

## TEORIE VZNIKU ÚSTAVNÍCH SOUDŮ – REACTION PAPER

Ještě před druhou světovou válkou představovaly ústavní soudy spíše anomálii, než institut, který by měl být samozřejmou součástí každého státu. Krátce po válce však dochází k obrovské a relativně rychlé disperzi ústavních soudů: v roce 1951 je ustanoven Bundesverfassungsgericht v Spolkové republice Německo, v roce 1953 vzniká nový Verfassungsgerichtshof v Rakousku, v roce 1956 zahajuje činnost Corte costituzionale v Itálii, v roce 1958 ve Francii, 1977 ve Španělsku, 1982 v Portugalsku, a po pádě komunistického režimu se ústavní soudy stávají přirozenou součástí dekomunizace a demokratizace střední a východní Evropy (Ginsburg uvádí, že v rozmezí let 1986 – 2000 byly ústavní soudy ustanoveny v 42 ze 72 nově demokratizovaných států<sup>1</sup>). Od této skutečnosti je pak už jenom malý krůček k vytvoření základní teze, která se nesla Hirschlovým textem, a sice, že mezi procesem demokratizace a posilováním (ústavní) soudní moci, existuje spojitost. To, zda je to spojitost opravdu kauzální, lze asi přenechat na obsáhlejší a preciznější výzkumy. V tomto paperu bych se chtěla pozastavit nad jinými dvěma myšlenkami: proč vlastně demokratické vlády dobrovolně omezují svou moc zaváděním ústavního přezkumu, a proč (nebo zda) následné posilování tohoto ústavního přezkumu narušuje pravidla demokratického politického systému.

Hirschl, obdobně jako většina současných akademiků, tvrdí, že existence nezávislého a aktivního (aktivistického) soudnictví je nezbytnou podmínkou a zároveň vedlejším produktem šíření demokracie ve světě (s. 32). Hirschl sice jedním dechem dodává, že tato expanzivní demokratická hypotéza nijak nevysvětluje, proč jsou pravomoci a povaha ústavních soudů napříč státy tak odlišné, nicméně, je potřeba si uvědomit, že odlišnou povahu mají i jednotlivé tranzitující demokracie. Vznik nových ústavních soudů se někdy obdobně jako demokratizační proces štěpí do tří hlavních vln: první je ztotožňována s německým a italským ústavním soudem, druhá se vznikem ústavního soudnictví ve Španělsku a dalších jižních státech, třetí s vývojem v postkomunistických zemích. Domnívám se, že obdobně, jak je tomu u demokratizačních vln, i tyto etapy vzniku ústavních soudů jsou propojeny pouze načasováním svého vzniku a nenesou nutně i stejné charakteristické rysy – snad kromě ideologického momentu legitimacy nového režimu.

Propojení procesů demokratizace a konstitucionalizace může mít několik důvodů a vysvětlení:

- 1) **posílení soudnictví je důsledkem principu dělby moci** – demokracie počítá s vládou/vládcem, který je odpovědný, omezený zákonem a ve svých rukou již nekonzcentruje veškerou moc. Vytrácí se důvěra v technokratickou vládu, společnost se snaží stát omezit;
- 2) rovněž tak jde o **výraz právního státu a ingerence principu rule of law mezi zásady demokratického státu**. Ústavní soudy dokladují oddanost demokracii a lidským právům;
- 3) a konečně s tím bude souviset posilování soudní moci a ústavního přezkumu jako nevyhnutelný důsledek **vytváření psaných katalogů lidských práv a základních hodnot**, na nichž jsou mladé demokracie budovány.

Hirschl v odpovědi, proč jsou vlády ochotné omezit vlastní moc, v podstatě stojí někde na pomezí funkčních a institucionalistických teorií. Vývoj ústavního soudnictví vnímá v kontextu sociálního, hospodářského a politického vývoje systému, a navíc jako jeden z nástrojů na prosazování nebo ochranu zájmů politických aktérů. Podle Hirschle ve státech, kde vládnoucí

---

<sup>1</sup> Ginsburg 2003: Judicial review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases, Cambridge: CUP.

elita musí čelit soutěživému prostředí (prostředí s velkým množstvím konfliktních linií, které „produkuje“ soutěžící skupiny s jinými postoji, názory a hodnotami), bude tato elita usilovat o vytvoření silného ústavního soudnictví, s katalogizovanými základními právy a pravidly fungování systému. Zjednodušeně by se tak dalo říct, že čím nestabilnější systém (případně čím více tzv. veto points a veto hráčů ve hře – tj. aktérů s blokovacím politickým potenciálem), tím spíš bude vláda posilovat soudní moc a její nezávislost, aby tak stanovila omezení pro své politické soupeře, kteří ji dřív nebo později u moc vystřídají. Proces posilování soudnictví, ústavního přezkumu a zasahování do politických otázek, se dnes často označuje pojmem *judicializace politiky*. Tato Hirschlova koncepce však nevysvětluje, proč můžeme judicializaci sledovat i ve státech se stabilizovaným demokratickým politickým systémem, případně ve státech s malým počtem veto hráčů a bez radikalizovaných antisystémových stran.

Z pozice racionalizmu je pak nutno zmínit ještě další moment přenosu pravomocí, a to občasnou snahu vlády zbavit se odpovědnosti za nepopulární a společensky citlivá rozhodnutí. Nicméně, rada bych zmínila ještě jedno teoretické hledisko: judicializační (nebo konstitucionalizační) proces podle mne zapadá do současných přístupů liberálního institucionalismu, který sleduje pozvolné posilování byrokratizovaných institucí a orgánů v politickém systému, na úkor klasických politických elit (decision-makerů). Proces a důsledky judicializace podle mne v podstatě vystihuje klasický model agent – zmocnitel (*agent - principal*), kdy politicky významný aktér postupně deleguje pravomoc činit rozhodnutí **k prospěchu zmocnitele** na hodnověrnou instituci. Zmocnitel deleguje moc, protože je to pro něj z dlouhodobého hlediska přínosné: zisk (zejména politické stability) je pro něj větší než utrpěná mocenská ztráta. Hirschl v textu popisuje faktory, které mají přispívat k delegování moci soudům a uvádí, že důležitá je dostatečná úroveň jistoty aktérů zahajujících delegaci moci, že soudnictví bude produkovat rozhodnutí, která poslouží k jejich prospěchu, a také, že budou mít kontrolu nad osobním obsazením soudů<sup>2</sup>. Nicméně i za naplnění podobných předpokladů se model delegace moci v průběhu času vyvíjí. Agent se začne chovat jako samostatný nezávislý politický aktér a jedná nad rámec toho, co směřuje k prospěchu jeho zmocnitele. Tento koncept, velmi typický zejména pro mezinárodní soudní instituce<sup>3</sup> – zejména Evropský soud pro lidská práva, nebo ještě intenzivněji Soudní dvůr EU<sup>4</sup> - v podstatě vystihuje základ celé dnešní kritiky judicializace z hlediska svévolné „uzurpace“ politické moci ústavními soudy.

---

<sup>2</sup> K tomu je určitě zajímavé zmínit [výzkum](#), který se zabýval schopností právníků a politologů predikovat rozhodnutí Nejvyššího soudu USA v důležitých politických kauzách. Ten prokázal, že politologové, na základě statistického modelu zohledňujícího osobní politické profilace soudců, jsou schopni dosáhnout větší úspěšnosti než právníci, kteří případy podrobovali nezávislému právnímu rozboru (Ruger-Kim-Andrew-Quinn 2004: The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science approaches to predicting Supreme Court Decisionmaking. Columbia Law Review, Vol. 104).

<sup>3</sup> V souvislosti s mezinárodními soudními režimy mě zaujala ještě Hirschlova poznámka k fungování mezinárodních lidskoprávních režimů jako pojistky před antidemokratickými a antisystémovými hrozbami. Byť souhlasím, že jak Rada Evropy, tak např. i Unie samotná představovala v demokratizačním procesu výraznou a důležitou externí demokratizační kotvu, je na místě upozornit i na to, že tendence mezinárodně se lidskoprávně vázat je velmi častá i u mnoha autokratických režimů bez toho, aby se jakkoliv liberalizovaly (srov. např. [Abel Ascriba-Folch a Joe Wirght: Do Human Rights Prosecutions Deter Dictators From Leaving Power? The Monkey Cage blog, 20. 9. 2011](#) nebo [Kathryn Sikkink: Making Tyrants Do Time, The New York Times, 15.9.2011](#)).

<sup>4</sup> Zejména u SDEU se prosahování agent-zmocnitel pozicí ukázalo například v judikatuře, kterou SDEU prosazoval vytváření společného trhu nebo komunitarizaci druhého a třetího pilíře přes nevíli a nesouhlas členských států.

## Judicializace nebo soudcokracie – ohrožuje posilování ústavního přezkumu demokratický systém?

Psaná ústava vytváří ideální prostředí pro ústavní přezkum už jen tím, že pevně stanoví pravidla a meze výkonu státní moci. To, co je v rozporu s jejím textem, je protiústavní a musí být zmocněnou autoritou prohlášeno za neplatné. Moc v demokratickém systému je tedy sdílená mezi jednotlivými orgány, demokratický „vládce“ je oproti vládci autoritářskému vázaný a omezený zákonem a jeho jednání v rozporu se stanovenými pravidly musí být prohlášeno za neplatné. Podobná doktrína plyne i z jednoho z nejslavnějších rozsudků vymezujících ústavní přezkum – z případu Nejvyššího soudu USA *Marbury v. Madison* z roku 1803 (s jistou mírou zjednodušení by se závěr předsedy NS Johna Marshalla dal shrnout tak, že zákon, který přijme Kongres a který je v rozporu s Ústavou, není zákonem a soudy mají povinnost místo něj aplikovat Ústavu: „*To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained?...It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law to be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case...the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.*“<sup>5</sup>). Nicméně, doktrína ústavního přezkumu sama o sobě neodpovídá na to, zda to nutně musejí být zrovna soudci, kteří budou hodnotit ústavnost jednání vlády a parlamentu (v kontextu této otázky se tak může například na první pohled kontroverzní sestavení francouzské Conseil constitutionelle zdát méně překvapivým). Moderní teorie konstitucionalizmu dávají jednoznačně pozitivní odpověď. Pro institucionalisty jsou například soudy v liberálních demokraciích zcela nezávislé na ostatních politických aktérech (byť se musím přiznat, že s ideou izolovaného nezávislého soudnictví bytostně nesouhlasím a pokládám ji za minimálně zavádějící, pokud ne přímo škodlivou pro efektivní fungování demokratických institucí), a proto, že jsou to právě soudci, kdo typicky ústavní normy aplikují – není tedy účelné jejich výklad štěpit mezi více aktérů. Proceduralisté (Sunstein) zase vnímají soudy jako součást deliberativní demokracie a katalyzátory demokratického procesu<sup>6</sup>. Jinými slovy, soudy zajišťují, že demokracie se nestává pouze vládou většiny, ale chrání zájmy menšin, které jsou v zranitelnějším postavení.

Na druhou stranu proces judicializace a zapájení soudů do politického rozhodování, jakkoliv se nám bude zdát přirozenou součástí demokratického politického systému a přirozeným důsledkem výkladu ústavy, nese s sebou i značnou kritiku. Základní hypotéza judicializace totiž říká, že soudy omezují schopnost politických aktérů přijímat politická rozhodnutí: vlády a parlamenty musí permanentně přihlížet k názorům ústavního soudu. Ten se dostává do pozice negativního zákonodárce, nebo třetí komory parlamentu (a to zejména v těch zemích, které umožnily předběžný přezkum ústavnosti) s právem veta. Judicializace může přitom probíhat několika způsoby, běžně se pod ni řadí i zohledňování právních argumentů při navrhování a přípravě zákonů nebo podávání podnětu soudům k přezkumu v případech již zmíněných nepopulárních a společensky citlivých rozhodnutí (typicky sociální práva, volby apod.). Jde o nepřímé efekty judicializace: soud vládě zruší zákon, vláda se poučí a do budoucna se již při navrhování bude

<sup>5</sup> *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803), 176-178.

[http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0005\\_0137\\_ZO.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZO.html).

<sup>6</sup> Richard Albert, *Why Judicial Review: A Preliminary Typology of Scholarly Arguments*, Int'l J. Const. L. Blog, Mar. 25, 2013,

omezovat existujícím výkladem soudu (v byrokratické řeči: vytvoří ústavně-legislativní výbory). Problém je ovšem v tom, že soudy nepředstavují volené zastupitelské orgány, na které je ústavně delegována rozhodovací moc; navíc ústavní přezkum a jeho šíře často plyne pouze z jejich judikatury v duchu známé *Kompetenz-Kompetenz* doktríny přesně tak, jak lze vidět v krátkém výseku z rozsudku *Marbury v. Madison*. V literatuře se v této souvislosti mluví často o tzv. „countermajoritarian difficulty“ – nevětšinovém problému, který jako první kritizoval Alexander Bickel v knížce *The Least Dangerous Branch*. Kritika demokratické limitace nebo dokonce deficitu ústavních soudů pracuje s představou, že neúspěšný politický aktér se obrátí na ústavní soud a přes něj, za obcházení principu většinového rozhodování, prosadí svůj zájem. Takhle zjednodušenou optikou by v podstatě každé jedno ustanovení zákona, které bylo prohlášeno za protiústavní, mohlo být vnímáno jako rozhodnutí proti vůli většiny, jež zákon původně schválila. Nicméně, tato koncepce přehlíží funkce ústavních soudů v politickém systému: ústavní soudy jsou politickými institucemi s legitimitou jednoznačně odvozenou od volených orgánů; a zároveň deformuje skutečné fungování politického systému. Roald Dahl například označuje představu absolutního souladu mezi rozhodováním vlády a zájmem většiny společnosti za přinejmenším zkreslenou, pokud ne přímo naivní<sup>7</sup>. Navíc, jak již bylo zmíněno, klasické aristotelovské či jeffersonovo pojetí demokracie jako vlády většiny je dnes již dávno překonáno, demokratický systém většinového rozhodování probíhá v ústavních limitech, které upřednostňují práva jednotlivce a princip svobody.

---

<sup>7</sup> Dahl: Role of the Supreme Court Symposium. <http://epstein.usc.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf>.