

ného praktického dotváření práva soudy i na kontroverzní případy a autoritářskou tvorbu práva (vrcholnými) soudy v kontinentálním typu právní kultury.<sup>101</sup> Domnívám se, že i tyto okolnosti by měly vést k opětovnému promyšlení konceptu dělby moci a vlivu soudů na politický systém.

#### **1.4. Posun od zaměření na roli soudů v konstitucionalismu na roli v ústavních demokraciích**

Vymezení tří mocí v institucionálním smyslu jakožto základu liberálního konstitucionalismu tradované od *Ch. de Montesquieua* představuje způsob organizačního řešení specifických problémů politických institucí zejména za účelem bránění koncentraci moci v jedné ruce a jako jedna z pojistek proti expanzi moci státních institucí na úkor svobod jednotlivců. Určité vysvětlení pro vyčlenění soudnictví jako samostatné moci je možné hledat právě v tradici, důvodech, které stály za nejstaršími modely dělby moci a inspirovaly pozdější demokratické ústavní úpravy:<sup>102</sup> republikánská nedůvěra vůči soudnímu přezkumu zákonů ve Francii, vztah mezi doktrínami suverenity parlamentu a rule of law ve Velké Británii, kombinace soudní ochrany ústavu předcházejících individuálních svobod a soudní kontroly federálních aktů ve Spojených státech a nakonec německý model právního konstitucionalismu, spoléhající na silné soudy jakožto ochránce ústavně zakotvených práv před zásahy ze strany zákonodárce. Ten se prosadil nejen v dalších posttotalitních státech, nýbrž pravděpodobně ovlivňuje i ostatní (ústavní) soudce po celém světě – a tedy právě vývoj k soudcovské nadřazenosti (*judicial supremacy*), který kritizuje v úvodu zmíněný *R. Hirschl*.

Hledání abstraktní teorie dělby moci, natož ve formě vyhrocené karikatury úplného institucionálního a funkčního oddělení mocí, představuje snadný terč pro autory zpochybňující efektivitu, koherenci a pokud možno i samotný smysl takové teorie.<sup>103</sup> Východiskem pro zkoumání dělby moci se tudíž stává právní a politologická komparatistika, která se nicméně dlouhodobě věnovala především vzájemným vztahům mezi legislativou a exekutivou. Současně v souladu

---

<sup>101</sup> K rozdílům mezi autoritářským a autoritativním rozhodováním viz Kühn, Z.: *Argumentace a citace judikatury soudcem a advokátem*. In: Bobek, M., Kuhn, Z. a kol.: *Judikatura a právní argumentace*. Auditorium, Praha 2013, str. 176 a násl.

<sup>102</sup> V podrobnostech neomezujících se na soudní moc srov. Möllers, C.: *The Three Branches...*, str. 16–40.

<sup>103</sup> Srov. Carolan, E.: *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*. Oxford University Press, Oxford 2009, str. 18 a násl.

s výše uvedenými tradicemi vnímala soudnictví jako samostatnou, nezávislou moc, která není určující pro povahu politického režimu (tj. zejména pro rozlišování mezi parlamentními a prezidentskými režimy).

Používaná perspektiva se nezměnila ani poté, kdy se zkoumání institucionálních ústavně zakotvených vztahů mezi parlamentem, vládou a hlavou státu<sup>104</sup> obohatilo o roli politických stran a dalších aktérů. Pouze se přidávají další argumenty pro nezávislost soudnictví, založené tentokrát na apelu na racionální volbu zohledňující dlouhodobé zájmy politických aktérů: zdůrazňují výhody, které pro tyto aktéry z nezávislosti soudnictví plynou, např. zvýšení kredibility legislativy v očích dotčených adresátů práva, možnost delegovat nepopulární rozhodnutí na voličům neodpovědné soudce nebo jedna z možností, jak zajistit prosazování zájmů vtělených do legislativy vládnoucími skupinami i v době, kdy se tyto skupiny ocitnou v opozici nebo jinak přestanou mít rozhodující vliv na tvorbu politiky (tzv. pojišťovací teze).<sup>105</sup> Upozorňuje se na náklady, které by v případě snah o omezení nezávislosti soudnictví museli takoví političtí aktéři nést, spočívající buď přímo v institucionálním nastavení (nutnost souhlasného stanoviska několika ústavních orgánů, jejichž členové mohou mít odlišné politické preference), anebo v konfrontaci s veřejnou podporou, kterou soudnictví požívá, je-li vnímáno jako ochrana jednotlivců i většiny společnosti před zneužitím zákonodárné moci partikulárními zájmy anebo jako strážce ústavních principů před aktuální vládní většinou.<sup>106</sup> A nakonec bývají formulována různá doporučení pro strategické chování samotných soudů, aby snižovaly pravděpodobnost, že výhody omezení soudnictví pro ostatní politické aktéry převýší náklady.<sup>107</sup>

Zdá se tedy, že v demokraciích existují historické i pragmatické důvody pro odstínění soudní moci před vlivy politických aktérů. Přesto přetrvává napětí

---

<sup>104</sup> V. Klokočka výstižně napsal, že „(i)nstitucionální dělba moci nezná pojem opozice, opozice je však prvořadou složkou funkční dělby“ (*Nové pojmy v Ústavě České republiky*. Politologický časopis 1/1994, str. 15).

<sup>105</sup> V podrobnostech srov. Vanberg, G.: *Establishing and maintaining judicial independence*. In: Whittington, K. E., Kelemen, R. D., Caldeira, G. A. (eds.): *The Oxford Handbook of Law and Politics...*, str. 99–116.

<sup>106</sup> Bohužel na současném vývoji v Maďarsku a Polsku můžeme pozorovat též opačný vztah: ve chvíli, kdy se nastupující vládnoucí většině podaří přesvědčit podstatnou část společnosti, že ústavní soudy (údajně) dlouhodobě rozhodují proti převažujícím postojům ve společnosti, podpora ústavních soudů veřejností klesá a stávají se snazším terčem pro v dané situaci silné politické hráče, kteří mají zájem na oslabení nezávislosti soudní moci.

<sup>107</sup> Vanberg, G.: *Establishing and maintaining judicial independence*. In: Whittington, K. E., Kelemen, R. D., Caldeira, G. A. (eds.): *The Oxford Handbook of Law and Politics...*, str. 113–115.

mezi závěry opřeny o převažující ústavní design a zájmy tradičních politických aktérů na straně jedné, a praktickou zkušeností s fungováním nejvyšších a ústavních soudů nastíněnou v kapitole 1.2. na straně druhé. Pomineme-li pragmatická a z hlediska striktního pojetí soudcovské nezávislosti problematická doporučení pro soudce být vnímavými vůči veřejnému mínění a zájmům nejvlivnějších politických aktérů, chybí nám pohled z druhé strany: co, pokud něco, z takto vnímané nezávislosti vyplývá pro soudnictví?

S ohledem na některé dále uvedené zahraniční výzkumy můžeme problém vyhrobit kacířskou otázkou – nejsou výše uvedené argumenty pro institucionální nezávislost soudnictví aplikovatelné i na některé nedemokratické režimy? Ve starší literatuře se můžeme setkat se zjednodušeným tvrzením, že ani případně formálně zakotvená dělba moci se v autoritářských režimech v praxi neaplikuje, protože by se vládnoucí skupina dobrovolně neomezila ve svém vládnutí.<sup>108</sup> Dnes víme, že je nutné rozlišovat různé historické i současné typy nedemokratických režimů,<sup>109</sup> přičemž navíc ne všechny jsou vnímané jako a priori zavrženíhodné.<sup>110</sup> Pro námi položenou otázku role soudů v nedemokratických režimech nabízejí odpověď T. Ginsburg a T. Moustafa. Podle nich spočívá v kontrole politických oponentů, legitimizaci režimu právem, dohledu nad byrokracií, garanci zahraničních investic a v přesouvání řešení nepopulárních problémů na soudy.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> „The plain truth is that no authoritarian regime can tolerate the limitations on its power that are implicit in the doctrine of the separation of powers.“ Vanderbilt, A. T.: *The doctrine of the separation of powers and its present-day significance*. University of Nebraska Press, Lincoln 1953, str. 13.

<sup>109</sup> K odlišování a typologii autoritářských a totalitních režimů viz např. Hloušek, V., Kopeček, L., Šedo, J.: *Politické systémy*. Barriter & Principal, Brno 2011, str. 37 a násl.

<sup>110</sup> Asi nejznámějším, byť ne jediným, autorem poukazujícím na pozitiva liberálních autokracií (v minulosti např. konstitučních monarchií) ve srovnání s neliberálními demokraciemi je F. Zakaria, viz Zakaria, F.: *Budoucnost svobody. Neliberální demokracie v USA i ve světě*. Academia, Praha 2012.

<sup>111</sup> Moustafa, T., Ginsburg, T.: *Introduction: The Functions of Courts in Authoritarian Politics*. In: Ginsburg, T., Moustafa, T. (eds.): *Rule by Law. The politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge University Press, Cambridge – New York 2008, str. 1 a násl. V češtině viz i Kysela, J.: *Nad knihou editorů Toma Ginsburga a Tamira Moustafy Rule by Law...*, str. 135 a násl. Pro kritiku spočívající v odhlížení od podstaty autoritářského režimu, v němž vládnoucí strana (skupina) může bez větších obtíží měnit jak ústavní pravidla, tak soudce, je aplikující, viz Tushnet, M.: *Authoritarian Constitutionalism...*, str. 391 a násl. Zdá se však, že uvedený argument nelze bez dalšího generalizovat pro všechny nedemokratické režimy – Hirschl, R.: *Constitutional Theocracy*. Harvard University Press, Cambridge 2010, str. 248 nebo Kühn, Z.: *Aplikace práva soudcem v éře stře-*

Zajímavě charakterizuje na základě případových studií roli soudů v teokraciích R. Hirschl. Podle něj mají konstitucionalismus a nezávislé soudy výrazný „sekularistický appeal“. Umožňují vládním elitám kontrolu nad interpretací náboženského práva prostřednictvím jmenování „umírněných“ soudců se sekulárním vzděláním, představují záruku pro zahraniční investory a také možnost strategicky delegovat potenciálně nepopulární (protivětšinová, anti-klerikální) rozhodnutí na voličům neodpovědné soudce.<sup>112</sup>

Vzhledem k podobnosti pragmatických úvah stojících za zvolenou institucionální strukturou nezávislého soudnictví v demokratických a nedemokratických režimech to však současně znamená, budu-li parafrázovat M. Tushneta, že aby měla institucionální soudcovská nezávislost v konstitucionalismu reálný význam, přidanou hodnotu, musíme předpokládat, že soudci nebudou ve všech případech rozhodovat striktně pozitivisticky, v souladu se stávajícím a demokratickou většinou vytvořeným nebo akceptovaným pravidlem.<sup>113</sup> Jinak by se jednalo o triviální formální konstitucionalismus (*mere rule-of-law constitutionalism*), v němž normotvůrce dodržuje požadavky na morálku práva ve smyslu knihy L. Fullera,<sup>114</sup> jako jsou veřejnost, prospektivnost a obecnost, a pro aplikaci právních předpisů ustanovil nezávislé soudy, ale normotvůrce není při tvorbě práva omezen obsahovými standardy typu základních práv.<sup>115</sup> Právě takovýmto modelem se podle M. Tushneta inspiroují kritici současného politického vlivu soudců.<sup>116</sup>

Do třetice ilustrativním může být i poukaz na postavení mezinárodních soudů. Ač můžeme v mezinárodním právu pozorovat v některých oblastech výrazné konstitucionalizační tendence,<sup>117</sup> současně tento systém vykazuje různ-

---

*doevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize.* C. H. Beck, Praha 2005.

<sup>112</sup> Hirschl, R.: *Constitutional Theocracy...*, str. 50 a násl., kapitola 2. – The Secularist Appeal of Constitutional Law and Courts.

<sup>113</sup> Tushnet, M.: *Authoritarian Constitutionalism...*, str. 416 a 420.

<sup>114</sup> Fuller, L.: *Morálka práva*. 2. vydání, Oikoymenth, Praha 1998.

<sup>115</sup> Tushnet, M.: *Authoritarian Constitutionalism...*, str. 396 a 420. Jako příklad uvádí Singapur.

<sup>116</sup> *Ibid.*, str. 418. Odkazuje např. na stať Waldron, J.: *The Rule of Law and the Importance of Procedure*. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, Paper 234/2010.

<sup>117</sup> Klabbers, J. et al.: *The Constitutionalization of International Law*. Oxford University Press, Oxford 2011 nebo Ondřejek, P.: *Lidská práva jako významný zdroj legitimacy současného mezinárodního práva*. In: Šturma, P. a kol.: *Mezinárodněprávní aspekty ochrany lidských práv*. Právnická fakulta UK, Praha 2013, str. 7 a násl.

nou míru demokratického deficitu.<sup>118</sup> Ve sféře sporů mezi formálně rovnocennými suverénními státy tak soudy plní primární funkce rozhodování sporů. Před mezinárodními soudy se však ocitají i případy fakticky nerovných účastníků: vítězné a poražené státy a jednotlivci v souvislosti s ozbrojenými konflikty, přibývají případy tzv. diagonálních sporů mezi státy a jednotlivci, které se řeší podle mezinárodního práva – ať už jsou to obchodní arbitráže nebo stížnosti na porušení mezinárodních lidskoprávních úmluv. Proč se státy i v těchto pro ně na první pohled nevýhodných situacích podrobují jurisdikci mezinárodních soudů? Literatura uvádí jak vidinu bezprostředních výhod (podmínka nebo součást žádaného členství v mezinárodní organizaci, očekávání investičních dohod, ukončení sankcí či poskytnutí pomoci), tak strategickou ochranu menšin, včetně potenciálních budoucích politických menšin,<sup>119</sup> a samozřejmě možnost odvolatelné<sup>120</sup> delegace přijímání nepopulárních rozhodnutí.<sup>121</sup>

S vědomím úskalí přílišného zjednodušení můžeme shrnout, že formálně nezávislí soudci v autoritářských režimech buď anticipují postoje vládnoucí skupiny a jí vytvořený regulatorní rámec, anebo působí jako nástroj vyvažující na vládnoucí většině alespoň zčásti nezávislý regulatorní rámec.<sup>122</sup> Formální

<sup>118</sup> Někteří to vnímají jako přednost mezinárodního práva vzhledem k jeho primárně technokratické legitimitě – viz Krisch, N.: *Pouvoir constituant and pouvoir irritant in the post-national order*. International Journal of Constitutional Law 2016, str. 657 a násl.

<sup>119</sup> Podrobně viz Pospíšil, I. a kol.: *Mezinárodní lidskoprávní závazky postkomunistických zemí: případy České republiky a Slovenska*. Leges, Praha 2016, str. 23–24 a literaturu tam uvedenou.

<sup>120</sup> K rozdílnému vnímání (vlastních) vnitrostátních a mezinárodních soudů státy viz např. Ondřejek, P., Ondřejková, J.: *Politické otázky před mezinárodními soudy*. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1/2014, str. 101–102.

<sup>121</sup> Pro další politologické přístupy ke zkoumání mezinárodního soudnictví (liberalismus, konstruktivismus) a jimi analyzované další důvody, proč státy akceptují jurisdikci mezinárodních soudů, viz obecně např. Pollack, M. A.: *Political Science and International Courts*. In: Romano, C. P. R., Alter, K. J., Shany, Y. (eds.): *The Oxford handbook of international adjudication...*, str. 357 a násl.

<sup>122</sup> Samozřejmě se to může lišit podle citlivosti kauzy, v čemž lze spatřovat analogii s Fraenkelovým duálním státem. Viz např. Kysela, J.: *Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu*. In: Bílková, V., Kysela, J., Šturma, P. (eds.) a kol.: *Výjimečné stavy a lidská práva*. Auditorium, Praha 2016, str. 19 a násl. Další faktor představuje vlastní dynamika konkrétního autoritářského režimu, protože v případě slábnutí stávající vlády lze pozorovat tzv. *strategické přeběhnutí* (strategic defection) soudců, které má podobu rozhodování proti slábnoucí autoritářské vládě za účelem soudcovského distancování se od ní, přestože to byla právě autoritářská vláda, která tyto soudce ustavila do funkce. V podrobnostech viz např. Helmke, G.: *The Logic of Strategic Defection: Court-Executive Relations in Argentina under Dictatorship and Democracy*. The American Political Science Review 2002, str. 291 a násl.

nezávislost mezinárodních soudů je jednou ze stěžejních podmínek jejich legitimacy při rozhodování sporů mezi státy. V případě diagonálních sporů je však výsledkem strategických úvah aktuální vládnoucí většiny, která k jurisdikci mezinárodního soudu dává souhlas s tím, že má možnost kdykoli alespoň částečně ovlivnit regulatorní rámec jednostrannými výhradami, odstoupením od takových mezinárodněprávních závazků či pozastavením aplikace, pokud to mezinárodní smlouva umožňuje.

Teprve nezávislost soudnictví v demokraciích, kde žádná aktuální většina nemá plně k dispozici regulatorní rámec v nejširším slova smyslu,<sup>123</sup> otevírá možnost, aby soudy s odkazem na svou interpretaci vlastních pravomocí vyplývajících z regulatorního rámce zasahovaly do aktuální většinové politiky ve jménu abstraktních hodnot i pragmatických úvah. A právě schopnost (*capacity* v nejširším slova smyslu) nezávislých soudů v demokratickém režimu měnit regulatorní rámec představuje důležité propojení s chápáním moci v rámci jednotlivých dimenzí politiky: můžeme pozorovat jak zásahy do procesu vytváření politické vůle (*politics*), tak do obsahové dimenze politiky (*policy*), ale i do vymezení vlastního politického rámce (*polity*), v němž se proces výběru a naplňování jednotlivých politických cílů odehrává.<sup>124</sup>

Nabízí se nevyhnutelná otázka: když ze zkušeností víme, že soudy v demokraciích mohou ovlivňovat politiku, když od nich určitá část tvůrců i adresátů práva (a nemusí se jednat o zranitelné menšiny) očekává, že budou ovlivňovat politiku, když jim současný doktrinární a institucionální rámec dává možnost ovlivňovat politiku, jakým způsobem lze zkoumat, zda a nakolik ovlivňují politiku, nebo se přímo chovají politicky?

## 1.5. Vliv změny vnímání soudní moci na nové způsoby jejího zkoumání

Výstižná karikatura upozorňuje, že když jeden člověk před sebe na prázdný papír napíše velké číslo šest, druhý člověk, který stojí k němu naproti, vidí na

---

<sup>123</sup> Konkrétní rozdíly souvisejí jednak s mírou kodifikace a rigidnosti ústavy, jednak se „sílou“ vládnoucí většiny, která by byla schopna prosadit systémové ústavní změny omezující pravomoce a působnost soudů. V tom případě je však sporné, zda ještě mluvíme o demokracii, anebo o „zneužívajícím konstitucionalismu“, který se při dodržení formálních procedur pro změnu ústavy snaží oslabit demokracii – Landau, D.: *Abusive Constitutionalism*. University of California Davis Law Review 2013, str. 189 a násl.

<sup>124</sup> Obecně např. Ferejohn, J.: *Judicializing Politics, Politicizing Law*. Law and Contemporary Problems 2002, str. 41 a násl.