace může představovat procesní problém spravedlivého vedení procesu a rovnosti zbraní – nakolik je s těmito principy slučitelné, aby byly prostředky a síla právního zastupování tak výrazně vychýleny jedním směrem přítomností značného množství intervenujících?³⁸⁾

Vážnou výhradou k použití srovnávacího práva Nejvyšším soudem je však kvalita, či spíše řečeno přesnost odkazů. Zvykem Nejvyššího soudu je, v ostrém kontrastu k dobrému zvyku jiných světových nejvyšších či ústavních soudů,³⁹⁾ odkazovat na zahraniční prameny a judikaturu ve značně mlhavé formě, či přinejmenším v dosti kolísavé kvalitě.⁴⁰⁾ Kvalita odkazů na zahraniční judikaturu kolísá od přesné diskuse a rozboru jednotlivých případů Evropského soudu pro lidská práva⁴¹⁾ či německého Spolkového ústavního soudu⁴²⁾ až po obecné odkazy na „principy pevně ukotvené v židovsko-křesťanské morálce a etických standardech“,⁴³⁾ „na současné standardy slušnosti v ostatních zemích“,⁴⁴⁾ či na „závěry, které jsou v souladu s názory ostatních zemí, které sdílí naše anglo-americké dědictví, a s názory vedoucích zemí západoevropské civilizace“.⁴⁵⁾ Podobné mlhavé odkazy jsou přirozeně problematické. V praktické rovině jsou nedohledatelné, a proto v podstatě nevyvratitelné, v teoretické rovině pouze podporují výše rozebírané teorie o nadnárodním soudcovském bratrstvu, které elitářsky vnucuje jakési „správné“ morální závěry většinové populaci.

³⁷⁾ Dá se myslím s úspěchem pochybovat, nakolik obsáhlá by byla kupříkladu v případě Roper diskuse zahraničních právních pramenů v podání státu Missouri či právního obhájce Christophera Simmonse, kterému byl přidělen advokát ex officio.

³⁸⁾ I když zde je třeba zdůraznit odlišný charakter rozhodování před Nejvyšším soudem Spojených států, kde již nejde, jakkoliv to zní v případě trestu smrti cynicky, o spravedlnost v jednotlivém případě, ale o perspektivní řešení obecných právních otázek.

³⁹⁾ Srovnání kvality citací zahraniční judikatury kupříkladu izraelským Nejvyšším soudem, kanadským Nejvyšším soudem, Ústavním soudem Jižní Afriky či indickým Nejvyšším soudem vyznívá pro Nejvyšší soud Spojených států dost negativně.

⁴⁰⁾ Což je zarážející především v porovnání s odkazy na doktrinární práce, které bývají v judikatuře Nejvyššího soudu bezchybné a na stránku přesné.

⁴¹⁾ Viz například podrobný rozbor případu *Dudgeon v. United Kingdom* soudcem Kennedym v případě *Lawrence v. Texas* 123 S Ct 2472 (2003), doprovázený přesnými odkazy na relevantní judikaturu Evropského soudu pro lidská práva.

⁴²⁾ Srov. např. odkaz na judikaturu německého Spolkového ústavního soudu předsedou Nejvyššího soudu Rehnquistem v případě *Planned Parenthood Of Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*, 505 U. S. 833 (1992), v poznámce č. 1.

⁴³⁾ Na které se odvolával předseda soudu Warren Burger pro tvrzení, že pohlavní styk mezi homosexuály by měl zůstat trestný v případě *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986), na str. 196.

⁴⁴⁾ Na které odkazoval soudce Brennan pro účely zákazu výkonu trestu smrti na osobách mladších 18ti let v případě *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989), na str. 389.

⁴⁵⁾ Soudce Stevens v případě *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), na str. 836.

³⁵⁾ Jestliže kupříkladu Nejvyšší soud cituje, jak ostatně hojně činí, ve svých rozhodnutích doktrinární práce, jak lze ospravedlnit, že třeba jako názor doktríny k určité otázce cituje autora A, ale již ne autora B, C a D, kteří se všichni k otázce vyjádřili a jejich názory jsou taktéž relevantní?

³⁶⁾ V případě Roper například vystupovaly jako *amici curiae* kromě značného množství amerických sdružení a asociací též Evropská unie či Výbor pro lidská práva Advokátní komory Anglie a Welsu. V lidsko-právních případech před Nejvyšším soudem běžně intervnují například Amnesty International, různé mezinárodní výbory za lidská práva, za zrušení trestu smrti apod.

Co se zahraničními prameny: (ne)číst a (ne)citovat?

S technikou odkazů souvisí obecnější otázka, jak přistupovat k odkazům a citacím na zahraniční prameny. Jestliže chápeme (ne)číst a (ne)citovat jako dvě proměnné, jejich kombinace nám vytvoří 4 možnosti jak přistupovat k zahraničním pramenům: (i) číst a citovat, (ii) číst a necitovat, (iii) nečíst a citovat a (iv) nečíst a necitovat.

Je nepochybné, že v běžné praxi bude převládat možnost (iv). I v současném globálním světě je právo obdivuhodně nacionální – drtivou většinu případů je možné bez problémů řešit bez jakéhokoliv použití srovnávacího práva. Možnost (iv) je ale schůdným řešením i v případech, kdy by sice nebylo zahraniční srovnání pro výklad vnitrostátní situace od věci, soudce nicméně odmítá užití srovnávacího práva buď principiálně, či ke srovnávací analýze nemá ani čas, ani prostředky. Z nedostatku času a prostředků, avšak při vůli poohlédnout se po jiném řešení, se může zrodit možnost (iii) – soudce náhodně uchopí a ocituje kupříkladu zahraniční judikát. Činit tak nicméně bez přesnější znalosti skutkových okolností či povědomí o právním řádu výchozího státu, může mít za následek pomýlené použití zahraničního práva, především judikatury. Volba mezi možností (i) a možností (ii) zůstává volbou teoretickou, danou právně-filosofickým východiskem ústavní (či obecně právní) interpretace. Obě možnosti předpokládají, že soudce se s obsahem a fungováním zahraniční právní úpravy obstojně seznámil a je schopen ji smysluplně použít při výkladu vnitrostátní právní normy. Měl by v takovém případě na zahraniční zdroj své „inspirace“ odkázat?

Výhodou možnosti (i) je bezesporu transparentnost a do určité míry „přezkoumatelnost“ rozhodování soudce. Čtenář rozhodnutí získává znalost o tom, co k němu soudce vedlo a může lépe chápat použitou argumentaci. Výhodou druhé možnosti je větší nezávislost a opatrnost. Rozhodnutí bude totiž muset být v obou případech v souladu s výslovnými ustanoveními vnitrostátních právních předpisů. Použití zahraničních pramenů přichází vždy do úvahy pouze v rámci určité šedé zóny, která se rozprostírá mezi výslovnými ustanoveními vnitrostátního práva a výsledkem, ke kterému soudce dochází. Vzdálenost mezi oběma body závisí na míře neurčitosti legislativy.

⁴⁶⁾ Zahraniční judikatura (a nepřímo tak právo) je v podobném případě asimilována s judikaturou vnitrostátní (či de facto nahrazuje její neexistenci), obě však plní stejnou funkci – omezení míry soudcovského uvážení. Blíže k otázkám precedentu viz Kühn Z.: Proč si kontinentální právníci myslí, že jejich judikatura není závazná aneb patero důvodů pro odlišnou kontinentální koncepci precedentu. In: Závaznost rozhodnutí ústavních soudů. Sborník příspěvků. Mezinárodní teoretický seminář po-

Užití a plná citace zahraniční judikatury v podobném případě plní do určité míry funkci omezení soudcovského uvážení, omezení oné šedavé zóny volného soudcovského pohybu.⁴⁶⁾

Volba mezi možností (i) a možností (ii) může být také do značné míry dána právní kulturou. Je možné se domnívat, že soudci soudcovské kultury *common law* budou více volit možnost (i), kontinentální soudci spíše možnost (ii). Jedná se přirozeně o podstatné zjednodušení, roli zde však hraje úloha precedenčního práva či přinejmenším akceptace úlohy judikatury jako faktoru omezujícího prostor soudcovské úvahy. Kontinentální soudce odmítá závaznost (či alespoň podstatnější míru přesvědčivosti) judikatury. Akceptuje pouze celkové vymezení hracího pole zákonnými předpisy. Pohyb v rámci tohoto pole je však střezem „nezávislostí“ soudce.⁴⁷⁾ V této poněkud pomýlené optice se pak precedent či ustálená judikatura stávají faktory, které omezují soudcovu nezávislost. Naopak soudce kultury *common law* chápe celý proces jako proces dynamický, kontinuální, kde je směřování soudce postupně usměřňováno zprava i zleva stávající judikaturou.⁴⁸⁾ Soudce *common law* judikaturu, i zahraniční, vítá, neboť omezuje míru soudcovského uvážení. Protože je navíc navyklý s judikaturou pracovat v určitém rámci, bude ji též řádně citovat, i když se jedná o judikaturu zahraniční. Kontinentální soudce, který běžně nepracuje ani s judikaturou vlastní, pak bude jen ztěží citovat judikaturu či právní prameny zahraniční.

Tento článek nemá závěr. Na příkladu použití srovnávacího práva Nejvyšším soudem Spojených států amerických pouze nastolil několik problémů, na které nedává odpověď. V tomto ohledu článek nicméně vcelku věrně kopíruje současnou debatu na téma využití srovnávacího práva v judikatuře nejvyšších soudů: množství problémů, žádné (jasné) odpovědi.

(Za komentáře autor děkuje Nicku Ansonovi, Janu Komárkovi a Marku Gillisovi.)

řádaný dne 23. 4. 2004 Právnickou fakultou Západočeské univerzity v Plzni. Plzeň, Západočeská univerzita, 2004, str. 39 – 46, obecněji viz též Kühn Z.: Aplikace práva ve složitých případech. Právní principy v judikatuře. Karolinum, Praha 2002.

⁴⁷⁾ Zajímavé postřehy k nepochopení vztahu mezi závazností judikatury a nezávislostí soudce v zemích střední a východní Evropy podává Emmert F.: The Independence of Judges – A Concept Often Misunderstood in Central and Eastern Europe. (2002) 3 European Journal of Law Reform 405.

⁴⁸⁾ Kdybych měl celý kontrast vyjádřit metaforou, tak postup kontinentálního soudce by se asi nejvíce podobal Brownovu pohybu částice v kapalině, kde nádoba je zákonným rámcem, v rámci kterého se částice pohybuje dosti nahodile. Postup soudce *common law* by pak byl asi kuličkou ve stolní hře Tivoli – kulička je vystřelena a za pomoci mantinelů, které usměřňují její pohyb, a nakonec někam zapadne.