

Teorie vzniku ústavních soudů

Úvod

Nárůst vlivu a důležitosti soudní moci v posledních desetiletích je nepochybný, někteří autoři mluví o *globální expanzi soudní moci*.¹ Ať nazveme tento fenomén jakkoliv, můžeme pozorovat, že soudy rozhodují o celospolečensky významných otázkách. Přinejmenším částečně se tak potvrzují slova bývalého předsedy izraelského Nejvyššího soudu Aharona Baraka, který prohlásil: „*Nic nepadá mimo dosah soudního přezkumu. Svět je vyplněn právem, vše a cokoliv je žalovatelné.*“² Vzhledem k tomu, jaký význam dnes soudy, především soudy ústavní, mají, je vhodné se zabývat tím, jak vlastně tyto instituce vznikaly. Za tím účelem bude rozebrána *hegemony preservation theory* Rana Hirschla³ a její aplikace na příkladu Izraele.

Existující teorie

Hirschl začíná popisem existujících teorií zdůvodňujících konstitucionalizaci základních práv a vznik ústavního soudnictví. Rozeznává evoluční teorii, funkcionální vysvětlení a institucionální ekonomické modely. Dle evoluční teorie byla konstitucionalizace práv a rozvoj ústavního soudnictví přirozeným vývojem právního systému. Základní práva po II. WW získala prioritu a téměř univerzální charakter. Zvítězila představa, že skutečná demokracie není pouhá vláda většiny, nýbrž i ochrana menšiny – některé otázky leží mimo dosah většinového rozhodování. To zajišťují na většině nezávislé soudy, především ty ústavní.

I funkcionální teorie je založena na představě, že konstitucionalizace vzešla ze samotného politického systému. Zajistila efektivitu a stabilitu systému, zejména v polarizovaných společnostech umožnila integraci opozičních skupin. Jiné vysvětlení z pohledu funkcionální teorie tvrdí, že aktivní soudci se značnými pravomocemi jsou nezbytní k efektivní kontrole rozpínajícího se státu a zvětšující se administrativní moci.

Obě skupiny teorií však dle Hirschla nezohledňují lidský faktor a přehlíží fakt, že šlo o rozhodnutí politických aktérů jednajících v sebezájmu. Institucionální ekonomické modely uvádí, že klíčovým faktorem byla snaha státníků posílit důvěryhodnost svých závazků vůči investorům. Ústavní soudy sloužily primárně k posílení předvídatelnosti práva a k ochraně majetkových práv. I této teorii však

¹ TATE, Neil a Torbjorn VALLINDER. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, 556 s.

² HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, vol. 11, s. 93-118. Dostupné z databáze SSRN.

³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Harvard: Harvard University Press, 2004. s. 31-99.

Hirschl vytýká, že nevysvětluje, proč byly ústavní soudy ustaveny právě v době, kdy byly ustaveny. Nabízí proto vlastní realistický přístup – *hegemony preservation theory*.

Hegemony Preservation Theory

Základem Hirschlovy teorie je teze, podle níž je vznik ústavních soudů výsledkem strategického rozhodnutí držitelů politické, ekonomické a právní moci za účelem udržení vlastní moci. Co se týče politiků, mezi výhody plynoucí z ústavního soudnictví patří především možnost přenést na soudy odpovědnost za tvorbu nepopulárních politik či morálních dilemat (otázky potratů či manželství mezi osobami stejného pohlaví). Politici tak mohou těžit z profesionální a nestranné image (ústavních) soudů. V rámci realistických teorií Hirschl rozlišuje užší pojetí, dle které je nezávislost soudí moci úměrná k soutěživosti systému politických stran, čím soutěživější systém je, tím bude vyšší nezávislost justice – jestliže mají politické strany malou šanci, že zůstanou u vlády delší dobu, raději se pojistí ustavením nezávislých soudů před možností, že nová vládnoucí strana bude moci dosáhnout svých cílů prostřednictvím soudnictví. To vysvětluje, proč v Řecku nevznikl na rozdíl od Španělska a Portugalska ústavní soud. Španělský ani portugalský systém stran se nevyznačoval přítomností dominujícího aktéra, v Řecku však po pádu autoritativního režimu vládla celá 70. léta strana Nová demokracie. Tento model však ignoruje některé specifické sociální a kulturní proměnné, proto je třeba zvolit širší pojetí teorie, kam spadá i jeho *hegemony preservation theory*.

Politické elity usilují o to, aby byl rozhodovací proces izolován od některých negativních jevů demokratické politiky, elity z oblasti ekonomiky chtějí posílit základní premisy neoliberální ekonomiky jejich konstitucionalizací a právnícké elity se snaží získat politický vliv a mezinárodní prestiž. Existence těchto společných zájmů vede ke snaze o zachování hegemonie oněch elit. Krátce řečeno, motivem pro institucionalizaci základních práv a jejich vynucování nebyl altruismus, ale spíše strategické egoistické úvahy politiků, kteří zajistí i souhlas byznysu a právních, respektive soudních elit. Řídící silou jsou tedy politici. Na jiném místě Hirschl obdobně vysvětluje i příčiny judicializace politiky, v tomto případě shrnuje svůj realistický přístup obrazně: „*Ryba judicializace politiky smrdí od hlavy.*“⁴

Hegemony preservation theory v akci Hirschl představuje na příkladech Izraele, Kanady, Nového Zélandu a Jihoafrické republiky. Vzhledem k rozsahu reaction paperu jsem vybral jen rozbor izraelského případu, který Hirschl popisuje nejdůkladněji. Snahy o přijetí katalogu základních práv se objevovaly v Izraeli pravidelně již od 50. let, nikdy však nedopadly na úrodnou půdu. Politická vůle katalog přijmout se dostavila až začátkem 90. let, podle Hirschla v důsledku významných demografických a socioekonomických změn, jimiž Izrael prošel. Izrael musel čelit imigraci statisíců

⁴ HIRSCHL, Ran. Op. cit. sub 2.

židů z bývalého Sovětského svazu, výraznému rozevírání nůžek v distribuci bohatství a zvyšující se nezaměstnanosti. V důsledku těchto okolností začala skupina sekulárních aškenázských židů (do té doby vládnoucí) ztrácet postavení – mezi lety 1981 a 1999 ztratily strany reprezentující tuto skupinu 37 křesel v parlamentu, zatímco zisk stran reprezentujících periferní menšiny vrostl z 25 na 62 mandátů. Přijetí ústavních zákonů zakotvujících základní práva a rozšíření pravomocí izraelského Nejvyššího soudu Hirschl interpretuje jako snahu sekulární aškenázské elity o zachování vlivu. Současně i hlavní osobnosti izraelského hospodářství prosazovali liberalizaci ekonomiky a konstitucionalizaci práv považovali za dobrý prostředek k dosažení tohoto cíle. Obdobně i soudci a ostatní představitelé právní obce měli zájem na ústavní reformě. Ústavní revoluce z roku 1992 tak představovala redefinici izraelského politického systému. Zatímco až do přelomu 80. a 90. let politice dominovala výkonná a zákonodárná moc, v současnosti existuje jen málo kontroverzních politických otázek, ke kterým se dříve či později nevysloví Nejvyšší soud Izraele. Faktory ovlivňující delegaci moci na soudy jsou podle Hirschla následující: (1) stupeň jistoty, že soudy budou rozhodovat v souladu s politikou a preferencemi (zmocňujících) elit; (2) kontrola nad složením soudu a (3) důvěra veřejnosti v soudnictví.

Reflexe hegemony preservation theory

Hirschlova teorie vysvětluje vznik ústavních soudů z hlediska mocenských pozic a realistického pohledu na politiku. Následující poznámky hegemony preservation theory nezpochybňují, teorie se konec konců vztahuje na vysvětlení vzniku ústavních soudů a nikoliv na to, že hegemonie bude v praxi vždy skutečně zachována. Cílem je spíše snaha poukázat na limity pokusů o zachování hegemonie.

Ústřední tezí Hirschlovy teorie zjednodušeně řečeno je, že důvodem vzniku ústavních soudů je v první řadě snaha politické elity zachovat současné nastavení systému. Za tím účelem je delegována část moci na ústavní soudy. Podstatný je právě moment delegace a povaha přenosu pravomocí na ústavní soudy. Touto otázkou se v obecné rovině podrobně zabývá delegační teorie principal-agent.⁵ Zmocňující subjekt (principal) se rozhodne přenést část svých pravomocí na instituci, která není přímo ani nepřímo volena lidem (agent). V parlamentních demokraciích je v postavení principala typicky parlament zmocňující např. nezávislé regulační agentury, centrální banky nebo v našem případě ústavní soudy. Motivem k delegaci může být potřeba překlenutí nedostatků odbornosti principala, zlepšení efektivity vládnutí, ale i snaha vyhnout se obviňování za nepopulární politiku či v případě Hirschlovy teorie touha elit uchovat si do budoucna moc a vliv. Problémem však je, že momentem delegace principal určité pravomoci ztrácí a uvaluje sám na sebe jistá omezení. Agent

⁵ THATCHER, Mark a STONE SWEET, Alec. Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions. *West European Politics*, vol. 25, no. 1, 2002. Dostupné z: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=fss_papers

získává určitou oblast vlastní diskrece. Lze ji vyjádřit jako rozsah svěřených pravomocí zmenšený o kontrolní nástroje principala vůči agentovi. Jak bylo uvedeno výše, rozsah kontroly je závislý na soutěživosti stranického systému a na předvídatelnosti prostředí. Přestože principal může nastavit institucionální design vhodný pro zachování vlastní moci (např. vhodný způsob jmenování soudců), pravomoc vynést konečné rozhodnutí svěřuje do rukou jiného subjektu. Náklady procesu delegace (agency loss) jsou tak tvořeny těmi výstupy agenta (v našem případě rozhodnutími ústavního soudu), které nejsou v souladu s preferencemi principala. Hirschl sice v případě Izraele uvádí, že Nejvyšší soud rozhoduje stabilně v souladu s preferencemi sekulární elity, to však nemusí být samozřejmé. Připomeňme nám dobře známou kauzu Melčák, kdy šel český Ústavní soud proti vůli prakticky celé politické elity.

Druhým problematickým bodem, o němž píše v souvislosti s judicializací izraelské politiky i sám Hirschl, je otázka legitimacy ústavních soudů, na níž je jejich síla založena. Ústavní soudy pochopitelně nemají vlastní donucovací složky a to, jakým způsobem budou politici a společnost jako celek rozhodnutí ústavního soudu přijímat, popřípadě je brát v úvahu i v budoucím rozhodování, do značné míry závisí na autoritě, legitimitě a důvěře v ústavní soudy a jejich nestrannost. Alec Stone Sweet k tomu uvádí: „*V zájmu ústavních soudců je vyřešit konflikt týkající se ústavnosti legislativy, ale současně si do budoucnosti zachovat svou politickou legitimitu.*“⁶ Ochota soudů rozhodovat v souladu s preferencemi někdejších elit majících snahu o zachování hegemonie tak může být výrazně snížena faktorem legitimacy a důvěry v nestrannost soudu. Jak jsme slyšeli na minulém semináři na příkladě Nejvyššího soudu USA, některé soudy s pravomocí kontroly ústavnosti, se snaží proti mínění veřejnosti nerozhodovat moc často. Skutečnost, že se soud vůbec pustí do řešení společensky či politicky kontroverzní otázky není samozřejmá, v různých jurisdikcích se vyvinuly doktríny jako political question, margin of appreciation či test rozumnosti (omezený přezkum sociálního zákonodárství a zásahů do sociálních práv), jejichž společným znakem je snaha nepouštět se do čistě politických vod.

⁶ STONE SWEET, Alec. *Governing with the Judges: Constitutional politics in Europe*. New York: Oxford University Press. s. 199-200.