

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Radek Píša

Soudobá kritika juristokracie

Contemporary Critique of Juristoracy

Disertační práce

Školitel: Prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc.

Studijní program: Teoretické právní vědy

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): [27. 7. 2018]

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracoval/a samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 381 297 znaků včetně mezer.

disertant/disertantka

V Praze dne 27. 7. 2018

Poděkování

Rád bych poděkoval Specifickému vysokoškolského výzkumu č. 260 361, řešeného v letech 2017–2019 na Právnické fakultě Univerzity Karlovy, v jehož rámci byla tato práce zpracována. Také bych rád poděkoval Prof. Kyselovi za příkladné vedení práce, jeho dostupnost ke konzultacím byla neocenitelná. Rád bych také poděkoval prof. Gerlochovi za finanční podporu při cestách do zahraničí. V první řadě bych však rád poděkoval za trpělivost mé přítelkyni Hance, vzhledem k vysoké časové zátěži, který jsem na této práci strávil. Také bych rád poděkoval mým rodičům včetně zemřelého otce za umožnění vysokoškolských studií, přestože to pro ně vždy nebyla jednoduchá záležitost. Další velkou porci podpory mi poskytli moji sourozenci a moji prarodiče, jejichž nezdolný optimismus pro mě představuje životní kompas. Rád bych také zmínil mé kolegy a nadřízené z Parlamentního institutu, kteří mi vstřícným přístupem umožnili práci dokončit během letošního léta.

Obsah

Radek Píša	1
Soudobá kritika juristokracie	1
Disertační práce	1
0 Úvod	5
1 Metodologie	6
1.1 Co zkoumat? Narativní limity oddělení normativní a empirické právní vědy	9
1.2 Vyvolání zla v právním smyslu: hloubka příkopů mezi konzervativci a liberály	23
1.3 CLS versus levicoví liberálové: boj na levici	30
1.4 Závěr	36
2 Spojené státy – směrodatná odchylka	37
2.1 Směrodatná odchylka	38
2.2 Binární obrázek – soudní vs. parlamentní liberalismus (imperiální alternativa?)	45
2.3 Od Obergefella k Robertu Dahlovi	52
2.4 Rasová segregace jako hřiště pro ústavní teorii	57
2.5 A proč je majoritní přezkum vlastně problém?	63
2.6 Závěr	67
3 Izrael – lidská práva zkoušená ohněm	69
3.1 Izrael – zvláštní výspa západního světa	70
3.2 Neliberální demokracie, nebo neliberální autoritářství	81
3.3 Aharon Barak, osobnost plynoucí s davem	92
3.4 Závěr	103
4 Poskytování informací o platech – případová studie soudů na volném poli	104
4.1 Zrod a vývoj interpretace relevantní právní úpravy	108
4.2 Platový rozsudek – definitivní tečka?	112
4.3 Některé typy obstrukcí po vydání platového rozsudku a soudní reakce	116
4.4 Platový nálezn: další definitivní tečka?	120
4.5 Co by tedy měly soudy dělat?	124
4.6 Závěr	128
5 Zachránění soudem?	130
5.1 Vzorek, deduktivní předpoklady a jejich (ne)naplnění	131
5.2 Významná pomoc, morální zadostiučinění a taky třeba nic	137
5.3 Závěr: Kelsenův soud?	143
6 Závěr	146
Seznam použitých zdrojů	148
Abstrakt (Soudobá kritika juristokracie)	159
Abstract (Contemporary Critique of Juristocracy)	160

0 Úvod

Předkládaná práce je komparativního charakteru s převážně normativní ambicí čtenáře přesvědčit, že současné substantivní problémy demokracie jsou spojeny s tranzitivní fází k jinému režimu. To je samo o sobě značně neoriginální, nicméně kladu si určité nároky na novost, pokud jde o optimistickou vizi budoucnosti.

Původně práci inspirovalo dílo Rana Hirschla, razícího termín „juristocracy“, doslova juristokracie. Práce tak dostala název Soudobá kritika juristokracie. Postupem času mi přišly některé hirschlovy myšlenky poněkud nedomyšlené, jak je rozvedeno podrobně v práci. K soudní moci jsem ovšem stále určitým způsobem kritický. Přestože často na soudy přesouvá nepříjemné otázky exekutiva či legislativa, aby je nemusela řešit, justice jim to často oplácí taktizováním, známým právě z „politické“ politiky.

V první části na tuto stručně naznačenou myšlenku navážu a pokusím se vysvětlit vztahy či naopak nepřátelství mezi základními školami právní teorie, které vysvětlují roli soudů. Politicky blízké školy jsou často vůči sobě velmi nepřátelské. Jako nezbytné se ukázalo podrobné studium Spojených států, protože jejich silná akademická obec značně ovlivňuje, o čem se mezi odborníky mluví. Spojené státy proniknou už do první metodologické části a dále jim bude věnována druhá část. Třetí část se bude zabývat do určité míry amerikanizovaným Izraelem, kde ovšem amerikanizace díky geografickým a kulturním bariérám vytváří zajímavý zkušební terén. Poslední dvě kapitoly se zabývají Českou republikou, čtvrtá správním soudnictvím a pátá ústavními stížnostmi.

Soudů se samozřejmě nejde zbavit, jsou archetypem současné formy industriální společnosti. Rád jí sice označuji za ranou, protože trvá dosti krátce, ale industriální motivace výplatami je nepochybně civilizovanější, než hrozba hladem. Nicméně se obávám, že odpověď na tyto otázky souvisí s přesvědčením konkrétního výzkumníka. Osobně bych považoval za velký rozdíl, pokud by byly lachtani v zoologické zahradě k maškarádám nuceni elektrošoky, místo obvykle podávaných ryb. Z důsledně absolutistického hlediska jde ovšem o stejné vykořisťování lachtana, ale takto temně a bezvýhodně odmítám na svět nahlížet.

1 Metodologie

V této části postupně vymezím výzkumný záměr práce. Ten se pohybuje na nejasné hranici mezi normativním a empirickým přístupem. Jakkoliv totiž jde o užitečné kategorie, v případě ústavního práva výrazně vystupuje do popředí závislost autora na jím vnímané skutečnosti. Ústavní právo představuje meze práva, hranice mezi technickými otázkami a normativními soudy je tak významně posunutá k oněm normativním soudům.

V České republice se sice periodicky objevuje silná kritika soudů a zejména Ústavního soudu, ale především ve vztahu k jednotlivým rozhodnutím, se kterými konkrétní autoři nesouhlasí.¹ Systematičtěji se kritika Ústavního soudu objevuje v dílech politologů Michala Kubáta² a Lubomíra Kopečka.³ Z intenzity jejich kritiky a afinity Michala Kubáta k westminsterskému systému je tak lze považovat za nejvýznamnější české vědce, kteří by byli ochotni za určitých podmínek podpořit omezení soudního přezkumu ústavnosti či jiné oslabení soudní moci. Tato práce se ovšem snaží vyhnout prostému známkování institucí, včetně soudů. Nesdílí ani metodologická východiska zmíněných politologů, kdy podle Michala Kubáta primárně postačí zaměřit se na následování odborných doporučení pro zlepšení fungování politického režimu.⁴

Tato práce se spíše domnívá, že jednoznačná hranice mezi normativními soudy a empirickými doporučeními neexistuje, protože předmět empirického zkoumání je do značné míry určen filozofickými přesvědčeními výzkumníka. V podrobnostech je tento přístup vyložen v kapitole 1.1 této části. Přes tuto skepsi k získání jednoznačných odpovědí pomocí empirických metod obsahuje tato práce relativně významné empirické argumenty. Srovnává materiál ze tří zemí – České republiky, Izraele a Spojených států. Výběr těchto zemí byl předurčen pragmatickými hledisky. Během předběžné fáze výzkumu se ukázalo, že práce nemůže pominout Spojené státy, protože vzhledem k americkému kulturnímu vlivu ostatní země běžně pracují s americkými pojmy a teoretickými konstrukcemi.

¹ Příkladem je sborník z roku 2006, představující reakci na Ústavním soudem zrušené odvolání předsedkyně Nejvyššího soudu prezidentem republiky. Viz LOUŽEK, Marek (Ed.). *Soudcokracie v ČR. Fikce nebo realita?* Praha: CEP, 2006, ISBN 80-86547-59-0. Z právního hlediska je zejména významný příspěvek Václava Pavlíčka, který ovšem sdílí leitmotiv sborníku, pokud jde o kritiku jednotlivého rozhodnutí: samotný ústavní přezkum neodmítá ani jej šířeji neanalyzuje, obdobně nepojednává o obecnější roli soudní moci – viz PAVLÍČEK, Václav. *Jmenovací a odvolávací pravomoci prezidenta republiky*. in LOUŽEK, Marek (Ed.). op. cit., s. 71 - 79.

² KUBÁT, Michal. *Současná česká politika. Co s neefektivním režimem*. Praha: Barrister a Principal, 2013, 978-80-87474-86-0, s. 61. Michal Kubát zde kromě jiného označuje argumenty velkého volebního nálezu za doslova „absurdní.“

³ KOPEČEK, Lubomír. *Fenomén Václav Klaus. Politická biografie*. Praha: Barrister a Principal, 2012, ISBN 978-80-87474-75-4, s. 254 – 258.

⁴ KUBÁT, Michal. op. cit., s. 5. Michal Kubát zmiňuje konkrétně úpravu volebního systému při volbách do Poslanecké sněmovny.

Například vliv Ronalda Dworkina na právní teorii zřejmě nelze přecenit, přitom jeho učení vychází z konkrétní politické reality Spojených států 60. a 70. let a podle mého názoru mu nelze bez poměrně extenzivní znalosti amerických dějin 20. století plnohodnotně porozumět. Naprostá většina právníků však pochopitelně takovým aparátem nedisponuje a jeho teorie přitom používá. Ze strukturalistického hlediska jde tak o tzv. brikoláž, kdy je předmět (typicky šperk) vytržen z jedné kultury a v jiné kultuře získává novou, autonomní funkci.⁵

Jako další prvek do srovnání připadala v úvahu země s dostatečně anglofonní akademickou a právníkou obcí, aby bylo možné proniknout hlouběji do jejího právního systému a vyhnout se „právnímu zeměpisu.“ Zároveň by mělo jít o zemi se silnými soudy. Shodou okolností se mi naskytla příležitost studovat semestr během doktorského studia v Izraeli, který tuto charakteristiku splňoval. Z obvyklejších studijních destinací mají anglofonní země buď relativně slabé soudy (Spojené království, Austrálie)⁶ nebo se jejich právní systém příliš blíží Spojeným státům (Kanada). Výhodou Izraele pak byly další odlišnosti. Jde o zemi hluboce rozdělenou na komunity – každá představuje zhruba pětinu populace. V kombinaci s Českou republikou a Spojenými státy tak představoval vhodný doplněk do trojlístku zemí, vybraných podle metody největších rozdílů. Tato metoda spočívá ve výběru natolik rozdílných prvků, že

⁵ Podle Marka Tushneta může být takový „improvizovaný“ přístup produktivnější, než komplikované pokusy o ústavní inženýrství, viz TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law, *Yale Law Journal*, roč. 108 (1999), s. 1225 – 1308, s. 1228. Citovaný článek se nicméně snaží čtenáře především přesvědčit o důležitosti komparativní argumentace, protože ve Spojených státech k ní panuje určitá skepse – a použití americké komparativní metodologie v Evropě, touto skepsí zjevně netrpící, tak představuje brikoláž samu o sobě. Samotný pojem brikoláž pochází od Claua Levi Strausse a v češtině by bylo jeho ekvivalentem něco jako „domamont“, kutilský výtvar. Podle Levi Strausse je základní rozdíl mezi „kutilem“ a inženýrem v dostupnosti nástrojů - zatímco inženýr si je volí, kutil je odkázán na věci ve své domácnosti. LEVI STRAUSS, Claude. *The Savage Mind*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1966, s. 17 (česky vyšlo pod názvem *Myšlení přírodních národů*). Osobně si nejsem přínosy strukturalistického přístupu ve srovnávacím ústavním právu jistý, protože eklektický přístup není při vytváření normativních příběhů příliš překvapivý.

⁶ Silou mám na mysli jednoduše schopnost prosadit svoje vlastní názory, v podrobnostech viz rozbor pojetí moci soudů u Roberta Dahla v druhé části práce. Fakt, že se soud pokouší prosadit svoje názory, sám o sobě nekritizují, jak už v klasické knize ukazuje Martin Shapiro, jde vlastně o přirozenou vlastnost soudního rozhodování – Shapiro to nazývá poněkud vznešeně triadickým modelem soudního rozhodování s třemi aktéry soudního sporu (dvě strany a soud), který klade proti tradičnímu pojetí dvou sporných stran a nezávislého třetího, srov. SHAPIRO, Martin. *Courts: a Comparative and Political Analysis*. University of Chicago Press, 1986, ISBN 0-226-75043-4, s. 29. Podle Shapirova expresivního diskusního příspěvku soudci vysokých soudů běžně poražené straně lžou, protože jí nemůžou říct, že prohrála kvůli arbitrární hodnotové volbě soudců – tak se soudci tváří, že rozhodují zcela deterministicky. Srov. SHAPIRO, Martin. Judges as Liars. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, roč. 17 (1994), s. 155 – 156.

pokud z těchto prvků vyloučí podobné závěry, lze je považovat za obecně platné, protože tyto identické závěry nemají žádnou společnou příčinu, deformující výzkumný záměr.⁷

Tabulka 1: Shrnutí rozdílů zkoumaných zemí

	Velikost a mezinárodní význam	Právní kultura	Homogenní/heterogenní společnost	Vztah k mezinárodním u právu a integraci	Rigidita ústavy	Tradiční role soudů
ČR	Středně velký	Kontinentální	Homogenní	pozitivní, jurisdikce SDEU, ESLP, ICC ⁸	Silná	Slabá (do 1992)
Izrael	Středně velký	Common law	Heterogenní	Negativní, včetně ICC	Formálně slabá, fakticky relativně silná díky fragmentovanému stranickému systému	Slabá (do cca 1990)
USA	Super-velmoc	Common law	Rasově a částečně nábožensky heterogenní, homogenní z hlediska „ústavního náboženství“	Negativní, včetně ICC	Extrémně silná	Silná

Tato práce záměrně nezkoumá vliv mezinárodních organizací a soudů. Jejich aktivním účastníkem je ze zkoumaných zemí jen Česká republika. Izrael a Spojené státy jsou velmi zdrženlivé, pokud jde o přiznávání automatické jurisdikce mezinárodním soudům, popř. organizacím. Zprostředkovaně je možné na roli mezinárodních organizací usuzovat z případných rozdílů mezi zkoumanými státy – je-li jejich role významná, měla by Česká republika vykazovat řadu podstatných odlišností (pokud mohu předběhnout, takové odlišnosti jsem nenašel).

Původně jsem se chtěl věnovat primárně otázce ústavního přezkumu, ale úvodní fáze výzkumu ukázala na zmenšující pojetí takového přístupu. Nejkontroverznější či nejvýraznější soudní rozhodnutí často neruší zákony, ale spíše k něčemu nutí moc výkonnou – a pokud v kauze dochází k rušení zákona, jde spíše o sekundární projev, jako v kauze Brožová.⁹ Ve

⁷ V podrobnostech viz HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2014, ISBN 978-0-19-871451-4, s. 253 a násl.

⁸ Mezinárodní trestní soud (*International Criminal Court*).

⁹ Nález pod sp. zn. Pl.ÚS 18/06 ze dne 11. 7. 2006 sice zrušil část zákona o soudech a soudcích, ale primární podstatou byl osobní spor prezidenta republiky a předsedkyně Nejvyššího soudu. Prezident

Spojených státech také rušení rasové segregace obsahovalo rušení zákonů jen částečně (viz část 2). V Izraeli dochází k rušení zákonů obecně málo, kontroverzní je spíše extenzivní zvláštní forma správního soudnictví (viz část 3). Na druhou stranu situace v České republice není zcela černobílá, český Ústavní soud ruší právní předpisy v nezvykle masovém měřítku (viz část 5).¹⁰

První kapitola obsahuje přehled základních teorií pracujících se soudní mocí ve spojení s limitovanou možností oddělit normativní a empirickou stránku. Následně jsou ve dvou dalších kapitolách rozebrány limity liberalismu vůči konzervatismu (kap. 2) a kritickým právním studiím (kap. 3).

1.1 Co zkoumat? Narativní limity oddělení normativní a empirické právní vědy

Tradiční přístup české právní vědy spočíval v důkladné analýze zákonných textů, částečně judikatury a reflexe odborné literatury. Tento způsob psaní právníky, o právu a pro právníky označuje (nejen) Michal Bobek jako doktrinární přístup, jenž odlišuje od normativního přístupu (snahy někoho přesvědčit o svém názoru) a přístupu empirického (text, jehož cílem je vyřešit určitou otázku v pokud možno objektivně vymezené normativní realitě).¹¹ Pro účely této kapitoly budu tyto termíny používat v těchto významech, byť s nimi budu na některých místech polemizovat.

Pokud jde zvláště o ústavní právo jako právní odvětví, v jehož rámci je psána tato práce, vývoj posledního století jej několikrát postavil na hlavu, alespoň na evropském kontinentu. Z nauky konstruující základ státu se toto odvětví výrazně posunulo i na kontinentu k analýze judikatury, podle Jana Kysely navíc někdy ve formě popisných a nekritických sumářů jednotlivých precedentů.¹² Tato práce má za cíl zkoumat postavení soudní moci, takže tento

pak ostatně inicioval vydání výše zmíněného sborníku a začal mluvit o *soudcokrácii*, do té doby o soudy velký zájem nejevil.

¹⁰ K 27. květnu 2018 zrušil Ústavní soud právní předpis podle systému Nalus ve 151 případech, pokud se vyloučí zrušení obecně závazných vyhlášek na návrh Ministerstva vnitra. Nejvyšší soud Spojených států zrušil k srpnu 2017 ustanovení federálního zákona ve 182 případech, viz CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*. [Online]. US Government Publishing Office [cit. 2018-06-17]. Dostupné z: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-2017/pdf/GPO-CONAN-2017.pdf> s. 2327 a násl. Zákony jednotlivých států nicméně zrušil v 968 případech, viz tamtéž.

¹¹ BOBEK, Michal. Výzkum v právu: reklama na Nike anebo kvantová fyzika? *Jurisprudence*, č. 6, 2016, s. 3 – 10.

¹² KYSELA, Jan. Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 3, 2017, s. 375 – 390, s. 385. Podobně kriticky k přehnané akademické reflexi přistupuje Ludvík David, podle nějž nicméně může extenzivní odborná reflexe spíše otupovat konkrétní jedinečné okolnosti daného případu, a mechanicky z nich vytvářet právní pravidla, aniž by to bylo cílem soudu samotného. Viz DAVID, L. *Ústavní soud a soukromé právo: příliš mnoho dobra?* In

posun vyžaduje pozornost už při formulaci výzkumného záměru. Dilema, zda přistoupit k soudům institucionálně či skrz judikaturu se pak kombinuje s výše načrtnutým dělením základních vědeckých přístupů.

Aby nebylo komplikací dost, myšlenkové postupy mohou závěry vyvozovat z analýzy více či méně objektivně konstruované reality, nebo naopak mohou testovat realističnost myšlenkových experimentů. Jinými slovy, lze buď z reality konstruovat závěry (*induktivní přístup*, je relativně rozšířený v sociologii), nebo je možné konstruovat nejprve abstraktní modely a ty pak testovat vůči reality (*deduktivní přístup*, více rozšířený v ekonomii). Nepřekvapí tak široké používání deduktivně empirické metody v oblasti na pomezí práva a ekonomie, ze které je pro tuto práci významné dílo Richarda Posnera.¹³ Induktivní metodu používá Ran Hirschl, když se snaží interpretovat soudní rozhodnutí v pokud možno co nejvíce se lišících státech, a na základě této analýzy považuje soudy v jedné ze svých knih za nástroj ekonomických elit,¹⁴ v druhém případě za nástroj elit sekulárních.¹⁵ Na první pohled by se mohlo zdát, že uplatnění induktivní metody může pomoci smazat problém myšlenkového přednastavení autora, který je extrémně patrný u deduktivního přístupu, protože autor je u něj v podstatě odkázán na dovednost ve vymýšlení modelů. Na druhou stranu se normativních předpokladů nelze zbavit. Jak je vidět na Ranu Hirschlovi, už skutečnost, že je autor ochotný uvažovat v relacích jako „nástroje elity“, značí významné normativní podbarvení.

Mezi Posnerem a Hirschlem je také masivní rozdíl v perspektivě. Zatímco Posner nazírá na individuálního soudce – a to mu umožňuje testovat běžné mikroekonomické modely, Ran Hirschl ve svých pracích analyzuje soudní systémy v interakci se zbytkem společnosti. Kromě induktivně-deduktivní osy tak tito dva autoři konstruují i mikro-makro osu. Tyto dvě osy lze snadno doplnit na čtvercový graf, pokud přidáme další dva směry současného ústavního myšlení. Jednak jde o současnou pravicovou kritiku liberálních soudců, kteří jsou odsuzováni jako soudní aktivisté – hlavními představiteli tohoto směru jsou Robert Bork a Antonin

GERLOCH, A. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, 978-80-7380-705-4, s. 157 – 161, s. 160.

¹³ POSNER, Richard. *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*. *Boston University Law Review*, roč. 86, s. 1049 – 1068.

¹⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, ISBN 0-674-02547-4. Hirschlův přístup je podrobně rozebrán v části tři o Izraeli.

¹⁵ HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, ISBN 9780674048195.

Scalia.¹⁶ Podle Borka a Scallii mají soudci místo interpretace „živoucí ústavy“ hledat původní a doslovný smysl ústavy, označují se tedy za „originalisty.“¹⁷ Posledním do této kritické čtveřice je pak poněkud excentrická škola kritických právních studií, odmítající jak establishment, tak možnost jeho jednoduchého svržení. K této sofistikované škole se v této kapitole ještě vrátíme, zatím můžeme za hlavní představitele těchto harvardských tvrdových intelektuálů označit Duncana Kennedyho a Marka Tushneta.¹⁸

Tabulka 2: Mikro vs. Makro vs. Empirické vs. Normativní

	Mikro	Makro
Empirické	Rational Choice Theory (L&E) (škola veřejné volby) Mikro Empirické – deduktivní Posner	Soudy jako nástroj elity Makro Empirické – induktivní, se silnými normativními předpoklady Hirschl
Normativní	Soudní aktivismus Mikro Normativní (převážně) Bork, Scalia	Critical Legal Studies (kritická právní studia) Makro – deduktivní Kennedy, Tushnet

Čtenáře po tomto výčtu směrů kritizujících soudy může napadnout, jestli je někdo s rolí současných soudů alespoň s výhradami spokojený. Takový směr představuje především značně normativně založený moderní liberalismus, spojený s Ronaldem Dworkinem. Nejvhodnější ilustraci jeho způsobu myšlení může představovat jeho polemika s Herbertem Hartem ohledně práv homosexuálů. Na Hartovu námitku, že britský parlament liberalizoval některé aspekty homosexuálního života ve stejné době, jako americké soudy, Dworkin

¹⁶ BORK, Robert H. *Amerika v pokušení: právo vystavené svodům politiky*. Praha: Victoria Publishing, 1993, ISBN 80-85605-19-8. a SCALIA, Antonin. *Originalism: The Lesser Evil*. *Cincinnati Law Review*, roč. 57 (1989), s. 849 – 865.

¹⁷ Barry Friedman dokonce považuje originalismus za zkonstruovanou reakci na již také značně umělý dworkinowský liberalismus (viz podrobněji část 2), viz FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. 1 vyd. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, ISBN 978-0-374-22034-1, s. 308 a násl. Friedman ovšem spekulativní teorie všeho druhu obecně relativizuje a používá induktivně empirický přístup, viz dále podrobněji v druhé části práce.

¹⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, ISBN 9780691070353. KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, ISBN 0-674-17759-2. Viz dále kapitola 1.3 o kritických právních studiích.

vyhraněně argumentuje, že jde o jednotlivý případ skupinového konsenzu.¹⁹ Ten se však ve stejné věci mohl vyvinout zcela jinak, kupříkladu dokonce zákazem veškerého homosexuálního styku – podle Dworkina tak není jiná cesta, než odvrhnout utilitární úvahy o konsenzu a stavět na individuálních právech.²⁰ V českém prostředí je tomuto přístupu blízký Jan Wintr²¹ a asi nejvyhraněněji Pavel Dufek.²²

Pojem liberalismu v posledních desetiletích ztratil ucelenost a stal se do jisté míry modlou pro několik různorodých směrů. Na druhou stranu se pak stal fackovacím panákem, především ze strany režimů odmítajících převažující dworkinovské pojetí lidských práv. Paradoxně se k liberalismu hlásí velká část izraelské intelektuální elity, přestože Izrael jako stát mnoho rysů liberalismu (ať už v jakémkoliv smyslu) nevykazuje (např. v něm existuje státní náboženství).²³ Situace v Izraeli jako modelovém případě obtíží soudobého liberalismu bude podrobně vyložena v třetí části této práce.

Vedle obtíží s uplatněním liberálních myšlenek v praxi nicméně existují také různé verze liberalismu vyhraňující se proti Dworkinovu soudocentrickému pojetí. Pokračovateli anglocentrické výše načrtnuté linie Herberta Harta je tzv. commonwealthský konstitucionalismus, podle kterého přísluší ochrana práv primárně parlamentům. Nejde přitom o prosté popírání ústavního přezkumu a obhajobu něčeho na způsob francouzské III. republiky s lidskými právy jako monology zákonodárce, ale o podrobně argumentované přesvědčení, že parlament chrání lidská práva lépe, než soudy. Nejvýznamnějším současným představitelem tohoto směru je Jeremy Waldron. Parlament podle jeho názoru za určitých

¹⁹ DWORKIN, R. *Rights as Trumps*. in WALDRON, J. (ed.). *Theories of Right*. Oxford University Press, 1984, ISBN: 9780198750635, s. 166 – 167. Při troše škodolibosti by se dalo proti Dworkinovi i Hartovi argumentovat, že šampionem v oblasti práv homosexuálů a reprodukční medicíny bylo (alespoň na papíře) Československo v době jinak ještě celkem tuhého režimu – potraty byly legalizovány zákonem č. 68/1957 Sb., o umělém přerušení těhotenství s účinností k 30. prosinci 1957, homosexualita byla dekriminována s trestním zákoníkem z roku 1961, tedy zákonem č. 140/1961 Sb., s účinností od 1. ledna 1962.

²⁰ Tamtéž. Dlouhodobá perspektiva nicméně svědčí spíše proti Dworkinovi. V současnosti došlo k téměř stejné paralele, pokud jde o stejnopohlavní manželství – zatímco ve Spojených státech bylo celostátně zavedeno rozhodnutím Nejvyššího soudu *Obergefell* v roce 2015, ve Spojeném království bylo v Anglii a Walesu zavedeno zákonem parlamentu v roce 2013, viz *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* [Online]. legislation.gov.uk [cit. 2018-06-17]. Dostupné z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted>

²¹ Nejpregnantněji asi ve sborníkovém příspěvku WINTR, J. *Má stát základní práva? Glosa k nálezu Pl. ÚS 20/15*. In GERLOCH, A. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Soukromé a veřejné...*, op. cit., Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 113 – 120. Jan Wintr v tomto sborníku argumentuje proti přiznání základních práv státu, pokud jde o spory vzniklé z jeho vystupování v civilních právních poměrech.

²² DUFEK, Pavel. *Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně*. *Právník*, č. 1, roč. 157 (2018), s. 50 – 70.

²³ Srov. např. BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, ISBN 0-691-12017-X a FRIEDMANN, D. *The Purse and the Sword*, Oxford University Press, 2016, ISBN 978-0-19-027850-2.

podmínek dokáže chránit práva lépe, než soudy, trpící navíc zřejmým demokratickým deficitem.²⁴ V kontextu různých směrů v rámci liberalismu tak tento přístup označuji jako „**parlamentní**“ liberalismus.

Poslední rozšířenou variantou liberalismu je směr pracovně zde nazvaný **postmoderní liberalismus** podle Richarda Rortyho, postmoderního filozofa, označujícího se zároveň za liberála. Představuje mě normativně nejbližší východisko, a proto budou jeho myšlenky v této práci na pozadí opakovaně probublávat. Rorty se sám označuje za liberálního ironika.²⁵ To podle něj znamená rezignaci na syntézu veřejné a soukromé sféry a spokojenost se situací, kdy je požadavku na autonomii jednotlivce i společenskou solidaritu přikládán stejný význam.²⁶ Liberálním označuje přesvědčení, že krutost je to nejhorší, čeho se dopouštíme.²⁷ Ironikem má na mysli rezignaci na přesvědčení o konečném cíli lidského snažení mimo čas a prostor – a za liberální ironiky má lidi, pro které mezi takové naděje patří zmírnění lidského utrpení.²⁸ Pro liberální ironiky neexistuje žádné nekruhové teoretické zdůvodnění, proč je krutost strašná.²⁹ Liberální ironikové tedy odmítají krutost, a zároveň se domnívají, že toto odmítání nemá metafyzické kořeny. Kombinace morálního přesvědčení s přesvědčením o subjektivnosti tohoto přesvědčení vede Rortyho k odmítnutí řešit některé běžně diskutované morální problémy.

Například se nejde rozhodnout, „*kdy bojovat proti nespravedlnosti a kdy se věnovat osobním projektům sebevzdělání*“, stejně jako otázky typu, zda je možné určitý počet lidí mučit, aby byla jiná skupina lidí zachráněna.³⁰ Jak Rorty výstižně uvádí, pokud se někdo domnívá, že existují dobře založené teoretické odpovědi na takové otázky, „*je ve svém srdci stále ještě teologem nebo metafyzikem*.“³¹ Richard Rorty není na rozdíl od dalších zde popisovaných autorů právním filozofem nebo právní teoretikem, domnívám se ale, že důsledky jeho přístupu pro spekulativní ospravedlnění soudní či jiné moci je stejně zřejmé, jako důsledky pro morální dilemata týkající se přehození výhybky před tramvají, která se řítí na dvě různě velké skupiny lidí: nelze na ně odpovědět.

²⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 2006, roč. 115, s. 1346 – 1406.

²⁵ RORTY, Richard. *Nahodilost, ironie, solidarita*. Praha: PedF UK, 1996, ISBN 80-86039-14-5 s. xiii.

²⁶ Tamtéž, s. xiii.

²⁷ Tamtéž, s. xiii.

²⁸ Tamtéž, s. xiii.

²⁹ Tamtéž, s. xiii.

³⁰ Tamtéž, s. 40 – 41.

³¹ Tamtéž, s. 41.

Existuje také několik pokusů překlenout mezeru mezi liberalismem a originalismem více smířlivým způsobem, než aplikace postmoderního liberalismu a s tím spojené odmítnutí samotné podstaty problému. Jednu z nich představuje **minimalismus**, podle něhož se soudy mají zaměřit na rozhodování soudních sporů, z něj čerpat legitimitu a vyvarovat se jednání, která by tuto legitimitu mohla ohrožovat. S tím je spojená obava o právní stát obecně, pokud se soudy samy nepromyšleným či přehnaně ambiciózním jednáním znemožní, vážně ohrozí fungování soudobého státu a vystaví jednotlivce arbitrární z vůli. Hlavním představitelem tohoto empirického směru s poměrně složitými normativními předpoklady je Cass Sunstein.³² Druhým takovým směrem je zaměření na **empirickou** roli soudů, v jehož rámci vyniká Barry Friedmann s hlavní tezí, popisující vztah veřejného mínění a Nejvyššího soudu spojených států jako symbiózu.³³ Tento značně pragmatický přístup je paradoxně dosti skeptický k minimalismu. Barry Friedmann příhodně ukazuje, jak Cass Sunstein předvídal prudký úpadek vlivu Nejvyššího soudu Spojených států v důsledku faktického rozhodnutí prezidentských voleb v roce 2000 (případ Bush v. Gore) – což se ovšem v dlouhodobém horizontu nestalo.³⁴ Přehled vztahu základních, zde rekapitulovaných škol, pak obsahuje následující Tabulka 3.

³² SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided, *Harvard Law Review*, roč. 110, č. 4. Viz též kniha SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. Cambridge (Mass.): Basic Books, 2005, ISBN 978-0465083275.

³³ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People*, op. cit.

³⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People*, op. cit., s. 337 a násl.

Tabulka 4: Vztah hlavních škol k ochraně lidských práv

	hlavní představitelé	lidská práva mají chránit soudy	lidská práva má chránit parlament, popř. lidé sami
„Soudní“ liberalismus	Dworkin, s výhradami Barak	X	
„Parlamentní“ liberalismus	Waldron		X
Postmoderní liberalismus	Rorty		(X)
Minimalismus	Sunstein		X
Originalismus	Bork, Scalia	Soudy mají chránit práva doslova napsaná do ústavy (ve specifické americké situaci tedy ta spojená spíše s republikánskou stranou) ³⁵	
Kombinace marxismu a empirických teorií	Hirschl	Lidská práva jsou nástrojem elity k prosazení vlastní moci	
Critical legal studies	Kennedy, Tushnet ³⁶	Vztah k lidským právům je ambivalentní. Lidská práva jsou pojmovým aparátem společnosti v určitém bodu vývoje. Tento aparát sdílí nedostatky s touto společností, ale může být prospěšný v jednotlivých případech.	
Empirické přístupy k právu	Barry Friedman, Tom Ginsburg	Soudy závisí na interakci s dalšími složkami státní moci. Činnost soudů může mít pozitivní i negativní účinky na společnost, včetně ochrany lidských práv.	
Rational Choice Theory (L&E)	Posner	Soudy mají chránit především práva zaručující autonomii jednotlivce, umožňující mu svobodně kontrahovat	

³⁵ Americká ústava byla naposledy podstatně změněna pod občanské válce, tomu odpovídá její obsah. Výslovně obsahuje především „republikánská“ práva, např. druhý dodatek zaručuje právo vlastnit a nosit zbraně. „Moderní“ práva jako právo na potrat naproti tomu federální soudy dovozují většinou ze 14. dodatku, ratifikovanému po občanské válce. Ten nicméně z hlediska doslovného znění zakazuje „jen“ zbavit občana svobody bez řádného procesu a odírat jakékoliv osobě právo na rovnou právní ochranu.

³⁶ Tushnet není tak vyhraněný jako Kennedy a má v některých ohledech blízko k parlamentnímu liberalismu.

V českém prostředí má k minimalismu blízko David Kosař, který se ve svých dvou působivých empiricky laděných knihách obává o důsledky reforem správy soudnictví³⁷ a přehnané iniciativy ESLP, pokud jde o „justiční politiku.“³⁸ V obou případech se obává destrukce justice samotné, která by mohla ztratit určitou část legitimacy, a ve výsledku tak zhoršit právní ochranu jednotlivce.³⁹ Otevřeně se pak k minimalismu hlásí ve své nové knize Jana Ondřejková.⁴⁰

David Kosař se naproti tomu k žádnému normativnímu východisku nehlásí a své dvě knihy považuje za jednoznačně empirické a dává jim precizní strukturu v tomto duchu, včetně vynikající a výstižné formulace výzkumných otázek, které jsou důsledně zodpovězeny.⁴¹ Výše zmiňovaný Ran Hirschl uvádí jeho první knihu jako excelentní příklad srovnávací studie založené na principu „nejvíce podobných případů,“ protože se jeho kniha věnovala srovnání České republiky (bez soudní rady) a Slovenska (se soudní radou) – netřeba dodávat, že pro soudní rady kniha nevyznívá zrovna nejlépe.⁴²

Podložit svoje tvrzení konkrétními argumenty je jistě třeba. O to víc je třeba vyzdvihnout, pokud jde o argumenty věcné a precizní. Tato práce je ovšem založena na určité postmoderní ironii. Ironií je v tomto případě nemožnost utéci arbitrárnosti normativního soudu. Podle Roberta Zbírala představuje rozhodující rozdíl mezi empirickým a dalším výzkumem aplikace

³⁷ KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies: holding the least accountable branch to account*. Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-53104-8.

³⁸ KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-563-5.

³⁹ KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, op. cit., s. 19, kde hovoří o soudcích závislých na „nezávislém“ vedení slovenské justice za dřívějšího obsazení Soudní rady. KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky*, op. cit., s. 102 – 104, kde popisuje rizika související s „judicializací justiční politiky.“

⁴⁰ ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*, Praha: Leges 2017, ISBN 9788075022585, asi nejpregnantněji na s. 14.

⁴¹ Srov. KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*, op. cit., s. 19 -20.

⁴² HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters*, op. cit., s. 250. Vedle dalších materiálů Hirschl v rámci této metody poukazuje na knihu Toma Ginsburga, srovnávající velmi odlišné asijské státy (Taiwan, Mongolsko a Jižní Koreu), u kterých se přitom etabloval ústavní přezkum v podobné době, viz tamtéž, s. 248. Ginsburg dospívá k názoru, že rozhodující roli hraje stranický systém – pokud se vládnoucí strana obává své volební porážky, bude usilovat o silné a nezávislé soudnictví, aby se ochránila před útlakem, až bude v opozici – naproti tomu dominantní strana podobnou snahu mít nemusí, viz GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003, ISBN 0-521-81715-3, s. 261. V tomto ohledu ovšem jeho kniha představuje variaci článku J. Marka Ramseyera z roku 1994, jenž dospěl ke stejnému závěru při srovnání Spojených států a Japonska, viz RAMSEYER, Mark J. The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach. *Journal of Legal Studies*, roč. 23 (1994), s. 721 – 747.

normativních soudů na konkrétní situaci a konkrétní data.⁴³ Citovaný článek byl plodem poměrně vyhraněné diskuse, na které Eliška Wagnerová význam zkoumání lidmi vnímané skutečnosti alespoň na první pohled odmítla,⁴⁴ a je mu tak třeba přiznat v tomto ohledu určitou licenci.

Přesto se ovšem rortyovskému ironikovi, do kterého jsem se odvážil stylizovat, vrací myšlenka, zda největším intelektuálním úspěchem knih Davida Kosaře nejsou nápady, které o velmi obtížný krůček naznačený v úvodu této kapitoly rozšířily naši odbornou představivost. Jinými slovy, že byl ochoten empiricky zkoumat normativní představy zpochybňující institut nejvyšších rad soudnictví a judikaturu ESLP ve věcech soudní správy. Na této zásluze mnoho nemění rezignace samotného autora na normativní soudy, protože normativní soudy jsou zásadně vymezeny už předmětem zkoumání. A navíc je pravda, že výzkumy Davida Kosaře ukázaly překvapivé výsledky nad rámec zmíněných normativních předpokladů. Velmi působivý je popis odmítnutí nejvyšší rady soudnictví a euromodelu justice vůbec českým parlamentem v roce 2000, k takovému odmítnutí by přitom podle úvodních hypotéz práce vůbec dojít nemělo, protože parlament v nich figuroval jako pasivní přejímač předpřipravených návrhů.⁴⁵

Podobně by se dalo uvažovat nad zajímavým článkem Jakuba Drápala o individualizaci trestů za trestné činy v České republice.⁴⁶ Podle článku zásada individualizace trestu v praxi nefunguje, protože mezi jednotlivými okresními soudy jsou extrémní rozdíly v trestech za stejné skutkové podstaty, typu podmíněný trest odnětí svobody na jedné straně a několik let vězení na straně druhé.⁴⁷ Jakub Drápal přitom ze svého empirického výzkumu dovozuje

⁴³ V konkrétní rovině šlo především o otázku, co bychom očekávali od jmenování Bankovní rady ČNB po vzoru Ústavního soudu, tedy se souhlasem Senátu. Pokud totiž je naším normativním cílem např. zajištění názorové pestrosti, Robert Zbírál přesvědčivě ukazuje na konflikt v roce 2014 mezi exprezidentem Václavem Klausem a jím jmenovanou bankovní radou, týkající se tzv. devizových intervencí. Autor tak poukazuje na velmi zjednodušené předpoklady teorie, pokud počítá s prezidentovými nominanty jako se zcela vlastnímu rozumu prostými osobami (zmínění členové bankovní rady naopak zaujali přesně opačné stanovisko, než prezident se značnými ekonomickými znalostmi, jenž si členy rady vybral). Podle Roberta Zbírál se tak na tomto (a řadě dalších případů) ukazuje, jak může velmi jednoduché empirické zkoumání korigovat normativní vstupy. Viz ZBÍRAL, Robert. Volání po posílení empirie: jak (ne)měnit českou ústavu. *Jurisprudence*, č. 4, 2015, s. 10 – 15., s. 13.

⁴⁴ Tamtéž, s. 15.

⁴⁵ KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, op. cit., s. 182 – 185. David Kosař také upozorňuje na mizivou reakci ze strany Evropské komise v rámci tehdejšího vstupního vyjednávání, viz tamtéž.

⁴⁶ DRÁPAL, Jakub. Individualizace trestů v České republice: Jak určujeme tresty a co o tom víme? *Státní zastupitelství*, č. 1, 2018, s. 9 – 23.

⁴⁷ Tamtéž, s. 14. Autor v tomto ohledu odkazuje na svoji nepublikovanou kvalifikační práci na Cambrigské universitě pod názvem *Inter-court Disparities in the Czech Republic*.

normativní důsledky, konkrétně např. navrhuje vypracování nezávazné příručky pro ukládání trestů („sentencing guidelines“), jež by pomohla odstranit současné extrémní divergence,⁴⁸ nebo rozšíření rozhodování o druhu a výměře trestu ze strany Nejvyššího soudu (v současnosti v této oblasti NS judikatura prakticky nesjednocuje).⁴⁹ To by vlastně sjednotilo nežádoucí existující stav s normativním předpisem, který existuje v teorii trestního práva, pokud se na věc podíváme mírně ironickým pohledem.⁵⁰

Z pohledu této práce je ovšem možná zajímavější otázka, co znamená takové empirické zjištění pro filozofickou představu o soudnictví. Představa soudce, schopného propojit obecnou právní úpravu s individuálním osudem jednotlivce a aplikovat právní úpravu, zjevně neodpovídá skutečnosti, přitom je traktována teorií⁵¹ a je ostatně obsažena v samotné právní úpravě.⁵² Jinými slovy, chybí právněfilozofická představa, co má trestní soudnictví dělat, která by zároveň byla následně schopná alespoň částečně projít empirickým testem korespondence se skutečností. V ideálním vesmíru dokonalé právní vědy by samozřejmě bylo logickou reakcí na procesně a empiricky laděné texty Jakuba Drápala odpověď na úrovni filozofických základů trestního práva. K tomu nicméně nedochází, a pokud mohu předbíhat, ani docházet nemůže.

Jak podrobně uvidíme v druhé části této práce věnované Spojeným státům, přijetí empirických skutečností je omezeno limity filozofické představivosti určité epochy. Pokud je jedním ze základních kamenů současné filozofické představivosti obraz nezávislého soudce schopně propojujícího velmi abstraktní právní úpravu s osudem jednotlivce (a přitom neustále myslí na základní práva, a dokáže je promítat jak do podústavní úpravy, tak do konkrétních faktů), tlačení do tohoto základního kamene nebude mít valný účinek (a ani by mít nemělo). Naše představa o skutečnosti totiž potřebuje určitou minimální konzistenci. Pokud se zhroutí

⁴⁸ Tamtéž, s. 19.

⁴⁹ Tamtéž, s. 17. V současnosti Nejvyšší soud rozhoduje podle Jakuba Drápala o druhu a výměře trestu jen ve dvou základních případech: (1) soud uložil druh trestu či výměru trestu, jež zákon vůbec nepřipouští, a (2) trestní rozsudek je extrémně nespravedlivý – druhý případ je přitom podle Drápala velmi nezvyklý, protože české vysoké soudy ponechávají jednotlivým soudcům relativně vysokou míru nezávislosti, viz tamtéž, s. 17 – 18.

⁵⁰ Rád bych zde pro vyloučení pochybností uvedl, že závěry Jakuba Drápala považuji za velmi závažné, stejně tak souhlasím, že by zavedení příručky pro ukládání trestů mohlo mít výrazně pozitivní efekt. V tomto rozboru se nicméně snažím ukázat určitou arbitrarnost osobních preferencí, které nelze uniknout. Mně osobně přijdou zajímavější filozofické implikace (tedy výše naznačeným jazykem „normativní makro úroveň“), což je samozřejmě moje subjektivní a arbitrarní volba. S tíhou arbitrarnosti takové volby nicméně musíme žít, člověk se nemůže odpoutat sám od sebe. Subjektivní preference je tak podle mého subjektivního a arbitrarního soudu lepší otevřeně přiznat.

⁵¹ JELÍNEK, Jiří. a kol. *Trestní právo hmotné*. 2. vyd. Praha: Leges 2010, ISBN 978-80-87212-49-3, s. 396 a násl.

⁵² Srov. § 39 a násl. trestního zákoníku z roku 2009.

základní kameny, je třeba vystavět představu zcela novou. K tomu po zásluze dochází maximálně jednou za několik desetiletí. Poněkud zprofanovanými slovy Thomase Kuhna, dochází ke změně paradigmatu.⁵³

Podle mé subjektivní a normativní interpretace k takovému zlomu dochází v souvislosti s postupným lámáním filozofického aparátu současného chápání liberální demokracie. Tato představa tvoří jednu z os této práce a také jde o moji interpretaci výše popsaných empirických studií. Nemyslím si, že je tato představa zvlášť originální. Zejména s proměnami režimů v Polsku a Maďarsku vychází řada textů až apokalyptického charakteru.⁵⁴ Tyto texty nicméně považují potencionální rozpad filozofických základů současného chápání liberální demokracie za katastrofu, které je třeba předejít důsledným trváním na v současnosti formulovaných základech ústavnosti.⁵⁵ Relativně děsivý vývoj v Polsku a Maďarsku je jistě důvodem k pesimismu. Kde si však tato práce klade určité nároky na originalitu, je její normativní a arbitrární snaha o optimistickou interpretaci současnosti a budoucnosti. Optimistické vize jsou přitom v současnosti ojedinělé. Značně banální je pak konstatování, že uskutečnit se mohou jen vize, které existují.

Pokud jde o důsledně nevyřešitelný spor mezi makro a mikroperspektivou, vzhledem k zaměření na společnost jako celek jsem si arbitrárně vybral makroperspektivu. Ke školám nahlížejícím na soudy z hlediska mikroperspektivy se nicméně budu opakovaně vracet,

⁵³ KUHN, Thomas S. *Struktura vědeckých revolucí*. Praha: OIKOYMENH, 1997, ISBN 80-86005-54-2. Kuhn píše jako přírodovědec primárně o přírodních vědách a s touto licenci je třeba interpretovat jeho závěry. Podle něj ve společenských vědách neexistuje jednotné paradigma, protože se dělí na několik současně existujících škol, nesdílejících metodologická východiska (viz s. 9). S metodologií přitom Kuhn spojuje pojem paradigmatu – k jeho změně dochází v momentu, kdy je určitá metodologie přírodní vědy nahrazena metodologií novou (např. přechod fyziky z newtonovské na relativistickou, viz zejm. s. 23 a násl. a s. 98 a násl.). Ze slova paradigma se přitom postupně stalo klišé populárních časopisů pro samozvané humanitní intelektuály, což je samo o sobě pěkný příklad postmoderní ironie.

⁵⁴ HALMAI, Gábor. Constitutionalism and Democracy. The Case of the New Fundamental Law of Hungary. *This Century's Review*, č. 1, roč. 2014. SCHEPPELE, Kim Lane. *Hungary and the End of Politics. How Victor Orbán launched a constitutional coup and created a one-party state* [Online]. The Nation [cit. 2018-06-17]. Dostupné z <https://www.thenation.com/article/hungary-and-end-politics/> PŘIBÁŇ, Jiří. *Děti požívají svou revoluci* [Online]. Salon Práva [cit. 2018-06-17]. Dostupné z <https://www.novinky.cz/kultura/salon/353154-jiri-priban-deti-poziraji-svou-revoluci.html>

⁵⁵ Existují určité výjimky, Paul Blokker chápe silné soudy jako neorganické a považuje je za jednu z příčin krize ústavního režimu v Polsku a Maďarsku (VIZ BLOKKER, Paul. *New democracies in crisis? A comparative constitutional study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, London: Routledge 2014, ISBN: 978-0-203-79502-6. s. 45 a násl.). Doporučuje tedy posun k ústavnosti založené spíše na občanské participaci, než na direktivních soudech (Tamtéž, s. 164). Ve specifické polemice mezi právním a politickým konstitucionalismem (jinými slovy soudním a parlamentním liberalismem) se tak staví na stranu toho politického, resp. specifické varianty parlamentního liberalismu. Tato polemika je podrobně reflektována v druhé části práce, na tomto místě bych ve zkratce uvedl, že tento spor považuji do jisté míry za umělý.

především ke škole Law and Economics, byť mi přijde poněkud redukcionistická. K volbě makroperpektivy přispěla i lepší probádanost mikroperspektivy v českém prostředí. Jde zejména o velmi zajímavé texty Jana Chmela⁵⁶ a Ondřeje Kadlece,⁵⁷ spolu s článkem Jana Chmela a Jana Hořeňovského o procesu rozhodování českého Ústavního soudu.⁵⁸ Protože se v práci snažím držet makroperspektivy, nevěnuji se v práci pojmu soudcovská nezávislost. Jak ostatně připomíná David Kosař, tento pojem je značně závislý na kontextu a normativních postojích jednotlivých autorů, takže debatu spíše komplikuje.⁵⁹ Podobně skeptický jsem ostatně k pojmu judicializace. Obvykle se jím má na mysli přesun rozhodování o určitých otázkách k soudům, tedy růst soudní moci.⁶⁰ Reakcí na posilování soudní moci může být odpor či vítání jednotlivých soudních rozhodnutí (mikro úroveň) nebo na druhé straně filozofická debata o místě soudů ve společnosti (především mezi soudním a politickým liberalismem). Při analytickém makro pohledu nicméně kontury judicializace rychle blednou. Některé studie totiž rozporují samotný filozofický či naopak osobní motiv při zvyšování moci soudů a naopak posilování soudů váží na širší fungování politiky, zejm. stranického systému. Evergreenem je v tomto případě srovnání Japonska s jinými státy. Japonsko má v důsledku své porážky ve druhé světové válce na papíře velmi silné soudnictví, ale v důsledku stranického systému v podobě predominantní strany jsou tamní soudy fakticky velmi slabé. J. Mark Ramseyer tak na srovnání Japonska a Spojených států formuloval slavnou pojišťovací tezi, podle které mají na silném soudnictví zájem politické strany, očekávající reálnou možnost porážky ve volbách, protože soudy tak mohou po eventuální porážce ochránit jejich práva (situace ve Spojených státech) – naproti tomu dominantní strana v Japonsku takovou motivaci nemá.⁶¹

⁵⁶ CHMEL, Jan. Zpravodajové a senáty: Vliv složení senátu na rozhodování Ústavního soudu České republiky o ústavních stížnostech, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2017, č. 4, s. 739 – 758.

⁵⁷ KADLEC, Ondřej. *Rozdíly při řešení rozdílu: rozhodování velkých senátů českých nejvyšších soudů*. In MACKOVÁ a kol. *Aktuální otázky civilního a trestního řízení se zaměřením na rekodifikaci občanského soudního řádu a trestního řádu ve světle principů demokratického a právního státu*, Praha: Všehrad, 2016.

⁵⁸ HOŘEŇOVSKÝ, Jan. CHMEL, Jan. Proces vzniku rozhodnutí Ústavního soudu ČR, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, č. 3, s. 302 – 311.

⁵⁹ KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*, op. cit., s. 21.

⁶⁰ Srov. např. KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*, op. cit., s. 88 a násl. a tam odkazovaná obsáhlá literatura. Hirschlovo pojetí judicializace je podrobně popsáno v části tři o Izraeli.

⁶¹ RAMSEYER, Mark J. The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach. *Journal of Legal Studies*, roč. 23 (1994), s. 721 – 747. Podobně viz ITOH, Hiroshi. Judicial Review And Judicial Activism In Japan. *Law and Contemporary Problems*, 1990, č. 1, s. 169 – 179, zejm. s. 178 – 179. Dostupné na: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4032&context=lcp>

Podobně lze uvažovat o dřívější situaci v severských zemích, kde dlouhá desetiletí vládly místní sociální demokracie. Ran Hirschl je uvádí jako příklad následováníhodných zemí se slabým soudnictvím, byť upozorňuje na rostoucí roli soudů i v tamním prostředí, souvisejícím s koncem levicové hegemonie.⁶² Ostatně Tom Ginsburg okrajově zmiňuje Českou republiku ve statistickém grafu, podle kterého relativně dlouhý mandát soudců Ústavního soudu (15 let) koreluje s relativně fragmentovaným stranickým systémem v roce 1992 – vládnoucí strany tedy měly značnou pobídku se soudně „pojistit.“⁶³ V českém prostředí jednoduše spojoval politické poměry s činností Ústavního soudu Zdeněk Kühn, zejm. pokud jde o období tzv. opoziční smlouvy, kdy Ústavní soud často vyhovoval ideově spřízněnějším návrhům prezidenta republiky a tehdejší „nesmluvní“ opozice.⁶⁴ Při tomto způsobu uvažování je tak silná role českých vrcholných soudů nasnadě, protože náš stranický systém se v čase dále fragmentuje.⁶⁵

Schématická vysvětlení včetně teorie pojištění mají ovšem své limity. Z hlediska teorie pojištění vypadá nezvykle vývoj v současném Maďarsku, kde se formuje jednoznačná predominantní strana. Ta na druhou stranu vydává už třetí volební období velké úsilí směřující k různým „pojištěním“ v podobě vydání velmi rigidní ústavy spojené s postupným ovládnutím soudní moci (podle konvenční teorie pojištění by přitom Orbánova strana ani jedno neměla mít za potřebí).⁶⁶

Výsledek zkoumání soudů tak často závisí na normativních předpokladech, spolu s na ně navázanou metodologií. Při zkoumání soudů jazykem politologie nepřekvapí, že vysoké

Opačný názor viz KAWAGISHI, Norikazu. The birth of judicial review in Japan. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 5, 2007, č. 2, s. 308–331. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/5/2/308/850148>

⁶² HIRSCHL, Ran. The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial reviews. *International Journal of Constitutional Law*, č. 9, roč. 2011, s. 449–469, s. 464.

⁶³ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases.*, op. cit., s. 62. Na druhou stranu není zcela jasné, proti čemu by se české politické strany hlavního proudu měly pojišťovat, když rozdíl mezi nimi je ve srovnání s např. Izraelem v nadsázce „pět centimetrů.“

⁶⁴ KÜHN, Zdeněk. *Ústavní soud České republiky: Proměny instituce v průběhu dvou desetiletí.* In GERLOCH, Aleš. KYSELA, Jan. *20 let Ústavy české republiky. Ohlédnutí zpět a pohled vpřed.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, ISBN 978-80-7380-448-0, s. 246 – 255, zejm. s. 251.

⁶⁵ Opačně argumentuje Štěpán Pecháček, slučující růst aktivity Ústavního soudu s větší frekvencí návrhů politických menšin, viz PECHÁČEK, Štěpán. Rozhodování ústavního soudu v kontextu vývoje parlamentarismu v ČR. *Politologická revue*, č. 1, roč. 2012, s. 33 – 51, zejm. s. 46.

⁶⁶ Otázku Maďarska a podobných zemí se pokusily s modelem pojištění sloučit Rosalind Dixon a Tom Ginsburg v loňském článku. Snaží se v něm tvrdit, že teorie pojištění lépe funguje, když je sjednána mezi dvěma soupeřícími stranami (např. mezi bělošskou a černošskou stranou v Jižní Africe na konci Apartheidu), než nadiktována z pozice jedné strany (to ale nevysvětluje, proč by se měla chtít pojišťovat strana, která to nepotřebuje). Viz DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. The Forms and Limits of of Constitutions as Political Insurance. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 15 (2017) s. 988 – 1012, zejm. s. 990 a 1011.

soudy z takové studie vycházejí jako politické instituce. Např. kritériem političnosti pro Roberta Dahla je objektivní neurčitost rozhodované otázky.⁶⁷ Taková neurčitost je ovšem z komparativního hlediska obvyklou procesní podmínkou, aby vysoký soud mohl případ vůbec projednávat (pokud pomineme excesy, odporující již ustálené judikatuře).⁶⁸ Na druhou stranu při použití dworkinovské filozofie se soudy oprávněně jeví jako apolitické instituce, protože pokud předpokládáme vysokou koherenci práva, prostor pro soudcovskou diskreci je velmi malý. A aby zmatku nebylo dost, kritická právní studia, podrobně rozebraná v třetí kapitole této části, často zcela směšují politiku a právo. Schematicky je vztah mezi právem a politikou naznačen v následující tabulce.

Tabulka 5: Vztah práva a politiky podle hlavních škol, měřený determinismem práva

Soudní liberalismus (Dworkin)	Parlamentní liberalismus (Waldron)	Originalismus (Scalia)	Ran Hirschl a CLS (Kennedy)	Empirické přístupy (Friedman)
V právu je možné nalézt správné odpovědi na 90 % a více případů	Pokračovatel hartovského pojetí, právo determinuje cca 60 % výsledku sporu	Nejpoctivější je historický výklad, který umožňuje nejvyšší míru determinismu ⁶⁹	Právo = politika	Komplexní vztah

Skepse k termínu judicializace pak významně ovlivnila strukturu práce, zejména jsem v českém prostředí raději zkoumal kauzy, stojící stranou momentálního hněvu (vleklou správní kauzu v části 4 a vzorek ústavních stížností v části 5). Následující kapitola této části nicméně kromě ilustrace sporu mezi konzervativci a liberály rozebírá kontroverzní nález Ústavního soudu o uznání amerického rozsudku, přiznávajícím rodičovství stejnopohlavnímu

⁶⁷ DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, roč. 1957, č. 6, s. 279 – 295, s. 279. Dahlovo pojetí politiky je podrobně rozebráno v druhé části.

⁶⁸ Podle § 72 odst. 1 zákona o ústavním soudu musí mít zásah orgánu veřejné moci ústavní relevanci, aby byla ústavní stížnost přípustná. Trestní řád vypočítává v § 265b řadu důvodů k podání dovolání, ty však obsahují jen opravu excesů a udělení trestu odnětí svobody na doživotí, materiálně podstatný je tedy jen důvod pod písmenem g prvního odstavce, podle kterého musí dovolatel tvrdit, že napadaným rozhodnutím došlo k nesprávnému hmotněprávnímu posouzení věci (podobná úprava je v § 103 soudního řádu správního). Patrně nejvíce explicitní je občanský soudní řád, v jehož § 237 je jako podmínka dovolání zakotvena odchylka od dosavadní judikatury (tedy exces), nebo je třeba tvrdit, že Nejvyšší soud danou otázku dosud neřešil, popř. jí sám posuzuje rozdílně, a konečně je možné tvrdit, že jí má Nejvyšší soud posoudit jinak, než jak ji posuzuje dosud. Ústavní soud zrušil nálezem pod sp. zn. Pl. ÚS 29/11 z 21. února 2012 tzv. nenárokové civilní dovolání, přinášející Nejvyššímu soudu možnost, aby připustil projednávání věci, pokud má závažný právní význam. Ústavní soud se tak pokusil dosáhnout nemožného, tedy aby Nejvyšší soud všem případům přikládal stejnou váhu. Příznačné je, že samotný stěžovatel toto ustanovení zrušit nechtěl (ten chtěl samozřejmě zrušit jen jemu nevyhovující rozhodnutí Nejvyššího soudu), a k plenárnímu nálezu je připojeno pět vyhraněných disentů.

⁶⁹ V podrobnostech viz část 2.

páru. Čtenáře v tuto chvíli zřejmě nepřekvapí, že mi posloužil k další relativizaci termínů soudní aktivismus a judicializace.

1.2 Vyvolání zla v právním smyslu: hloubka příkopů mezi konzervativci a liberály⁷⁰

Úvodní kapitola této části může ve čtenáři vyvolávat dojem, že se tato práce bude zabývat abstraktními kavárenskými dýchánky intelektuálů, vedenými vesměs v přátelské atmosféře. Rekapitulované školy jsou nicméně značně nepřátelské a hloubce jejich normativního nesouladu lze nejlépe porozumět na podrobnějším rozboru. Americký originalismus také na první pohled vypadá značně exoticky, pokud se ovšem podíváme na společensky citlivý případ v českém prostředí, můžeme najít podobnou hloubku sporu mezi konzervativci a liberály.

Kapitola se zabývá nálezem Ústavního soudu pod sp. zn. I. ÚS 3226/16 ze dne 29. června 2017, který přikázal Nejvyššímu soudu uznat rodičovství druhého stejnopohlavního rodiče (v dalším textu budu pro tento náleznou používat zkratku „Nález“). Příslušní rodiče jsou manželé podle kalifornského práva a podle téhož práva uzavřeli smlouvu o náhradním mateřství, na jejímž základě se po schválení soudem stali rodiči dítěte. Jeden z rodičů je českým občanem, a tak následně požádali o uznání kalifornského rozsudku český Nejvyšší soud. Nejvyšší soud však uznal kalifornský rozsudek jen částečně, když uznal za rodiče jen jednoho z manželů, protože české právo připouští osvojení jednotlivcem žijícím ve stejnopohlavním svazku, ale neumožňuje osvojení stejnopohlavním párem (tuto možnost vyhrazuje jen heterosexuálním manželům).

Proto Nejvyšší soud dovodil, že plné uznání kalifornského rozsudku je v rozporu s českým veřejným pořádkem. Ústavní soud v Nálezu tento závěr odmítl. Zejména v bodech 56 a 57 upozornil, že podle mezinárodního práva soukromého nestačí pro odmítnutí uznání prostý rozpor s veřejným pořádkem, ale tento rozpor musí být zjevný. Podle stejných bodů přitom v daném případě nemůže jít o rozpor s veřejným pořádkem – natož „zjevný“ – když české právo předmětnou situaci samo zná, byť za jiných okolností. Jde o případ změny pohlaví jednoho z rodičů, kdy rodičovská práva pochopitelně nezanikají.

Závěr o značně technické povaze Nálezu je však v rozporu s jeho vlastní rétorikou v bodech 15 až 51, která obsáhle pojednává o právu na rodinný život stěžovatelů a o nejlepším zájmu dítěte. Tato problematika však představuje maximálně procesní prostředek pro projednání věci Ústavním soudem, který může podle Ústavy rozhodovat jen v případech zásahu veřejné

⁷⁰ Předchozí verze této kapitoly vyšla jako příspěvek Diskurzivní tváře soudního aktivismu ve sborníku Právo jako diskurz: Sborník odborných příspěvků z konference Olomoucké debaty mladých právníků 2017.

moci do ústavně zaručených základních práv a svobod.⁷¹ Sám Ústavní soud se tím ani netají, když staví samotné jádro právní argumentace v bodech 56 a 57 Nálezu na mezinárodním právu soukromém.

Ústavní soudnictví leží na poměrně srozumitelné liberální představě přednosti jednotlivce před státem, alespoň tedy v unitárních státech, které nepotřebují nástroj k překonání nesouladu mezi jednotlivými právními systémy. V jádru tohoto liberálního konceptu ovšem leží dynamický pohyb, vlastní liberalismu od počátku jeho existence. Stát přiznává jednotlivci primát před sebou samým, stát tedy chrání individualitu vlastní mocí. Stát je navíc v liberální koncepci tvořen společenstvím jednotlivců, uzavírajícími mezi sebou smlouvu. Jednotlivci tedy tvoří stát, který je ale do určité míry ohrožuje, takže v rámci něj vytvářejí ještě pro jistotu jakýsi „stát na druhou,“ chránící jednotlivce před rozmary každodenních nálad „státu,“ tedy většiny jednotlivců.

Stát je tedy pro liberály jednak zárukou práv, jednak jejich ohrožením. Ralph Wilde tento paradox vysvětluje dvěma přístupy zakotvenými v jádru liberalismu – když liberál tíhne k potřebě vysvětlit nezbytnost státní moci, přiblíží se modelu silného suveréna Thomase Hobbesa, jehož formovala hrůzná zkušenost anglické občanské války.⁷² Pokud se odhodlá k optimističtější variantě lidské povahy, dojde k variantě akcentující individuální práva, liberalismu kantovského typu.⁷³ Jinými slovy, z původního Leviatana se stane civilizovaný drak, s jedním chapadlem natolik zakrouceným, že ani nevypadá jako jeho součást. V moderní realitě je pak toto zakroucené chapadlo představováno soudní mocí.

Stejně tak už v předchozí kapitole zmíněný Richard Rorty interpretuje Foucaultovo dílo jako mimořádně působivou obžalobu liberální společnosti, která v rámci své kulturní homogenizace uvalila na své členy takové „*druhy útlaku, o nichž se předmoderním společností ani nesnilo.*“⁷⁴ Sám Rorty ovšem naproti Foucaultově obžalobě zastává názor, že tento útlak je vyvážen masivním odstraněním bolesti v moderním státě.⁷⁵ Odlišným způsobem tak vysvětluje liberalismus jako dynamiku mezi možnostmi jednotlivce a zárukami moderního státu: z určitého pohledu děsivá masivní podoba státu umožňuje většině jednotlivců zbavit se neuvěřitelného utrpení, kterému byli vystaveni po větší část historie.

⁷¹ Čl. 87 odst. 1 písm. d Ústavy.

⁷² WILDE, Ralph. *Dilemmas in Promoting Global Economic Justice*. In Bhuta. N. *The Frontiers of Human Rights. Extraterritoriality and its Challenges*. Oxford University Press, 2016, ISBN: 9780198769279, str. 151.

⁷³ Tamtéž.

⁷⁴ RORTY, Richard. *Nahodilost, ironie, solidarita*. Praha: PedF UK, 1996, s. 70.

⁷⁵ Tamtéž.

Načrtnutou dynamiku v rámci liberálního myšlení, odrážející se v základech soudní moci, bych zde rád vysvětlil v kontextu zkoumaného Nálezu.

V kauze završené Nálezem nešlo o otázku náhradního mateřství, alespoň ne přímo. Už podle Nejvyššího soudu tento institut neporušuje český veřejný pořádek, i když je upraven smlouvou, přestože české právo tento institut neupravuje (body 6 a 22 Nálezu). V důsledku toho tedy bylo možné podle Nejvyššího soudu přistoupit k aplikaci ustanovení § 54 odst. 3 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále budu používat zkratku „ZMPS“), které stanoví, že jestliže došlo v jiném státě v souladu s tamním právem k určení či popření rodičovství prohlášením, soudem či mimosoudně, postačí to k uznání rodičovství.

Ústavní soud pak se závěry Nejvyššího soudu „obecně souhlasí“ a rozvíjí je odkazy na judikaturu ESLP a na dva odborné články, podle kterých nedochází ve Spojených státech k vykořisťování náhradních matek, jež by bylo důvodem pro uplatnění výhrady veřejného pořádku, protože podle citované judikatury (nález pod sp. zn. I. ÚS 709/05 ze dne 25. dubna 2005) má být výhrada veřejného pořádku uplatněna, pokud byla v zahraničí porušena lidská práva (bod 23 Nálezu). Osobně nesouhlasím, že by náhradní mateřství založené smlouvou mohlo být automaticky ve zjevném rozporu s českým veřejným pořádkem, pokud nic nenasvědčuje výše naznačenému vykořisťování náhradní matky.

Tento způsob argumentace by mi ovšem přišel myšlenkově ucelenější a v důsledku hájitelnější než myšlenkový proces provedený Nejvyšším soudem ve zrušeném rozsudku. Mohl by být navíc podpořen argumentem, že o situaci konkrétní náhradní matky nebude Nejvyšší soud vědět zpravidla vůbec nic, protože účastníci řízení jsou jen surogátní rodiče, kteří by sotva přiznali svoje eventuální značně nemorální jednání. Ačkoliv mi z mých normativních pozic přijde taková argumentace přehnaná, lze uceleně argumentovat, že k zneužití materiální tísně náhradní matky mohlo s nenulovou pravděpodobností dojít.

Nejvyšší soud ovšem použil zcela jiný způsob argumentace. Nejprve rozsudkem uznal rodičovství českého občana a k rodičovství druhého rodiče (dánského občana) se vůbec nevyjádřil, ačkoliv bylo jeho uznání navrženo stejným návrhem (body 6 a 7 Nálezu). Opakovaný návrh pak Nejvyšší soud zamítl rozsudkem pod č. j. 28 Ncu 187/2015-6 ze dne 18. července 2016, který byl následně napaden ústavní stížností a zrušen Nálezem. Podle Nejvyššího soudu by totiž uznání rodičovství obou navrhovatelů znamenalo, že by byla nastolena situace odpovídající současnému osvojení ze strany dvou osob stejného pohlaví, což české právo kategoricky vylučuje a je tedy na místě odmítnout takové rozhodnutí neuznat s ohledem na zjevný rozpor s českým veřejným pořádkem podle § 15 odst. 1 písm. e ZMPS –

Nejvyšší soud přitom zdůraznil nutnost legislativního řešení takového problému, které nemohou nahrazovat demokraticky nelegitimované soudy (bod 8 Nálezu).

Podle mého názoru není argumentace Nejvyššího soudu zcela myšlenkově ucelená a někomu by mohla připomínat „chytrou horákyňi.“ Pokud je skutečnost, že české právo kategoricky vylučuje současné osvojení dvěma osobami stejného pohlaví, důvodem pro vyslovení zjevného rozporu s českým veřejným pořádkem, bylo by na místě zamítnout návrh jako celek. Nejvyšší soud si navíc z návrhu, který přesně toto požadoval, arbitrárně vybral uznání rodičovství jednoho z rodičů, českého občana. Provedl tak něco na způsob analogie s českou vnitrostátní úpravou, umožňující výjimečně osvojení jednotlivcem, včetně lidí žijících v registrovaném partnerství (v tomto kontextu použitým jako analogii stejnopohlavního manželství).

Tento případ se ovšem netýkal vnitrostátní právní úpravy, ale uznání cizího rozsudku podle mezinárodního práva soukromého. Podle mě je těžko udržitelné tvrdit, že adopce ze strany stejnopohlavních manželů je ve zjevném rozporu s veřejným pořádkem, protože české právo zná registrované partnerství a umožňuje homosexuálům adoptovat děti, a to i když žijí v takovém partnerství. Otázka je navíc živě diskutována a v současnosti se ve prospěch plnohodnotného stejnopohlavního manželství vyslovuje 52 % obyvatel, pro možnost adoptovat děti z „ústavu“⁷⁶ pak 51 %.⁷⁷ Podle mého názoru by přesto byla argumentace zjevným rozporem s veřejným pořádkem konzistentní, kdyby na jejím základě odmítl Nejvyšší soud první návrh jako celek.

Provedený postup představuje použití neústrojně analogie vnitrostátním právem, které ovšem při uznávání cizích rozsudků nelze používat tímto způsobem, protože při tomto postupu ztrácí kategorie „zjevného rozporu s veřejným pořádkem“ jakýkoliv obsah a stává se synonymem pro rozpor s českým právem. Zvolený postup je ovšem sám o sobě rozporný, protože v daném případě nešlo o uznání osvojení, ale o uznání rozsudku určujícího rodičovství. Pro uznání osvojení a určení rodičovství ZMPS určuje jinou proceduru. Pro určení osvojení je podle § 63 ZMPS příslušný okresní soud, Nejvyšší soud přitom nekonstatoval svoji nepřislušnost. Navíc určit rodičovství dvou osob stejného pohlaví by mohl i český soud ve vnitrostátním procesu, a to pokud by mezi narozením dítěte a rozhodováním soudu došlo ke změně pohlaví jednoho z rodičů. České právo přitom se změnou pohlaví nespojuje zánik rodičovských práv, jak ostatně velmi přiléhavě upozorňuje Ústavní soud v bodu 57 Nálezu.

⁷⁶ Jde o terminologii použitou průzkumem, včetně uvozovek.

⁷⁷ *Postoje veřejnosti k právům homosexuálů – květen 2017*. [cit. 28. září 2017]. Dostupné na <https://cvvm.soc.cas.cz/cz/tiskove-zpravy/ostatni/vztahy-a-zivotni-postoje/4357-postoje-verejnosti-k-pravam-homosexuálu-kveten-2017>

Nález samotný tak představuje v první řadě opravu extrémní chyby obecného soudnictví, protože argumentace Nejvyššího soudu je zřejmě v důsledku snahy vybruslit z případu cestou nejmenšího odporu nejen v rozporu s mezinárodním právem soukromým, ale ani není logicky konzistentní. Nejvyšší soud tedy napadeným rozsudkem zřejmě porušil právo na rozhodování podle nejlepšího zájmu dítěte (čl. 3 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte) a právo na rodinný život podle čl. 10 odst. 2 Listiny, jak uvádí ve výroku Nálezu Ústavní soud. Především ale vydáním extrémně vadného rozsudku porušil právo stěžovatelů na spravedlivý proces podle čl. 36 Listiny. Pokud by byl ZMPS aplikován správně, porušení práv uváděných Ústavním soudem ve výroku a obsáhle rozebíraných v bodech 15 až 51 Nálezu by vůbec nenastalo.

Klíčovou otázkou tedy je, proč Ústavní soud použil ve většině textu Nálezu ve výsledku zbytečnou argumentaci, kterou navíc poskytl masivní munici svým kritikům, ještě umocněnou vydanou tiskovou zprávou, akcentující právě právo na rodinný život.⁷⁸ Představuje tak diskurs Ústavního soudu použitý v nálezu příliš zakroucené Leviatanovo chapadlo, jenž už ztratilo smysl pro to, jak vhodně předstírat vlastní existenci na samotné příšeře společnosti?

Nález vzbudil mimořádně silnou kritiku jak u veřejně činných osob, tak u některých akademiků. Expresivní kritika Václava Klause nebyla velkým překvapením, už během svého prezidentského mandátu inicioval vydání sborníku, neberoucího si servítky vůči soudům a ústavnímu soudnictví, byť se zaměřoval především na kritiku konkrétních rozhodnutí.⁷⁹ Václav Klaus zopakoval svoje námitky výrazným způsobem také vůči tomuto Nálezu.⁸⁰ Jeho kritiku však nelze jednoduše vulgarizovat, přenáší do českého prostředí s určitým zjednodušením komplexní pravicovou kritiku příliš silných (liberálních) soudů, známou např. z děl Roberta Borka. Reprezentativní je v tomto ohledu Borkova recenze knihy Aharona Baraka, kterou kvůli Barakově důrazu na přednost lidských práv před demokratickým procesem označil za „učebnici pro soudní aktivisty.“⁸¹ Možná překvapivější než Klausova

⁷⁸ *Neuznání zahraničního právního a faktického rodičovství jednoho z mužů tvořících stejnopohlavní pár je v rozporu s právem na rodinný život a s nejlepším zájmem dítěte.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na <https://www.usoud.cz/aktualne/neuznani-zahranicniho-pravniho-a-faktickeho-rodicovstvi-jednoho-z-muzu-tvoricich-stejn/>

⁷⁹ LOUŽEK, Marek (Ed.). *Soudcokracie v ČR. Fikce nebo realita?*, op. cit.

⁸⁰ *Ústavní soud chce nahradit demokracii. Příkladem je kauza dvou gayů, říká Klaus.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na: https://www.lidovky.cz/ustavni-soud-chce-nahradit-demokracii-prikladem-je-kauza-dvou-gayu-rika-klaus-18k-/zpravy-domov.aspx?c=A170819_134201_ln_domov_ELE Původní text na www.klaus.cz se již nepodařilo dohledat.

⁸¹ BORK, Robert H. *Barak's Rule*, Azure, 2007, č. 27, s. 129.

kritika bylo expresivní vyjádření Iva Telce, jenž označil ve svém pojednání Nález za „vyvolání zla v právním smyslu.“⁸²

Protikladem proti Klausovi a Borkovi je pak odmítání samotného konceptu soudního aktivismu. Ilustrativním příkladem je vyjádření soudce amerického Nejvyššího soudu Anthony Kennedyho ke kontroverzi ohledně nominace Eleny Kagan na soudkyni téhož soudu ze strany prezidenta Obamy, po které republikáni v Senátu zpochybňovali její příliš liberální názory: podle Kennedyho se měli spíše zaměřit na otázku, jestli bude dobrá soudkyně, protože soudní aktivismus je nálepka pro rozhodnutí, „se kterými nesouhlasíte.“⁸³ Kennedy je ovšem obecně spíše středový soudce, takže lze jeho odpor ke konceptu soudního aktivismu vysvětlit jeho názorovou nevyhraněností.

Tato kapitola se ovšem pokusí na analyzovaném Nálezu vybědnout z jednoduchého dilematu mezi odporným soudním aktivismem a profesionálními, neutrálními soudci. Z výše provedené analýzy vyplývá, že jde primárně o technickou aplikaci mezinárodního práva soukromého, takže z tohoto pohledu jej lze stěží označit za nedemokratický produkt soudního aktivismu. Touto optikou by mohl být za aktivistický spíše označen zrušený rozsudek Nejvyššího soudu, v tomto případě by však šlo o soudní aktivismus konzervativního typu. Levicoví kritici soudní moci se ostatně na rozdíl od výše zmíněných domnívají, že soudy mají tendenci spíše k tomuto druhu aktivismu: podle Marka Tushneta by tak Spojeným státům bylo bez ústavního přezkumu legislativy lépe, protože levice v něm podle něj utrpěla větší ztráty.⁸⁴

I kdybychom odmítli argumentaci technickou povahou případu, stále bychom měli potíže označit Nález za nedemokratický. Podle výše citovaného průzkumu CVVM je v současnosti pro stejnopohlavní sňatky a adopce dětí homosexuály mírná většina populace. Otázkou tedy je, proč Ústavní soud zvolil tak ostře lidskoprávní jazyk a vydal obdobnou tiskovou zprávu, když za prvé jde o poměrně technickou otázku, a za druhé zjevně nehájí malou menšinu proti velké, utlačující většině. Naopak, spíše chrání relativně slabou většinu proti mírné menšině. Nabízí se jednoduché vysvětlení: průzkum veřejného mínění ukazuje relativně vyrovnaným poměrem stran, že jde o aktuální otázku. U ní je vysoká míra kontroverznosti přirozená. Tato

⁸² TELEČ, Ivo. *Kritický pohled na nález Ústavního soudu: uznání kalifornského rodičovského statusu stejnopohlavního manžela*. [cit. 28. září 2017]. Dostupné na: <https://zdravotnickepravo.info/kriticky-pohled-na-nalez-ustavniho-soudu-uznani-kalifornskeho-rodicovskeho-statusu-stejnopohlavniho-manzela/>

⁸³ SEDENSKY, Matt. *Justice questions way court nominees are grilled*. [cit. 28. září 2017]. Dostupné na: https://web.archive.org/web/20100605163057/http://www.google.com/hostednews/ap/article/ALeqM5iWhwP-GmuptNw-uw8t8Z_Ib1YV2QD9FMQKRG0

⁸⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts.*, op. cit., s. 154.

hypotéza ale vysvětlení postupu Ústavního soudu ve skutečnosti dále komplikuje. Pokud je daná otázka objektivně kontroverzní, proč se jí nevyhnul poukazem na technickou povahu problému a proč vůbec vydával tiskovou zprávu, akcentující přesně opačné prvky?

Odpověď je částečně velmi prozaická: Ústavní soud je empiricky vzato skutečně zakrouceným chapadlem Leviatana. Nebo, slovy Roberta Dahla, je politickým aktérem, protože rozhoduje případy s vysokou mírou objektivní neurčitosti.⁸⁵ Je třeba upozornit, že jde o empirickou skutečnost, ze které nevyplývají normativní závěry. Vrcholné soudy jsou sice empiricky politickými aktéry, ale tento empirický soud nic nevyovídá o způsobu, jakým mají svoji „politickou“ roli hrát. Lze snášet normativní argumenty pro jejich širší či užší roli, ale tuto normativní debatu nelze „vyhrát“ (stejně jako jakoukoliv jinou normativní debatu).

Deduktivně vzato je ovšem cílem každého politického aktéra maximalizovat svůj mocenský prostor. To se v Nálezu Ústavního soudu relativně daří, když jeho argumentace ústavními právy byla úspěšná, alespoň pokud jde o vyloučení legislativní reakce. Zákodárce by jistě mohl jednoduše upravit ZMPS kazuistickým ustanovením, podle kterého např. nebudou uznávána rozhodnutí příznávající stejnopohlavnímu páru rodičovská práva. Toto ustanovení by nebylo třeba vázat na zjevný rozpor s veřejným pořádkem, mohlo by tvořit samostatný důvod pro neuznání cizího rozhodnutí. Jazykem Nálezu se může zdát, že by takové řešení bylo v rozporu s tam obsáhle rozebíranými lidskými právy. Optikou plenárního nálezu sp. zn. Pl. 7/15 ze dne 14. června 2016 je však neústavnost takového ustanovení otázkou, protože bod 39 tohoto nálezu výslovně říká, že upřednostnění heterosexuálního manželství je „*plně ústavně konformní*.“ Není ovšem žádným tajemstvím, že tento nále z pera Vojtěcha Šimíčka je výrazně konzervativní, byť tak při pohledu na výrok nepůsobí (umožnil adopci ze strany jednotlivce, žijícího v registrovaném partnerství).

Ze širšího pohledu je tak samotný pojem soudního aktivismu značně diskutabilní. Dlouhodobá americká zkušenost se silnými soudy spíše naznačuje používání tohoto termínu stranami momentálně prohrávajícími většinu případů. Originalista Robert Bork tak ve své knize z roku 1989 označuje Earla Warrena v roli předsedy Nejvyššího soudu za „radikála.“⁸⁶ V roce 1989 byl nicméně ještě Nejvyšší soud pod určitým liberálním vlivem, když se po dalších nominacích posunul o něco doprava, ozvala se kritika spíše zleva (viz o několik odstavců výše citovaná kniha Marka Tushneta z roku 1999).

⁸⁵ DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 1957, č. 6, s. 280.

⁸⁶ BORK, Robert H. *Amerika v pokušení: právo vystavené svodům politiky*, op. cit., s. 141.

1.3 CLS versus levicoví liberálové: boj na levici⁸⁷

V předchozí kapitole jsem se věnoval sporům mezi liberály a konzervativci. Mohl jsem tak způsobit dojem, že spory o soudy mají většinou poměrně jasnou strukturu, ať už jde o spory spíše ekonomické (pravice vs. levice) nebo kulturní (konzervativci proti liberálům). Příznivci a odpůrci soudů se ovšem zdají býti rovnoměrně rozprostřeni skrz politické spektrum, dochází tak ke sporům o roli soudů i mezi autory, mající jinak velmi podobné politické či kulturní názory. Jeden z nejostřejších bojů přitom probíhal a do určité míry stále probíhá na levici, a nejde přitom ani tak o postavení soudů ve společnosti. Ve sporech mezi liberály hlavního proudu a tzv. kritickými právními studii jde spíše o otázku správných metod použitých ke zkoumání soudů.

Hnutí kritických právních studií (critical legal studies, „CLS“) představovalo poměrně břitkou výzvu právnímu establishmentu v době svého vzniku, tedy v už poněkud dávných 70. letech. Pokud bychom ho měli jednoduše definovat, dobře posloužit může parafráze Marka Tushneta: CLS reprezentovalo politickou alianci lidí snažících se rozšířit prostor levice v právní akademii – ostatně pro CLS právo představuje formu politiky.⁸⁸ Dokonce i jeho protagonisté však pokládají otázku, zda se již nestalo součástí hlavního proudu, nebo jestli na druhou stranu hlavním výsledkem hnutí není jen sebepotvrzení apolitického technokratismu, proti kterému se CLS snažilo vymezovat. Hnutí vzniklo na Harvardské universitě v 70. letech a jeho nejvýznamnějším představitelem je Duncan Kennedy, bílý muž (sám označuje jako jednu ze skupin v rámci CLS bílé muže⁸⁹) a profesor na tamní právní fakultě. Jako ilustrace tehdejšího způsobu myšlení mohou posloužit návrhy z jeho pamfletu (tak text sám nazval) o hierarchii v právnickém vzdělávání z roku 1983, které měly představovat obrázek instituce budoucnosti – byť ve značně idealizované podobě, sada konkrétních návrhů je ostatně označena „*Utopické návrhy*“⁹⁰.

Kennedy ve svých návrzích doporučuje sestavit povinný dvouletý blok ze tří částí.⁹¹ V první řadě by mělo jít o třísemestrální blok pokrývající právní doktrínu, ovšem včetně vysvětlení technik manipulace s případy a předvedení střetu pravicových a levicových politických

⁸⁷ Předchozí verze této kapitoly vyšla jako kapitola CLS revisited: limity kritického přístupu v knize Nedogmatická právní věda. Od marxismu po behaviorální ekonomii. Praha: Wolters Kluwer, 2017.

⁸⁸ TUSHNET, Mark. Mark Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History. In *Yale Law Journal*, 1991, roč. 100, s. 1515 – 1542, s. 1516 – 1517.

⁸⁹ KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition*. New York: New York University Press, 2007, ISBN: 9780814748053, s. 207.

⁹⁰ Tamtéž, s. 136 – 139.

⁹¹ Tamtéž, s. 136.

argumentů v právu.⁹² Mimořádnou pozornost vedle toho přikládal dvouletému klinickému bloku, poslední třetí částí by pak měl být kurz těsně navázaný na doktrinární a klinické vzdělávání, který by tyto bloky uváděl do širokého kontextu společenských věd.⁹³ Vedle struktury výuky pak Kennedy uvádí celou řadu návrhů, jak univerzitní prostředí dehierarchizovat – uchazeči o studium by procházeli testem minimálních předpokladů, přičemž mezi v testu úspěšnými by o přijetí na fakultu rozhodoval los, zrušit rozdělení vyučujících z hlediska definity a sjednotit výši platů pro celou fakultu, včetně sekretářek a údržbářů.⁹⁴

Podle Kennedyho bylo hlavním účelem pamfletu posunout liberální studenty a studenty stojící mezi liberály a radikály doleva.⁹⁵ Liberální myšleno v americkém slova smyslu, tedy levý střed spojený s Demokratickou stranou, a pokud jde o právní filozofii, s myšlenkami Ronalda Dworkina. Pro tento myšlenkový směr Kennedy nechoval a nechová velké pochopení, jedním z impulzů pro sepsání pamfletu pak byla snaha se proti tomuto nevyhraněnému směru vymezit, když začínal získávat na síle.⁹⁶ Takové opovržení se může zdát těžko pochopitelné, když jde vlastně o výtky levice vůči levici. Pochopitelnější rozměr může tomuto opovržení dát historická perspektiva. Demokraté byli těžce poškozeni rozkoem způsobeným válkou ve Vietnamu, kterou rozdmýchával demokratický prezident Johnson. Proti němu se ale postavila silná vnitrostranická opozice a výsledkem chaosu v demokratickém táboře bylo vítězství republikána Richarda Nixona v roce 1968.

Porážka přitom demokraty výrazně diskreditovala a další výrazný neúspěch jejich výrazně levicového kandidáta na prezidenta v roce 1972, senátora McGoverna, krizi dále prohloubila, přestože demokraté stále drželi většinu minimálně ve Sněmovně reprezentantů (tu ztratili až v roce 1994) a další mocenské pozice. CLS tak vzniká v obtížném ovzduší, kdy se sice tradiční americká levice drolí a její koalice mezi severskými dělníky, intelektuály a jižanskými rasistickými zemědělci se postupně rozpadá, ale při postupném ústupu klade přesto dravějším formám levice značný odpor. Kennedy pregnantně připomíná, že 60. léta zdiskreditovala tradiční liberální programy, jako byla podpora odborů, státní bydlení, sociální dávky a postupně zbrzděovaný posun k občanským právům.⁹⁷

⁹² Tamtéž, s. 136.

⁹³ Tamtéž, s. 137.

⁹⁴ Tamtéž, s. 137 – 139.

⁹⁵ Tamtéž, s. 214.

⁹⁶ Tamtéž, s. 214.

⁹⁷ Tamtéž, s. 212.

Na druhou stranu liberálové ovládali koncem 70. let mnohem větší spektrum moci než v roce 2007 (rok vydání kritické edice pamfletu). Liberálové však byli natolik zděšeni z nástupu republikánů, že podle Kennedyho řešili jen otázku, kolik z jejich tradičního programu musí opustit, aby mohli zůstat u moci (Kennedyho optikou totiž liberálové věřili primárně ve schopnost administrativního státu zajistit společenský pokrok, a pokud by tedy ztratili podíl na moci, jejich důvod existence by v jejich vlastních očích pominul).⁹⁸ Kennedy přitom takovým přístupem k politice značně opovrhuje, jak asi není třeba zdůrazňovat. Historie mu ovšem do jisté míry dala za pravdu v roce 2016, kdy se centristická pozice demokratické kandidátky na prezidentku vůbec nevyplatila, přestože výrazně přeplatila svého soupeře, pokud jde o náklady na kampaň.

Situace v akademické sféře se přitom politice podobala. Kennedy emotivně píše o nových liberálních ústavních teoreticích, o několik let starších než CLS, kteří odmítali ústavněprávní proceduralismus a starší školu law and society, byli ambivalentní vůči law and economics a především byli velmi nepřátelští vůči čemukoliv, co bylo od nich nalevo.⁹⁹ Dworkinovští liberálové tak sice nabourávali praktický a protiteoreticky zaměřený establishment, ale jejich myšlenkové postupy stály vůbec nejdál od kritické teorie, jak bylo vůbec možné.¹⁰⁰ Pokud je Kennedy takto kategorický ohledně rivalů kritického hnutí – a zcela jistě je nejvíce kritický vůči konkurenčním směrům na levici, především levicovému liberalismu hlavního proudu – vyvstává logicky otázka, jak podle něj vůbec mohlo CLS vzniknout a do jisté míry se etablovat.

Kennedyho vysvětlení je vrstevnaté a logické zároveň, byť se jen částečně opírá o empirická data a část úvah je spekulativního charakteru. V prvním kroku spojuje zvýšený zájem o studium práv po roce 1970 s krachem na trhu práce absolventů PhD programů ve společenských vědách, kde se šance na získání pracovního místa na univerzitě značně snižovala.¹⁰¹ Ve Spojených státech je přitom studium práv tříletý postgraduální program, který vede do praxe, nebo po odbočce v podobě asistentství na soudech přímo do akademické sféry. Přímou konkurencí jsou právě PhD programy. Podle Kennedyho nicméně levicoví adepti právníckého studia nejprve nezamýšleli prostě místo akademické kariéry v sociálních vědách přímo zvolit právníckou akademii, ale chtěli usilovat o společenskou spravedlnost prostřednictvím právního systému – jenomže nejprve Nejvyšší soud zamířil doprava po Nixonových nominacích, a když v roce 1980 Ronald Reagan porazil „lidskoprávního“ Jimmy

⁹⁸ Tamtéž, s. 213.

⁹⁹ Tamtéž, s. 206.

¹⁰⁰ Tamtéž, s. 206.

¹⁰¹ Tamtéž, s. 205.

Cartera, uvadla i naděje na prosazování progresivní politiky prostřednictvím pozic ve státní správě.¹⁰²

Zároveň ale mezi roky 1970 a 1990 prudce rostl počet studentů a zaměstnanců právnických fakult, zhruba na dvojnásobek, a pak už dále nerostl.¹⁰³ Kennedy tak tento růst interpretuje jako základní impulz k diverzifikaci právnické akademie – mezi velkým množstvím nabíraných osob se logicky objevovali méně konformní jedinci. Formální požadavky na získání definitivy přitom byly v 70. a 80. letech značně nízké, prý bylo nezvyklé požadovat více, než jeden publikovaný článek, postačoval přitom časopis editovaný studenty.¹⁰⁴

Slibně započatá kritická teorie však byla podrobena nástrahám historie, a jako každý myšlenkový směr čelily její jednotlivé větve alternativám v podobě zapomnění nebo akceptace širším hlavním proudem. Kennedy ve svém zralém a komplexním pojednání o soudnictví z roku 1997 hovoří o pomalu uvadajícím protikladu mezi liberálním soudem a konzervativní exekutivou, který mizel díky postupným konzervativním soudním nominacím republikánských prezidentů.¹⁰⁵ Přitom podle něj se ještě kyvadlo nevrátilo do stádia, kde by konzervativní soudci blokovali progresivní legislativu, jak se dělo v letech 1870 – 1940.¹⁰⁶ Určitý náběh v tomto duchu sice slibovala Obamova éra, ta ale nyní pominula, pokud by však demokraté vyhráli další volby, Trumpovi nominanti na Nejvyšším soudu by se jí zřejmě snažili házet klacky pod nohy.

Kennedy (a spolu s ním většina CLS) však nepovažuje americkou politiku za příliš dynamickou. Americké liberály definuje pomocí snahy odstranit statusovou nerovnost a podporovat zaměstnance, spotřebitele, kulturní menšiny a další znevýhodněné skupiny proti jejich protějškům v podobě zaměstnavatelů, korporací a společenské většiny.¹⁰⁷ Konzervativci přitom chrání opačné skupiny.¹⁰⁸ Kennedy ale jejich rozdíly analyzuje a považuje je za poměrně malé, protože obě ideologie sdílí velkou část názorů na vládu většiny, práva jednotlivce a vládu práva, judeo-křesťanské hodnoty a regulovanou tržní ekonomiku s určitou

¹⁰² Tamtéž, s. 205.

¹⁰³ Tamtéž, s. 204 – 205. Tento vývoj Kennedy dokládá konkrétními čísly, pokud jde o počet zaměstnanců, vzrostl mezi roky 1970 a 1990 z 2 873 na 5 366.

¹⁰⁴ Tamtéž, s. 206. Ve Spojených státech jsou studenty editovány také některé velmi prestižní časopisy, např. Harvard Law Review. Ty z kontextu Kennedy nejspíše nemá na mysli.

¹⁰⁵ KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, s. 115.

¹⁰⁶ Tamtéž, s. 115 -116.

¹⁰⁷ Tamtéž, s. 49.

¹⁰⁸ Tamtéž.

záchrannou sítí – dokonce by tak bylo pod něj možné celý politický establishment označit za Liberalismus s velkým L.¹⁰⁹

CLS nicméně proti tomuto obrazu jednolitého establishmentu programově odmítalo nabízet alternativu, protože dávalo přednost analýze současnosti před spekulativními normativními návrhy Richard M. Fischl tak časté otázky po konkrétních návrzích otevřeně parodoval a vyčítal jim „obsesi“ normativními návrhy, určujícími směřování společnosti – podle něj je přitom na místě spíše důkladně zkoumat, co už existuje a co už činíme (a to podle jeho interpretace dělá většina právní akademie, jen po akademických hlavního proudu konkrétní alternativy nikdo nepožaduje).¹¹⁰

Mark Tushnet nabízí při analýze sporů CLS a hlavního proudu v 70. letech zajímavý obrázek, ilustrující Kennedym zmíněnou blízkost CLS k americkému levicovému liberalismu, která je zároveň dramatickou vzdáleností. Podle Tushneta byly politické rozdíly mezi příznivci CLS a staršími liberály v absolutním měřítku malé.¹¹¹ Dramatickým předmětem sporu byly ale metodologické rozdíly. Liberálové ztotožňovali právní realismus s obdobím New Dealu, tedy chápali sociální vědy jako užitečnou pomůcku k vytvoření informovaného právního názoru.¹¹² Podle CLS ale neexistuje nic jako objektivní právní názor, ten je sám o sobě předmětem zkoumání sociální vědy – a jde tedy o něco domyšlenější verzi právního realismu.¹¹³ Pro CLS je tak právem přesvědčivě dopředu určeno zhruba pět až patnáct procent právních otázek, tedy docela málo, zatímco pro hlavní proud cca čtyřicet až šedesát procent – tedy sice zbývá spousta otevřených otázek, ale ve srovnání s CLS jde o poměrně deterministický systém.¹¹⁴ Čísla jsou Tushnetem myšlena ve zjevné nadsázce, ale myslím, že jde o velmi ilustrativní obrázek. Duncan Kennedy k tomu přidává podobnou myšlenku týkající se složitých případů. Ty jsou sice obtížné z hlediska právní techniky, ale značně jednoduché z pozice ideologického rozhodnutí, protože si soudce prostě může vybrat.¹¹⁵

Existuje jistě řada důvodů, proč považovat CLS za přežitě. Nebo hledat důvody, proč neuspělo. Kennedy lehce načrtává hned několik. Právní akademik je především podnikatelem, konkurujícím si na trhu s ostatními, a příslušnost k CLS zrovna neprospívala.¹¹⁶ Někteří lidé

¹⁰⁹ Tamtéž, s. 49 – 57.

¹¹⁰ FISCHL, Richard Michael. The Question That Killed Critical Legal Studies. In *Journal of Law and Social Inquiry*, 1992, roč. 17, s. 779 – 820, s. 783.

¹¹¹ TUSHNET, Mark. Mark Tushnet, *Critical Legal Studies: A Political History.*, op. cit., s. 1531.

¹¹² Tamtéž, s. 1532.

¹¹³ Tamtéž, s. 1533.

¹¹⁴ Tamtéž, s. 1538.

¹¹⁵ KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle.*, op. cit., s. 166.

¹¹⁶ KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition.* op. cit., s. 216.

spojení s CLS nezískali definitivu, což nepůsobilo na nové adepty moc přesvědčivě, časem navíc začala americká média vyličovat Harvardskou právnickou fakultu jako hnízdu nebezpečných levičáků, držících překonané myšlenky 60. let.¹¹⁷ Robert Bork ostatně ze svých konzervativních pozicí neváhal ještě v roce 1989 označovat Harvad za „*líheň revizionisticky zaměřených profesorů práva*“.¹¹⁸ Možná ještě důležitější byly spory ve volné alianci a obtížná formovatelnost koalic s příbuznými směry, tedy s rasovými studii a feminismem.¹¹⁹

CLS čekalo ovšem rozplynutí v hlavním proudu akademie zřejmě nevyhnutelně, stejně jako před desítkami let zde letmo zmíněný právní realismus. Stejně jako před tím právní realismus je CLS předmětem sporů o interpretaci děl klasiků tak, aby podpořily hlavní argument autora. Tento sumární text si ovšem může dovolit luxus na tomto místě nenabídnout originální východiska, a nemusí zde rekapitulované klasiky ohýbat do připravené škatulky. Zpětně vzato na popisech veteránů CLS – nutno říct, že těch úspěšných, tedy těch s definitivami – zarazí, jak silný význam přikládají konvergenci politického establishmentu. Kennedy tak ve svém pozdním vrcholném díle vynakládá poměrně značné úsilí, aby ukázal, že americký establishment má dostředivé tendence. Z hlediska empirické politologie je ovšem takový závěr značně triviální a dostředivost stranických systémů je notorií. Pokud je však pro CLS právo politikou, není logickou odpovědí přistupovat k němu jako k politice?

Na druhou stranu bych se chtěl vyhnout přehnané vulgarizaci CLS. V některých ohledech nicméně kritici zůstali konvenčními právníky a jejich rozsáhlá aplikace sociálních věd měla své limity. Jejich principiální odmítání jednoduchých řešení a důraz na analýzu skutečnosti je však paradoxně přibližuje pravicovým protějškům z law and economics, jako je Richard Posner. Ti ovšem dbají na individuální svobodu. CLS ukazuje její limity, které má navíc za těžko rozšiřitelné. Skepticismus nakonec ale může mít světlou stránku, i pokud je jistá forma společenského útlaku nevyhnutelná. Může ukázat, že bojovat o lidštější podobu útlaku má smysl, jakkoliv to na první pohled vypadá absurdně.

¹¹⁷ Tamtéž, s. 216.

¹¹⁸ BORK, Robert. H. *Amerika v pokušení. Právo vystavené svodům politiky.*, op. cit., s. 219. Samotnou kritickou teorii měl za „*nihilistické neomarxistické hnutí*“, viz tamtéž, s. 220. Bork proti Kennedymu ani neargumentuje, jen na stejné straně příkladmo cituje z jeho Pamfletu (např. návrh na odstranění platových rozdílů na univerzitách), což je pro Borka z kontextu dostatečný důkaz ryzího šílenství. Doslova na konci s. 220 uvádí, že pro CLS je nejpříznačnější skutečnost, že „*existuje a přežívá*“, což je samozřejmě tragédie.

¹¹⁹ KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition.* op. cit., s. 217 – 220.

1.4 Závěr

V této metodologické kapitole jsem se snažil v souladu s obecným cílem práce čtenáře přesvědčit, že černobílá perspektiva neexistuje, ani pokud jde o metody zkoumání soudů. Zázračné metody k dispozici nejsou a přínosy nových metod jsou někdy převáženy jejich negativy. Samospasitelný není ani čistý empirický výzkum, ten může bez patřičné teoretické přípravy vést jen k utvrzení už existující teorie, protože má tendenci zkoumat výzkumníkovi známé pojmy.

Dost zarazí, jak agresivní kritiku může vyvolat otevřené přiznání snahy soudy politicky ovlivnit z akademických pozic (CLS). Při vší úctě se o stejný cíl pokoušejí prakticky všechny směry, jen je podle nich dobrým tónem odborné debaty o této snaze nemluvit. Agresivita vůči CLS ještě víc překvapí, když si uvědomíme jeho určitou naivitu: prosadit krajně levicové ideje přes bytostně středostavovské soudy je s určitými výjimkami značná utopie.

Z přehledu základních přístupů a způsobů jejich aplikace nicméně plynou pro výzkumný záměr určité předběžné závěry, ke kterým se budu v práci dále vracet:

- Na mocenskou pozici soudů má značný vliv stranický systém v jednotlivých státech.
- Vliv mezinárodního práva a mezinárodního lidskoprávního jazyka je nejasný – jak jsme viděli v kapitole 1.2 o nálezu ve věci uznání osvojení, lidskoprávní jazyk může mít instrumentální povahu.
- Judicializace a politizace jsou diskutabilní termíny, prakticky může být podstatnější zkoumat, jak moc jsou soudy mocné a zda a do jaké míry jsou kompetentní.
- pokud soudy používají lidskoprávní jazyk, nemusí to nezbytně znamenat, že chrání menšiny;
- Ve společnosti zřejmě probíhá širší substantivní krize politiky, projevující se vyčerpáním používaného jazyka. Protože katastrofických textů existuje celá řada, snaží se tato práce o optimistický pohled.

2 Spojené státy – směrodatná odchylka¹²⁰

Tato část se pokusí čtenáři představit mocenskou situaci soudů ve Spojených státech a na ní ilustrovat teze výzkumného záměru. Realita Spojených států vede k utváření poměrně složitých teorií ovlivňujících zbytek světa. Tento zbytek světa ale žije v jiných realitách. Mechanický přenos amerických teorií či právní úpravy bez hlubší reakce ale nemusí být sám o sobě špatný.¹²¹ Typickým příkladem je český způsob jmenování ústavních soudců, mechanicky převzatý právě ze Spojených států.¹²² V českém prostředí je tento systém nepochybně funkční, ovšem úplně jiným způsobem, než v zemi svého původu, primárně díky odlišnému postavení prezidenta republiky (není hlavou výkonné moci) a Senátu (není prestižnější komorou, zastupující v USA navíc jednotlivé státy federace). Snadno hájit by se dalo i tvrzení, že český systém díky slabšímu prezidentovi a Senátu funguje lépe než originál, protože proces jmenování soudců ve výsledku nebudí takové kontroverze.

Předmětem této části tedy není jednoduchá kritika amerikanizace světa, ale spíše pokus o vysvětlení toho, co se soudy ve Spojených státech děje, včetně nezbytných politických a historických souvislostí. Výsledek bude nepřekvapivě postmoderně bezhodnotový, ironický a možná trochu redukcionisticky pojme současnou situaci tamních soudů jako projev momentálně rozpadlého společenského konsenzu. Jako optimista nicméně očekávám zformování nového konsenzu, a to v rámci rozvinutí silných tradic americké demokracie. Možná trochu naivně tak předpokládám, že vláda současného prezidenta či některého z jeho nástupců či nástupkyň nesklouzne do autoritářského režimu či latinskoamerického marasmu. Poněkud cizí jsou mi apokalyptické předpovědi. Jejich výskyt nicméně není za oceánem novinkou. Už změny judikatury Nejvyššího soudu Spojených států v 80. letech způsobné odlišným složením soudu (větší volnost exekutivní moci řízené konzervativním prezidentem a částečný ústup od levicově liberálních výdobytků) emotivně kritizoval prominentní dworkinovský liberál Erwin Chemerinsky jako „*majoritarianism*“, když podle něj odvolávání se na většinu ve společnosti jen maskuje (konzervativní) hodnoty zastávané soudci Nejvyššího soudu.¹²³ Majoritarianismus byl pro něj jako soudního liberála ovšem velmi ostrá

¹²⁰ Kapitoly 2.3 až 2.6 této části vyšly v předchozí verzi jako článek *Majoritní ústavní přezkum – dvojitá kontroverze v běhu amerických ústavních dějin?* v Časopise pro právní vědu a praxi, č. 4, 2017.

¹²¹ Viz rozbor brikoláže na začátku první části.

¹²² BROZ, Jan. CHMEL, Jan. *Pohled za oponu: studie o vzniku Ústavy České republiky a o kontextu její interpretace*. Praha: Leges, 2016, ISBN 978-80-7502-172-4, s. 33.

¹²³ CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution, *Harvard Law Review*, roč. 1989, č. 103, s. 43 – 104, s. 47: „*Zaměření na majoritarianismus maskuje a zastírá hodnotové volby Nejvyššího soudu, a měl by tedy být nahrazen přístupem, který by obrátil pozornost na obtížné spory v jádru ústavního práva. Základ existence ústavy je založen na napětí mezi potřebou vlády chránící a starající se o lid, a strachem z výkonu vládní moci. ... Jurisprudence*

nadávka, protože pro soudní liberály je schopnost soudů bránit menšiny základním předpokladem demokracie.

V první kapitole této části se pokusím ze střípků notorií a politických trivialit vytvořit obrázek Spojených států jako směrodatné odchylky, tedy něčeho, co je „standardně odlišné.“¹²⁴ Pokud jde o faktografii, čerpá tato část často z vynikající knihy Barryho Friedmana „The Will of The People“.¹²⁵ Druhá kapitola se pak na ilustraci sporů mezi soudními liberály a jejich převážně anglofilními parlamentními odpůrci bude snažit vybědnout z jednoduché binarity parlamentu proti soudům.

V dalších kapitolách tato část postupně představí základní článek Roberta Dahla z roku 1957, který založil tuto tradici pragmatického zkoumání vztahu soudů a veřejnosti, a rozebere jeho metodologické základy, které postaví proti analýze mikroúrovně, reprezentované Richardem Posnerem. Následně se pak bude v kapitole 2.4 hlouběji zabývat třaskavou problematikou rasové segregace na příkladu studie Geralda Rosenberga z roku 1991, včetně její ostré kritiky z pera Ervina Chemerinskyho. Nakonec se pokusím v kapitole 2.5 prostřednictvím konceptu „zprostředkované lidové ústavnosti“ Barryho Friedmana relativizovat samotnou podstatu „dvojitě kontroverze“, tedy zpochybnit, zda populární ústavní přezkum vůbec podstatný problém představuje. Barry Friedman je přitom nejvýznamnějším současným představitelem výše načrtnuté koncepce empirického pojetí majoritního (většinového) ústavního přezkumu.¹²⁶

2.1 Směrodatná odchylka

Spojené státy disponují mezi státy nejen západního světa bezprecedentně největší kulturní gravitací, projevující se také v právní sféře. Jejich politický systém přitom vykazuje řadu zvláštností. Jednotlivá témata politického života a fáze vývoje stranického systému jsou jen částečně synchronizovány s evropskou stranou Atlantiku. Jednoduché osobní paralely při bližším pohledu často neobstojí. Na první pohled může vypadat kupříkladu vláda Margaret Thatcher a Ronalda Reagana jako silná paralela. Zatímco však jednoduchý parlamentní systém v Británii spolu s neschopností Labouristické strany nabídnout uspokojivou alternativu

Rehnquistova soudu tak obrací pozornost k ústřední otázce: bude nadále Nejvyšší soud a Ústava chránit lid před vládou? Pokud ne, kdo bude?“

¹²⁴ Anglický výraz pro směrodatnou odchylku „standard deviation“ možná funguje lépe.

¹²⁵ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. 1 vyd. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, ISBN 978-0-374-22034-1.

¹²⁶ Jako překlad anglického adjektiva „majoritarian“ je v článku používáno slovo majoritní či většinový, což jsou podle mého soudu doslovné překlady. Podobnost s politologickým termínem majoritní demokracie není náhodná: zde rekapitulované teorie mají více méně za to, že ústavní přezkum funguje v souladu s převažujícím politickým proudem, v podrobnostech viz další části textu.

umožnil Margaret Thatcher zemi dramaticky změnit, Reaganovi se přes značnou osobní popularitu nepodařilo nikdy ovládnout obě komory Kongresu (to se republikánům podařilo až v roce 1994).

Ovládnutí Sněmovny reprezentantů v roce 1994 nicméně bylo výsledkem dlouhodobé republikánské politiky, tzv. „Cesty na Jih.“ Americký Jih byl od občanské války ovládnán jižanskými demokraty, protože republikánská strana vznikla jako protiotrokářská strana Abrahama Lincolna.¹²⁷ Jižanští běloši tedy logicky zvolili druhou stranu. Vítězný sever se několik let po občanské válce snažil zajistit osvobozeným otrokům občanská práva v rámci tzv. rekonstrukce a před znovupřijetím poražených jižanských států do Unie vydal Sever 14. dodatek Ústavy, zakazující otroctví a rasovou diskriminaci – přijetí jižanských států do Unie přitom podmínil ratifikací 14. dodatku.¹²⁸ Rekonstrukce nicméně skončila neúspěchem a v rámci kompromisu mezi Severem a Jihem se demokratům podařilo dosáhnout ovládnutí Jihu – podle kompromisu bylo sice zakázáno otroctví, ale federální vláda až do 60. let 20. století na Jihu neprosazovala naplnění 15. dodatku Ústavy, který explicitně zakazuje omezování volebního práva v důsledku rasy, barvy pleti či bývalého otroctví.

Černochoům totiž bylo pod různými censy gramotnosti a účelovými obstrukcemi bráněno volit, a moc tak zůstávala v rukou bělochů. Nejvyšší soud přitom tento kompromis aktivně pomáhal vytvořit, když označil v roce 1875 za neústavní tehdejší federální zákon o občanských právech a v řadě dalších případů diskriminaci černochoů posvětil – Barry Friedman tak označuje období po občanské válce za dobu zrodu silného federálního soudnictví, včetně rušení federálních zákonů, před občanskou válkou naprosto výjimečného.¹²⁹ Po konci rekonstrukce nicméně existuje dlouhé období dominance republikánů na federální úrovni, kdy demokratům zůstává vláda na Jihu.

F. D. Rooseveltovi se podařilo v důsledku velké hospodářské krize vybudovat širokou, ale značně nesourodou masivní většinu, skládající se z jižanských bělochů, severských dělníků a inteligence. Poměrně silnou ránu této koalici zasadil boj o občanská práva v 60. letech 20. století, odcizující relativně rasistické jižanské bělochy demokratické straně. V příštích zhruba

¹²⁷ Naproti tomu demokratická strana se konsolidovala po roce 1824 jako populistické hnutí mj. proti existenci centrální banky a proti silným soudům, srov. KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, roč. 92, č. 4., s. 959 – 1011., s. 962 – 963. Populární historika týkající se bujarých oslav inaugurace prvního demokratického prezidenta Andrewa Jacksona 4. března 1829, při kterých měl dojít k poničení Bílého domu oslavujícím davem opilců, je však nejspíš přehnaná, historici označují způsobenou škodu za „běžnou“, viz *The story of the wildest party in White House history* [Online]. National Constitutional Center [cit. 2018-06-17]. Dostupné na <https://constitutioncenter.org/blog/the-story-of-the-wildest-party-in-white-house-history/>

¹²⁸ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People.*, op. cit., s. 129

¹²⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People.*, op. cit., s. 137 a násl.

20 letech je získá na svoji stranu republikánská strana. Republikáni tak postupně popřou svoje sociálně liberální dědictví a ze strany vedoucí válku proti odpadlým státům se stanou horlivými odpůrci federální vlády. Při své cestě na Jih také vyklidí dříve poměrně silné pozice v New Yorku, Nové Anglii a Kalifornii. Barvy na politické mapě Spojených států se prakticky prohodí, byť tento proces potrvá dost dlouho. Ještě Bill Clinton byl ostatně jižan a guvernér Arkansasu, a jako jižanský demokrat tak sledoval během prezidenství další fázi ústupu demokratů z Jihu. Al Gore už v roce 2000 nezískal žádný stát z hlubokého Jihu, a to byl také jižan – nezískal ani svůj domovský stát Tennessee (ten samotný by ostatně Gorovi pohodlně stačil k volebnímu vítězství).¹³⁰ Barack Obama sice vyhrál oboje volby přesvědčivě, ale také nezískal žádný stát z hlubokého Jihu.¹³¹

Předchozí text je do určité míry souborem politických trivialit, ale domnívám se, že lze bez nich jen stěží porozumět urputnosti argumentace autorů blízkých demokratické (Dworkin, Chemerinsky, do jisté míry Sunstein) či republikánské straně (Scalia, Bork). Pokud se tito autoři setkají s „alternativními“ přístupy – CLS či empirická právní studia – je míra hněvu většinou ještě větší, než při sporu mezi hlavními proudy (viz reakce dworkiniána Chemerinskyho v kapitole 2.4). Samotné rozdělení rolí přitom v historickém kontextu nepostrádá ironií. Demokratům se od 60. let střídavě daří na federální úrovni a v některých státech se jim podařilo dosáhnout trvalého vlivu (Kalifornie, do 60. let většinově republikánské státy Nové Anglie), jejich vliv na hlubokém Jihu se ale zatím momentálně blíží nule.

V těchto státech jsou tedy úspěchy liberální agendy jako legální potraty (*Roe vs. Wade*)¹³² a stejnopohlavní sňatky (*Obergefell vs. Hodges*)¹³³ zaváděny rozhodnutím federálních soudů proti vůli těchto států. To byl ostatně nejspíš záměr už otců zakladatelů, když hledali nástroj, jak prosazovat federální právo (a celostátní většinu) proti právu jednotlivých států (a tedy většině v jednotlivých státech).¹³⁴ Konzervativní republikáni jsou v reakci na nevídaná soudní rozhodnutí v současnosti obhájci práv jednotlivých států proti federálním soudům, a to právě těch států, proti kterým původně republikáni vedli válku. Pokud jde o demokraty, v současnosti (červenec 2018) si lze snadno představit scénář, obracející je ostře proti Nejvyššímu soudu. Prezident Trump nyní nejspíše prosadí na dlouhá desetiletí dalšího

¹³⁰ *Historical Election Results* [Online]. US Electoral College [cit. 2018-06-17]. Dostupné na: https://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/votes/2000_2005.html#2000

¹³¹ Tamtéž.

¹³² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹³³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).

¹³⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People.*, op. cit., s. 34 – 35.

konzervativního republikána za soudce Nejvyššího soudu a vytvoří značně konzervativní většinu pěti soudců z devíti.

Demokratům přitom hraje do karet demografický vývoj s rostoucími menšinami, pro které je republikánská strana kvůli orientaci na bělochy v posledních desetiletích těžko stravitelná. Příští demokratický prezident a demokratický Kongres se snadno mohou dostat do přímého střetu s Nejvyšším soudem, a demokratičtí akademici pak mohou provést další salto. Nebylo by ostatně první, demokratická strana vznikla na odporu vůči elitám včetně soudců, ale její odpor značně vyvanul, když se jí podařilo federální soudy ovládnout.¹³⁵ Radikální pojetí ekonomické svobody, prosazované Nejvyšším soudem ve 20. a 30. letech, demokraty naopak značně popudilo, a s Nejvyšším soudem se začínají identifikovat až v důsledku boje za občanská práva v 50. a 60. letech – pokud jde o severské demokraty, jižanské demokraty naopak boj proti segregaci značně roztrpčil.

Americká Ústava je velmi těžko novelizovatelná, podle jejího článku 5 může dodatek Ústavy navrhnout Kongres dvoutřetinovou většinou v obou komorách, nebo jej může navrhnout Konvent, svolaný dvěma třetinami jednotlivých států. Lhostejno kterým z těchto způsobů byl dodatek navržen, ke svému schválení následně vyžaduje ratifikaci tří čtvrtin států. Takto složitý proces novelizace značně posiluje Nejvyšší soud a federální soudy proti Kongresu, který nemůže v ústavních věcech soudy jednoduše přehlasovat ústavní většinou a vydat dodatek ústavy. Mimo oblast ústavy sice může Kongres změnit federální zákony a překonat výklad federálních soudů, pokud jej nesdílí, ale nemůže vydávat zákony v oblastech, náležící jednotlivým státům.

Kongres by tedy nemohl bez extenzivního výkladu ústavy jednotlivým státům nařídít legalizovat potraty či stejnopohlavní manželství, na rozdíl od federálních soudů (to byl ostatně původní záměr, viz výše).¹³⁶ Když Mark Tushnet vede boj proti soudnímu přezkumu ústavnosti a chce Ústavu přenechat lidu samotnému, jako náhradu za federální soudy vidí zavedení možnosti Kongresu státy jednoduše přehlasovat.¹³⁷ Podle jeho soudu by byl výsledek patrně stejný. S tím lze souhlasit, jde ostatně o ozvěnu debaty Harta s Dworkinem,

¹³⁵ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People.*, op. cit., s. 103.

¹³⁶ Rodinné právo ani zdravotní služby nepatří do explicitně vypočtených pravomocí Kongresu, podle 10. dodatku přitom nevypočtené pravomoci náleží jednotlivým státům nebo lidu – na druhou stranu článek 1, odst. 8, bod 18 obsahuje zmocnění Kongresu vydávat „nezbytné a vhodné“ zákony k zajištění výše uvedených pravomocí svěřených Spojeným státům nebo jakémukoliv jejich úřadu či činiteli, srov. *Article I: The Legislative Branch—The Enumerated Powers (Section 8)* [Online]. National Constitutional Center [cit. 2018-06-17]. Dostupné na:

<https://constitutioncenter.org/blog/article-1-the-legislative-branch-the-enumerated-powers-sections-8/>

¹³⁷ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, op. cit., s. 186 – 187.

zmíněné v první části (potraty byly v Británii povoleny parlamentem téměř ve stejnou dobu, jako v Americe soudem).

I za současného právního stavu disponuje ale Kongres vůči Nejvyššímu soudu finální zbraní, byť by si její užití musel před veřejností dobře odůvodnit. Počet soudců Nejvyššího soudu je totiž určen obyčejným zákonem bez ústavní síly, stejně jako organizace federálního soudnictví a procesní pravidla.¹³⁸ Pokud by si Kongres dovedl svoje rozhodnutí obhájit před veřejností – předpokladem pro to by byla značná celostátní nepopularita Nejvyššího soudu – mohl by počet soudců snadno navýšit a „přebít“ nepohodlné názory, popř. změnit procesní právo tak, že by federálním soudům odejmul pravomoc určitou věc rozhodovat. K omezení jurisdikce skutečně došlo bezprostředně po občanské válce v roce 1868, kdy Nejvyšší soud naznačoval, že by v případě *McCardle*¹³⁹ mohl prohlásit za neústavní vojenskou vládu nad jižanskými státy.¹⁴⁰

Ve stejné době ostatně Kongres neváhal manipulovat s počtem soudců – nejprve Kongres v roce 1863 zvýšil počet soudců na 10, aby si zajistil prounijní soud, pak v roce 1866 snížil počet na sedm, snížení přitom bylo účinné k rezignaci či úmrtí stávajících soudců – Kongres chtěl po zastřelení Abrahama Lincolna odeprít spíše projižanskému prezidentu Andrewu Jacksonovi možnost jmenovat nové soudce.¹⁴¹ Když Jacksonovi uběhl zbytek funkčního období a prezidentem se stal Ulysees S. Grant. Kongres vrátil počet soudců zpátky na devět.¹⁴² Na druhou stranu Kongres po občanské válce prudce rozšířil jurisdikci federálních soudů jako celku, protože je potřeboval k prosazování federálního práva.¹⁴³ Šlo také o jediné období, kdy se Kongres do využití těchto nástrojů vůči federálním soudům zašel. Během dvou dalších krizí – během konfliktu mezi federalisty a jeffersoninány začátkem 19. století a při vleklém sporu ohledně New Dealu ve 30. letech – soud ustoupil sám.¹⁴⁴ Podstatnou změnou v dějinách Nejvyššího soudu bylo zavedení širší právnické veřejnosti známého systému volného výběru případů. K tomu ale došlo až v roce 1925 po úspěšném lobbingu ze strany

¹³⁸ V kodifikované podobě jde o Hlavu 28 federálního zákoníku, počet devíti soudců NS stanoví hned § 1, viz *The Title 28* [Online]. US Code [cit. 2018-06-17]. Dostupné na:

<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/part1/chapter1&edition=prelim>

¹³⁹ *Ex parte McCardle*, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869).

¹⁴⁰ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People.*, op. cit., s. 132 -133.

¹⁴¹ Tamtéž, s. 134.

¹⁴² Tamtéž.

¹⁴³ Tamtéž, s. 136.

¹⁴⁴ FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. New York: Touchstone, 2007, ISBN 978-1-4165-5466-0, s. 82 – 83., shodně FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People.*, op. cit., s. 45 a 230.

tehdejšího předsedy Nejvyššího soudu Williama Howarda Tafta, který byl jako bývalý prezident vybaven politickými kontakty a dovednostmi.¹⁴⁵

Dosavadní „prequel“ se snaží uvést čtenáře do prostředí, vymaňující se z jednoduchého pojmání soudů jako protivětšinových aktérů a naopak parlamentů jako orgánů většinových. Na první pohled se může zdát širší kontextuální přístup k soudní moci, zohledňující vztah laické veřejnosti a soudů, jako novinka 90. let, alespoň pokud jde o právnickou obec. Mark Graber ve svém článku z roku 1993 ostatně upozorňuje na staré empirické výzkumy popírající protivětšinovost soudů (především článek Roberta Dahla z roku 1957, dále rozebraný v kapitole 2.3), podle Grabera nicméně neměly tyto výzkumy adekvátní obraz mezi právníky a pokusů sloučit tato empirická fakta s ústavní teorií bylo minimum.¹⁴⁶

Už Bickelova slavná kniha z roku 1962 ale určitou reflexi rozporů teorie s empirickými fakty představuje. Často citované je jeho vymezení řešeného problému ze začátku knihy: ústavní přezkum je „*protivětšinovou silou*“ v ústavním systému.¹⁴⁷ Alexander Bickel nicméně na konci knihy vyřeší zkoumaný problém značně elegantně. Knihu napsal v roce 1962, tedy mezi počátkem kauzy rasové segregace v roce 1954 (vydání rozhodnutí Brown I¹⁴⁸) a prosazením odstranění segregace v druhé polovině 60. let. Při psaní knihy tak nebylo jasné, zda k odstranění segregace dojde, nebo Nejvyšší soud bude nakonec nucen ustoupit a modifikovat rozhodovací praxi (příběh rasové segregace je podrobně popsán v kapitole 2.3 a 2.4).

Bickel tak ke konci knihy dospívá k závěru, že Nejvyšší soud nemůže držet určitý názor ani dekádu, pokud se takový názor ukáže velmi nepopulární.¹⁴⁹ To podle jeho názoru dobře pochopili jižanští segregacionisté a po počátečních rozpacích spustili proti soudu ostrý odpor.¹⁵⁰ Jak dnes víme, jižanský odpor nakonec nenalezl na celostátní úrovni podporu. To ovšem nerozporuje Bickelovu tezi, slučující demokracii s ústavním přezkumem: soud nemůže prosadit vyhraněně nepopulární politiku - „*To je definitivní zdůvodnění, proč a jak je ústavní přezkum slučitelný s teorií a praxí politické demokracie. To je důvod, proč Nejvyšší soud je soudem poslední instance jen podmíněně.*“¹⁵¹ Velmi blízce ostatně ze schematického pohledu působí kniha druhého klasika **proceduralismu** - Demokracie a nedůvěra Johna Harta Elyho.

¹⁴⁵ SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *Cincinnati Law Review*, roč. 57 (1989), s. 849 – 865, s. 850.

¹⁴⁶ GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary, *Studies in American Political Development*, roč. 7, jaro 1993, s. 35 – 73, s. 35

¹⁴⁷ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar Of Politics*. 2. vyd. New Haven: Yale University Press, 1986, ISBN 0-300-03299-4, s. 16.

¹⁴⁸ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁴⁹ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*, op. cit., s. 258.

¹⁵⁰ Tamtéž.

¹⁵¹ Tamtéž.

Na začátku opět vymezuje problém jako nedemokratické rušení zákonů ze strany nevoleného soudu,¹⁵² aby dospěl k závěru, že takový akt je ze strany soudu oprávněný, pokud posiluje demokratické procedury (např. uskutečnění skutečných voleb) a umožňuje tak prošťouchnutí politických kanálů.¹⁵³

Jak jsme letmo zaznamenali v kapitole 1.3 o kritických právních studiích, kritičtí právníci sedmdesátých let spolu s tehdy relativně novým dworkinovským liberalismem neměli starší prakticky orientovaný proceduralismus právě v lásce. To byla ostatně asi jediná věc, na které se mohli kritičtí právníci s dworkinovci shodnout, možná kromě ujištění o vzájemné nenávisti. V tomto kontextu pak vynikne způsob kritiky konzervativce Roberta Borka vůči jak Bickelovi, tak Elym. Oba v kapitole expresivně nazvané „*Teoretikové liberálního revizionismu v otázkách ústavního práva*“ označuje za prominentní liberály (což při binárním pohledu konzervativci/liberálové opravdu byli, ale dosti nedworkinovského typu).¹⁵⁴

Ještě zajímavější než přehnané nálepky je věcná kritika. Bork rozporuje, že by bylo vůbec možné, aby širší veřejnost podrobně sledovala rozhodovací činnost soudů, byť jen třeba Nejvyššího soudu samotného – podle něj by vzhledem k počtu rozhodnutí museli lidé buď číst jedno rozhodnutí za pět let, „*nebo se spokojit s permanentním stavem blízkým mrtvici*.“¹⁵⁵

Takto na první pohled značně pragmatická kritika na druhý pohled vypadá poměrně slabě. Ely, Bickel a patrně žádný „liberál“ nepřipisoval „dělníkům a rolníkům“ četbu soudních rozhodnutí – pro pobouření širokých vrstev empiricky bohatě postačovalo mediální pokrytí a hlasitý nesouhlas politické reprezentace, když byl předmět soudního rozhodování dostatečně šťavnatý, jako byla rasová segregace.

Podobný pragmatický tón nicméně volí na republikánském břehu také Antonin Scalia. Jestliže chtějí široce chápaní liberálové odvozovat ústavní přezkum od čehokoliv jiného, než od dodržování původního významu ústavy, jsou liberálové vlastně podle Scalii odpůrci ústavního přezkumu samotného, protože pokud se hodnoty ústavy periodicky mění, může měnit se

¹⁵² ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 1. vyd. Cambridge: Harvard University Press, 1980, 286 s., ISBN 0-674-19637-6, s. 4-5. Jan Wintr s Janem Kozubíkem v tomto kontextu zmiňují teorii Roberta Alexyho, příznávající německému ústavnímu soudu „argumentativní reprezentaci“ proti „volitivní reprezentaci“ parlamentu, přičemž obě vycházejí z lidu. Viz WINTR, Jan. KOZUBÍK, Jan. Ústavní soudy a práva gayů a leseb – veřejné mínění jako determinant rozhodnutí soudů? *Jurisprudence*, roč. 2016, č. 5, s. 34 – 47, s. 35. Robert Alexy a výše citovaní autoři ale mluví o různých věcech: v případě Alexyho o zdroji legitimacy ústavního soudnictví, Bickel s Elym spíše řeší empirickou otázku střetu volených a nevolených orgánů.

¹⁵³ ELY, John Hart. *Democracy nad Distrust*, op. cit., s. 108.

¹⁵⁴ BORK, Robert. H. *Amerika v pokušení*, op. cit., s. 199 a násl.

¹⁵⁵ Tamtéž, s. 205.

hodnoty mnohem lépe uchopit sám zákonodárce a soudy vůbec nepotřebuje.¹⁵⁶ Chytré upozorňuje, že v Anglii o obsahu ústavy parlament ostatně rozhoduje.¹⁵⁷ Demokratická společnost totiž podle Scalií nepotřebuje ústavní záruky k zajištění soudobých hodnot – soudobé hodnoty zvládnou celkem dobře ochránit volby.¹⁵⁸ Z pozice ironického postmodernisty tak Scalia svým článkem v roce 1989 ťal do živého. Konzervativci tou dobou posilovali, byť Sněmovnu reprezentantů a Nejvyšší soud ještě zcela neovládli. Anotonin Scalia vkládá do úst liberálů argument pro posilování více či méně konzervativního Kongresu a Prezidenta. Nejspíš zároveň škodolibě očekává, že jim nebude zrovna po chuti.

Pokud by však byla jeho narážka na ústavní režim bývalých koloniálních pánů myšlena vážně, musel by se Scalia vypořádat s odpovědí na otázku, proč je tedy americký systém rigidní ústavy lepší. Obzvlášť pokud se sám přiznává k „realistické“ verzi originalismu, protože si nedokáže představit, že by hlasoval pro ústavnost zákona, ustanovující trest bičování, přestože byl takový trest koncem 18. století obvyklý.¹⁵⁹ Navíc moderní verze obhajoby suverenity imperiálního parlamentu má stále své zastánce, nepřekvapivě většinou z bývalého impéria. V příští kapitole se tedy s námitkami těchto imperialistů vypořádáme blíže.

2.2 Binární obrázek – soudní vs. parlamentní liberalismus (imperiální alternativa?)

Britský ústavní systém leží na zdánlivě prostém obyčejovém právním pravidlu: parlament má svrchovanou moc v zemi.¹⁶⁰ Na první pohled je proti systémům pracujícím s dělbou moci výrazně jednodušší: alespoň zdánlivě odpadá spekulativní debata, která z moci má nebo by měla mít navrch. Britskému parlamentu tedy v rámci jeho suverenity náleží i ústřední úloha v ochraně lidských práv. Z toho vyplývá termín politický konstitucionalismus, kladený proti „soudnímu“ právnímu konstitucionalismu (v této práci pro tyto směry používám pojmy parlamentní a soudní liberalismus).¹⁶¹ Pokud je ale parlament skutečně suverénní, může touto

¹⁵⁶ SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil., op. cit., s. 854.

¹⁵⁷ Tamtéž.

¹⁵⁸ Tamtéž, s. 862.

¹⁵⁹ Tamtéž, s. 864.

¹⁶⁰ Při omezeném rozsahu česky psané přehledové literatury si dovoluji použít autocitaci a v podrobnostech odkázat na článek PÍŠA, Radek. Suverenita parlamentu stále živá? *Právník*, č. 11, roč. 153 (2014), s. 988 – 1006.

¹⁶¹ Srov. BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0-521-86510-4, s. 1 a násl.

ochranou pověřit soudy a zároveň se omezit? Jestliže se nemůže omezit, je pak skutečně všemocný?¹⁶²

Rozdíl mezi americkým a britským ústavním režimem je ale hlubší, než logické paradoxy. Těch si lze ostatně v systému dělby také užít dosyta, nejtypičtěji jde přitom o otázku, jak může stát chránit jednotlivce před státem, pokud stát zároveň netrpí pokročilou schizofrenií (podrobně viz kapitola 1.2). Tradiční imperiální odpovědí na tuto otázku je britský odsudek státu s rozloženou osobností. Současný prominentní obránce commonwealthského pojetí ústavnosti, Jeremy Waldron, si nebere servítky: „*Když občané nebo jejich zástupci nesouhlasí, jaká práva máme nebo co tato práva obsahují, zdá se být urážkou říci, že je to něco, co jim není dovoleno vyřešit většinovými procedurami, ale že něco, co má být místo toho svěřeno ke konečnému rozhodnutí malé skupině soudců. Je pak obzvláště urážlivé, když lidé objeví, že soudci mezi sebou nesouhlasí podle stejných dělicích linií jako občané a jejich zástupci, a soudci také v jednacích síních rozhodují nakonec většinově.*“¹⁶³

Argumenty Jeremy Walrona jsou pevně ukotveny v deduktivní rovině politické filozofie. Expresivní citát obsahuje tři jeho často opakované argumenty: soudy jsou nedemokratické, parlamenty jsou schopné bránit lidská práva a nadto soudy nejsou protivětšinové, protože soudní senáty stejně rozhodují většinově. Jeho argumenty přitom tvoří ucelený nesnadno vyvratitelný celek. Vzhledem k deduktivní povaze jeho argumentu se ale nakonec vrátí spekulativní debata nad omezeností lidu, a ani pro školeného filozofa Waldrona není jednoduché se s ní vypořádat. Když totiž Ronald Dworkin argumentoval pro ústavní zakotvení listiny práv v Británii, použil velmi jednoduchý a efektní argument: podle tehdejších výzkumů bylo 71 % Britů pro zavedení takové listiny.¹⁶⁴ S vyvrácením Dworkinova argumentu se Waldron očividně trápí, nejprve si snaží pomoci rozdělením suverenity lidu a demokracie.¹⁶⁵ Pak přirovnává zavedení ústavního přezkumu k situaci, kdy si suverénní lid zvolí nedemokratický režim, a na jeho poměry dosti nejasně vysvětluje,

¹⁶² Srov. PÍŠA, Radek. Suverenita parlamentu stále živá?, op. cit., s. 998. Z hlediska argumentační logiky jde o analogický problém s všemocností boha: může bůh stvořit tak těžký kámen, že ho pak nemůže uzvednout? Nejsem velkým fanouškem spekulativní filozofie, jen bych pro úplnost poznamenal, že stejným paradoxem trpí všemocný lid. To se projevuje především na problematice tzv. neústavních ústavních novel, jimž věnoval v českém prostředí knihu Ondřej Preuss, viz PREUSS, Ondřej. *Klauzule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii?* Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, ISBN 978-80-7380-556-2.

¹⁶³ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-924303-4, s. 15.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Bill of Rights for Britain*, cit. podle WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, op. cit., s. 255.

¹⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, op. cit., s. 255.

proč taková volba nemusí být demokratická.¹⁶⁶ Následně se pokouší vyrovnat s argumentem, že ústavní přezkum může být pojistkou proti vyloženě hloupým excesům, srovnatelnou s prevencí excesů alkoholika.¹⁶⁷ Na praktických příkladech pak ukazuje, proč je takové pojištění nefunkční, pokud neodpovídá přesně předvídané situaci (zařízení zabraňující řízení auta v mírné opilosti může zabránit odvezení zraněného do nemocnice).¹⁶⁸

Takových případů uvádí celou řadu, ale paradox omezitelnosti lidu se mu podaří spíše obejít, než překonat. Ničeho jiného ani zřejmě dosáhnout nejde, pokud se „všemocný“ lid může omezit, není už všemocný. Pokud se omezit nemůže, není všemocný vůbec. Nakonec se Waldron pokusí o určitý kompromis a upozorní na případy, kdy není zaručena ochrana práv opozice a ta čelí riziku represí či smrti.¹⁶⁹ Takovou situaci spojuje s východní Evropou a ústavní přezkum na ochranu opozice si v ní dokáže představit, aniž by tedy vysvětlil, jak samotný ústavní přezkum ochrání vražděné opozičníky a novináře.¹⁷⁰ Ruská a ukrajinská zkušenost není příliš povzbudivá. S určitou dávkou cynismu by se tato část Waldronovi argumentace mohla shrnout slovy „pro Východoevropany dobrý, ale Impérium to nepotřebuje.“

Úzce vymezené předpoklady Jeremy Waldron opakuje v často citovaném článku z roku 2006.¹⁷¹ Svou vůči soudům kritickou teorii vztahuje jen na země s fungujícími demokratickými institucemi, funkčním obecným soudnictvím, občanskou společností přesvědčenou o menšinových a individuálních právech, a konečně v takové společnosti existuje trvalý, podstatný a vážně míněný spor o obsahu práv.¹⁷² Když se dostane ke konkrétnímu příkladu, začne hartovsky argumentovat podrobnou debatou při legalizaci potratů v roce 1966, kterou kontrastuje se schématickými americkými soudními rozhodnutími.¹⁷³ Na druhou stranu v případě nesplnění podmínek dobře fungující demokracie a institucí zde Waldron automaticky netvrdí, že špatně fungující demokracie může být důvodem pro ústavní přezkum. Logicky upozorňuje na situaci, kdy budou soudci sdílet nedemokratické hodnoty politické elity a nebudou lidská práva hájit vůbec – ve společnosti

¹⁶⁶ Tamtéž, s. 256 – 257 Jeremy Waldron je jinak proslulý precizností a přehledností argumentace.

¹⁶⁷ Tamtéž, s. 260.

¹⁶⁸ Tamtéž, s. 261.

¹⁶⁹ Tamtéž, s. 280.

¹⁷⁰ Tamtéž, s. 281.

¹⁷¹ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 2006, roč. 115, s. 1346 – 1406.

¹⁷² Tamtéž, s. 1360.

¹⁷³ Tamtéž, s. 1348.

tak musí existovat určitý minimální respekt pro práva, aby jejich ochrana vůbec mohla fungovat.¹⁷⁴

Waldronovy a vůbec britské námitky vůči ústavnímu přezkumu shrnuje možná nejlépe jiný akademik s podobnými názory, Richard Bellamy. Vytvořit určité minimální jádro práv, na kterých se všichni shodnou, je v moderní společnosti nemožné: zatímco sociální demokraté považují za lidské právo hmotné zabezpečení potřebných, libertariáni mají zdanění za tímto účelem (a vlastně za jakýmkoliv účelem) za porušení práv jako takové – nejen tedy, že se názory těchto dvou směru ohledně lidských práv liší, ale jsou dokonce v přímém konfliktu.¹⁷⁵

Abstraktní obhajoba politické ústavnosti či, jak častěji používám, parlamentního liberalismu, může působit značně působivě. Je ale otázkou, zda si ze svého protivníka v podobě soudního liberalismu amerického typu nedělá něco na způsob strašáka, tvořícího snadný cíl. Pokud bychom chtěli nalézt ještě více stratifikovanou společnost než Spojené státy, našli bychom jí totiž právě v Británii. Podle výzkumů reprodukováných klasikem britského veřejného práva J. A. G. Griffithem absolvovalo k roku 1994 soukromé střední školy 80 % anglických¹⁷⁶ soudců, 87 % pak absolvovalo univerzitu v Oxfordu nebo v Cambridgi.¹⁷⁷ V roce 1994 pak bylo ze 138 soudců vyšších soudů v Anglii a Walesu 7 žen, žádný zástupce etnické menšiny a průměrný věk byl zhruba 60 let.¹⁷⁸ Ze 138 bylo 137 před jmenováním soudcem barristry, jeden byl solicitem.¹⁷⁹

Do roku 2005 byli angličtí soudci vybíráni na první pohled čistě politicky, většinu soudců vybíral Lord Kancléř (s určitou licencí ministr spravedlnosti), soudce Soudního výboru Sněmovny Lordů a některé soudní funkcionáře vybíral premiér po konzultaci s Lordem Kancléřem.¹⁸⁰ Soudci nebyli schvalováni v parlamentu, byť by to vzhledem k obvyklé vládě jedné strany a silné pozici premiéra stejně zřejmě byla formalita. Fakticky byl ale Lord Kancléř omezen malým okruhem kandidátů – pokud šlo o vyšší soudy, mohl vybírat z respektovaných barristrů mezi 45 a 60 lety, takže počet vhodných kandidátů mohl být klidně

¹⁷⁴ Tamtéž, s. 1404.

¹⁷⁵ BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism*, op. cit., s. 25.

¹⁷⁶ Myšleno skutečně jen v Anglii a Walesu, Skotsko a Severní Irsko mají vlastní právní systém a soudní soustavu.

¹⁷⁷ GRIFFITH, J. A. G. *The Politics of Judiciary*. 5. vyd. London: Fontana Press, 1997, ISBN 0 00 6863817, s. 20.

¹⁷⁸ Tamtéž, s. 21.

¹⁷⁹ Tamtéž, s. 24.

¹⁸⁰ Tamtéž, s. 8. Od roku 2005 v rámci ústavní reformy vybírá soudce zvláštní komise, vzhledem ke společenské stratifikaci lze odlišné výsledky očekávat jen stěží. Zákon o ústavní reformě z roku 2005 viz *Constitutional Reform Act 2005* [Online]. legislation.gov.uk [cit. 2018-06-17]. Dostupné z: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents/enacted>

jen půl tuctu.¹⁸¹ Griffith neváhá zařadit soudce do vládnoucí oligarchie vedle ministrů, vysokých státních úředníků, vlivných osob z průmyslu, obchodu a bankovníctví, a konečně vlivných poradců působících ve stranách nebo na univerzitách.¹⁸² Commonwealthský model ústavnosti bez akcentace dělby moci tak při popisu praktického fungování britského ústavního režimu vypadá značně samozřejmě.

Spojené království ovšem nelze považovat za nedemokratický stát v rámci současných definic. Naopak přes značnou sociální stratifikaci a homogenní elitu vykazuje v různých indexech demokracie vysoké hodnocení, často spolu se severskými státy, Nizozemím a Švýcarskem, tedy právě se zeměmi s omezeným ústavním přezkumem. Jen omezenou souvislost mezi demokracií a ústavním přezkumem našel v článku z roku 2015 Arthur Dyevre.¹⁸³ Severskými státy stejným způsobem argumentuje Ran Hirschl.¹⁸⁴ Tamas Gyorfí pak commonwealthský model ústavnosti přímo hájí poukazem na přehlednou tabulku několik indexů míry demokracie a ochrany lidských práv – Commonwealth opět vychází velmi dobře.¹⁸⁵

Zde může čtenáře napadnout, kde leží podstata sporu a proč obránci politického liberalismu tak svehpě brání commonwealthský model, když jim ho nikdo nebere a Antonin Scalia jej dokonce vydává za legitimní příklad, jak může ústavnost fungovat. Úhlavními nepřáteli politických liberálů ovšem nejsou američtí republikánští konzervativci, ti totiž přesně v duchu Scalií argumentují odlišností jednotlivých národů. Jiným zemím alespoň na papíře nevnucují americké pojetí ochrany práv, a zároveň je ústavnost v jiných zemích zajímá jen informativně, mezinárodním standardům ochrany práv nepřikládají žádnou váhu.

Hlavní nepřátelé politických liberálů jsou samozřejmě soudní liberálové, protože považují ústavní systémy bez soudní ochrany lidských práv za nedemokratické. Značně explicitně se k soudnímu liberalismu ve své kritice Waldrona hlásí Jiří Baroš. Podle něj vláda musí být podřízena substantivním závazkům, protože některé věci by prostě neměla dělat, i kdyby s tím snad většina lidí souhlasila.¹⁸⁶ Běžné fungování současných států není navíc podle něj příliš

¹⁸¹ GRIFFITH, J. A. G. *The Politics of Judiciary*, op. cit., s. 17.

¹⁸² Tamtéž, s. 335.

¹⁸³ DYEURE, Arthur. Technocracy and distrust: Revisiting the rationale for constitutional review. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 13 (2015), č. 1, s. 30 – 60, zejm. s. 58.

¹⁸⁴ HIRSCHL, Ran. The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial reviews. *International Journal of Constitutional Law*, č. 9, roč. 2011, s. 449 -469, s. 464.

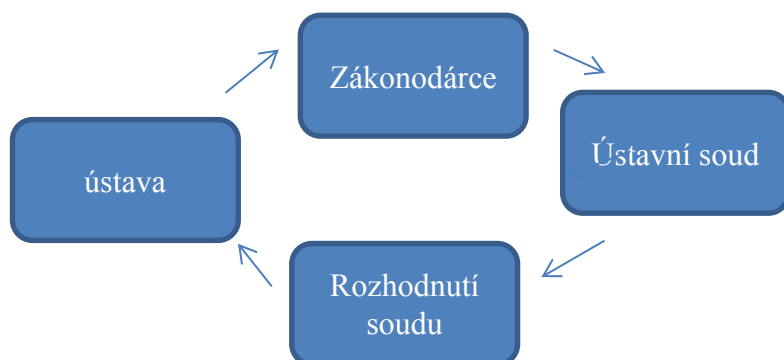
¹⁸⁵ GYORFI, Tamas. *Against the New Constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. ISBN 978-1-78347-300-7, s. 152.

¹⁸⁶ BAROŠ, Jiří, *Od Ústavní demokracie k ústavnímu soudnictví*. In SMEJKAL, H. a kol. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 34 – 48, s. 37. Podobně pojímají roli soudnictví také Vojtěch Šimíček a

demokratické, pokud nepřijmeme Schumpeterovu minimalistickou teorii demokracie – ústavní omezení tak může alespoň zajistit určitou spravedlnost.¹⁸⁷ V empirické rovině posunu k tomuto pojetí přisvědčuje Alec Stone Sweet, když na analýze vývoje ve Francii, Německu, Španělsku a Itálii ukazuje posun k hodnotám silné ochrany práv ze strany soudů a silnému ústavnímu přezkumu, což nazývá „*novým konstitucionalismem*.“¹⁸⁸

Otázka je, co je na novém konstitucionalismu nového, kromě výskytu v „nových“ zemích. Ze čtyř jím zkoumaných zemí mají tři zkušenost s pravicovým nedemokratickým režimem, odmítajícím dělbu moci. Francie má dílčí odlišnosti, a Stone-Sweet na ně koneckonců upozorňuje.¹⁸⁹ Kromě toho Alec Stone Sweet ilustruje moderní dialog mezi politickou a soudní mocí na obrázku koloběhu – v levé části „politická“ část státní moci politizuje justici, v pravé části „soudní“ moc judicializuje politiku. Obrázek je to jistě ilustrativní, otázkou je, co přináší nového proti myšlenkám Alexandra Bickela z 60. let o nezbytné mezihře soudů a veřejnosti (Stone-Sweet navíc samotnou veřejnost poněkud upozaďuje, a dosti se zaměřuje na ústavní přezkum – otázka pravomoci rušit zákony není nutně spojena s přehnaně silnou justicí).

Obrázek 1: Parafráze koloběhu Aleca Stone-Sweeta¹⁹⁰



Ivo Pospíšeil ve stejném sborníku: *Největší síla soudů je nicméně skutečně v tom, že jsou „nedemokratické“, přesněji řečeno jsou antimajoritárními orgány, tedy jdoucími případně i proti vůli většiny“* viz ŠIMÍČEK, V. *Soudní přezkumy politických procesů*. In SMEJKAL, H. a kol. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky?*, op. cit., s. 60 – 69, s. 63. Viz také příspěvek Ivo Pospíšeila ve stejném sborníku, který považuje ústavní soudy za „*za pojistku proti nastoupení tyranie většiny*“ viz POSPÍŠIL, Ivo. *Ústavní soudnictví a politika. Neklidný modus vivendi.*, s. 52 – 59, s. 59.

¹⁸⁷ BAROŠ, Jiří, *Od Ústavní demokracie k ústavnímu soudnictví*, op. cit., s. 41.

¹⁸⁸ STONE SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. ISBN 0-19-829771-8, s. 56 – 60.

¹⁸⁹ Např. zde Ústavní rada na rozdíl od ostatních tří států nedovodila zvláštní nadústavní status lidských práv, viz STONE SWEET, Alec. *Governing with judges*, op. cit., 59.

¹⁹⁰ STONE SWEET, Alec. *Constitutional politics: The Reciprocal impact of lawmaking and constitutional adjudication*. in CRAIG, Paul. HARLOW, Carol. (Eds.) *Lawmaking in the European Union*. London: Kluwer Law International, 1998, ISBN 90-411-9683-8, s. 111 – 146, s. 112.

Jak jsme už viděli, značný rozdíl mezi soudním a politickým liberalismem leží v nároku na univerzálnost. Zatímco podle soudních liberálů nejsou státy bez soudní ochrany práv vůbec demokratické, politický liberalismus si snaží uchovat svá regionální specifika. Nakonec však zarazí zarážející, že soudní a politický liberalismus spojuje tradiční millovské pojetí zastupitelské demokracie: parlamenty dělají, co chce většina voličů. Pro politický liberalismus je to dobře, pro soudní liberalismus je to velký problém, vyžadující korekci ze strany silných soudů. Přitom moderní sociální vědy chápou, že zastupitelská demokracie takto nefunguje a vztah mezi lidem a jejich zástupci je ve skutečnosti podstatně složitější (v podrobnostech viz rozbor Roberta Dahla v následující kapitole).

V extrémních případech parlament z různých důvodů přijímá legislativu s velmi nízkou podporou veřejnosti. Zajímavým případem z nedávné české historie jsou církevní restituce, mající v roce 2012 podporu kolem 16 % veřejnosti, u lidí označujících se v průzkumu za římské katolíky pak také jen 31 % (51 % takových respondentů bylo proti, zbylých 18 % nemělo na věc jasný názor).¹⁹¹ Nechci argumentovat pro či proti církevním restitucím, rozumím potřebě odblokovat „zaplombovaný“ majetek a urovnat dlouhodobé spory s církvemi. Církevní restituce mi v tomto ohledu slouží dosti instrumentálně: parlament ve věci jednal způsobem, přisuzovaným ze strany politického liberalismu, soudního liberalismu a „nových konstitucionalistů“ spíše soudům.

Spor mezi soudními a parlamentními liberály tedy považuji do jisté míry za debatu mívající terč. Místo diskuse o skutečné moci a kompetenci soudů je v zajetí nerealistických představ o parlamentech jako ústech voličů a soudech jako bezvýhradných ochránců menšin proti většinám. Myslím ale, že lze parlamentním liberálům přiznat argumentační vítězství v jednom ohledu. Jde o to, že pokud je soudům svěřena ochrana lidských práv, soudy se mohou pokoušet prosadit před veřejností své pojetí lidských práv. Lidská práva chráněná soudy tedy představují něco na způsob koupě připraveného balíčku služeb, jakýsi „package deal“, aniž by byl kupec obeznámen s jeho obsahem.¹⁹² Jiřím Barošem zmíněný Joseph Schumpeter kreslí působivý obrázek buržoazního pokračování boje za rovnější společnost po zrušení šlechtických výsad.¹⁹³ Buržoazie je v tomto obrázku na svých výsadách znenadání ohrožen bojem za stejné slovo (rovnost), jako byl jeho boj proti šlechtě.

¹⁹¹ *Názor veřejnosti na roli církví ve společnosti a na navrácení církevního majetku – září 2012* [online]. CVVM [cit. 15. 4. 2018]. Dostupné na

https://cvvm.soc.cas.cz/media/com_form2content/documents/c2/a1529/f9/pi121023.pdf

¹⁹² Starší české sousloví označuje takovou situaci za koupí zajíce v pytli.

¹⁹³ SCHUMPETER, Joseph A. *Kapitalismus, socialismus a demokracie*. Brno: CDK, 2004, ISBN, ISBN 80-7325-044-6, s. 162.

Na jednu stranu považují prosazování krajně levicových pozic přes soudy ze strany krajní levice za dosti naivní strategii (viz část 1.3 a závěr první části), na druhou stranu si nejsem jistý, jestli se nemohou zvláště čeští obhájci soudního liberalismu ocitnout v pozici divícího se buržoi. Mám na mysli situaci, kdy soud ovlivněný názory veřejnosti likviduje výsady skupiny, která jej pomáhala posílit a přitom stále drží rozhodující pozice v parlamentu. Stejně jako Schumpeterův buržoa pak tato skupina neví, co má dělat. Má zničit svůj výtvar v podobě silného soudnictví, nebo má rezignovat na svůj politický program? V nejhorším případě může být navíc tato komunita takového dilematu zbavena: pokud začnou média k silným soudům přistupovat stejně agresivně jako k orgánům „politické“ politiky, může se respekt k soudům snadno zhroutit, jako se už zhroutil respekt k politikům. Vztah mezi názory veřejnosti a soudním rozhodováním ostatně slouží jako odrazový můstek pro další kapitolu, kde se podíváme na rozhodování amerických soudů blíže.

2.3 Od Obergefella k Robertu Dahlovi

Čtenáři je zřejmě známo rozhodnutí Nejvyššího soudu Spojených států ve věci Obergefell¹⁹⁴ z roku 2015, které přikázalo jednotlivým státům federace umožnit uzavírat manželství osob stejného pohlaví a uznávat taková manželství, uzavřená v jiných státech. Zároveň ale čtenáři mohlo uniknout, že v období, kdy kauzu Nejvyšší soud rozhodoval, podpora stejnopohlavních svazků ve společnosti prudce rostla a byla v rámci federace jako celku zřetelně většinová.¹⁹⁵ Obergefell tak mohl být cokoliv, jen ne menšina „*devíti starých lidí*“, kteří nechápou současný svět, ani liberální menšina utlačující konzervativní většinu. S trochou nadsázky by se dalo říci, že ústy soudu prostě promluvil hlas lidu.

V jazyce práv jednotlivce taková představa působí zvláště, nicméně je logickou, pokud jde o jazyk zájmů, používaný v empirické politologii. Slovy Jeremy Waldrona, „*politologové ... mají na rozdíl od profesorů práva dostatek cti srovnat cynický model legislativní moci se stejně cynickým modelem rozhodování odvolacích a nejvyšších soudů.*“¹⁹⁶ Klasickým dílem

¹⁹⁴ Rozsudek Nejvyššího soudu Spojených států *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015). K podrobnostem vývoje kauzy před vydáním rozhodnutí Nejvyššího soudu viz ASKARI, Daniel. *Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou*. In ANTOŠ, Marek. WINTR, Jan. *Ústavní teorie*. Praha: PF UK, 2015, s. 17 – 30. Ke společenským dopadům samotného rozhodnutí viz WINTR, Jan. KOZUBÍK, Jan., op. cit, s. 37 – 38.

¹⁹⁵ HOOK, Janet. *Support for Gay Marriage Hits All-Time High — WSJ/NBC News Poll*.

[online].NBC [cit. 15. 4. 2016]. Dostupné na <http://blogs.wsj.com/washwire/2015/03/09/support-for-gay-marriage-hits-all-time-high-wsj-nbc-news-poll/>

¹⁹⁶ WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. 1. vyd. Cambridge University Press, 1999, ISBN 0-521-65883-7, s. 2.

Waldronem míněných politologů je článek Roberta Dahla z roku 1957.¹⁹⁷ Úvodní odstavec Dahlova článku pak v první řadě upozorňuje, že považovat americký Nejvyšší soud za striktně právní instituci znamená podcenit jeho roli v americkém politickém systému.¹⁹⁸

Robert Dahl totiž považuje Nejvyšší soud za politického aktéra, protože přijímá politická rozhodnutí („*policy decisions*“), která definuje jako účinnou volbu mezi alespoň částečně nejasnými možnostmi.¹⁹⁹ Jak Dahl říká, „*nikdo se nebude hádat*“, že takovou definici splňuje příležitostně každý soud.²⁰⁰ Robert Dahl ale není deduktivním analytikem mikro úrovně, který může snadno dospět k přesvědčení, že většina soudních rozhodnutí stojí na osobních ambicích či mikroekonomických podnětech, protože vychází z teoretického modelu (potud je jeho postup „*deduktivní*“) a tyto modely staví na bázi jednotlivců (potud „*mikro*“ úroveň). Typickým příkladem takového myšlenkového přístupu je Richard Posner, když konstruuje pro soudce užitkovou funkci, která se skládá z touhy učinit svět lepší a z touhy po „hraní soudcovských her,“ tedy prožívání vzrušení ze soudních jednání a možnosti ve výsledku rozhodnout spor často arbitrárně.²⁰¹

Ve svém článku totiž naproti Posnerově přístupu Robert Dahl upozorňuje, že byt' je možné definici neurčitosti v určité míře sledovat u každého soudu, Nejvyšší soud má podle něj velmi nezvyklé postavení – „*jeho soudci čas od času rozhodují případy, kde právní kritéria nejsou v žádném realistickém smyslu relevantní k jejich vyřešení.*“²⁰² Jeho perspektiva je tedy „*makro*“, týkající se společenských institucí a jejich vzájemné kooperace, a jeho myšlenkový postup vychází z popisu reality – pokud bych měl tedy použít opozitum proti slovu deduktivní, jde o induktivní postup.

Robert Dahl svoji analýzu založil jednak na zkoumání intervalů mezi jmenováním jednotlivých soudců, v druhém kroku pak zkoumal souslednost rušení zákonů s funkčním obdobím Kongresu. V prvním případě dospívá k jednoznačnému závěru, že každý prezident má na složení soudu výrazný vliv, s výjimkou F. D. Roosevelta, kterému obnova soudu trvala

¹⁹⁷ DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, roč. 1957, č. 6, s. 279 – 295.

¹⁹⁸ DAHL, Robert, opt. cit., s. 279.

¹⁹⁹ Tamtéž. Podrobněji Dahl popisuje definici politického rozhodnutí níže na straně 279 takto: jde o rozhodnutí s neurčitostí vzniklou „*nedostatkem informací o (a) alternativách, mezi kterými lze volit; (b) důsledcích, které pravděpodobně vyplynou z vybrané alternativy; (c) pravděpodobnosti, zda tyto důsledky nastanou; (d) relativní hodnota různých alternativ*“ – soud tak musí seřadit alternativy podle hodnoty a vzít v úvahu jejich pravděpodobnost – „*efektivní volbou*“ je pak výběr preferované alternativy spojený se zajištěním, že bude provedena.

²⁰⁰ Tamtéž.

²⁰¹ POSNER, Richard. The Role of the Judge in the Twenty-First Century. *Boston University Law Review*, roč. 86, s. 1049 – 1068, s. 1056 – 1057.

²⁰² DAHL, Robert, opt. cit., s. 280.

déle díky nezvykle pomalému tempu odcházení soudců a vyvolala přitom známé potíže s prosazením legislativy New Dealu.²⁰³ Druhým jeho argumentem byl časový interval mezi účinností legislativy a jejím zrušením: s výjimkou New Dealu tento interval v polovině případů přesahoval čtyři roky, a podle Dahla tak lze očekávat, že politická většina, která ho prosadila, mezitím oslabila – stejně tak když Dahl bere v úvahu důležitost případu, dochází k závěru, že Nejvyšší soud jen ojediněle trvá na neústavnosti legislativy, která je setrvale silně politicky podporovaná většinovou koalicí a tato koalice ji považuje za důležitou.²⁰⁴

Robert Dahl ze své dílčí analýzy dovozuje tři závěry: (1) pokud by soud skutečně chránil menšiny proti většině, šlo by o značně neobvyklou situaci, (2) názory zastánců a odpůrců Nejvyššího soudu argumentující (ne)demokratičností jsou „z větší části irelevantní“, protože empiricky si většiny v zákonodárném sboru to své obecně prosadily, a konečně (3) *přestože se soudu nepodařilo nikdy držet svoji pozici věčně, ve velmi malém počtu důležitých případů zpozdil aplikaci příslušné politiky až o 25 let.*²⁰⁵ V tomto případě má na mysli éru započatou případem *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905), kdy soud prosazoval libertariánské ekonomické představy a rušil velké množství pracovněprávní a sociální regulace, později často spojené s New Dealem F. D. Roosevelta. Období definitivně skončilo až s případem *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), kdy Nejvyšší soud Rooseveltovi po značných peripetiích ustoupil.

Na první pohled mohou Dahlovy závěry působit značně schématickým dojmem, což může být způsobeno snahou přehledně je přiblížit. Podle mého soudu nicméně nelze jeho text z roku 1957 jednoduše vulgarizovat a považovat tak Roberta Dahla za jednoznačného příznivce či odpůrce Nejvyššího soudu či instituce ústavního přezkumu. Ve svém slavném článku koneckonců používá induktivně-empirickou metodu, ze získaných dat ohledně soudních nominací a doby účinnosti právních předpisů před jejich zrušením dovozuje konkrétní důsledky, které mají k explicitně normativním soudům daleko. Jako většina vědců nicméně opíše určitý okruh od normativních předpokladů (v tomto případě definice politiky) přes empirické zkoumání spojené s výsledky až po určité normativní závěry, na které bych teď rád upozornil. Především je třeba říct, že podle Dahla ve většině stabilních demokracií vládnou dlouhodobé soudržné aliance, které se mění za jiné v poměrně prudkých zlomech, spojených

²⁰³ DAHL, Robert, opt. cit., s. 285.

²⁰⁴ DAHL, Robert, opt. cit., s. 286 – 291.

²⁰⁵ DAHL, Robert, opt. cit., s. 291.

s opuštěním předcházejících politik, intenzivním politickým bojem, zakončeným konsolidací a postupným úpadkem aliance.²⁰⁶

Podle Roberta Dahla je soud sám o sobě prakticky bezmocný zasáhnout proti takové alianci, a v případě neexistence dohody v rámci aliance²⁰⁷ povede pokus Nejvyššího soudu nadiktovat národní politiku pravděpodobně ke katastrofě, jak podle Dahla ukazují případy zmíněné rané fáze New Dealu a rozhodnutí Dred Scott.²⁰⁸ Toto rozhodnutí mělo přitom na americkou historii i ústavní právo stěžejní dopad a je na místě ho kvůli lepšímu porozumění přiblížit blíže.

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857) představoval velmi nepodařený pokus Nejvyššího soudu předejít občanské válce, když odmítl právo na svobodu černocho z Jihu, jenž se se svým majitelem vydal na Sever a podle stávající legislativy (tzv. missourijského kompromisu) se měl stát svobodným – na rozdíl od případu, kdy by svému majiteli prostě na sever utekl.

Nejvyšší soud tedy v tomto rozhodnutí prohlásil missourijský kompromis za neústavní, což byl teprve druhý případ zrušení zákona Kongresu ze strany Nejvyššího soudu ve Spojených státech od případu *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Proti očekávání soudců Dred Scott nezabránil eskalaci konfliktu a občanské válce, je tak univerzálně považován za nejhorší rozhodnutí v dějinách amerického Nejvyššího soudu. Barry Friedman nicméně argumentuje, že politici přehodili otázku dalšího rozsahu otroctví v zemi soudu jako horký brambor – přesto ovšem dodává, že „z hlediska právního řemesla byl Dred Scott chaos“ – každý soudce napsal svoje diktum a rozsah závaznosti precedentu byl velmi nezřetelný.²⁰⁹

Tyto případy by mohly čtenáře snadno navést na cestu značného fatalismu, pokud jde o roli soudů. V jednom případě byl nešťastný rozsudek přepsán mimořádně krvavou občanskou válkou (byť po ní následoval formální ústavní dodatek, překonávající rozsudek Dred Scott), v případě New Dealu pak Nejvyšší soud sám raději ustoupil. Popsané případy kolizí mezi jednotlivými složkami státní moci nicméně podle Dahla neznamenaají, že by se Nejvyšší soud nemohl po politickém hřišti pohybovat, pokud tak bude činit v limitech tohoto hřiště a nevybočí ze základních politických cílů dominantní aliance – a v tom se jeho postavení

²⁰⁶ DAHL, Robert, opt. cit., s. 293. Dahl uvádí jako období stabilních aliancí příkladem alianci jeffersoniánskou, jacksoniánskou, nezvykle dlouhou republikánskou po občanské válce, a konečně alianci New Dealu.

²⁰⁷ Dahl má na mysli včetně soudců Nejvyššího soudu, které dlouhodobá aliance logicky dosazuje.

²⁰⁸ DAHL, Robert, opt. cit., s. 293.

²⁰⁹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People...*, op. cit., s. 110 – 112.

podobá mocnému předsedovi výboru v Kongresu, který také nezmění směr politiky aliance, ale může dosáhnout řady dílčích úspěchů v méně důležitých otázkách.²¹⁰

Ostatně, pro Roberta Dahla je málokteré rozhodnutí soudu jednoduchým rozhodnutím mezi většinou a menšinou, a stejné pozorování platí pro politiku na národní úrovni, která je často výsledkem „*konfliktů, vyjednávání a dohod*“ mezi menšinami: místo většinového pravidla je tak s určitou nadsázkou možné hovořit o „*právu menšin, kde jedna aliance menšin dosahuje politik proti jiné alianci menšin*.“²¹¹ V případech neshody většinové koalice na řešení určité otázky pak podle Dahla vzniká pro soudy široký prostor, a mohou dokonce dosáhnout etablování určité politiky: přesně tak Robert Dahl vykládá precedenty „*posledních třiceti let*“ posilující právo černochoů volit a počínající odstraňovat segregaci.²¹² Závěrečným odstavcem však Dahl vyznění článku značně posune. Za posílením práv černochoů hned konstatuje, že „*Nejvyšší soud je víc než to*,“ a poukáže na jeho význam při řešení procedurálních otázek demokracie, a že přes jeho vážné chyby dokázal svěřovat legitimitu nikoliv „*parciálním a provinčním politikám dominantní politické aliance, ale základním pravidlům chování vyžadovaných pro fungování demokracie*.“²¹³

Konec jeho článku je tak až příliš optimistický a příliš neladí se zbytkem jinak značně pragmaticky formulovaného textu. Možná jde jen o závěrečnou doušku, snažící se zmírnit jeho fatalistické vyznění. Přísně vzato je totiž optimismus týkající se role Nejvyšší soudu vůči dodržování procesních pravidel demokracie v rozporu s předchozími částmi textu, které neposkytují žádné důvody se domnívat, že by se procesní pravidla mohla těšit jinému osudu než zbytek právních pravidel. Tedy pokud by konsolidovaná politická aliance chtěla tyto procesní podmínky změnit, Nejvyšší soud by jí čelil zřejmě jen velmi těžko. Tento skepticismus je možná na místě právě díky pomalému odstraňování rasové segregace (představující čistě procesní otázku), které se bude podrobně věnovat následující kapitola.

²¹⁰ DAHL, Robert, opt. cit., s. 293 – 294.

²¹¹ DAHL, Robert, opt. cit., s. 294.

²¹² Tamtéž. Na tomto místě je možná vhodné zopakovat, že článek je z roku 1957. Používá také slovní spojení „*freedom of Negroes*.“ Negroes je nicméně zastaralé slovo pro černochoy, dnes vnímané převážně negativně. Extrémně urážlivé slovo „*negr*“ je v angličtině „*nigger*.“

²¹³ DAHL, Robert, opt. cit., s. 294 – 295.

2.4 Rasová segregace jako hřiště pro ústavní teorii

Rasová segregace a její postupné odstraňování patří k neuralgickým bodům americké společnosti. Nejinak je tomu v ústavním právu, pro které představuje omezení segregace vítězství soudní ochrany práv. Tento přístup bude v této kapitole reprezentovat Erwin Chemerinsky.²¹⁴ Naproti němu bude stát spíše kritický Gerald Rosenberg, podle kterého byl Nejvyšší soud sám o sobě neúspěšný a k omezení rasové segregace došlo až díky úsilí federální exekutivy a Kongresu.²¹⁵

Na úvod je třeba říci, že k úplnému odstranění rasové segregace ve vzdělávání v Americe dosud nedošlo, což bude hlavním bodem jejich sváru. V obecném povědomí je segregace spojena se státy amerického Jihu. Problém segregace se ale už od počátku fakticky netýkal jen jižanských států, jak ve slavném interview při demonstraci prohlásil Malcolm X, „segregované školy máme taky přímo tady, v New York City.“²¹⁶ Školní obvody byly a jsou často i v severních státech vymezeny tak, že je jejich etnické složení homogenní.

Jak bude přitom podrobně rozebráno níže, Nejvyšší soud vždy vyžadoval jen desegraci v rámci školního obvodu. Pokud nejsou obvody stanoveny svévolně a drží se určitých racionálních kritérií, není třeba z ústavněprávního hlediska spojovat černošské a bělošské školní obvody. K vytvoření čistě bělošských a černošských školních obvodů přitom přispěl „útěk bílých“ z vlastních měst po roce 1970 na administrativně nezávislá předměstí. Ve výsledku tak vlastní centra měst mají často převážně černošské školní obvody, zatímco předměstí jsou většinou bělošská. Erwin Chemerinsky k tomu konkrétně uvádí, že v 80. letech tvořili běloši jen třetinu studentů veřejných škol zapsaných v Baltimoru, Dallasu, Detroitu, Houstonu, Los Angeles, Miami, Memphisu, New Yorku a Philadelphii.²¹⁷

Komplikovaně a nejasně ukončenou rasovou segregací přitom Gerald Rosenberg použil jako jeden z argumentů, proč soud nemůže sám o sobě přinést společenskou změnu, ve své knize *The Hollow Hope (Planá naděje)*, poprvé vydané v roce 1991.²¹⁸ Rosenberg kvalitativně zkoumá empirický vývoj judikatury, zákonodárství a exekutivní aktivity mezi roky 1954 a 1971. Toto kvalitativní zkoumání doplňuje empirickými údaji o rychlosti desegregace, které váže na jednotlivé zlomy popsané v kvalitativní analýze.

²¹⁴ CHEMERINSKY, Erwin. *The Segregation and Resegregation of American Public Education*. In BOGER, John. C. Orfield, Gary. (Ed.) *School Resegregation: Must the South Turn Back?* 1. vyd. University of North Carolina Press, 2005, s. 29 – 47. ISBN: 978-0807856130, s. 33.

²¹⁵ ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2. vyd. Chicago: Chicago University Press, 1993, 424 s. ISBN 0-226-72702-5.

²¹⁶ Viz např. video *Malcolm X in Speaks in Solidarity With the School Boycotts in NYC (1964)*. [online]. [cit. 29.6.2017]. Dostupné z: <https://www.youtube.com/watch?v=nvQ7X0gb30Q>

²¹⁷ CHEMERINSKY, Erwin. op. cit.

²¹⁸ ROSENBERG, Gerald., op. cit.

Čtenáře možná zarazí už první Rosenbergem zmíněný fakt, že po vydání rozsudků v notoricky známě věci Brown vydal Nejvyšší soud až do roku 1964 jen 3 plnohodnotné rozsudky týkající se segregace, a běžně odmítal projednávat případy rozhodnuté v rozporu s Brownem.²¹⁹ Samotné rozhodnutí Brown přitom považoval soud za natolik potenciálně kontroverzní, že ho vydal nadvakrát – v roce 1954 rozhodl soud v rozhodnutí Brown I²²⁰ jen o obecné nepřijatelnosti doktríny „oddělení, ale rovni“,²²¹ ale samotnému návrhu žalobce vyhověl až v roce 1955 v rozsudku označovaném jako Brown II.²²² Brown přitom nespádl z čistého nebe, měl určitou předehru, kterou bylo rozhodnutí týkající se segregace právnických fakult v Texasu, kdy Nejvyšší soud dospěl v roce 1950 k názoru, že fakulta určená pro černochoy je extrémně špatná, takže jí v žádném případě nelze považovat za „rovnou“ s bělošskou fakultou: černý student tedy musel být přijat na bělošskou fakultu.²²³

Barry Friedman nízkou aktivitu soudu ještě zdůrazňuje, když poukazuje na úmyslně slabý příkaz k odstranění segregace v případě Brown II, podle kterého měla být segregace odstraňována „obecně uváženou rychlostí“ („all deliberate speed“) – podle Friedmana, používajícího odkazy na značné množství primárních i sekundárních zdrojů, bylo příčinou takto slabého příkazu obava soudců, že jejich rozhodnutí bude jinak jednoduše ignorováno, což bude mít velmi destruktivní efekt na důvěryhodnost soudu.²²⁴ Jedním z klíčových důvodů nízkého počtu projednaných případů pak také byla cena soudního sporu, která byla už v tehdejší Americe astronomická, pokud měl případ dospět až k Nejvyššímu soudu – Rosenberg cituje odhady, podle kterých stál Brown neziskovou organizaci, jež jej zastupovala, přes 200 tisíc tehdejších dolarů.²²⁵

Opatrný postup Nejvyšší soudu se ukázal jako oprávněný, protože prosazení legislativní opory pro desegregaci a exekutivní pomoci segregovaným následně trvalo velmi dlouho a osud rozhodnutí Brown visel řadu let v nejistotě. Gerald Rosenberg uvádí, že prezident Eisenhower o problematiku nejevil zájem, jeho jediným krokem bylo vydání exekutivního příkazu zakazujícího segregaci ve školách umístěných na vojenských základnách.²²⁶ Čtenáře na tomto místě nejspíš napadne incident v Little Rock v Arkansasu, kde v roce 1957

²¹⁹ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 43 – 44.

²²⁰ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

²²¹ „separate but equal,“ etablované rozhodnutím Nejvyššího soudu *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

²²² Brown II 349 U.S. 294 (1955).

²²³ *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950).

²²⁴ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People...*, op. cit., s. 246 – 247.

²²⁵ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 93.

²²⁶ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 75.

doprovodili 9 černých studentek a studentů do převážně bílé střední školy američtí výsadkáři. Ve skutečnosti se podle Barry Friedmana Eisenhower ještě v létě 1957 vyjádřil, že si nedokáže vyslání armády k prosazení soudního příkazu představit, ostatně Eisenhower byl nejspíš názoru, že soud dělá rozhodnutím ve věci Brown chybu, a podle Friedmanem citovaných pamětí předsedy soudu Warrena měl právě Warren pocit, že kdyby se za soud Eisenhower jednoznačněji postavil, mohlo být rasového napětí spojeného s desegragací výrazně méně.²²⁷ Pokud jde o samotný incident v Little Rock (navzdory názvu hlavním městě Arkansasu), byl podle Friedmana Eisenhower k zásahu víceméně dotlačen, když ho o vyslání jednotek požádal během nepokojů starosta města, a sám prezident poukazoval na extrémně negativní dopady akce na obraz země ve světě.²²⁸

Překvapivě problematika příliš nezajímala ani prezidenta Kennedyho, který dokonce ještě v roce 1963 prohlásil, že občanská práva nejsou mezi jeho největšími prioritami.²²⁹ Podle Rosenberga ho tak k podpoře návrhu, který se později stal zákonem o občanských právech z roku 1964, donutily až nepokoje v Birminghamu na jaře 1963 (Kennedy byl zastřelen v listopadu 1963).²³⁰ Nakonec se ale konečná podoba zákona z roku 1964 stala skutečným průlomem (šlo o legislativu s největším dosahem na občanská práva od občanské války), obzvlášť ve spojení se zákonem o základním a středním školství z roku 1965.²³¹ Zákon o občanských právech především zakotvil pravomoc federálního ministerstva spravedlnosti zastupovat segregované, a Hlava VI zákona přiznávala federální vládě právo přestat poskytovat dotace školním okresům, pokud diskriminují na základě rasy.²³² Druhý zmíněný zákon zavedl velké dotace na školy pro nízkopříjmové oblasti – tedy často na Jihu – pod podmínkou, že nebudou segregovat.²³³

Gerald Rosenberg pak statisticky dokládá, že ve školním roce 1963/1964 chodilo do stejné školy s bílými 1,2 % černochů, pokud se ze statistiky vyloučí Texas a Tennessee, pak šlo o 11 % (v tzv. hraničních státech na rozhraní Severu a Jihu šlo o 54,8 %).²³⁴ Po zavedení výše uvedené legislativy, kterou zároveň ministerstvo spravedlnosti začalo aktivně prosazovat,

²²⁷ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People...*, op. cit., s. 247.

²²⁸ FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People...*, op. cit., s. 247 – 248.

²²⁹ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 76, pozn. 9.

²³⁰ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 77.

²³¹ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 47.

²³² Tamtéž.

²³³ Tamtéž.

²³⁴ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 50.

začal počet segregovaných škol silně klesat, až ve školním roce 1972/1973 chodilo do stejné školy s bílými na Jihu 91,3 % černošských studentů.²³⁵

Podobnou analýzu provádí Rosenberg i ohledně práva volit, které výše zmínil Robert Dahl. Zde jsou čísla na první pohled méně průkazná, zatímco v roce 1940 se na Jihu k volbám zaregistrovalo 5 % černochů, v roce 1950 to bylo 20 %, roku 1960 odpovídá 28 %, a v roce 1964 se zaregistrovalo dokonce 40 %.²³⁶ V roce 1965 přitom Kongres vydal Zákon o volebním právu, který zakázal cenzu gramotnosti pro přístup k volebnímu právu, autorizoval federální ministerstvo spravedlnosti napadat u soudů daňové cenzy a oprávnil federální vládu k vyslání komisařů do okrsků, kde bylo registrováno méně než 50 % voličů.²³⁷

Zákon z roku 1965 skutečně vedl k masivnímu zvýšení účasti černochů ve volbách na Jihu, až na 66,9 % v roce 1970.²³⁸ Růst tak byl sice rychlejší než před rokem 1965, ale volební účast výrazně rostla už před vydáním zákona. Rosenberg vysvětluje první skok po druhé světové válce návratem veteránů, kteří hodlali vykonat volební právo přes překážky kladené jižanskými úřady, a kontinuální růst pak připisuje zvyšující se gramotnosti mezi černochy a s tím spojené schopnosti obstát v cenzu gramotnosti: zatímco v roce 1898 bylo gramotných 33 % černochů, v roce 1960 šlo o 82 %.²³⁹

Závěry, které Rosenberg ze své analýzy desegregace vyvozuje, jsou schematicky následující: (1) politická reprezentace byla na všech úrovních po určitou dobu pro segregaci, (2) celá kultura Jihu byla segregacionistická, takže soudy zde měly málo zastánců a nakonec se uchýlily k očekávání společenské změny, (3) americký soudní systém byl v rámci dělby moci designován bez schopnosti svá rozhodnutí implementovat, k pomalému instančnímu postupu a k silnému zohlednění místních zájmů.²⁴⁰ Pro úplnost je však třeba posoudit věc v národním kontextu. Sám Rosenberg hned na začátku své analýzy uvádí, že v roce 1954 21 států mělo zákony přímo nařizující segregaci nebo jí povolovalo v určitých případech a 27 států buď segregaci přímo zakazovalo, nebo ve věci žádnou legislativu neměly.²⁴¹

Erwin Chemerinsky se oproti Rosenbergovi věnuje primárně až období po roce 1970, kdy desegregační úsilí značně polevilo, zčásti díky vítězství republikána Richarda Nixona v prezidentských volbách na podzim 1968. Tomuto vítězství přitom Chemerinsky přikládá až přehnanou pozornost, když vezmeme do úvahy, že Nixon byl spíše pravostředovým

²³⁵ Tamtéž.

²³⁶ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 61.

²³⁷ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 59.

²³⁸ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 61.

²³⁹ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 61 – 62.

²⁴⁰ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 93.

²⁴¹ ROSENBERG, Gerald., op. cit., s. 42.

kandidátem a především tehdejší republikáni měli vůči občanským právům podstatně vstřícnější postoj, než vlivná jižanská část tehdejší demokratické strany.²⁴² Republikáni ostatně pomohli prezidentu Johnsonovi v roce 1964 schválit zákon o občanských právech.

Konkrétně tak Chemerinsky přímo viní Nixonovy nominanty na Nejvyšším soudu ze selhání ohledně severských školských obvodů, které podle něj vyžadovaly desegregaci, ale Nejvyšší soud k ní nepřistoupil a navíc drasticky omezil efektivitu desegregačních opatření.²⁴³ Chemerinsky jako příklad kritizuje rozhodnutí *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*²⁴⁴ z roku 1971, kterým soud aproboval stanovení trasy školního autobusu jako nástroj desegregace, ovšem z pohledu Chemerinskyho nepřipustně jen v rámci jednoho školního obvodu.²⁴⁵ Ještě kritičtější je Erwin Chemerinsky k případu *Milliken v. Bradley*²⁴⁶ z roku 1974, který odmítl považovat bělošská předměstí Detroitu pro účely desegregace za jednu entitu se samotným Detroitem, z větší části obývaným černochy.²⁴⁷ Chemerinsky považuje dopad tohoto rozhodnutí za horší než užívání soukromých škol částí bílé populace, protože na soukromé školy se v Americe desegregační pravidla neuplatňují – podle jím citované statistiky mohou soukromé školy jen za 17 % americké školní segregace.²⁴⁸

Dále pak cituje různé podle něj neuspokojivé rozsudky ze 70. a 80. let, až dojde k 90. letům, kdy dle jeho soudu Nejvyšší soud desegregaci prakticky ukončil – v případě *Board of Education of Oklahoma City Public Schools v. Dowell*²⁴⁹ z roku 1991, podle kterého měl soudní desegregační příkaz z roku 1972 pozbyt platnosti, protože se mezitím stal vzdělávací systém v Oklahoma City „jednotným“, přestože by fakticky zrušení platnosti příkazu mohlo vést k resegregaci.²⁵⁰ Za poslední kapku pak Chemerinsky považuje případ *Missouri v. Jenkins*²⁵¹ z roku 1995, ve kterém byl zrušen příkaz k desegregaci škol v Kansas City, vydaný

²⁴² Současná relativně ostrá hranice mezi „lidskoprávními“ demokraty a konzervativními republikány vzniká až od 80. let, kdy republikáni postupně přebírají demokratům jižanské konzervativní voliče. Tato republikánská „cesta na jih“ je završena republikánským vítězstvím ve volbách do Sněmovny reprezentantů v roce 1994. Do té doby tvoří demokratickou stranu koalice severských levicových liberálů a jižanských kulturních konzervativců, kterou sice pojí ekonomické názory, ale neshodne se na kulturních otázkách.

²⁴³ Tamtéž.

²⁴⁴ *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971).

²⁴⁵ CHEMERINSKY, Erwin., op. cit., s. 34

²⁴⁶ *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974).

²⁴⁷ CHEMERINSKY, Erwin., op. cit., s. 34.

²⁴⁸ Tamtéž.

²⁴⁹ *Board of Education of Oklahoma City v. Dowell*, 498 U.S. 237 (1991).

²⁵⁰ CHEMERINSKY, Erwin., op. cit., s. 38

²⁵¹ *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995).

až v roce 1977, jelikož příkaz nařizoval vyrovnání segregace mezi školskými okrsky, když přitom žalobci prokázali jen segregaci v rámci okrsků.²⁵²

Erwin Chemerinsky končí svůj text mimořádně ostrou kritikou Rosenberga, který podle něj vidí v (ne)úspěchu desegregace přirozené meze možností soudů.²⁵³ Podle Chemerinskyho naopak byl soud mezi lety 1954 a 1971 aktivní a za selhání desegregace po roce 1970 mohou chybná rozhodnutí nově jmenovaných soudců konzervativní orientace, kteří na soudu vytvořili většinu.²⁵⁴ Podle něj by se v případě vítězství demokrata Herberta Humphryho ve volbách v roce 1968 změnilo složení soudu, které mohlo přinést „jiné výsledky.“²⁵⁵ V břitkém závěru vedle toho považuje tezi o neúčinnosti soudu za psychologickou racionalizaci – místo přiznání porážky jde podle něj o vymyšlení důvodů, proč soudy nemohly uspět, doplněných úvahami o nezájmu rodičů segregovaných proti segregaci bojovat.²⁵⁶

Podle mého soudu je Chemerinskyho kritika neudržitelná na několika úrovních. Gerald Rosenberg si podle mě logicky vymezil období od rozhodujícího precedentu po jeho širší prosazení. Diskutabilní vývoj judikatury po roce 1970 by ho mohl nechat z metodologického hlediska klidným: pokud se soud stáhne a otupí svoji ostrou vůdčí linii v souladu s přesvědčením společnosti a establishmentu, takový vývoj spíše potvrzuje Rosenbergovu teorii, že soud nemůže sám o sobě přinést společenskou změnu. Stejně tak Rosenbergův popis odpovídá výše naznačené Dahlově teorii – Nejvyšší soud se málokdy může sveřepě držet určitého dogmatu, pokud stojí proti etablované koalici ve věci, která je pro tuto koalici důležitá.

Pokud Erwin Chemerinsky mluví o možném alternativním složení soudu v případě vítězství alternativního kandidáta, má jistě pravdu, ovšem značně triviální. V daném případě navíc spojenou se značnou mírou idealizace demokratické strany v roce 1968, štěpící se pod tíhou války ve Vietnamu. Demokraté se navíc na čas připravili o většinu na soudu sami, když prezident Johnson neprozřetelně navrhl na předsedu soudu kontroverzního řadového soudce Nejvyššího soudu Abe Fortase, jehož nominaci Senát nakonec neprojednal, a přenechal Nixonovi k nominaci volné křeslo předsedy.

Chemerinsky se navíc na rozdíl od Rosenberga pohybuje na jednoduché škále mezi ochranou práv a jejich pošlapáním. Tento přístup je sice pro soudobý americký liberalismus typický, ale pomíjí poměrně komplikovaný federální charakter státu, ve kterém je třeba neustále

²⁵² CHEMERINSKY, Erwin., op. cit., 39 – 40.

²⁵³ Tamtéž, s. 41.

²⁵⁴ Tamtéž.

²⁵⁵ CHEMERINSKY, Erwin., op. cit., s. 41 – 42.

²⁵⁶ Tamtéž,

vyvažovat celou řadu zájmů. Chemerinskyho mikroperspektiva zkoumající primárně jednotlivé aktéry pak působí dojmem hledání zlého spiknutí. Je pak s podivením, že voliči aktéry tohoto zlomyslného spiknutí opakovaně volí.

Rosenbergovo realistické makro pojetí důrazně připomínající vztahy mezi federálními a státními orgány (ať už jde o exekutivu, legislativu nebo soudy) považují za výrazně přesvědčivější. Rosenberg v tomto ohledu nestojí osamocen. Michael Dorf v tomto duchu velmi případně poukazoval na skutečnost, že v desegregačních kauzách Nejvyšší soud nerušil federální zákony či exekutivní příkazy, ale postupoval jen vůči (menšině) států.²⁵⁷ Už v první kapitole podrobně rozebíraný Robert Dahl pak připomínal možnost legitimizace ústavního přezkumu pomocí představy, že soud chrání celostátní většinu proti lokálním menšinám – byť tak podle něj málokdo argumentoval.²⁵⁸ Podobným způsobem by ostatně bylo možné vysvětlit nedávnou kauzu Obergefell týkající se stejnopohlavních sňatků (citovanou na začátku první kapitoly), kde proti celostátní většině stály většiny v jižanských státech (stejně jako při rasové segregaci).

V tuto chvíli se soudocentrické pojetí Erwina Chemerinskyho může zdát jako iracionální a vyvstává logická otázka, proč je představa majoritního ústavního přezkumu tak kontroverzní a proč se potýká s tak silnými emocemi, jak jsme mohli zaznamenat u Chemerinskyho. Na tyto otázky se pokusí odpovědět následující kapitola.

2.5 A proč je majoritní přezkum vlastně problém?

Poslední kapitola se zaměří na článek nejvýznamnějšího představitele současného myšlenkového směru lidového konstitucionalismu („popular constitutionalism“), Barryho Friedmana. Tento myšlenkový směr rozvíjí dosud rekapitulovanou ústavní teorii a na základě empirických zkoumání částečně rozebíraných v předchozích částech článku se domnívá, že ústavní pravidla prosazuje především americký lid sám, v případě konfliktu i proti Kongresu a Nejvyššímu soudu. Vedle Barryho Friedmana je klasickým představitelem směru Larry Kramer,²⁵⁹ tvořící určitý Friedmannův protipól (o Kramerovi bude pojednáno dále v této

²⁵⁷ DORF, Michael C. The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, roč. 13 (2010-2011), č. 2, s. 283 – 304, s. 290.

²⁵⁸ DAHL, Robert, opt. cit., s. 282.

²⁵⁹ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, 2004, ISBN 0-19-530645-7. Viz také jeho přehledový článek KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, roč. 92, č. 4., s. 959 – 1011. Ten představuje hlavní část výše uvedené knihy. Řadí v něm mezi představitele lidové ústavnosti i Jeremy Waldrona a jeho knihu *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), srov. s. 993 Kramerova článku. Toto zařazení mi přijde matoucí, protože Waldron se i v Kramerem citované pasáži zabývá obhajobou legitimacy nesouhlasu, což je jedna z Waldronových výchozích pozic pro

kapitole) a už citovaný prominentní odpůrce silného ústavního přezkumu Mark Tushnet. Tushnet se na základě historické analýzy domnívá, že ústavní přezkum tak jako tak v americké historii nehrál rozhodující úlohu a jeho případně změkčení či odstranění by politickému procesu jen prospělo: liberálové by sice museli vyhrát boj o práva LGBT osob v politické aréně a riskovat omezení práva na potrat, konzervativci by se však naproti tomu museli ve stejné sféře vypořádat s koncem restrikcí pozitivní diskriminace a pravděpodobným přísnějším omezením výdajů na volební kampaně.²⁶⁰ Tushnet je tedy jistě příznivcem ochrany práv ze strany lidu jako takového, vůči soudům je ale extrémně kritický. Jeho pozice je také výrazně normativní, což ho dále výrazně posouvá od spíše empiricky laděných textů, tvořících osu tohoto článku.

Na tomto místě bych se tedy chtěl zabývat článkem Barryho Friedmana, který se poměrně důkladně zabývá otázkou, co způsobuje u konceptu majoritního přezkumu tak silné kontroverze.²⁶¹ Při tomto zkoumání se v první řadě poměrně důkladně zamýšlí nad samotným tvrzením, propagovaným zastánci tradičního protivětšinového pojetí ústavního soudnictví – ať už tito zastánci používají tento charakter jako argument pro nebo proti ústavnímu přezkumu. Podle něj málokdo považuje za klíčový problém neodpovědnost soudců provádějících ústavní přezkum – a tak se ani neobjevují požadavky, aby byli federální soudci voleni stejně, jako je volena většina soudců v jednotlivých státech americké federace.²⁶² Friedman pokračuje, že podobně by těžko obstál pouhý poukaz na větší možnost vyvození důsledků vůči veřejným činitelům zastávajícím pozice v exekutivě či legislativě – ne vždy jde o volené orgány a zda lze jejich rozhodnutí demokratickým procesem jednoduše ovlivnit, je empirickou otázkou, která vůbec není prozkoumána.²⁶³

Podle Friedmana neobstojí ani jednoduché tvrzení, že ústavní přezkum je problematický, protože ruší zákony vydané volenými zástupci, tedy konstatování protivětšinovosti s opačným znaménkem, které známe už od Bickela – ale vydané zákony prostě často nejsou zrovna populární, a je pak těžké spatřit, v čem vidí kritici problém.²⁶⁴ Barry Friedman tak dospívá k závěru, že základní formulací problému musí být situace, kdy soudy ruší populární zákony –

tvrzení, že parlament za určitých podmínek dokáže chránit práva lépe, než soudy. Takový názor se ovšem spíše blíží obhajobě starosvětského westminsterského modelu, než americkým představám o interakci lidu s Kongresem a soudy.

²⁶⁰ TUSHNET, Mark, op. cit., s 154.

²⁶¹ FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, roč. 101 (2002-2003), s. 2596 – 2636.

²⁶² FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2603 - 4

²⁶³ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2604

²⁶⁴ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2604 - 5

jenže to se prostě příliš často neděje.²⁶⁵ U veřejnosti navíc může být populární přezkum, který vede k občasnému rušení populárního zákona, byť taková činnost soudu by těžko mohla tvořit většinu jeho agendy, pokud by chtěl před veřejností obstát.²⁶⁶

Určitým řešením takových rozporů je rozdělit vnímání podpory soudu na dvě skupiny. Jednak lze hovořit o obecné podpoře soudu bez ohledu na jednotlivé konkrétní případy („difúzní podpora“, anglicky „diffuse support“), a proti tomu postavit podporu jednotlivým soudním rozhodnutím („specifická podpora“, anglicky „specific support“). Za pomoci tohoto pojmového aparátu je možné provádět statistická šetření, která mají větší vypovídací schopnost, než schématické srovnávání podpory v jednotlivých společenských otázkách.²⁶⁷

Podle Barryho Friedmana některé studie naznačují, že difúzní podpora roste s klesající informovaností o tom, co soud vlastně dělá.²⁶⁸ Naopak u elit a intelektuálů difúzní a specifická podpora často splývá – jejich názor na soud je často formován (ne)souhlasem s konkrétními rozhodnutími, o kterých mají dobrý přehled, jelikož jsou o činnosti soudu vcelku dobře informovaní.²⁶⁹ Zajímavá data pak vyplynula z výzkumu, který srovnával vzorek liberálů a konzervativců, kteří se lišili na škále obeznámenosti s činností Nejvyššího soudu – vzorek dat byl z roku 1989, kdy se rozhodovací činnost soudu stávala stále více konzervativní.²⁷⁰ Z výzkumu přitom vyplývalo, že neobeznámení liberálové hodnotili soud příznivěji než neobeznámení konzervativci, jak ale informovanost ve vzorku rostla, názory na činnost Nejvyššího soudu se dostávaly do většího souladu s tím, kde soud politicky skutečně stál, tedy podpora ze strany liberálů prudce klesala a ze strany konzervativců prudce rostla.²⁷¹ Přesto může mít aplikace rozdělení difúzní a specifické podpory soudům určité nedostatky. Barry Friedmann konkrétně uvádí dva, za prvé výstupy soudů jsou pro veřejnost těžko srozumitelné a naprostá většina veřejnosti je nesleduje a nerozumí jim.²⁷² Za druhé je toto rozdělení původně koncipované pro zkoumání demokraticky konstituovaných institucí, žádná

²⁶⁵ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2605

²⁶⁶ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2605 - 6

²⁶⁷ Příklad takového výzkumu viz CALDEIRA, Gregory A. GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, 1992, roč. 36, č. 3, s. 635 – 664.

²⁶⁸ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2617.

²⁶⁹ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2618.

²⁷⁰ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2619. Friedman odkazuje FRANKLIN, Charles H. KOSAKI, Liane C. *Media, Knowledge, and Public Evaluations of the Supreme Court*. In EPSTEIN, Lee. (ed.) *Contemplating Courts*. Sage Publishing, 1995.

²⁷¹ Tamtéž.

²⁷² FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2615.

z teorií ústavního přezkumu přitom nepracuje s představou, že by lidé měli být schopní se nepopulárních soudců jednoduše zbavit.²⁷³

Barry Friedmann tak dospívá ke konceptu, který nazývá „*zprostředkovaná lidová ústavnost*“, jenž umístil do názvu zde rekapitulovaného článku. Vztah mezi lidem a soudy v něm není přímý a soudci jednoduše nesledují lidové názory, aby jim přizpůsobili své rozhodování.²⁷⁴

Na druhou stranu soudy potřebují podporu ze strany veřejnosti, už jen proto, aby ustály útoky zákonodárné nebo výkonné moci.²⁷⁵ Vliv lidu, lidí nebo možná nejpřesněji voličů na soudy je tedy „*zprostředkovaný*“, a to z několika důvodů: (1) federální soudci nejsou voleni, (2) voliči svůj vliv projevují skrz volené zástupce, kteří zpravidla lidové vášně buď usměrňují, či rozohňují směrem, který uznají za vhodný, (3) lidové porozumění tomu, co dělají soudy, z velké části záleží na médiích.²⁷⁶

Na závěr svého článku pak Barry Friedman doplňuje připomínku, obsahující konkrétní politické doporučení. Upozorňuje, že přese všechno difúzní podpora soudu existuje, jak poznal F. D. Roosevelt, když chtěl zvýšit počet soudců, aby rychleji překonal odpor vůči New Dealu.²⁷⁷ Soudobým liberálním kritikům ústavního přezkumu pak doporučuje, aby se v toto souvislosti poučili od svých konzervativních „*bratranců*“: „*hodně záleží, jak určitou věc řeknete.*“²⁷⁸ Konzervativci byli v tomto ohledu podle Friedmana chytřejší a útočili na jednotlivé liberální soudce, zatímco liberálové někdy útočili na instituci ústavního přezkumu jako celek velmi právně technickou formou, která těžko mohla získat pozornost veřejnosti.²⁷⁹

Na tomto místě je na místě výrazná paralela s výše zmíněným Waldronem a Tushentem, kteří právě vůči ústavnímu přezkumu používají velmi komplikované pojmové aparáty: v případě Waldrona jde o právněfilozofické upřednostnění westminsterského systému, Mark Tushent pak užívá abstraktní aparát levicových kritických právních studií.

Zde bych mohl kapitolu ukončit přehledným apelem, ale tuto výzvu je třeba zasadit do určitého kontextu. Larry Kramer totiž případně upozorňuje, že nedůvěra liberálů vůči soudní moci byla do jisté míry přirozená, koneckonců zakladatel demokratické strany Andrew Jackson vyhrál prezidentské volby v roce 1832 mj. příslibem oslabení soudcovského aktivismu.²⁸⁰ Warrenův soud 50. a 60. let byl prvním případem v americké historii, kdy se

²⁷³ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2616.

²⁷⁴ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2599.

²⁷⁵ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2610.

²⁷⁶ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2613.

²⁷⁷ FRIEDMAN, Barry, op. cit., 2635.

²⁷⁸ Tamtéž.

²⁷⁹ Tamtéž.

²⁸⁰ KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, circa 2004... s. 962 – 963.

soud shodoval s liberálními aktivisty.²⁸¹ Pro americké konzervativce naopak nepředstavovala problém samotná pravomoc Nejvyššího soudu, ale prostě jen jednotlivá rozhodnutí Warrenova soudu, se kterými nesouhlasili.²⁸² Nesnažili se tak odbourat ústavní přezkum, ale jen nominovat soudce, kteří by byli více konzervativní a např. zpomalili boj s rasovou segregací – a to se jim poměrně rychle podařilo. Friedmanova rada kopírovat konzervativní kritiku tedy může snadno narážet na hlubší problémy v demokratickém táboře a je otázkou, zda se spíše jednoduše nevrátit k moderní době jacksonovského populismu. Určitým náznakem v tomto směru mohla být prezidentská kampaň Bernieho Sanderse. Její dopady je v současnosti ovšem obtížné vyhodnotit. Na druhou stranu lze jistě argumentovat některými vítězstvími liberálů u Nejvyššího soudu v rámci „kulturních válek“²⁸³, v první řadě pak rozsudkem ve věci Obergefell, umožňujícím celostátně stejnopohlavní manželství. Demokraté tak jistě mohou za určitých podmínek u Nejvyššího soudu uspět.

2.6 Závěr

Na klasickém článku Roberta Dahla se jistě podepsal zub času. Na první pohledu může člověk jednoduše odmítnout úvahy o rychlých obměnách Nejvyššího soudu jako zastaralé, vždyť prezident Trump jmenoval soudcem Neila Gorsuche, kterému bylo při jmenování 49 let a není nereálné, že bude spolu s dalším Trumpovým soudcem členem soudu přes 30 let. Společenské realie v tak vzdálené budoucnosti si přitom ani neumíme představit. Před tímto způsobem kritiky je ovšem třeba si uvědomit, že ve Spojených státech právě probíhá rozpad a vznik nové, Dahlovými slovy, „*koalice menšin*.“ Koalice New Dealu koneckonců odešla ze světa definitivně teprve v roce 1994, kdy republikáni získali po desetiletích většinu ve Sněmovně reprezentantů.

Čas ukáže, zda se nakonec prosadí republikány budovaná koalice (konzervativní Jižané, konzervativní bílá pracující třída a majetní lidé) nebo ta „*Obamova*“, skládající se z menšin, lidí z nižší střední třídy s vysokoškolským vzděláním a obyvatel obou pobřeží. Osobně si myslím, že demografický a ekonomický vývoj pracuje spíše pro Obamovu koalici, přesto i formace republikánské „*koalice menšin*“ by klasický Dahlov model samozřejmě podpořila. Není ovšem vyloučeno, že Spojené státy vstupují do nové éry dějin, která přinese spíše evropské poměry, pokud jde o rigiditu homogenizovaných politických stran a ostré politické štěpení na jejich úrovni, nahrazující tradiční americké pragmatické kompromisy.

²⁸¹ Tamtéž, s. 964.

²⁸² Tamtéž.

²⁸³ Tento termín je v Americe skutečně používán jako expresivní popis týkající se sporů o kulturní hodnoty mezi liberály a konzervativci – např. pokud jde o práva LGBT osob.

Rekapitulované studie však důkazy pro tuto hypotézu neposkytly, byť by samozřejmě takový posun mohl způsobit značné problémy, protože americké instituce a zejména jejich praxe nejsou na takové poměry připraveny.

Pokud jde o samotný majoritní ústavní přezkum, na amerických studiích považuji za přesvědčivě prokazané, že soud dlouhodobě nemůže působit proti ustálené politické koalici v otázkách, která tato koalice považuje za politicky důležité. Některé závěry však mohou podle mého soudu dojít příliš daleko. Za možná příliš explicitní bych považoval závěr, že „*veřejné mínění [je] determinantem ústavních soudů*“ v určitých otázkách, a že může být „*dokázáno*“, že s ním soudci „*implicitně či explicitně*“ operují, jak dovozuje Jan Wintř s Janem Kozubíkem na příkladu několika zemí, ve kterých rozhodování soudů ve věcech týkajících se gayů a leseb odpovídá převažujícímu názoru veřejnosti.²⁸⁴ Podle mého názoru je v podobných výzkumech vhodné zohlednit, jakým způsobem je názor veřejnosti moderován vůči soudu, jinými slovy, jakou roli hraje v první řadě stranický systém – vzpomeňme, jak Dahlovu analýzu posunula práce s faktem, že v americkém stranickém systému rozhoduje „*koalice menšin*.“ Vedle toho je významným faktorem moderace způsob, jakým pracují se soudními rozhodnutími média v předmětné zemi – jak jsme mohli zaznamenat v Barry Friedmanem citovaném průzkumu, podle kterého většina vzorku přikládala Nejvyššímu soudu zcela jiné pozice, než zastával ve skutečnosti, protože o detailech jednotlivých rozhodnutí respondenti prostě nevěděli.

²⁸⁴ WINTR, Jan. KOZUBÍK, Jan., op. cit., s. 47.

3 Izrael – lidská práva zkoušená ohněm

Izrael je pevnou součástí západního světa. Ve srovnání s okolními zeměmi do něj proudí každý den značné množství obchodníků z Evropy a Spojených států, stejně tak řada Izraelců cestuje opačným směrem, čelí přitom velmi omezeným překážkám, odpovídajícím západní afiliaci země. Ze západních zemí vyžadují víza pro izraelské turisty a obchodníky paradoxně jen Spojené státy kvůli vysokému počtu ilegálně pracujících Izraelců. Z Tel Avivu je tak mnohem jednodušší se dostat do Paříže, než do Ammánu či Káhiry (o Bejrútu nemluvě).²⁸⁵ V Jeruzalémě je sice patrné náboženské napětí a příslušníci jednotlivých náboženství jej zde často dávají oděvem najevo, Tel Aviv na druhou stranu budí s jeho bary, plážemi a spoře oděnými lidmi značně západní dojem. Izraelské Araby a Židy zde vzhledem k podobnému (evropskému) oblečení většinou nejde rozeznat.

Zážitek nicméně může značně zkazit návštěva jižní části města vyhrazená extrémní chudíně a imigrantům z Afriky (těm je zakázáno tuto oblast opouštět), která si nezádá s regulérním třetím světem, ať už jde o pořádek, či bezpečnost. Z pasažérů i na západní poměry perfektního Ben Gurionova letiště sem však zavítá málokdo. Odvrácenou stranu Izraele na tomto pěkném letišti ze západních obchodníků a běžných turistů poznají jen lidé s arabským jménem, stejně tak jako třeba dobře zajištění nereligiózní Izraelci z Tel Avivu, pokud jsou arabského původu. Pro tyto osoby je při odletu zajištěna prohlídka ve zvláštní místnosti, spojená s asi hodinovým pohovorem a občasným svlečením do naha. Osobní zkušeností nemohu sloužit, protože moje vysvětlení, že možná trochu arabsky znějící „Radek“ je slovanské jméno, zřejmě uspělo.

Izrael si přitom potrpí nejen na prostý obchod se západním světem. Spojené arabské emiráty se ostatně také aktivně zapojují do mezinárodního obchodu a aktivně lákají zahraniční experty. Nepovažují se ale za součást západního světa z hlediska mentálního nastavení a jakoukoliv formu demokracie se ani neobtěžují předstírat. Izrael naproti tomu vyznačuje silnou mentální afinitu se západními hodnotami, alespoň pokud jde o „Telavivany.“ Jiné části izraelské společnosti ovšem tuto vizi nesdílí. Jde pochopitelně o Araby, ale také o ultraortodoxní obyvatele (ať už evropského či blízkovýchodního původu), Židy původem

²⁸⁵ Do Ammánu sice létají jordánské aerolinie, ale lístky jsou přes velmi krátkou vzdálenost značně drahé. Mezi Jeruzalémem a Ammánem je sice jen asi 60 km vzdálenosti, ale použití přechodu na přímé silnici je dosti komplikované, nelze na něm získat jordánská víza a izraelské bezpečnostní procedury jdou za hranici obstrukce, protože tento přechod používá značné množství Palestinců z okupovaných území. Pro cizince je tak nejjednodušší použít přechod na severu Izraele se zajiždkou autobusem asi 200 km, vlastní či půjčené vozy nelze prakticky použít. Do Egypta létá neoznačené letadlo egyptských aerolinií, letenky dokonce nelze ani koupit na internetu. Do Bejrútu se lze dostat relativně snadno s negarantovaným přestupem na Kypru či v Turecku. Libanon sice odpírá vstup Izraelcům a lidem s izraelskými vízy či razítky v pase, ale Izrael již delší dobu používá místo razítek papírek s razítkem, který lze vyhodit.

z Blízkého východu a severní Afriky (dříve byli považováni za občany druhé kategorie, to se dosud nepodařilo zhojit). Specifickou pozici mají imigranti z bývalého Sovětského svazu, stěhující se do Izraele v 90. letech. Ti jsou sice málo religiózní a na budování osad okolo svatých míst na okupovaných územích jim nesejde. Na druhou stranu jsou ale sekulárně nacionalističtí a v rámci míru s Palestinci by se rádi zbavili i Araby obydlených území v samotném Izraeli (především Nazaretu).

Řada myšlenek v této kapitole vykryštovala během mého semestrálního pobytu na Tel Aviv University, a poprvé se objevila v mých seminárních pracích nebo diskusích na seminářích. V první kapitole se pokusím vysvětlit základy komplikovaného izraelského práva a tamní heterogenní společnosti. Zaměřím se také na Hirschlovu kritiku „udržení hegemonie“ a vysvětlím, proč ji nepovažuji za aplikovatelný model na Izrael. V další kapitole se pak budu podrobněji věnovat problému liberální podstaty izraelského státu a liberální demokracii vůbec. Na to naváže třetí kapitola, jež se bude snažit synteticky vyrovnat s nahromaděným materiálem pomocí expozice na roli Aharona Baraka.

3.1 Izrael – zvláštní výspa západního světa

V roce 2004 získali Avram Hershko a Aaron Ciechanover z Technické univerzity v Haifě Nobelovu cenu za chemii.²⁸⁶ Švédská královská akademie však oznámila udělení ceny na židovský svátek a univerzitní rabín nedovolil výjimku z pravidla, že všechny státní instituce (jakou je i tato prestižní škola) musí být na židovské svátky zavřené: tiskovou konferenci tedy vědci uspořádali u sebe doma.²⁸⁷ Při zveličení těchto podivných historek čtenář může snadno začít srovnávat Izrael s už zmíněnými Emiráty. To by ovšem bylo hrubé nepochopení izraelské situace. Náboženské strany v tamním proporčním systému hrají často úlohu pákových stran a daří se jim vynutit jejich zvláštní priority, jakými jsou o šábesu zavřené knihovny, univerzity, a koneckonců veřejná doprava (mimo letecké, v pátek večer tak už ne jeden cestující skončil místo ve vlaku v drahém taxíku – nachytil jsem se taky, židovských svátků je hodně).

Izrael ovšem není teokracií a Ran Hirschl podle mě náboženskou stránku věci v citované knize *Constitutional Theocracy* silně přeceňuje, když odkazuje na anekdotické historky, jako je ta v úvodu této kapitoly. Jistě, Ran Hirschl má pravdu, když mluví o ztrátě hegemonie evropských (aškenázských) sekularizovaných Židů na přelomu 70. a 80. let – a s touto ztrátou

²⁸⁶ HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, ISBN 9780674048195, s. 8.

²⁸⁷ Tamtéž, s. 8.

hegemonie skutečně souvisí růst náboženství ve veřejném prostoru.²⁸⁸ Hirschl však dovozuje příčinný vztah mezi ztrátou aškenázské hegemonie a posílením Nejvyššího soudu, který by měl chránit sekulární práva.²⁸⁹ Jak však v této části uvidíme, síla Nejvyššího soudu byla do značné míry přechodná a v současnosti jej ovládají nominanti spíše spojení s konzervativním a religiózním Likudem. Extrémně silná fáze soudu za předsednictví Aharona Baraka je tak mnohem příhodněji vysvětlitelná přechodným rozpadem stranického systému, kdy soud prostě vyplnil mocenské vakuum (v podrobnostech o Barakově éře viz kapitola 3.3).

Při kritice Rana Hirschla se nacházím v poněkud zvláštní situaci, v první části jsem ohledně metodologie odkazoval na jeho přístup, srovnávající velmi rozdílné země za účelem vyvození nejmenšího jmenovatele. Ten se pokouším aplikovat v této práci a Hirschlovy metodologické postřehy považuji za velmi inspirativní. Když bych ale měl blíže prozkoumat Hirschlovu klíčovou knihu *Towards Juristocracy*, těžko skrývám určité rozpaky. Hirschl v této knize operuje s obrovskými normativními předpoklady, hovoří o profesionalismu, expertokracii a „udržení hegemonie“ – svoji juristokracii chápe tedy jako část širšího procesu, přesouvajícího moc od volených orgánů k nevoleným expertům.²⁹⁰ Růstu moci expertů jako celku se ale dále nevěnuje, snaží se však na příkladech co možná nejodlišnějších zemí dokázat, že se v jejich rámci elita „opevnila na soudech.“

Hirschl se i v této dřívější knize zabývá rozsáhle náboženskými záležitostmi, pokud jde o Izrael. Jeho řada příkladů kulminuje rozhodnutím HC 5070/95 *The Conservative Movement v. Minister of Religious Affairs* z února 2002.²⁹¹ Hirschl kauzu pateticky nazývá řešením otázky, kdo je Židem.²⁹² Židé obecně mají právo se přestěhovat do Izraele, ustanovené zákonem. V samotném Izraeli je možné provést jen ortodoxní konverzi, která je poměrně náročná. Řada lidí primárně z bývalého Sovětského svazu se snažila tento požadavek obcházet konverzí v rámci reformovaných směrů judaismu. Ty původně izraelské Ministerstvo vnitra odmítalo počítat jako řádné konverze, ale bylo k tomu soudními rozhodnutími donuceno.²⁹³

²⁸⁸ Tamtéž, s. 141. Protiargumentem proti Hirschlovi by snadno mohla být heterogenní Belgie: dříve dominantní frankofonní Valoni postupně ztrácejí od 60. let pozice, a ani federalizace příliš nepomohla: federální vlády jsou často nestabilní a stojí na složitých kompromisech, což zřejmě posiluje nevolený exekutivní aparát, ale o justici v Barakově stylu nelze v Belgii hovořit. Ani se nezdá, že by se staré frankofonní elity někde opevňovaly před Vlámami, a už vůbec ne na soudech.

²⁸⁹ Tamtéž, s. 141.

²⁹⁰ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, ISBN 978-0674025479, s. 15.

²⁹¹ Tamtéž, s. 178 Podle spisové značky kauza ležela na Nejvyšším soudu sedm let (to není v Izraeli nezvyklé).

²⁹² Tamtéž, s. 177

²⁹³ Tamtéž, s. 177 – 178

Finální fáze konfliktu pak přišla v roce 2002, kdy Nejvyšší soud přikázal ministerstvu uznávat nejen reformované konverze v zahraničí, ale i reformované konverze v Izraeli – rozhodnutí bylo vyvoláno odmítavým postupem ministerstva vůči předchozím precedentům, protože v jeho čele v tu dobu stál člen náboženské strany.²⁹⁴ Izrael nicméně ekonomicky i sociálně imigranty potřebuje, a pokud je půjde označit za Židy, bude se moci lépe vyrovnat s rostoucí arabskou menšinou. Hirschlem kritizované rozhodnutí je tak spíše hlasem většiny proti minoritní náboženské straně, nadreprezentované pozicí pákové strany. Jak prospívá imigrace byť jen nominálně židovské populace opevněné elitě, když tak vyvažuje arabskou menšinu s větší natalitou, si lze představit jen těžko.

Neuralgickým bodem izraelské debaty je přijetí velmi stručného Základního zákona: Lidská důstojnost a svoboda v roce 1992 (má pouhých 12 článků). Izrael nemá kodifikovanou ústavu. Nejvyšší soud sice dovedl na základě tohoto zákona přijatého běžnou většinou možnost rušit zákony, to ale dělá velmi zřídka (viz níže), byť se otázce ústavního přezkumu izraelské publikace věnují často, díky snadné možnosti komparace a uplatnění v mezinárodních časopisech.²⁹⁵ Přijetí izraelské listiny tak Hirschl se značným důrazem označuje za ústavní revoluci.²⁹⁶ Výsledek takové „revoluce“ by samozřejmě skýtal pro parlament řadu rizik, a je otázkou, proč přijetí něčeho takového poslanci dopustili. Hirschl schválení listiny přičítá politické krátkozrakosti.²⁹⁷

Je ale otázkou, zda příběh o nadšené, byť krátkozraké delegaci moci na soudy odpovídá skutečnosti. Na rozdíl od Hirschla Aeyal Gross upozorňuje na velmi malý zájem členů izraelského Knesetu o projednávání zákonů o lidských právech během roku 1992 (spolu se základním zákonem „Lidská důstojnost a svoboda“ byl projednáván ještě stručnější základní zákon „*Svoboda povolání*.“) Příznivci zavedení katalogu lidských práv podle něj považovali vágní textaci dvou kompromisních návrhů zákonů za „zoufalou“.²⁹⁸ Při celkovém počtu 120 poslanců byl návrh prvního z nich, základního zákona o lidské důstojnosti a svobodě, přijat většinou 32 ku 31 při jednom zdržení.²⁹⁹ Gross také připomíná, že už koncem 80. let se

²⁹⁴ Tamtéž, s. 178.

²⁹⁵ Např. článek k protivětšinovému charakteru ústavního přezkumu BASSOK, Or. DOTAN, Yoav. Solving the countermajoritarian difficulty? *International Journal of Constitutional Law*, roč. 11 (2013), č. 1, s. 13 – 33.

²⁹⁶ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*, op. cit., s. 21 – 24.

²⁹⁷ HIRSCHL, Ran. The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution. *Comparative Politics*, roč. 2001, č. 3, s. 315 -335, s. 329 – 332.

²⁹⁸ GROSS, Aeyal. The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law. *Israel Studies*, roč. 1998, č. 2, s. 80 – 118, s. 89.

²⁹⁹ Tamtéž, s. 89.

v obiter dictu z pera předsedy nejvyššího soudu Baraka objevila pasáž, považující otázku zrušitelnosti zákona pro rozpor se základními hodnotami izraelského právního systému za otevřenou.³⁰⁰

Výše nastíněnou dedukci Rana Hirschla o vědomém postupu politických elit lze tedy označit za problematickou. Hirschl uvádí počty příznivců a odpůrců zákonů o lidských právech během parlamentního projednávání, které se přirozeně jen částečně shodují s údaji o hlasování, uváděnými Grossem (32 příznivců odpovídá hlasujícím, zásadních odpůrců však uvádí jen 21).³⁰¹ Hirschl přikládá význam skutečnosti, že z 32 příznivců 28 pravidelně hlasovalo pro privatizace různých státních společností a 26 byli civilním povoláním specializovaní profesionálové – naproti tomu všichni odpůrci těchto zákonů byli zástupci ortodoxních náboženských stran, extrémní pravice, komunistické strany a stran reprezentujících izraelské Araby.³⁰² Tyto údaje sice nepostrádají na zajímavosti, ale nijak nerozporují skutečnost, že zhruba polovina poslanců na přijetí předmětných zákonů participovala přinejlepším velmi omezeně. Zdá se tedy, že Barak a Nejvyšší soud využili listinu spíše instrumentálně. Pokud by ji Knesset nevydal, mohl by si řadu pravomocí přisvojit interpretací precedentů, vymezujících po britském vzoru většinu procesních pravidel (to také udělal mj. v oblasti aktivní legitimace, viz kapitola 3.3).

Hirschlovo pojetí udržení hegemonie pomocí soudní moci se alespoň může zdát na první pohled originální. Problém je, že pojetí soudů jako instrumentů politiků pro řešení ožehavých otázek důkladně představil Mark Graber už v roce 1993.³⁰³ Pohyboval se přitom výhradně v amerických reáliích, některé jeho závěry přitom mohou vysvětlit Hirschlovy potíže s aplikací tohoto modelu. Podle Grabera dochází k delegaci na soudy typicky v případech nesouladu v rámci momentální většiny, ke kterému přitom v americkém bipartismu dochází poměrně často, protože strany musí reprezentovat širokou škálu názorů.³⁰⁴ Delegací ze strany momentální většiny tak lze zdůvodnit, proč se některá soudní rozhodnutí liší od jim těsně předcházejícím pozicím Kongresu.³⁰⁵ *Dred Scott* z roku 1857 neodpovídal požadavkům jacksoniánských demokratů představujících tehdy doživající většinovou koalici (ti neměli zájem na rozšíření otroctví, ale na udržení statu quo), v případě *Roe v. Wade* znemožňujícího

³⁰⁰ Tamtéž, s. 87.

³⁰¹ Hirschl, Ran. *The Political Origins of Judicial Empowerment*, op. cit., s. 325.

³⁰² Tamtéž.

³⁰³ GRABER, Mark A. *The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary*, *Studies in American Political Development*, roč. 7, jaro 1993, s. 35 – 73.

³⁰⁴ Tamtéž, s. 37

³⁰⁵ Tamtéž, s. 36

v roce 1973 zákaz potratů zase rozhodnutí neodpovídalo deklarovaným preferencím Nixonovy republikánské administrativy a demokraty ovládaného Kongresu.³⁰⁶

Proti znemožnění zákazu potratů sice mnoho členů Kongresu rétoricky protestovalo, ale fakticky udělalo velmi málo, aby nastalý právní stav změnilo.³⁰⁷ Když se kulturně konzervativnímu křídlu podařilo relativně ovládnout v 80. letech dříve v této otázce rozpolcenou republikánskou stranu, ustoupilo téma potratů ekonomické agendě snižování daní: republikáni se obávali, že jim boj proti potratům odradí bohatší zastávce jejich ekonomického programu.³⁰⁸ Republikáni tak dokonce tehdy prohlásili, že na otázku potratů nemají jako strana žádný jednotný názor – podle Marka Grabera se tak dostali do stejné pozice, jako demokraté v otázce otroctví během 50. let 19. století.³⁰⁹

Problém je, že tyto modely nebudou v izraelském rozdrobeném multipartismu fungovat. Liberální elity se postupně stávají stále menší menšinou, a konzervativní a náboženské strany v součtu vždy porazí Stranu práce a liberální strany. Izraelské strany jsou také velmi malé z hlediska počtu mandátů, i vítězná strana zpravidla získává kolem čtvrtiny mandátů v jednokomorovém Knessetu. Menší izraelské strany také občasně zanikají a vznikají, místo toho aby se jako frakce ve velké straně pokoušely stranu kormidlovat určitým směrem, jak je tomu ve Spojených státech.

Na druhou stranu má Izrael řadu zvláštností spojených právě se soudy, které je mocensky posilují a dělají z nich atraktivnější cíl delegace ze strany Knessetu. Civilní a trestní proces je anglického vzoru, byť zcela bez porot, a odůvodnění rozsudků jsou od 90. let oproti angloamerické tradici často velmi dlouhá (nejsou výjimkou stovky stran). Rozhodování Nejvyššího soudu také trvá velmi dlouho, prodlevy delší než pět let nejsou výjimkou. Izraelský justiční systém má podle Základního zákona o soudnictví a soudech tři úrovně: obvodní soudy, šest krajských soudů a Nejvyšší soud.³¹⁰ Méně závažné trestní a civilní věci řeší v prvním stupni obvodní soudy, závažnější začínají přímo u krajských soudů.³¹¹ To má paradoxní následky, u méně závažných kauz existuje možnost dvojího odvolání, zatímco u závažnějších jen jedna, k Nejvyššímu soudu. Ten je tak trvale přetížen. Má 15 soudců,

³⁰⁶ Tamtéž, s. 36, s. 46 – 61.

³⁰⁷ Tamtéž, s. 45

³⁰⁸ Tamtéž, s. 60

³⁰⁹ Tamtéž, s. 60.

³¹⁰ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel. A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014, ISBN 9781849467544, s. 194.

³¹¹ Tamtéž, s. 194.

soudících ve tříčlenných panelech, pokud jej předseda nerozšíří.³¹² Možnost rozšířit panel předsedu značně posiluje.

K chronické přetíženosti navíc přispívá unikátní role Nejvyššího soudu, zděděná po britské mandátní správě – zatímco nižší soudy byly tehdy obsazeny Araby nebo Židy, Nejvyšší soud sestával jen z britských soudců, a tak byly veškeré správní žaloby směřovány přímo k němu, aby snad britskou mandátní správu nesoudil nebritský soudce – Nejvyšší soud v této své správní roli zasedal a stále zasedá jako Vysoký soudní dvůr – *High Court of Justice* (tyto případy pak mají sp. značku začínající HCJ).³¹³ Tento systém byl ponechán i po vzniku Státu Izrael, jen v roce 2000 bylo projednávání některých věcí převážně v oblasti sociálního zabezpečení přeneseno na krajské soudy.³¹⁴ Jak už jsme výše zaznamenali, v rámci „ústavní revoluce“ si také Nejvyšší soud atrahoval ústavní přezkum v případě *Ca 6821/93 United Hamizrabi Bank v. Migdal Cooperative Village* z roku 1995.

Poměrně komplikovaný případ se týkal oddlužení zemědělských družstev, ale faktická stránka se stala dosti podružnou. Rozhodnutí má včetně separátních vot 535 stran a primárně se zabývá argumentací, proč může Nejvyšší soud rušit zákony – to v případě také skutečně udělal.³¹⁵ Rozhodnutí je jako většina rozhodnutí izraelského Nejvyššího soudu dostupné v angličtině, tak se zájemci mohou na předchozím odkazu dostatečně pokochat (zájemci o arabskou verzi zapláčou, arabské verze rozhodnutí Nejvyšší soud nikdy nevydával). Rozhodnutí ale nejde přečeňovat, k roku 2014 zrušil Nejvyšší soud část zákona jen v 10 případech.³¹⁶ Opakovaně se navíc objevují úvahy o odejmutí této pravomoci.³¹⁷ Mnohem více kontroverzí je spojeno s jeho funkcí správního soudu, některé jsou popsány podrobněji v kapitole 3.1 (jde např. o vztahy v kabinetu).

Izraelský Nejvyšší soud je také, podobně jako jiné vysoké soudy, donucen hrát roli chytré horákyňe, pokud mu na jednu stranu hrozí ignorace jeho verdiktu, a na druhé straně mezinárodní ostuda pro pohrdání lidskými právy. Asi nejvýznamnějším takovým případem je souzení tzv. bezpečnostní bariéry či zdi mezi Izraelem a okupovanými územími. Izrael si

³¹² Tamtéž, s. 194.

³¹³ Tamtéž, s. 196.

³¹⁴ Tamtéž, s. 196 – 197.

³¹⁵ *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village* [online]. Versa [cit. 20. července 2018].

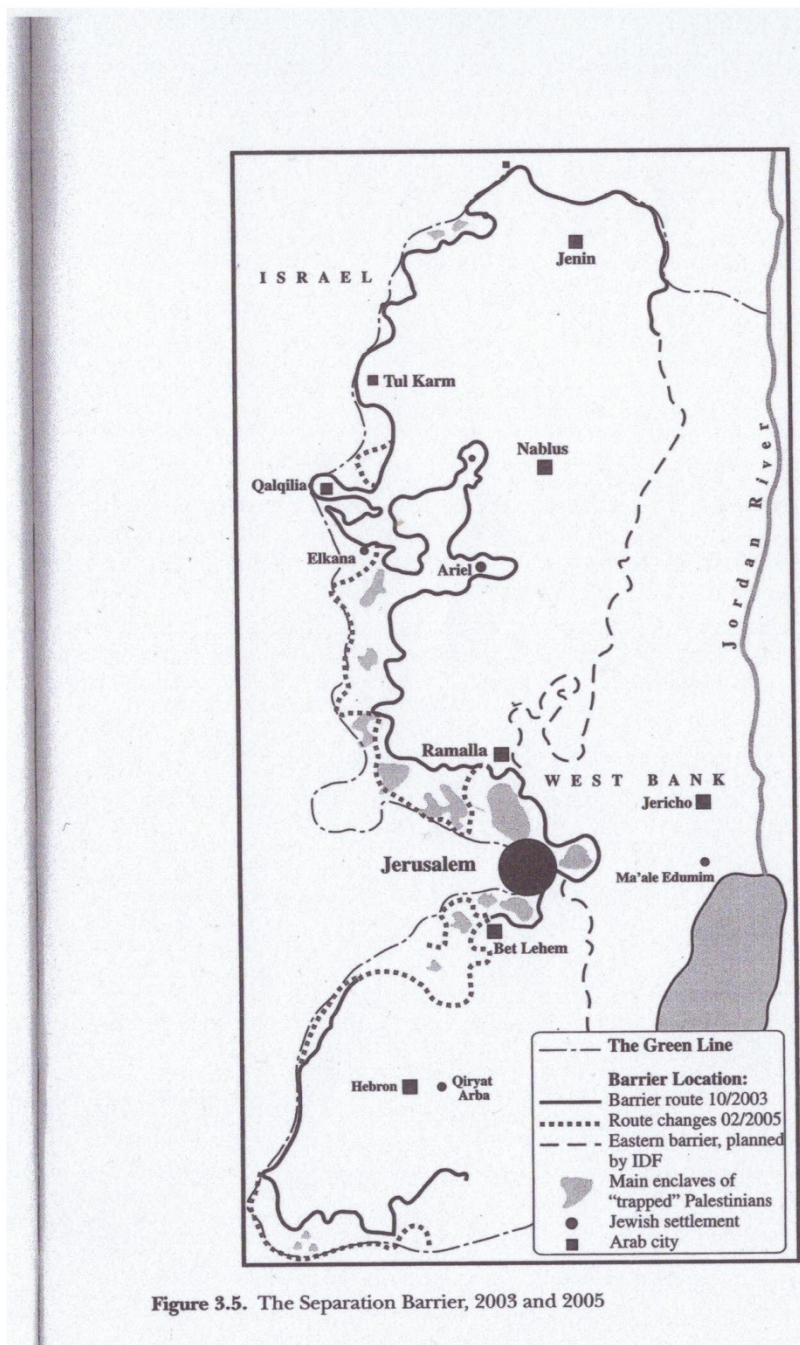
Dostupné na: <http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>

³¹⁶ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel*, op. cit., s. 199.

³¹⁷ *Netanyahu backs bill to remove High Court's ability to strike down laws* [online]. The Times of Israel [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.timesofisrael.com/netanyahu-backs-bill-to-remove-high-courts-ability-to-strike-down-laws/>

samozřejmě může podle mezinárodního i vnitrostátního práva stavět na svém území zdi, jak chce, tato bariéra je však prakticky celá na okupovaných územích, viz obrázek níže.

Obrázek 2: Bezpečnostní bariéra na Západním břehu a hranice z roku 1967.³¹⁸



³¹⁸ Pramen: YIFTACHEL, Oren. *Ethnocracy. Land and Identity Politics in Israel/Palestine*. University of Pennsylvania Press, 2006, ISBN 9780812239270, s. 81.

Mezinárodní soudní dvůr tak ve svém poradním posudku na vyžádání Valného shromáždění z 9. července 2004 konstatoval, že zeď porušuje mezinárodní právo, především proto, že fyzická bariéra vytváří *fait accompli*, „hotovou věc,“ a bariéra by v případě permanentního umístění znamenala anexi území před bariérou z Izraelské strany (bod 121 poradního posudku).³¹⁹ Vztah Izraele k mezinárodnímu právu obecně byl vstřícný do roku 1967, kdy v něm hledal záruky před arabskou agresí. Po získání rozsáhlých území v důsledku obranné války čelící agresí (proti které mu mezinárodní právo ani společenství nijak zvlášť nepomohlo) se jeho vztah pochopitelně změnil. Volba Barakova soudu však nebyla jednoduchá: poradní posudek nemohl ignorovat, protože jím argumentovala strana sporu, a pokud si chtěl udržet větší mezinárodní prestiž, než má izraelská vláda, musel vymyslet střední cestu.

Mezinárodní prestiž přitom pro Izrael není bezcenná: paradoxně se období ostré skepse vůči mezinárodnímu právu časově prolíná s otevíráním země mezinárodnímu obchodu po roce 1977. Nejvyšší soud nakonec ve dvou rozhodnutích nařídil vládě mírné úpravy vedení zdi.³²⁰ Rozdíl mezi kategorickým odmítnutím zdi ze strany Mezinárodního soudního dvora a zjevné ústupnosti Nejvyššího soudu se pokouší Barak vysvětlit v bodu 60 a násl. druhého z rozhodnutí (*Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*). Otevřeně tam tvrdí, že Mezinárodní soudní dvůr měl špatné informace od Generálního tajemníka OSN, protože kdyby měl správné, tak by musel seznat, že Izraeli hrozí reálné bezpečnostní riziko, proti kterému zeď představuje účinné opatření. Diplomatsky vzato to bylo nejlepší, co mohl udělat, podstatě poradního posudku (*zed' klidně, ale na svém*) se vyhnul.

Zatím se tedy spíše zdá, že izraelský Nejvyšší soud představuje relativně schopného spolupracovníka vlády, než že by proti ní snažil protežovat sekulární a liberální hegemonii. Mimořádně ostrý kritik Nejvyššího soudu Daniel Friedmann dokonce soud v některých oblastech obviňuje z nedostatku odvahy zasáhnout. Jde především o případy spojené s klasickými otázkami rovnosti a základních práv, oproti různým zásahům do exekutivy, kde naopak soud obviňuje ze zaslepené horlivosti (k této kritice viz kapitola 3.3). Konkrétně

³¹⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in The Occrped Palestinian Territory* [online]. International Court of Justice [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>

³²⁰ HCJ 7957/04 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*
HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. I. The Government of Israel*

Friedmannovi leží v žaludku výjimka z vojenské služby pro ultraortodoxní Židy, jejichž počet přitom poměrně prudce stoupá.³²¹

Tato praxe byla před Nejvyšším soudem napadána pravidelně, ale ten ji dříve opakovaně posvěcoval, s výjimkou rozhodnutí z roku 1998, podle kterého pro výjimku z vojenské služby nepostačuje vyhláška ministra, ale je nutný zákon.³²² Lhůtu pro vydání zákona soud opakovaně prodlužoval, a když byl nakonec vydán, u soudu několikrát obstál.³²³ Nejvyšší soud nakonec v roce 2012 rozhodl, že zákon nemůže být dále prodlužován, právě když měla jeho platnost vypršet.³²⁴ Armáda nicméně fakticky ultraortodoxní brance až na výjimky odvádět nezačala.³²⁵ Oproti sekulární kritice je třeba podotknout, že donutit ozbrojené síly odvádět brance, kteří sloužit nechtějí a které armáda nechce, je patrně za hranou možností i velmi silného soudu. Opatření by také postrádalo věcný smysl, pokud nejde o samotnou abstraktní rovnost. I rovnost samotná může být diskutabilní, v izraelské společnosti se na muže, co neabsolvovali vojnu, nenahlíží zrovna pozitivně, a ultraortodoxní komunita jako celek taky není zrovna populární. Má soud nutit k rovnosti někoho, kdo rovný být nechce?

Možná závažnější je tak laxní přístup Nejvyššího soudu vůči mučení ze strany tajných služeb – to je sice nelegální praxe, ale většinou není stíhána, a žaloby poškozených domáhajících se stíhání jsou většinou neúspěšné.³²⁶ S tím souvisí skutečnost, že v Izraeli existuje neveřejný trestní proces v případech týkajících se národní bezpečnosti – neveřejný je proces, soudní rozhodnutí i samotný fakt, že se proces koná (obviněný sice dostane obhájce, ale jen z prověřeného seznamu).³²⁷ Izrael je také od svého založení neustále ve výjimečném stavu, v současnosti je Knesetem každoročně prodlužován o dobu jednoho roku.³²⁸ V této práci není prostor pro podrobnější popis právních otázek souvisejících s okupovanými územími, jen bych pro úplnost doplnil, že Nejvyšší soud připouští ve své roli správního soudu žaloby proti

³²¹ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, Oxford University Press, 2016, ISBN 9780190278502, s. 73 – 77.

³²² Tamtéž, s. 76. Odkazuje na rozhodnutí HCJ 3267/97 *Rubinstein v. The Minister of Defense*

³²³ Tamtéž, s. 76 – 77. Friedmann odkazuje na rozhodnutí HCJ 6427/02 *The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset*.

³²⁴ Tamtéž, s. 77, viz rozhodnutí HJC 6298/07 *Ressler v. Knesset*

³²⁵ Tamtéž, s. 77.

³²⁶ Tamtéž, s. 97. Opačný názor viz NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel*, op. cit., s. 253 - 254.

Podle ní došlo k výraznému poklesu případů mučení v důsledku formálního zákazu v roce 1999.

³²⁷ Informace z kurzu o izraelské trestní justici na Tel Avivské Univerzitě, který vedl veřejný obhájce Kenneth Mann. Podle něj je obzvláště problematické utajování rozhodnutí jako celku – obhájce tak v precedentním systému nemá přístup k vlastním precedentům týkajícím se obdobných případů, což ho staví od obtížné pozice. O tomto systému neveřejné trestní justice je známo poměrně málo informací a odborná literatura se mu prakticky nevěnuje. Nelze se jí divit, z celého procesu není veřejné nic, takže není o čem psát.

³²⁸ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel*, op. cit., s. 250.

zásahům izraelské okupační moci. Tímto způsobem se tak Palestinci mohou stát subjektem sporu před izraelským Nejvyšším soudem, aniž opustí okupovaná území. Palestina má jinak vlastní soudní soustavu.

V ochraně práv osob na okupovaných územích však Nejvyšší soud není příliš úspěšný. Podle Suzie Navot sice projednává řadu případů a používá silnou rétoriku, ale málokdy mají jeho rozhodnutí hmatatelný efekt, okupačním silám přisuzuje širokou diskreci.³²⁹ Nejvyšší soud se ve výsledku pokouší o zdání normality – akty veřejné moci jsou soudně přezkoumatelné – protože pokud by se pokusil o víc, než jen zdání, hrozila by jeho rozsudkům ignorace, nebo by musel čelit protiútoky Knessetu a premiéra.

V Izraeli ostatně premiér vládne, dokud není nové vládě vyslovena důvěra (čl. 13 písm. d základního zákona o vládě z roku 2001).³³⁰ Při nesoudržných a nestabilních koalicích od 80. let do nástupu Benjamina Netanjahua tak mohla vláda existovat poměrně dlouho, aniž by měla aktivní podporu většiny Knessetu. Na druhou stranu se může Knesset snadno rozpustit, základní zákon o Knessetu k tomu vyžaduje v čl. 34 jen vydání zvláštního zákona.³³¹ Knesset je také rozpuštěn, pokud se osobě pověřené sestavením vlády vládu vůbec sestavit nepodaří, anebo jí sice sestaví, ale vláda nezíská důvěru.³³² Izraelská úprava tedy obsahuje řadu prvků, často navrhovaných ke zlepšení českého sestavování vlády (vláda nastupuje až po získání důvěry, rychlý proces jmenování vlády, žádné pokusy pro prezidenta, pokud jde o sestavení vlády). Přesto tyto prvky samy o sobě nepomohly překonat rozdrobený a těžko funkční stranický systém. Pokus z 90. let překonat ho přímou volbou skončil neúspěchem: kandidáti na premiéra byli nuceni ještě více ustupovat okrajovým stranám, aby získali jejich podporu pro přímou volbu.³³³ Systém tak byl po dvou přímých volbách v roce 2003 opuštěn.³³⁴

Funkční Knesset by přitom v rozdělené zemi mohl vyřešit řadu zmražených problémů, v důsledku jeho nefunkčnosti je někdy nedokonale suplovaný soudy. Přestože je někdy Izrael v České republice prezentován jako extrémně bohatá země,³³⁵ ve skutečnosti jeho HDP na

³²⁹ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel*, op. cit., s. 260.

³³⁰ *Basic Law: The Government* (2001) [online]. Knesset [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm

³³¹ *Basic Law: The Knesset - 1958* [online]. Knesset [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic2_eng.htm

³³² Čl. 10 a 11 základního zákona o vládě z roku 2011, viz *Basic Law: The Government* (2001) [online]. Knesset [cit. 20. července 2018]. Dostupné na:

https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic14_eng.htm

³³³ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel*, op. cit., s. 146 – 147.

³³⁴ Tamtéž.

³³⁵ KAŠPÁREK, Michal. *Proč šéfujete vy mně, a ne já vám: jak chucpe pomohlo izraelskému bohatství?* [online]. FINMAG [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://finmag.penize.cz/recenze/265867-proc-sefujete-vy-mne-a-ne-ja-vam-jak-chucpe-pomohlo-izraelske-bohatstvi>

hlavu při přepočtu na paritu kupní síly zhruba odpovídá naší úrovni.³³⁶ To je samozřejmě v globálním srovnání pěkný výsledek, nesrovnatelně lepší, než u sousedních zemí. Tento ukazatel je nicméně u evropských zemí běžně spojovaných s extrémní vyspělostí zhruba dvakrát vyšší (Irsko, Norsko).³³⁷ Průměrná mzda v Izraeli je před zdaněním asi 10 400 izraelských šekelů,³³⁸ což je asi 62 tisíc korun. Bydlení, služby i potraviny jsou ale často více než dvakrát dražší než u nás, takže životní úroveň lze těžko srovnávat. Izrael má nicméně mnohem vyšší nerovnosti, jeho Gini koeficient je 0,36 (srovnatelný s Británií a Ruskem), relativní příjmová chudoba pak činí podle OECD vysokých 19,5 %.³³⁹ Izraelské školství je sice jako celek kvalitní, ale trpí extrémními rozdíly v závislosti na původu žáků.³⁴⁰

K debatě o postavení soudní moci a lidských právech přitom určitá míra koherence společnosti patří. Společnosti divergující kulturně, sociálně i ekonomicky lze pomoci jen stěží. Po poslední ekonomické krizi asi nebudu originálním myslitelem, když vyjádřím určitou skepsi k možnostem expertů, tedy právě těch, jež Ran Hirchl označuje za nástroj elity k prosazování elitních zájmů. Možná je to pravda, pokud jde o finance a bankovníctví. Hirschl však hned skočí k právníkům, a ještě konkrétněji k soudcům. Zajímavější argument uvádí v článku z roku 2011 o severských zemích, kde jako jednu z příčin tamních uměřených soudů uvádí nízký počet advokátů na počet obyvatel (např. jeden na 2100 obyvatel ve Švédsku).³⁴¹ V Izraeli bylo v roce 2015 podle tamní advokátní komory asi 73 tisíc advokátů – sama komora uvádí, že na počet obyvatel jde o jeden z největších poměrů na světě.³⁴² Osobně bych nebyl tak neskromný, jednoho advokáta na 121 obyvatel asi překoná málokdo. Pro srovnání, v roce 2016 bylo v České republice asi 11 tisíc advokátů.³⁴³ Na jednoho advokáta tak připadalo asi 960 lidí.

³³⁶ Podle MMF je tato hodnota pro ČR za rok 2017 37 550 amerických dolarů, pro Izrael 37 670. Viz *GDP per capita, current prices* [online]. IMF [cit. 20. července 2018]. Dostupné na:

<http://www.imf.org/external/datamapper/PPP@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD>

³³⁷ Tamtéž

³³⁸ *Israel Average Monthly Wages* [online]. Tradingeconomics [cit. 20. července 2018]. Dostupné na:

<https://tradingeconomics.com/israel/wages>

³³⁹ *Inequality* [online]. OECD [cit. 20. července 2018]. Dostupné na:

<http://www.oecd.org/social/inequality.htm>

³⁴⁰ *Education Revolution: Rich Parents to Pay for Poor Students' Schooling* [online]. Haaretz [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.haaretz.com/premium-rich-to-pay-for-poor-students-schooling-1.5336078>

³⁴¹ HIRSCHL, Ran. The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial reviews. *International Journal of Constitutional Law*, č. 9, roč. 2011, s. 449 -469, s. 468.

³⁴² *General Information* [online]. Israel Bar Association [cit. 20. července 2018]. Dostupné na:

http://www.israelbar.org.il/english_inner.asp?pgId=103336&catId=372

³⁴³ *Počet aktivních advokátů stoupl za deset let o polovinu na 11.000* [online]. ČAK [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.cak.cz/scripts/detail.php?id=16611>

Právníci ale, na rozdíl od ekonomů a finančníků, nemají vlastní substantivní pojmovou magii, právnícká dovednost se sestává z dosti technické znalosti procesu a právnícké ptydepe se k tomuto procesu váže. V obsahové debatě s ekonomem, energetikem či agronomem může být soudce snadno zmanipulován, jako jiný člověk. Soudci samozřejmě přejímají poznatky sociálních věd, někdy je prosazují i dlouho po tom, co vyšly z módy (americká *Lochner* éra a její důraz na trh bez přívlastků). Řadit soudce mezi experty ohlupující lid tedy může být značně zavádějící: soudci mohou být ohloupeni s lidem. Oddělení soudců od lidu tedy paradoxy moderní demokracie nevysvětlí. V rámci Izraele se tak budeme muset vrátit k debatě o podstatě demokracie, načrtnuté v minulé části sporem mezi politickými a soudními liberály.

3.2 Neliberální demokracie, nebo neliberální autoritářství

Jak už jsme viděli v metodologické a americké části, soudní liberalismus spojuje pojem demokracie se substantivními lidskoprávními zárukami, někdy ve slovním spojení „liberální demokracie.“ Ronald Dworkin sám považoval toto slovní spojení za nesmyslné, demokracie je v jeho světě legitimní většinová vůle, takže samotná většina nepředstavuje demokracii bez splnění dalších podmínek.³⁴⁴ Pojmu liberální demokracie ostatně neholdoval ani Jürgen Habermas, když svoje pojetí lidských práv váže na zajištění soukromé a veřejné autonomie: člověk potřebuje určitá minimální sociální práva (strava, bydlení, vzdělání) a zajistit si tak soukromou autonomii, aby vůbec mohl uplatnit autonomii veřejnou, pro kterou samozřejmě potřebuje klasická politická práva.³⁴⁵

V Habermasově pojetí tak chybí především právo na majetek nad rámec osobní autonomie. Jinak ale spojuje sumu určitých lidských práv s pojmem demokracie, v jeho případě značně přesvědčivě: jeho lidská práva představují předpoklad dobře fungující procedurální demokracie, zejména sociální zabezpečení a určitá míra vzdělání může vyhlídky demokracie značně zlepšit, obzvlášť pokud je vzdělání nad rámec autoritářského drilu spojeno s určitým humanistickým dialogem. Na druhou stranu jeho pojetí není příliš originální oproti americkým proceduralistům, liší se od nich vlastně jen důrazem na základní sociální práva (a v tom se zase dosti blíží Marku Tushnetovi).

Přes určitou snahu výše rozebraných filozofů ale pojem liberální demokracie nezmizel a současné noviny jej opakují ad nauseam. Termín liberální demokracie přitom svádí

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, roč. 1995, č. 3, s. 2 – 11, s. 2.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy, *European Journal of Philosophy*, roč. 1995, č. 3, s. 13 – 20, s. 17 – 20-

k myšlence, že by mohlo existovat něco jako iliberální nebo neliberální demokracie, tedy režim provozující skutečné volby, ale nezaručující lidská práva. Nad lidskými právy přitom neexistuje shoda a různé oblasti akcentují různá práva. V tomto duchu jsou tak všechny státy neliberální, alespoň z pohledu autora, nesdílejícího pojetí lidských práv v dané oblasti. Příkladem par excellence by byly Spojené státy z pohledu Evropy, pokud jde o trestní právo, ať už hmotné, či procesní. Čtenáře asi nepřekvapí, že Izrael by dopadl z hlediska trestního práva podobně (podrobněji viz níže).

Problematický pojem neliberální demokracie značně zpopularizoval Fareed Zakaria ve svém článku z roku 1997.³⁴⁶ Text je přitom souhrnem zajímavých myšlenek, proaktivních pasáží a těžko stravitelných tvrzení, dodnes působících jako provokace (to mu ovšem z mého pohledu slouží spíše ke cti, na rozdíl od konkrétního obsahu argumentů). Zakaria je znepokojen kombinací relativně skutečných voleb s málo svobodnými společnostmi, a považuje tento jev za značně rozšířený, „od Sierra Leone na Slovensko.“³⁴⁷ Doslova pokračuje, že „*demokracie vzkvétá, ústavní liberalismus nikoliv.*“³⁴⁸

Ústavní liberalismus je podle něj odmítnutím procesního pojetí vlády, ale spíše je spojen s cíli vládnutí – jde o liberální koncepci, protože staví na svobodě jednotlivce, a koncepci ústavní, jelikož stojí na tradici vlády práva.³⁴⁹ Pak kuriózně vyjmenovává řadu historických „ústavních“ dokumentů, včetně řady anglických a britských³⁵⁰ ačkoliv imperiální tradice nebyla zrovna liberální, pokud jde o dělbu moci. Zakaria má pravdu, že klasici 19. století měli strach z neomezené demokracie.³⁵¹ Není ale zřejmé, proč tyto závěry nepovažuje za překonané, jako většina dnešní sociální vědy (**viz předchozí část**). Parlamenty totiž neslouží jednoduše jako ústa méně vzdělané většiny a jejich role je mnohem komplexnější, ostatně stejně jako role soudů, jež také na druhou stranu nejsou proti lidovému sentimentu imunní.

Podstata Zakariova textu se možná objeví směrem ke svému konci. Podle jeho konstatování „*je jednoduché vnutit zemi volby, je však složitější tlačit společnost k ústavnímu liberalismu.*“³⁵² Zřejmě má být podle Zakarii úkolem Spojených států civilizovat zbytek světa, jen je důležité nezaměřovat se primárně na skutečné volby, ale spíše na „ústavní liberalismus.“ Zakaria tedy vede spor o to, co se má jiným zemím vnutit, nebo jak se alespoň

³⁴⁶ ZAKARIA, Fareed. The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, roč. 76 (1997), č. 6, s. 22 – 44.

³⁴⁷ Tamtéž, s. 22.

³⁴⁸ Tamtéž, s. 23.

³⁴⁹ Tamtéž, s. 25 – 26.

³⁵⁰ Tamtéž, s. 26.

³⁵¹ Tamtéž, s. 30.

³⁵² Tamtéž, s. 40

mají třídit, a jeho text tak představuje pěknou ilustraci mentální výbavy současné globalizace. Je spojena s civilizační misí vůči skutečně či domněle zaostalým, stejně jako byl civilizační misí svého času kolonialismus.

Globalizace jistě nezpůsobuje hrůzy srovnatelné s kolonialismem, doba pokročila a stala se kultivovanější. To je objektivně pokrok, byť v mých očích je stále potřeba někoho civilizovat značně patologická. Globalizační „paradigma“ ovšem nejspíše čeká zhroucení, jako optimista myslím, že dříve, než později. Snadno k němu mohou přispět nové civilizační projekty Číny, mající často stejnou formu jako západní projekty (stavba infrastruktury a škol), ale samozřejmě zcela jiný obsah. Pokud si mohu dovolit floskuli, nastavují tak zrcadlo západním projektům, z našeho pohledu chvályhodnějším. Čínský přístup nám však může příhodně ukázat, že to je jen náš pohled.

Na první pohled jsem teď dosti odbočil, ale debata liberální/neliberální a globální/lokální se k nám v izraelských reáliích bude neustále vracet. Izraelská společnost je v rámci těchto linií rozštěpena. Náboženské strany v této rozštěpené společnosti často hrají roli pákové strany. V Izraeli tak dosud o šábesu nejedí hromadná doprava, udržení tohoto zákazu je jednou z jejich priorit. Poslední volby do jednokomorového Knesetu o 120 poslancích dopadly v březnu 2015 při uzavírací klauzuli 3,25 % následovně (uzavírací klauzule byla zvýšena jako opatření proti arabským stranám, ty se však spojily do Společné kandidátky a dosáhly nejlepšího výsledku v historii).³⁵³ Likudu se daří podstatně lépe sestavovat koalice, protože je oproti Straně práce kompatibilnější s náboženskými stranami, osadnickou a ruskou stranou. Na druhou stranu Likudu stále dělá potíže překročit počet 30 mandátů, tedy pouhou čtvrtinu celkového počtu.

³⁵³ *Elections to the Knesset* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: https://knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_res20.htm

Tabulka 6: Výsledky izraelských voleb v roce 2015, Knesset má celkem 120 poslanců

Kandidátka	Počet platných hlasů	% celkových hlasů	Počet mandátů
Likud (předseda Benjamin Netanyahu), pravý střed, zaměřuje se na středně příjmové skupiny, podporuje expanzivní politiku na okupovaných územích	985,408	23.40	30
Sionistická kandidátka (poněkud nešťastný název pro volební koalici vedenou Stranou práce, strana má zázemí v Tel Avivu a v Kibucech na severu Izraele)	786,313	18.67	24
Spojená kandidátka (Hadash, Národní demokratické sdružení, Arabské hnutí obnovy, Spojená arabská strana)	446,583	10.61	13
Yesh Atid (centrističtí liberálové)	371,602	8.82	11
Kulanu (centrističtí liberálové)	315,360	7.49	10
Habayit Hayehudi (agresivní strana osadníků)	283,910	6.74	8
Shas (strana nábožensky založených Židů původem z Blízkého východu, je součástí jejich emancipace. Silnou pozici má na jihu Izraele v pouštních městech.)	241,613	5.74	7
Yisrael Beiteinu (strana přistěhovalců z býv. SSSR)	214,906	5.10	6
Spojený judiasmus tóry (koalice ultraortodoxních evropského původu)	210,143	4.99	6
Izraelská levice (levicová a ekologická strana, obvykle používá název Meretz, název Izraelská levice může být omyl)	165,529	3.93	5

Zajímavé je intelektuální úsilí izraelského hlavního proudu vypadat jako součást západního světa i po intelektuální stránce. Prvořadou ilustrací je kniha prominentních liberálů Alexandra Yakobsona a Amnona Rubinsteina z roku 2009.³⁵⁴ Autoři vynakládají opravdu značné úsilí prezentovat Izrael jako liberální demokracii. Vzhledem ke značně rozporné povaze tohoto termínu se tak místy ocitají na hranici sebedeparodie. Hned na začátku knihy vyzdvihují situaci izraelských Arabů, kteří se díky dubletu Izraelci – Židé mohou cítit Izraelci, aniž by se museli cítit Židy.³⁵⁵ Oproti tomu uvádějí příklad slovenských Maďarů, již se mohou buď nazývat Slováci a delegitimizovat svou etnickou příslušnost, nebo se označí za Maďary a pak podřívají slovenský stát.³⁵⁶ Arabové s izraelským občanstvím se ovšem za Izraelce sami nepovažují, pokud volí, tak výše uvedené vlastní strany. Ponižující procedury např. na Ben Gurionově letišti také zrovna nepomáhají. Při intifádě v roce 2000 se protesty přelily z okupovaných území i do arabských oblastí severního Izraele a policie jejich potlačení zcela

³⁵⁴ YAKOBSON, Alexander. RUBINSTEIN, Amnon. *Israel and the Family of Nations: The Jewish Nation-State and Human Rights (Israeli History, Politics and Society)*. London: Routledge, 2009, ISBN 978-0415781374.

³⁵⁵ Tamtéž, s. 6 – 7.

³⁵⁶ Tamtéž.

nezvládla, dohromady došlo k 13 zabitím Arabů – izraelských občanů.³⁵⁷ Cyničtější povaha by se tak mohla otázat, kolik protestujících Maďarů dohromady zastřelila slovenská policie.

Na druhou stranu Jakobson s Rubinsteinem mají i podstatně lepší argumenty, byť je otázkou, proti čemu vlastně směřují. Podivují se, jak je možné odpírat právo na existenci Izraeli a zároveň podporovat Stát Palestina, když obojí jsou národní státy.³⁵⁸ Zrušení často kritizovaného státního náboženství v Izraeli by Arabům těžko něco hmatatelného přineslo, protože by stále žili ve státě s výraznou židovskou většinou.³⁵⁹ To je poměrně silný argument, nejsem si ale jistý, jestli státní náboženství nevadí spíše sekulárním Telavivanům. Zatímco arabští muslimové a křesťané podléhají svým náboženským soudům a sekulárních Arabů je poměrně málo, sekulární Židé čelí řadě obtíží. V Izraeli neexistuje civilní sňatek a rozvod, byť sňatky uzavřené Izraelci v cizině jsou uznávány. Jakobson s Rubinsteinem pak poukazují na evropské státy se státním náboženstvím, byť jsou nakonec ochotni uznat, že „*izraelské státní náboženství se prolíná s politikou problematickým a kontroverzním způsobem.*“³⁶⁰

Větší oříšek pro ně představuje právo návratu. Zatímco každý Žid se může „vrátit“ do Izraele, rychle získat občanství, integrovat se do společnosti a posílit židovskou většinu, imigrace Arabů je prakticky znemožněna. Do Izraele se nemohou přestěhovat ani manželé a manželky Izraelců z okupovaných území.³⁶¹ Jakobson s Rubinsteinem se pokouší ohledně práva návratu argumentovat podobnými zákony v některých evropských zemích, např. ve Finsku, kde se vztahuje na Finy žijící v Rusku a v Estonsku.³⁶² Na konci knihy pak autoři poněkud emotivně konstatují, že kromě anti-sionistické ideologie hraje v akademické kritice Izraele „*značnou roli také významný stupeň neznalosti*“ a západní akademici jsou podle nich spíše seznámeni s debatou na univerzitách než s „*komplikovaným světem evropských národních států.*“³⁶³

Myslím, že poněkud delší citace těchto dvou prominentních liberálů stojí za určitý vhled na limity termínu liberální demokracie. Když se jejich kniha snaží dokázat blízkost izraelských realit zemím obecně považovaným za „liberální demokracie“, spíše se dotýká citlivých míst v těchto zemích. Ve výsledku nelze považovat za dokázané, že Izrael je součástí komunity

³⁵⁷ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, Oxford University Press, 2016, ISBN 9780190278502, s. 127.

³⁵⁸ YAKOBSON, Alexander. RUBINSTEIN, Amnon. *Israel and the Family of Nations*, op. cit, s. 124.

³⁵⁹ Tamtéž, s. 98.

³⁶⁰ Tamtéž, s. 98.

³⁶¹ Ústavnost zákona potvrdil izraelský Nejvyšší soud, když se odmítl zabývat žalobou proti němu – věc HCJ 466/07, *MK Zahava Galon v. The Attorney General, et al.*

³⁶² YAKOBSON, Alexander. RUBINSTEIN, Amnon. *Israel and the Family of Nations*, op. cit, s. 130.

³⁶³ Tamtéž, s. 198.

zemí vyznávajících liberální demokracii. Spíše autoři prokázali neexistenci takové komunity, resp. pokud existuje, tak v ní existují rozdíly zpochybňující její smysluplnost. Smyslem by mohlo být dokazovat právo Izraele být národním státem, protože společenství národních států je velmi rozmanité. S tím naprosto souhlasím, ale takový závěr jde nejspíš přímo proti závěrům autorů. Autorům se tak mimoděk úspěšně podařilo odsvětit liberální utopii za účelem zařazení Izraele do společenství této utopie. Ale pokud žádná ucelená utopie shodných liberálních hodnot neexistuje, co je přínosem členství v takové „komunitě národních států“?

Nejsem si navíc úplně jistý, jestli hledání národní ctnosti v dworkinovsky chápané „liberální demokracii,“ tedy jazykem této práce v soudním liberalismu, úplně pomáhá izraelské věci. Yakobson s Rubinsteinem mají některé použitelné argumenty, ale skutečně citlivým otázkám se vyhýbají. V Izraeli existuje bezpečnostní zadržení na neomezenou dobu, trestní procesy týkající se otázek národní bezpečnosti jsou tajné jako celek (včetně skutečnosti, že se konkrétní proces vůbec koná), a trestní proces jako celek neodpovídá evropským standardům (např. neexistuje obecné pravidlo, že nelegálně získaný důkaz nelze v procesu použít).³⁶⁴ Izrael jistě čelí skutečným výzvám v oblasti národní bezpečnosti. Pokud bychom ale chtěli pojem evropských lidských práv rozšířit na Izrael, šlo by jen za cenu kompletní výměny obsahu se zachováním pouhé nálepky.

Ve světle značně nepodařené obhajoby „liberální demokracie“ (nebo spíše národního státu s touto značkou) z pera izraelských autorů vyvstává otázka, zda přístup Fareeda Zakarii nebyl přece jenom poněkud sofistikovanější. Na druhé čtení sice zůstává výrazný imperiální nádech šíření dobré vlády, ale projevuje se starost o pojem demokracie samotný. Zakariovy „neliberální demokracie“ by mohly zdiskreditovat samotný termín demokracie a především sebrat západním zemím jejich demokratickou značku. Konkrétně tak k záchraně západní značky uváděl, že nezávislý soudce je silnějším symbolem západního modelu, než masová referenda.³⁶⁵ To by byl jistě dobrý argument, ale při bližším pohledu naděje trochu pohasne na Zakariově výběru zemí. Ten nemá žádnou velkou logiku a řídí se spíše momentální žurnalistickou pověstí.

³⁶⁴ Původně toto pravidlo stejně jako ve starém britském trestním právo neexistovalo, ale v případě *CrimA 5121/98 Yissacharov v. Chief Military Prosecutor* izraelský Nejvyšší soud dovedl, že vzhledem k zavedení Základního zákona: Lidská důstojnost a svoboda, je na místě zavést „relativní doktrínu nepřípustnosti,“ kdy bude vyloučen takový důkaz, při jehož získání bylo podstatně porušeno právo obžalovaného na řádný proces. Soudy mají přitom podle tohoto precedentu přihlídnout ke konkrétním okolnostem každého případu, a standard je tak velmi neurčitý.

³⁶⁵ ZAKARIA, Fareed. *The Rise of Iliberal Democracy.*, op. cit., s. 27.

Mezi neliberální země tak řadí Slovensko s Ghanou, a zároveň tvrdí, že je oproti nim větší svoboda v Thajsku, Malajsii a Singapuru.³⁶⁶ V tomto duchu ostatně nepřekvapí argument studenty v Bělehradě podporující neliberálního vůdce a relativně svobodně zvolený iránský parlament omezující různé svobody.³⁶⁷ Zřejmě není náhoda, že Zakaria sestavuje „osu zla“ v roce 1997 mimo jiné ze Slovenska, Jugoslávie a Iránu. Všechny měly víceméně volenou vládu a v různé míře byly rezervované k Západu: a to je tak všechno, co měly společného, jak jejich zcela rozdílný následující vývoj přesvědčivě ukázal.

Příklad Slovenska u Jakobsona a Rubinsteina ostatně funguje podobně, jen s opačným znaménkem. Ti jej použili jako příklad existence etnických hranic v jiných státech, legitimizující Izrael. Zakaria naopak mluví o Slovensku jako černé ovci, jejíž označení za demokracii bez přívlastků by pokazilo značku demokracie, používanou západními státy. Oba způsoby použití termínu liberální demokracie jsou tak značně instrumentální.

Ostatně termín demokracie lze snadno instrumentálně požit i proti Izraeli, nejenom na jeho obhajobu. Tak postupuje Oren Yiftachel, když si nejprve stanoví relativně náročné podmínky pro to, co lze nazvat demokracií, a pak ukazuje, jak v nich Izrael selhává, a zaslouží si tedy jinou nálepku, Yiftachel používá zvláštní termín „etnokracie.“³⁶⁸ V praxi tak Yiftachel postupuje deduktivně od stanovení kritérií demokracie, na rozdíl od Jakobsona s Rubensteinem, induktivně vyvozujících teorii z reality jednotlivých států.

Yiftachel ovšem netvrdí, že by jeho definice demokracie měla absolutní platnost, chápe jí spíše jako ideál, který žádná země plně nesplňuje. V kostce jsou jeho kritéria 1/ jednotné občanství, 2/ všeobecné volební právo, 3/ ochrana základních práv, 4/ pravidelně se opakující skutečné volby.³⁶⁹ Podle Yiftachela přitom v případě, že pokud je země z hlediska těchto kritérií „*pod určitou úrovní, a strukturálně a opakovaně se odchyľuje od základních demokratických principů, jak je tomu v případě Izraele, demokracie už dále není uvěřitelnou kategorií.*“³⁷⁰

Než se Oren Yiftachel dostane k vlastní normativní argumentaci, vyřídí si účty s několika významnými liberály (Sammy Smooha a Ruth Gavison), a obviní je ze „*snižování definice demokracie*“ na úroveň proceduralistického zajištění voleb a ochrany několika základních

³⁶⁶ Tamtéž, s. 41.

³⁶⁷ Tamtéž, s. 22 a 23.

³⁶⁸ YIFTACHEL, Oren. *Ethnocracy. Land and Identity Politics in Israel/Palestine*. University of Pennsylvania Press, 2006, ISBN 9780812239270.

³⁶⁹ Tamtéž, s. 91.

³⁷⁰ Tamtéž, s. 91 – 92.

práv – a taková pojetí nazývá etnickou demokracií.³⁷¹ Yiftachel nicméně jde hlouběji a rozporuje teorie „etnické demokracie“ v jejich vlastním rámci: jelikož Palestinci nehlasují v izraelských volbách a Izraelci sídlící na okupovaných územích naopak bez problému volí, neexistuje v Izraeli všeobecné volební právo a Izrael tedy není demokracií ani v extrémně okleštěném procedurálním smyslu.³⁷² Mě osobně tento argument zcela nepřesvědčuje, ale nelze mu upřít určitou myšlenkovou ucelenost. Izraelští rezidenti na okupovaných územích volí díky svému občanství, které oni nebo jejich předci měli před nastěhováním do „osad.“³⁷³ Na druhou stranu, pokud Izrael okupovaná území nebo jejich části postupně anektuje, je rozdělování mezi „osadníky“ a Palestinci těžko obhajitelné.

Když Yiftachel vystoupí z argumentačního rámce liberálů a uvádí svoji vlastní koncepci, zamýšlí se nicméně dosti podobným způsobem. Podle jeho hlavního argumentu nemohou být Izrael a Palestina považovány za dva rozdílné státy, protože „osadníci“ drželi od roku 1997 řadu veřejných funkcí a „osadníci“ často rozhodují výsledky izraelských voleb, když disproporčně oproti zbytku veřejnosti volí náboženské a pravicové strany.³⁷⁴ Z toho vyplývá, že Izrael a Palestina by měli být považovány za jeden subjekt (Izrael/Palestina), jelikož Izrael celé území ovládá a jeho „osadníci“ na okupovaných územích tvoří běžnou součást izraelské populace, zatímco Palestinci mohou jen velmi omezeně cestovat a nemohou volit do Knesetu (ten má přitom rozhodující vliv na jejich život) – režim v takové entitě je tedy i z ryze proceduralistického hlediska nedemokratický.³⁷⁵

Když je jednou z opakovaných linií této práce kritika přívlastků k demokracii, čtenáře asi nepřekvapí moje sympatie k Yiftachalově rozporování podivných novotvarů ve stylu „etnické demokracie.“ Na druhou stranu sám k Izraeli nejsem tak kritický, a spíše než demokratickou povahu Izraele lze na tamějších poměrech ilustrovat potíže termínu „liberální“ v sousloví liberální demokracie. Není sporu, že Izrael v roce 1967 obsadil dnešní okupovaná území v sebeobraně. Nejhorší obvinění dosavadní izraelské okupace tvrdí, že Izrael postupně absorbuje Palestinská území a vytváří nedemokratický režim (viz Yiftachel výše), nebo že vytváří ghetta – nepropojené zbytky palestinských území mezi osadami – za zneužití

³⁷¹ Tamtéž, s. 90.

³⁷² Tamtéž, s. 90.

³⁷³ Česky se používá termín osady jako doslovný překlad anglického *settlements*, ve skutečnosti jde ale často o celá města.

³⁷⁴ YIFTACHEL, Oren. *Ethnocracy.*, op. cit., s. 96 – 97.

³⁷⁵ Tamtéž, s. 96 – 100.

výjimečného stavu, ponechávající pritom Palestince v izolovaných a zoufalých podmímkách, zatímco Izrael jejich území postupně anektuje.³⁷⁶

Oba tyto argumenty prezentují Izrael jako nedemokratickou zemi, ale při hlubším pohledu vlastně kritizují režim izraelské okupace a okupaci jako celek. I když odmítám pojem liberální demokracie, demokracii nelze jednoduše slučovat se cnostmi, byť ve zcela jiném smyslu, než má na mysli Zakaria. Spojené státy a Británie byly zcela jistě demokraciemi v roce 2003, když okupovaly Irák, na rozdíl od Izraele ještě navíc nikoliv v sebeobraně. Stejně tak byla demokratická Francie 50. let, vedoucí mimořádně krvavé koloniální války. Pokud bych si ostatně měl ještě jednou kopnout do Fareeda Zakarii, myslím, že si britské koloniální impérium značně idealizuje.³⁷⁷ utrpení spojené s britským kolonialismem lze sotva vyjádřit slovy.

Nejsem si ani jistý, že Izraeli pomáhají další alternativní interpretace. Shafir a Peled se snaží vysvětlit pohyb v izraelské společnosti jako posun od republikánské demokracie (myšleno politický liberalismus britského typu) k liberální demokracii amerického typu, která ovšem bez obecně přijímaného ústavního náboženství koliduje s etnonacionalismem jednotlivých izraelských komunit.³⁷⁸ V rámci tohoto narativu republikánská demokracie (*politický liberalismus*) byla úzce spojena s koloniální, hraničářskou povahou budování izraelského státu – stát samotný byl v této době hlavním aktérem (myšleno od 40. do 60. let) a práva a povinnosti občanů byly tomuto státnímu projektu a jeho hodnotám podřízeny.³⁷⁹

Část izraelské společnosti nicméně začala být od 70. let výrazně zapojena do mezinárodního obchodu, a to podle Shafira s Peledem způsobilo orientaci na tehdy módní americkou liberální demokracii (*soudní liberalismus*).³⁸⁰ Ve stejné době pritom tento posun způsobil růst etnonacionalismu v méně globalizovaných částech izraelské společnosti, což vedlo ke komplikovaným sporům na národní úrovni, pokračujícím ostatně dodnes.³⁸¹ Podobně argumentuje Ran Hirschl ve své knize *Constitutional Theocracy (Ústavní teokracie)*, že

³⁷⁶ LETIN, Rontin (ed.). *Thinking Palestine*. Zed Books, 2008, ISBN 978-1842779071, s. 122 – 129.

³⁷⁷ Srov. Zakaria, Fareed. *The Rise of Illiberal Democracy.*, op. cit., s. 29, spojující britský důraz na „liberální“ pravidla s úspěchem demokracie v některých bývalých koloniích. Bývalých britských kolonií bylo ovšem tolik, že z několika případů dělat pravidlo je značně odvážné (proti relativně demokratické Indii, Malajsii a Botswaně lze snadno postavit Zimbabwe, Barmu a velmi dlouhý výčet dalších položek).

³⁷⁸ SHAFIR, Gershon. PELED, Yoav. *Being Israeli. The Dynamics of Multiple Citizenship*. Cambridge University Press, 2002, ISBN 9780521796729, s. 16 – 23.

³⁷⁹ Tamtéž.

³⁸⁰ Tamtéž.

³⁸¹ Tamtéž.

izraelské sekulární elity si zajistily liberální zájmy pomocí posílení izraelského Nejvyššího soudu v průběhu 90. let (viz výše).³⁸²

Bohužel neexistuje snadná cesta, jak využít široký analytický materiál ke zlepšení izraelské situace, snad jen kromě vysvětlení hlubších příčin současného rozdělení izraelské společnosti. Izrael se nemůže jednoduše vrátit před rok 1977 do budovatelského socialismu s predominantní stranou, ani to při kritičtějším pohledu není příliš lákavá představa, protože etnická a sociální štěpení byla tehdy spíše jen potlačována, než že by vůbec neexistovala. Ran Hirschl koneckonců cituje dopis Hannah Arendt popisující židovskou hierarchii při Eichmanově procesu – kultivovaní Židé z Německa jako soudci, právníci sestávají z východoevropských Židů a justiční stráž je tvořena arabsky vyhlížejícími blízkovýchodními Židy.³⁸³

Ruth Gavison navrhovala v často citovaném článku z roku 1999 řešit etnickou tenzi sepsáním nové ústavy, jejíž ratifikace by vyžadovala souhlas všech skupin, včetně izraelských Arabů.³⁸⁴ Efektivita takového procesu je ovšem otázkou. Ústava je přes všechnu pompu souborem právních pravidel. Mezi pravidly a fakticitou existuje složitá mezihra, a dobře sepsaná pravidla mohou jistě zlepšit chování lidí jen díky lepšímu způsobu řešení sporů a vhodnějšímu vymezení vzájemné spolupráce. Proces sepsání ústavy by opravdu představoval příležitost k hlubší debatě s izraelskými Araby. Jako postmoderní ironik jsem ovšem stále skeptický, jak k procesu sjednání ústavy, tak z pravděpodobného výsledku.

Z procesního hlediska není jasné, jak jednotlivým skupinám zabránit ve zneužití veta k vydírání ostatních skupin. Spíše jsem ale skeptický k samotnému legislativnímu optimismu, týkajícímu se pozitivního výsledku. Legendárním příkladem je kvalitní ústava etnicky rozděleného Kypru z roku 1960, která k překonání etnického napětí vůbec nepřispěla a jen vyslala falešný signál, že moderní doba dokáže všechno vyřešit racionálně dojednanými právními instituty. Článek Ruth Gavison nicméně nelze jednoduše vulgarizovat, v roce 1999 měl mírový proces s Palestinou naději na poměrně rychlé ukončení. Konec okupace by pak značně ulehčil ústavní uspořádání samotného Izraele.

Liberální demokracii mám tendenci chápat Habermasovsky jako pleonasmus: bez základních práv včetně minimální sociální základny nejde režim označit za demokratický. Musím prostě umět číst, abych mohl volit, nemůžu také umírat hlady, pokud mám smysluplně participovat.

³⁸² HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. op. cit., s. 141. Hirschlovo pojetí hegemonizace nesdílím, jak bylo podrobně vysvětleno v předchozí kapitole.

³⁸³ HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*, op. cit., s. 151.

³⁸⁴ GAVISON, Ruth. Jewish and Democratic? A Rejoinder to the „Ethnic Democracy“ Debate. *Israel Studies*, roč. 4 (1999), č. 1, s. 44 a násl. Citováno z textu z databáze ProQuest bez paginace.

Samozřejmě také nemůžu být arbitrárně uvězněn či zastřelen. Jako postmodernista si také myslím, že tento způsob vlády, jednoduše „demokracie“ bude vystřídán nějakým jiným příběhem, a jako optimista doufám, že bud lepší rozporů. Zdá se však, v mezinárodních vztazích je z liberální demokracie často něco na způsob značky. Jednotlivé státy vynakládají pomocí svých intelektuálních elit značné úsilí, aby dosáhly přiznání této klasifikace. Součástí této soutěže jsou také samozřejmě soudy, a instrumentální lidskoprávní argumenty se nevyhýbají ani České republice (viz kapitola 1.2). V Izraeli se soudy zapojily do budování obchodní značky liberální demokracie s ještě větší vervou, protože to je jedna z cest, jak zlepšit mezinárodní prestiž země. Konkrétně se pak na izraelské soudy podíváme v další kapitole.

Abych můj možná příliš dlouhý exkurz k demokracii uzavřel, zbývá doufat, že po vyčerpání příběhu dnešní demokracie vezmou lidé její rozpory vážně a pokusí se vybudovat lepší ústavní systém, a nebudou migrovat k orbánovské „neliberální demokracii.“ Pokud přijmeme habermasovskou afinitu procedurálních a sociálních práv jako druhé strany mince procedurální demokracie, lze režim definovaný tažením proti příživníkům snadno označit za nedemokratický. Ještě děsivější je však blízkost řešení, možná neúmyslně vykovávaných mysliteli preferujícími liberalismus před demokracií. Zakariovo optimistické pojmání britského kolonialismu je pro mě varující, jím zmiňovaný důraz na instituce buď vůbec nevidím (Nigérie) či mám o jeho výsledcích značné pochybnosti (Indie). Pesimista se tak snadno může ocitnout před nezáviděníhodným výběrem předpovědí dvou nedemokratických režimů, používajících odlišné ospravedlnění. V jednom případě legitimaci ochranu „demokracie“ před svobodami (chudých a „příživníků“, zbavených práv či internovaných), v druhém případě pak ochranu „svobod“ před demokracií (zbavením či omezením volebního práva „hloupých“). Jejich praxe přitom může být úplně stejná, mezi hloupými, příživníky a chudými bude koneckonců zřejmě značný průnik. Svěbytným obráncem demokracie je v Izraeli Aharon Barak. Je s ním také spojeno nejvíce kontroverzí, pokud jde o soudní moc vůbec. V příští kapitole tak prozkoumáme, jestli může takový obránce demokracii efektivně pomoci.

3.3 Aharon Barak, osobnost plynoucí s davem³⁸⁵

Aharon Barak vynaložil velké osobní úsilí, aby se stal svěbytnou osobností izraelské právní akademie, izraelského soudnictví a srovnávacího ústavního práva. Vyvolal přitom celou řadu ohlasů mimořádně ostré kritiky. Ostrost kritiky přitom často souvisela se způsobem prezentace Barakových myšlenek. Richard Posner ho nazval „*osvíceným despotou*“³⁸⁶, Robert Bork zastáncem „*vlády soudců*“³⁸⁷. Co zarazí na Barakových srovnatelně jedovatých odpovědích kritikům, je jeho svezepé upřednostňování své soudní funkce. Neváhal přitom použít značně explicitní slova: „*Považuji se za soudce citlivého vůči své roli v demokracii. ... Jako soudce nemám žádnou politickou agendu, ani mě politika nezajímá ... Svoji funkci vnímám jako službu. Souzení není zaměstnání. Je to způsob života. Kdykoliv vstupuji do soudní síně, činím tak s hlubokým pocitem, že když soudím, jsem souzený.*“³⁸⁸ Možná ještě přímočařejší je jeho tvrzení: „*Nejsem filozof. Nejsem politolog. Jsem soudce – soudce poslední instance v právním systému mé země.*“³⁸⁹

Barak samozřejmě soudcem v klasickém smyslu nikdy nebyl, ani jeho akademická kariéra zprvu nenasvědčovala, že by měl o takovou funkci zájem. Nebyl ostatně nikdy ani praktikujícím advokátem (byť v roce 1963 získal licenci³⁹⁰), což představuje ještě zvláštnější skutečnost, protože v Izraeli platí ohledně jmenování soudců Brity zavedené zvyklosti. Britského původu je ostatně také správní a trestní právo, kontinentální vlivy zůstaly po Osmanské říši v oblasti civilního práva, jenž má nicméně pro tuto práci okrajový význam.

Barak se narodil v roce 1936 v Litvě a se štěstím se jeho rodině podařilo dostat po válce do Říma, kde byli dva roky internováni.³⁹¹ V roce 1947 se jim konečně podařilo odcestovat do dnešního Izraele, kde Barak vystudoval Hebrejskou universitu v Jeruzalémě a v roce 1963 zde získal doktorát z práva (PhD., vysoké školy a systém titulů také odpovídají v Izraeli britskému vzoru).³⁹² Po doktorátu se stal na stejné škole asistentem, v roce 1968 docentem a v roce 1972

³⁸⁵ Části této kapitoly vyjdou ve značně odlišné podobě jako recenze knihy *The Purse and the Sword* v letošním čísle 3 časopisu *International Journal of Constitutional Law*.

³⁸⁶ Název recenze Barakovy knihy *Soudce v demokracii* od Richarda Posnera, POSNER, Richard A. *Enlightened Despot* [online]. *New Republic* (2007) [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot>

³⁸⁷ BORK, Robert H. *Barak's Rule*. *Azure*, roč. 2007, č. 27, (zima 2007), s 131.

³⁸⁸ BARAK, Aharon. *Human Rights In Israel*. *Israel Law Review*, roč. 39 (2006), s 34.

³⁸⁹ BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press, 2006, s IX. – příznačně jde o první slova knihy.

³⁹⁰ HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM. *Prof. Aharon Barak* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://en.law.huji.ac.il/people/aharon-barak>

³⁹¹ JEWISH VIRTUAL LIBRARY. *Aharon Barak* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/aharon-barak>

³⁹² Tamtéž.

profesorem.³⁹³ Mezi roky 1974 a 1975 byl ve věku 38 let děkanem.³⁹⁴ Do roku 1975 je tedy jeho kariéra jasná: brilantní vědec, postupující extrémně rychle akademickým žebříčkem, navíc nadaný organizačními schopnostmi. V roce 1975 jej však osud odváne jiným směrem, a přestože se bude snažit k akademické činnosti periodicky vracet, souzení a soudní politika mu zabere většinu času. Na jednu tak jeho sebepojetí jako soudce dává určitý smysl, na druhou stranu některé jeho argumenty mohou být pro akademika na plný úvazek příliš přímočaré.

Když Barak v roce 1975 opustí univerzitu, jsou už ve vzduchu převratné politické změny. Izrael jen s obtížemi vyhrál jomkipurskou válku v roce 1973, a sebevědomí získané monumentálním vítězstvím v roce 1967 bylo pryč. Daniel Friedmann nastalou situaci spojuje se ztrátou důvěry v tehdy ještě predominantní socialistickou stranu MAPAI.³⁹⁵ Ta ve snaze o vylepšení svého mediální obrazu začala měnit dosavadní striktní personální politiku dosazování straníků, kam jen mohla, a na některá místa počala navrhopvat opoziční kandidáty či nestraníky.³⁹⁶ Do kategorie nestraníků spadal právě Aharon Barak s obrazem geniálního akademika, který se stal v roce 1975 Generálním prokurátorem (*Attorney General*). V Izraeli nejde o pozici ministra spravedlnosti, ale o jemu formálně podřízeného právního poradce vlády, zároveň řídicího prokuraturu. Jde tedy o podobnou pozici jako v Anglii a Skotsku, ale v Izraeli získala postupně vyšší mocenské postavení, než na ostrovech, už před rokem 1975, kdy jí získal Barak. Daniel Freidmann spojuje toto posílení s charismatem Barakova předchůdce Meir Shamgara – ten také začal vydávat původně nezávazná nařízení pro státní právu, která však postupně „získala legislativní sílu.“³⁹⁷

V této kapitole se pokusím vysvětlit Barakovy pozice mimo jiné očima jeho kritika, Daniela Friedmanna. Friedmann je podobně jako Barak původně akademik, narozený také v roce 1936, na rozdíl od něj ale strávil většinu svého profesního života na Tel Avivské Universitě. Politicky vzato jsou oba liberálové, z hlediska přístupů k soudům je však Friedmann politickým liberálem, zatímco Barak se stal ikonou soudního liberalismu. Čtenáře tak patrně po přečtení části o Spojených státech nepřekvapí, že je budu místy ironizovat. Friedmann je nicméně ve své kritice soudního liberalismu a Baraka osobně oproti Waldronovi do jisté míry jednodušší, protože se zaměřuje na Barakovy konkrétní činy, a tedy na mikro úroveň. K mikroúrovni jsem spíše skeptický (v podrobnostech viz první metodologická část),

³⁹³ Barak, Aharon [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na:

<http://encyclopedia.jrank.org/articles/pages/5561/Barak-Aharon-1936.html>

³⁹⁴ HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM. *Prof. Aharon Barak*, op. cit.

³⁹⁵ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, Oxford University Press, 2016, ISBN 9780190278502, s. 33.

³⁹⁶ Tamtéž, s. 33.

³⁹⁷ Tamtéž, s. 31

v tomto případě je jí však třeba přiznat určitou ironickou kvalitu. Barakovi totiž neustále podsouvá osobní ziskuchtivost, sebestřednost, touhu po slávě a manažerskou nekompetentnost (v podrobnostech viz dále). Přestože Baraka nenazývá politikem, spojuje ho s nejhoršími stereotypy, běžně mířenými na politiky.

Daniel Friedmann vysvětluje skutečnost Barakovou manipulativní povahou už důvody, proč zůstal Barak ve funkci po historicky první volební porážce socialistické MAPAI v roce 1977, a dokonce byl v roce 1978 jmenován soudcem Nejvyššího soudu, ve věku 42 let. Konkrétně Friedmann Barakův úspěch spojuje s jeho působením během aféry premiéra Rabina před volbami v roce 1977 – Rabin zapomněl uzavřít nebo záměrně nechal otevřený účet ve Spojených státech z doby působení na tamní ambasádě začátkem 70. let, a tím porušil izraelské devizové předpisy, byť samozřejmě nezpůsobil žádnou škodu.³⁹⁸ Rabin věc konzultoval s Barakem, ale nejspíš si neuvědomil, že mluví s prokurátorem, a ne se svým obhájcem, a nenapadlo ho, že by Barak mohl přehánět, pokud jde o závažnost provinění.³⁹⁹ Rabin nakonec ve volbách v roce 1977 nekandidoval.⁴⁰⁰ Není úplně jisté, proč Friedmann přisuzuje výměně lídra tak velký význam, zřejmě má pro Rabina značnou slabost. Podle Friedmanna byl nicméně nový pravicový premiér Menachem Begin „velký obdivovatel“ Baraka, a dokonce se domnívá, že mu byl Begin vděčný za svržení populárního Rabina.⁴⁰¹

Barakovi poskytlo jmenování soudcem Nejvyššího soudu ve velmi nízkém věku na první pohled nezřetelnou výhodu. Předsedou Nejvyššího soudu je podle zvyku nejdéle sloužící soudce, takže abnormálně nízký věk pro jmenování soudcem vyústil v nezvykle dlouhé období, kdy byl Barak předsedou (1995 – 2006). Koneckonců, Barak byl stále nejmladším ze soudců, když se stal předsedou v roce 1995, přestože byl soudcem Nejvyššího soudu už 17 let.⁴⁰²

Daniel Friedmann vykročil z akademického řemesla, když se stal v roce 2007 ministrem spravedlnosti ve vládě Ehuda Olmera a udržel se ve funkci do voleb v roce 2009. To byl samo o sobě úspěch, vzhledem k nestabilitě tehdejších izraelských vlád. Friedmann byl jako ministr spravedlnosti často v konfliktu se soudci Nejvyššího soudu, většinou vybranými Barakem.

³⁹⁸ Tamtéž, s. 36 - 41

³⁹⁹ Tamtéž, s. 38 – 39.

⁴⁰⁰ Tamtéž, s. 39

⁴⁰¹ Tamtéž, s. 41.

⁴⁰² Tamtéž, s. 197. Členů Výboru pro jmenování soudců je devět, ministr spravedlnosti (předseda), další ministr, dva poslanci, dva advokáti vybraní advokátní komorou, předseda Nejvyššího soudu a dva další soudci NS (viz tamtéž, s. 17). Do roku 2008 bylo třeba ke jmenování prostá většina, po roce 2008 je nutné sedm hlasů z devíti (tamtéž, s. 322). To nicméně nezabránilo Likudu ovládnout nominační proces, když po řadě volebních patů sestavil jasně většinovou koalici po volbách v roce 2009 (tamtéž s. 324).

Přestože soudci netvoří většinu ve výboru vybírajícím soudce, slovo předsedy NS bylo obvykle rozhodující a Barak uspěl s většinou nominací, včetně jeho dědičky (nástupkyně?) Dorit Beinisch.⁴⁰³ Díky nízkému věku při jmenování se stala po Barakově odchodu v roce 2006 ze soudu jeho předsedkyní. Izraelský Nejvyšší soud má 15 soudců, stejně jako ostatní soudcům jim končí mandát dovršením 70 let.⁴⁰⁴ Dorit Beinisch pak vedla s Friedmannem „mediální bitvu“ o nominace na nižší soudy.⁴⁰⁵ Do tohoto podniku se přidal také sám Barak, když označil Friedmannovi návrhy za „začátek konce právního systému“ a cestu do třetího světa.⁴⁰⁶

Mediální bouře se ovšem nesnesla z modrého nebe. Friedmannovy centristické, ale zároveň pro-parlamentní názory byly mezi odbornou veřejností jako názory význačného profesora obecně známy. Stejně tak jeho záliba v klasickém izraelském soudnictví britského stříhu před Barakem. Stejně tak byla známa jeho kritika „právní revoluce“ (viz kapitola 3.1), nebo alespoň způsobu, jakým byla dosažena – bez vydání jednoznačného zákona. Friedmann tvrdí, že i Barak v hebrejsky napsaném článku napsal, že ústavní revoluce nastala „téměř utajeně.“⁴⁰⁷ V tomto ohledu je Friedmann blízko další liberální kritičce Baraka, Ruth Gavison, podle které Izrael potřebuje vydat řádnou ústavu, potvrzující jeho židovský charakter, ale na druhou stranu zaručující práva menšin (v podrobnostech viz kap. 3.2).⁴⁰⁸ Daniel Friedmann se shoduje s Ruth Gavison ve více názorech. Výslovně s ní souhlasí, pokud jde o právo židovských komunit zabránit nežidovským jednotlivcům se do nich přistěhovat – tato praxe byla zakázána Nejvyšším soudem, překonána novým zákonem a Nejvyšší soud v roce 2014 uznal nový zákon za ústavní většinou pěti ku čtyřem.⁴⁰⁹ Nový zákon propíraný v médiích tak záležitost spíše symbolicky opevňuje, než by něco měnil.⁴¹⁰

⁴⁰³ Tamtéž, s. 199.

⁴⁰⁴ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel. A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014, ISBN 9781849467544, s. 194 – 195. Nejvyšší soud rozhoduje v tříčlenných panelech, pokud předseda panel nerozšíří, viz tamtéž. Už bylo řečeno výše.

⁴⁰⁵ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 329 – 335.

⁴⁰⁶ Tamtéž, s. 333.

⁴⁰⁷ Tamtéž, s. 189 – 190.

⁴⁰⁸ GAVISON, Ruth. Jewish and Democratic? A Rejoinder to the „Ethnic Democracy“ Debate. *Israel Studies*, roč. 4 (1999), č. 1, s. 44 a násl.

⁴⁰⁹ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 139

⁴¹⁰ Srov. NEW YORK TIMES. *Israeli Law Declares the Country the 'Nation-State of the Jewish People* [online]. [cit. 28. července 2018]. Dostupné na:

<https://www.nytimes.com/2018/07/19/world/middleeast/israel-law-jews-arabic.html> Anglický překlad nového základního zákona viz THE TIMES OF ISRAEL. *Final text of Jewish nation-state law, approved by the Knesset early on July 19* [online]. [cit. 28. července 2018]. Dostupné na: <https://www.timesofisrael.com/final-text-of-jewish-nation-state-bill-set-to-become-law/>

Důsledkem Friedmannových veřejně známých názorů bylo, že když měl Knesset schválit Friedmanna jako ministra spravedlnosti, bývalý místopředseda Nejvyššího soudu Cheshin v rozhlasovém interview hrozil: „*pokud někdo vztáhne ruku na Nejvyšší soud, tak mu ji useknu.*“⁴¹¹ Sílu Cheshinových slov je ovšem nutno brát v izraelském kulturním kontextu, libujícím si v přehánění. Alon Harel, terminologií této práce vyhraněný soudní liberál, jednou použil v akademické publikaci proti odpůrcům ústavního přezkumu jediný argument: jsou to „*rozmažené děti*“, kterým je brána hračka suverenity parlamentu.⁴¹² Friedmann používá ve své vyhraněné kritice více vyvážený jazyk, ale nevyhýbá se silným obviněním. Kromě už výše zmíněných bodů obviňuje proponenty právní revoluce z použití vyfabulovaných trestních procesů proti jejich odpůrcům, zejména proti tehdejšímu předsedovi advokátní komory Hoter-Yisahiovi.⁴¹³ Friedmann také upozorňuje na neuvěřitelně vysokou úspěšnost prokuratury v trestních věcech, vrcholící v roce 2005, kdy 99,5 % obžalob skončilo odsouzením – tuto míru považuje za úchytku způsobenou „*revolučním soudem,*“ a uvádí mnohem nižší čísla z doby starého soudnictví britského stylu (77,8 % v roce 1961).⁴¹⁴

Co nemusel Friedmann úplně docenit, je závažnost takových tvrzení. Pokud by odpovídaly skutečnosti, Izrael by mohl jen obtížně udržet obraz relativně demokratické společnosti s určitým základním respektem k lidským právům, byť zároveň čelící závažným bezpečnostním rizikům, odrážejícím se v některých podstatných omezeních lidských práv. Na druhou stranu je jednoduché porozumět původu tohoto argumentu. Je cílen proti Barakovi a jeho zvláštním představám o demokracii. Friedmann ve skutečnosti cílí na Barakův liberální kredit a tvrdí, že Nejvyšší soud pod vedením Baraka a Beinisch nebral zřetel na velmi základní lidské právo, která má soud chránit podle prakticky každé teorie: *právo na spravedlivý proces*. Jak už bylo řečeno, Barak i Friedmann jsou liberálové, silně nesouhlasící ohledně otázky, jak mají být chráněna lidská práva. Jsou tak k sobě na jednu stranu blízko, na druhou stranou od sebe nemohou být dál, jak jsme viděli v částech 1 a 2 na příkladu jejich amerických protějšků. Friedmannova kritika přímo vyvolává ozvěnu sarkastické poznámky Jeremy Waldrona vůči Ronaldu Dworkinovi, když ho obvinil, že jeho teorie má základ v liberální pýše na většinově liberální americký Nejvyšší soud v roce 1971.⁴¹⁵

⁴¹¹ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s., 329

⁴¹² HAREL, Alon. *The Right to Judicial Review: The Israeli Case*, in SAPIR, Gideon. BARAK-EREZ, Daphne. BARAK, Aharon. (eds.), *Israeli Constitutional Law in the Making*. Oxford: Hart Publishing, 2014, ISBN 9781782251842, s 26.

⁴¹³ FRIEDMANM, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 222 -230.

⁴¹⁴ Tamtéž, s. 232 – 233.

⁴¹⁵ WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press, 1999, ISBN 0-521-65883-7, s 63.

Na druhý pohled je však situace komplikovanější, protože když se podíváme na Freidmannovy argumenty blíže, nejde jen o spor, jak chránit liberální práva. Přestože se snaží prezentovat jako obhájce liberalismu, některé jeho argumenty se zdají být se základy liberalismu v příkrém rozporu, nebo alespoň zásadně zpochybňují myšlenku, že by liberalismus mohl poskytnout udržitelnou strukturu pro vládnutí v hluboce rozdělených společnostech. Těžko říct, co zbývá z liberalismu, když Friedmann podporuje etnicky či nábožensky separované komunity společně s Ruth Gavison (další liberálkou), když je navíc ještě skeptický k rozšiřování svobody slova,⁴¹⁶ a vůči širší politické soutěži obsahující radikálnější arabské strany.⁴¹⁷

Friedmann se ovšem v tomto ohledu od Baraka nijak zvlášť neliší a je proti němu ještě beránek. Těžko brát vážně Barakovo tvrzení, že demolice budovy kdysi obývané teroristou může být za určitých okolností „*proporcionální*.“⁴¹⁸ Barak na druhou stranu neměl moc dobrých možností. Kdyby armádě likvidaci obydlí na okupovaných územích zakázal, byl by patrně ignorován, v nejhorším případě by mohl být veřejným míněním donucen rezignovat. Další možnost byla vyloučit věc z rozhodování soudů a ponechat jí vojenskému prerogativu. To by sice ochránilo zbývající právo před kontaminací takto nevěrohodného způsobu uvažování, ale z hlediska mezinárodního postavení by své zemi rozhodně nepomohl.

Abych se vyhnul pochybnostem, Izrael skutečně čelí obtížným otázkám národní bezpečnosti a komplikovaným mezinárodním vztahům. Jasná cesta k míru s Palestinci není na obzoru a některé možnosti jsou vyloučeny paradoxně díky izraelskému relativně demokratickému režimu, poskytujícímu osadníkům z okupovaných území a marginálním náboženským skupinám relativně silné páky. Friedmann si je této obtíže vědom a na jednom místě dokonce tvrdí, že základní funkcí izraelského Nejvyššího soudu je obrana většiny proti menšině.⁴¹⁹ Bohužel tuto myšlenku dále nerozvádí a odbíhá zpět k popisu osobních útoků, protože velmi podobnou myšlenku používá Barry Friedmann: jak jsme viděli v druhé části, podle něj je základní funkcí Nejvyššího soudu Spojených států prosazovat federální právo proti jednotlivým státům.

Přes tuto odbočku je úsilí Baraka a Friedmanna vynaložené na obranu Izraele jako demokratického a liberálního státu udivující. Představuje tak pěkně ironický příklad situace,

⁴¹⁶ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 136.

⁴¹⁷ Tamtéž, s. 71.

⁴¹⁸ BARAK, Aharon. The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism, *University of Miami Law Review*, roč. 52 (2003-2004), s. 135. Barak odkazuje na věc H.C. 5510/92, *Turkeman v. Minister of Defense*.

⁴¹⁹ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 129.

kdy je slovo liberální naháněno jako nálepka bez obsahu, jen k získání odznaku, označujícího určitou ctnost. Na druhou stranu, zkoumání Izraele z hlediska (srovnávacího) ústavního práva je výzva pro každou teorii. To ostatně není žádným tajemstvím a je to jeden z důvodů, proč jsem si ho vybral. Extrémně zajímavá je už skutečnost, že Izrael pokračuje bez přerušení od jeho založení v demokratické praxi, protože izraelské základní hodnoty a politické koncepty byly zcela cizí západní tradici, alespoň po dobu dominance socialistické MAPAI do roku 1977.⁴²⁰ Jak říká otevřeně Gad Barzilai, Izrael je „*nezápadní stát*“, složený až na výjimky z imigrantů ze zemí bez demokratické tradice.⁴²¹ Izrael je po celou dobu svojí existence oficiálně ve výjimečném stavu a izraelská veřejnost má větší důvěru k ozbrojeným silám, než k jakékoliv politické instituci.⁴²²

Friedmannovo pojetí Baraka jako příčiny všeho zla se začne poněkud hroutit, když Friedmann začne popisovat vývoj stranického systému. Růst síly soudů otevřeně spojuje s rozpadem stranického systému, především během „špinavých triků roku 1990“, kdy oba hlavní bloky řešily nerozhodný volební výsledek nabízením atraktivních postů poslancům z druhé strany, výměnou za změnu příslušnosti.⁴²³ Nejenom že se důvěra v politiku potopila, jak nejhluběji mohla, ale politický systém byl jen stěží schopen fungovat – a tak se, podle Friedmanna – Nejvyšší soud „*posunul do mocenského vakua*“, aniž by mu hrozil protiútok paralyzovaného Knesetu.⁴²⁴ Toto vysvětlení je blízko škole racionální volby a značně se liší od příběhů nového konstitucionalismu, podle kterého je buď posílení soudů důsledkem kolapsu tradičních brzd a protiváh (Stephen Gardbaum),⁴²⁵ nebo jsou soudy instrumentálním prostředkem elity, snažící se udržet svoje privilegia (Ran Hirschl, viz jeho rozbor v kapitole 3.1). Friedmann s nimi nicméně sdílí faktický popis mocenského posílení Nejvyššího soudu, následovaného částečným ústupem po odchodu Baraka a jeho dědičky.⁴²⁶

⁴²⁰ BARZILAI, Gad. Between the rule of law and the laws of the ruler: the Supreme Court in Israeli legal culture, *International Social Science Journal*, roč. 1997, č. 152, s 194.

⁴²¹ Tamtéž. Barzilai má na mysli východní Evropu, severní Afriku a Střední východ. Ze západní Evropy se do Izraele přestěhovalo Židů relativně málo, ze Severní Ameriky ještě méně.

⁴²² Tamtéž. Nejsem si jistý, jestli tento bod Izrael odlišuje sám o sobě, Barzilai má však patrně na mysli, že rozdíl v prestiži bude mnohem větší, než v západních státech. Zatímco v České republice mohou mít ozbrojené síly slušnou důvěru v průzkumech veřejného mínění, v individuální rovině nejde na rozdíl od Izraele o velmi prestižní povolání.

⁴²³ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 59.

⁴²⁴ Tamtéž, s. 59.

⁴²⁵ GARDBAUM, Stephen. Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale)? *The American Journal of Comparative Law*, roč. 62, s. 613 a násl.

⁴²⁶ V podrobnostech viz FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., část III.

Díky afinitě s kritiky soudů vypadá Friedmannova pozice proti Barakovi na první pohled jednoduše také v další rozměru: kritizuje jeho vpád do politiky. Jak jsme přitom viděli v předchozích částech, rigorózní rozdělení práva a politiky je spíše věcí metody. Pokud je dahlovskou politikou rozhodování neurčitých otázek, je naopak žádoucí, aby byl předseda Nejvyššího soudu politikem par excellence. Každý nejvyšší soud potřebuje předsedu schopného určovat směr instituce neurčitými limity právního systému dané země, aby se vyhnul kolizím s ostatními složkami státní moci, a zároveň udržel a – pokud je to pro soud žádoucí – rozšířil jeho pravomoc.

Na druhé čtení je Friedmann podstatně sofistikovanejší. Jak už je uvedeno výše, obviňuje Baraka ze selhání, pokud jde o ochranu práv obviněných v trestním procesu. Jako jeden z důvodů tohoto selhání kniha uvádí, že za Baraka bylo 30 % soudců bývalými prokurátory (posun z prokurátora na soudce byl přitom ve starém systému britského stylu výjimečný).⁴²⁷ Friedmann také obviňuje Baraka z prudkého propadu důvěry v soudy během jeho působení,⁴²⁸ vyčítá mu, že některá Barakova rozhodnutí vypadaly spíše jako akademická pojednání, než soudní rozsudky,⁴²⁹ a konečně ho podezírá, že mu šlo spíše o respekt v zahraničí, než o důvěru Izraelců.⁴³⁰ Jinými slovy, podle Friedmanna Barak nezvládal soudní nominace, poškodil důvěru veřejnosti v soudy, špatně soudil, a konečně samo souzení ve skutečnosti zanedbával, aby mohl více pobývat v cizině. Byť Friedmann slovo politik ve spojení s Barakem nepoužívá a drží velmi úzký význam tohoto slova, dahlovskou optikou Friedmannův popis odpovídá neúspěšnému politikovi.

Je ale otázkou, jestli je Friedmannův akcent na osobní vliv Aharona Baraka zcela na místě. Friedmann vypočítává celou řadu výše uvedených chyb Baraka a jeho souputníků, na druhou stranu otevřeně přiznává, že hlavní příčinou růstu soudní moci byla fragmentace stranického systému. To však dělá z Baraka pouhý nástroj v běhu dějin. Jiný předseda či předsedkyně soudu si jistě mohli počínat méně kontroverzně a nemuseli být tak ovlivnění snahou získat akademickou reflexi jejich rozhodovací činnosti. Základní souslednost událostí by ale byla stejná, posílení soudní moci koneckonců není černobílé: měl Nejvyšší soud nechat fragmentovanou a paralyzovanou politickou scénu, ať se uzdraví sama?⁴³¹ Pro posílení

⁴²⁷ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 231

⁴²⁸ Tamtéž, s. 150

⁴²⁹ Tamtéž, s. 184

⁴³⁰ Tamtéž, s. 196

⁴³¹ To je na druhou stranu hájitelná možnost, pokud bychom převzali pojetí Paula Blokkera, může „soudní záchrana“ vést k devalvací občanské společnosti a demokracie vůbec. Může tak být lepší provést léčbu krizí. Srov. BLOKKER, Paul. *New democracies in crisis?*, op. cit.

soudní moci navíc v Izraeli existovaly určité předpoklady, poněkud upozaděné Friedmannem a jeho striktním dělením historie izraelského soudnictví na britský/revoluční soud.

Jak zdůrazňuje Aeyal Gross, existuje velmi dlouhá linie precedentů používající silný lidskoprávní jazyk již od založení Státu Izrael, nejvýrazněji jde o rozhodnutí Kol-Ha'am z roku 1953,⁴³² kdy Nejvyšší soud zrušil správní zákaz vydávat komunistické noviny.⁴³³ Stejně rozhodnutí je přitom krátce zmíněno Friedmannem, považujícím ho za jedno z jeho oblíbených rozhodnutí „klasické“ éry, protože soud požadoval po žalobcích aktivní legitimaci (v common law terminologii *standing*, primárně právní zájem na věci) – Barakův soud tento požadavek opustil, což Friedmann expresivně kritizuje.⁴³⁴ Oproti Friedmannovi by se však snadno dalo namítat, že právě lidskoprávní jazyk Barakovi jeho „revoluci“ umožnil, či alespoň zjednodušil, včetně opuštění *standingu*.

Dosavadní text může působit dojmem, že upírám samotnému Aharonu Barakovi právo na obranu. S jeho způsobem obrany je nicméně potíž, a zdá se, že by v jeho zájmu bylo spíše býti práva na obhajobu zbaven (viz výše citovaná úvaha o „proporčních“ demolicích), pokud jejím výsledkem nemá být jeho klasifikace jako fikového listu izraelské vlády. V otázce *standingu* není jeho obhajoba o moc lepší. *Standing* ve veřejném právu označuje za „marginální“, podle něj by při jeho uplatňování nemohl Nejvyšší soud soudit důležité případy, jako bylo přezkoumávání milosti prezidenta.⁴³⁵ Stejně tak by nebylo možné soudit jednání premiéra, který neodvolá ministra, přestože byl tento ministr obviněn z trestného činu.⁴³⁶ Také by bylo nepřezkoumatelné rozhodnutí ministra spravedlnosti nevydat osobu k trestnímu stíhání do zahraničí.⁴³⁷

V těchto věcech samozřejmě komparativně soudní přezkum většinou neexistuje, a jsou k tomu dobré důvody, nejenom na straně dělby moci. Soud trávící čas podobnými kauzami při svých limitovaných prostředcích prostě zanedbává svoji roli rozhodovat skutečné spory, a úplnou eliminací prerogativu devalvuje právo na technologii moci. Na to má Barak odpověď, podle něj se soudce odmítající soudit takové případy zaměřuje na rozhodování sporů (zjevně

⁴³² HCJ 73/53 *Kol Ha'am Co., Ltd. v. Minister of the Interior*

⁴³³ GROSS, Aeyal M. *Global Values and Local Realities: The Case of Israeli Constitutional Law*, in DAVIS, Dennis, RICHTER, Alan, SAUNDERS, Cheryl (eds.) *An Inquiry into the Existence of Global Values Through the Lens of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing, 2015 ISBN 9781849469180, s. 269 – 270.

⁴³⁴ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 21

⁴³⁵ BARAK, Aharon, *The Judge in a Democracy*, op. cit., s. 190, viz případ HCJ 428/86 *Barzilai v. Government of Israel*.

⁴³⁶ Tamtéž, s. 191, viz případy HCJ 4267/93 *Citizens for proper administration v. Prime minister*, HCJ 3094/93 *Movement for quality government v. Government of Israel*.

⁴³⁷ Tamtéž, s. 191, viz případ HCJ 852/86 *Aloni v. Minister of Justice*.

myšleno pejorativně), místo aby chránil substantivně chráněnou demokracii.⁴³⁸ Otázkou dělby moc pak řeší odkazem na právo na dobrou správu: pokud má občan právo na fungující exekutivu, může žalovat nefungující exekutivu.⁴³⁹ V tomto případě není zcela jasné, proč prostě neprohlásí dělbu moci za překonanou, protože jeho argument je kruhový: dělba moci není porušena, protože soud může přezkoumávat cokoli, co souvisí s exekutivou, tedy soud splývá s exekutivou, protože každé významnější rozhodnutí exekutivy bude soudem rozsouzeno.

Tedy zřejmě vypadá souboj mezi Friedmannem a Barakem pro čtenáře jednoznačně: Baraka jsem potupil a Friedmanna označím za vítěze. To se nestane. Když se totiž podíváme na společnost jako celek, spor mezi předsedou Nejvyššího soudu a ministrem spravedlnosti můžeme jednoduše vyložit jako spor uvnitř politické elity. V tomto případě k tomu není třeba ani zvláštní představitosti: oba aktéři sdílejí vzdělání a způsob komunikace. Jak ostatně Yuval Elbasan poznamenával v recenzi Friedmannovy knihy v deníku Haaretz, historik Danny Gutwein považuje posílení soudní moci a její následné potlačení po Barakově odchodu za součást jedné historické tendence: v prvním kroku soudy demontují sociální stát, následně politická třída „upevňuje“ vládu kapitálu.⁴⁴⁰

Myslím, že autor dosti přehání, byť některá rozhodnutí Barakova soudu mohou být vnímána ostře protielfaristicky. Nejvyšší soud odmítl žalobu ženy postupně ztrácející sluch, léčba přitom dostupná byla a izraelský zdravotnický systém jí jen odmítl uhradit. Žaloba tak spojovala takovou situaci s Barakovou oblíbenou lidskou důstojností, ale nepochodila (řešit spory mezi ministry je zřejmě důstojnější).⁴⁴¹ Na druhou stranu Nejvyšší soud ve své aktivistické éře vynesl řadu rozhodnutí, někdy těžko zařaditelných na pravo-levé ose. Například rozhodl, že stejnopohlavní manželství uzavřené izraelskými občany v cizině musí být uznáno v Izraeli.⁴⁴²

Zdá se tedy, že soud ve svém mocensky silném („aktivistickém“) období vyznával složitější hodnotovou orientaci. Aeyal Gross používá slovník Benjamina Barbera a označuje revoluční soud za součást západní, spotřebitelsky orientované části izraelské společnosti („McWorld“),

⁴³⁸ Tamtéž, s. 192, viz případ

⁴³⁹ Tamtéž, s. 196

⁴⁴⁰ ELBASHAN, Yuval. *A bitter indictment of the judicial system in Israel*. [online]. [cit. 28. července 2018]. Dostupné na: <http://www.haaretz.com/israel-news/.premium-1.555693>

⁴⁴¹ HCJ 2974/06 *Israeli v Committee for the Expansion of the Health Basket* (rozhodnutí z 11. července 2006). Rozebíráno podrobně v GROSS, Aeyal M. *Global Values and Local Realities*, s. 282.

⁴⁴² HCJ 3045/05 *Ben Ari v The Director of Population Administration in the Ministry of Interior* (rozhodnutí z 21. listopadu 2006).

spíše než její temnější část plnou etnonacionalismu a osad na okupovaných územích („Jihad“).⁴⁴³ V terminologii Orena Yiftachela jsou jak Friedmann, tak Barak součástí části společnosti, kterou nezajímá kolonizace a expanze na Blízkém východě – místo toho chtějí být součástí globálního obchodujícího světa, a postupně mají čím dále méně společného s druhou, expanzivní částí.⁴⁴⁴

Obrázek 3: Rozpad společenských priorit v Izraeli po roce 1980 podle Yiftachela.⁴⁴⁵

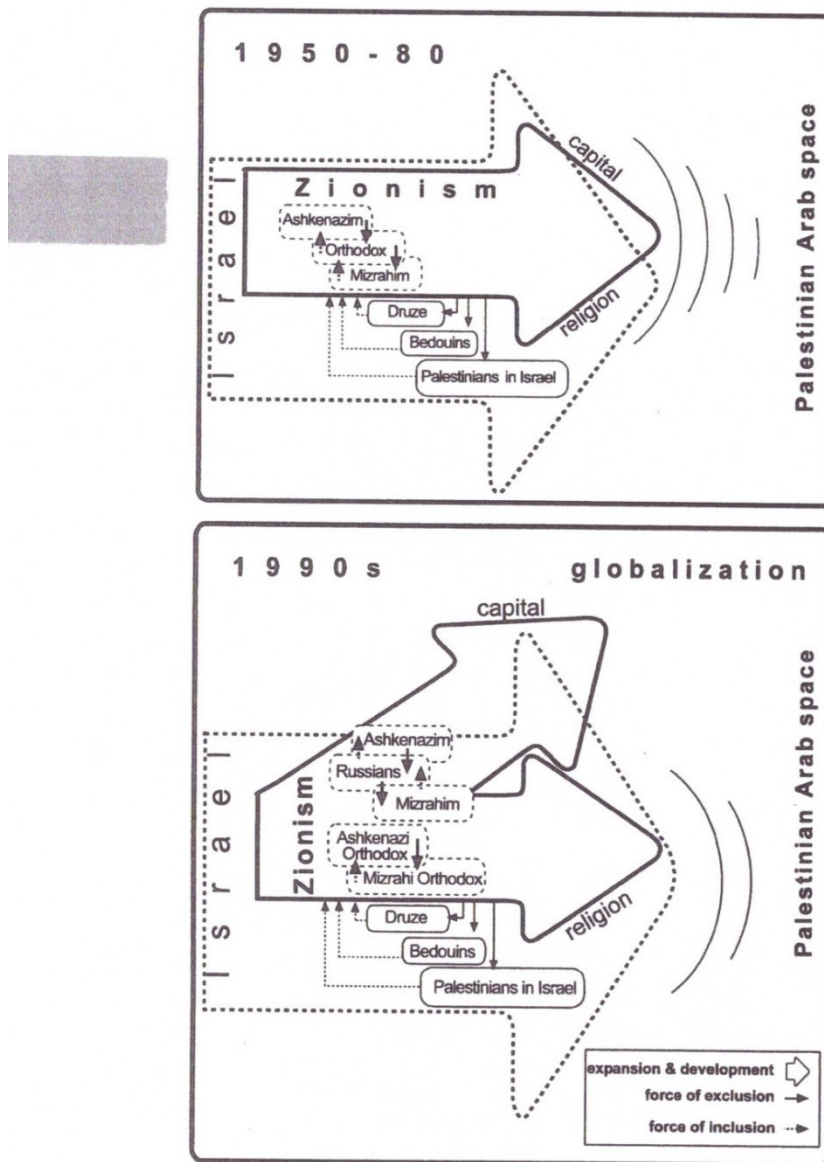


Figure 5.2. Israel's Ethnocratic Dynamics: Ethnonational Expansion and Ethnoclass Stratification

⁴⁴³ GROSS, Aeyal M. *Global Values and Local Realities*, op. cit., s. 300.

⁴⁴⁴ YIFTACHEL, Oren. *Ethnocracy. Land and Identity Politics in Israel/Palestine*. University of Pennsylvania Press, 2006, ISBN 9780812239270, s. 117.

⁴⁴⁵ Pramen: YIFTACHEL, Oren. *Ethnocracy.*, op. cit., s. 116.

Friedmann tak ve svých návrzích na překonání Barakova dědictví zůstává pevně zakotven v jeho civilizačním okruhu. Vymezil by v současnosti nejasnou, na precedentech založenou, pravomoc soudů zákonem⁴⁴⁶ a za soudce by místo prokurátorů a státních právníků jmenoval více lidí ze soukromých praxí.⁴⁴⁷ Tato opatření by jistě mohla současné problematice izraelské soudnictví značně zlepšit. Nemůže jej ale odpojit od neradostné reality hluboce rozdělené společnosti, kde na soudnictví nevyhnutelně padá část represivních aktivit státu. Jak dosti temně konstatuje Gad Barzilai, jako v jiných státech izraelské elity vytvořili právní systém nejen za účelem vytvoření demokratického politického zřízení, „*ale také jako nástroj ovládnutí společnosti jako celku.*“⁴⁴⁸ Je však třeba mít na paměti úvodní poznámku: žijeme sice ve společnosti ovládnutí, ale způsob ovládnutí hraje značnou roli – lachtana lze ke skokům motivovat rybami nebo elektrošoky, a podobně lze lidi motivovat vězením či vyšší výplatou. Jako optimista v tom vidím značný rozdíl.

3.4 Závěr

V Tel Avivu jsem byl rád. Kdyby měl metro a o šábesu otevřenou knihovnu, asi by mi tam nic nechybělo. Tel Aviv ale není Izrael. Tvoří sice významnou část země, ale jeho světská nátura dokáže rozlítit jak ultraortodoxní Židy, tak konzervativnější muslimy. Možná by se tak mohly tyto skupiny spojit a postupně odřezat jedinou velkoměstskou aglomeraci od pevniny, následně ji prohlásit za zvláštní stát. Jistě, žertuji. Izrael ovšem nedokázal spojit nejprve Knesset pod nadvládou MAPAI (později transformované ve Stranu práce), ani Nejvyšší soud, vyplňující mocenské vakuum v době rozpadu stranického systému. Ten navíc není zažehnan, vítězný Likud získal v posledních volbách jen čtvrtinu mandátů. Daří se mu však formovat pevnou konzervativní koalici s náboženskými stranami. V současnosti jsou všechny arabské strany značně socialistické, je ale otázkou, jestli to odpovídá přání často spíše konzervativnějších voličů. Pokud by v daleké budoucnosti našli konzervativní Židé a Arabové společnou řeč, mohl by svět spatřit po socialistickém a liberálním Izraeli také Izrael silně konzervativní, plně integrovaný do regionu. To je zřejmě bláhová představa, jako myšlenkový experiment však zaujme.

⁴⁴⁶ FRIEDMANN, Daniel. *The Purse and the Sword*, op. cit., s. 310.

⁴⁴⁷ Tamtéž, 321.

⁴⁴⁸ BARZILAI, Gad. *Between the rule of law and the laws of the ruler*, op. cit., s. 206.

4 Poskytování informací o platech – případová studie soudů na volném poli⁴⁴⁹

Tato část se se pokusí testovat normativní předpoklady, vyplývající z dosavadní spíše filozofičtěji laděné práce. Pro čtenáře asi není zvláštním tajemstvím, že z normativního hlediska chovám sympatie ke komplexnímu přístupu většinového ústavního soudnictví Barryho Friedmana, záramovaného nicméně do patřičné dávky postmoderní ironie. Jak jsme viděli v kapitole 2.2, české prostředí nicméně většinově chápe soudnictví čistě protivětšinově, s určitou výjimkou Jana Wintra a Janem Kozubíkem.⁴⁵⁰ K nim se ve středoevropském kontextu připojuje vlivná stať americké autorky Kim Lane Scheppele, která vzhledem k nerozvinutosti maďarské občanské společnosti považovala tamní ústavní soud v 90. letech za demokratičtější instituci, než byly volené orgány, často odtržené od své voličské základny („demokratičtější“ má přitom skutečně na mysli, že výstupy soudy odpovídali aktuální vůli lidu více, než kroky vlády).⁴⁵¹

Považoval jsem přitom za zajímavější tyto teze testovat na vybrané kauze projednávané správními soudy, protože k jinak častěji diskutovanému Ústavnímu soudu se dostává omezený vzorek případů, který navíc málokdy obsahuje hlubší dialog mezi různými soudy, exekutivou, parlamentem a veřejností samotnou. Z důvodů rozvedených v předchozích třech částech jsem také skeptický „soudcovskému aktivismu.“ Podle mě spíše vede k sumářům judikatury, se kterou autor nesouhlasí. Osobně asi jako každý právník nesouhlasím s řadou judikátů NSS, ale sumáři mého ješitného ega jsem se chtěl na tomto místě vyhnout. Jen bych tedy naznačil, že u určitých judikturních linií by podle mého soudu prospěl větší důraz na reálnou pomoc žalobci, a soud by také mohl klást větší důraz na otázku, co je vlastně schopen rozsoudit.

Jednou z těchto linií je přezkum rozhodnutí orgánů vysokých škol, naposledy reprezentovaný rozsudkem pod č. j. 10 As 60/2018 – 45 ze dne 4. července 2018. V něm se objevují názory, že by snad správní soudy mohly zkoumat, jestli akademický senát fakulty navrhl rektorovi

⁴⁴⁹ Předchozí verze této části byla přijata k publikaci v časopise Správní právo. V letech 2015 a 2016 jsem pracoval na Ministerstvu vnitra v odboru, jež měl svobodný přístup k informacím na starosti. Všechny názory v této části jsou moje osobní a relativně často se odlišují od mé úřední pozice (v té jsem mj. vůči veřejné správě vždy sveřepě hájil tu judikaturu, co zrovna platila). Určitý střet zájmů si uvědomuji, na druhou stranu mi tato práce umožnila podstatný vzhled do problematiky.

⁴⁵⁰ WINTR, Jan. KOZUBÍK, Jan. Ústavní soudy a práva gayů a leseb – veřejné mínění jako determinant rozhodnutí soudů? In *Jurisprudence*, 2016, č. 5, s. 34 – 47.

⁴⁵¹ SCHEPPELE, Kim Lane. *Democracy by Judiciary. Or, why Courts Can be More Democratic than Parliaments*. In CZARNOTA, A., KRYGIER, M., SADURSKI, W. *Rethinking the Rule of Law after Communism*. Budapest: CEU Press, 2005.

odvolat děkana z diskriminačních či jiných nespravedlivých důvodů.⁴⁵² Nevím, zda chce Nejvyšší správní soud skutečně soudit spor o to, zda opozice v senátu proti děkanovi měla skutečné důvody, nebo si je jen vymyslela, protože děkan některým členům senátu takřikajíc šlápl na kuří oko. Navíc úprava odvolání děkana je takřka totožná s odvoláním starosty obce.⁴⁵³ Jistě lze argumentovat vyšší kulturní úrovní akademické komunity, ale jako právní argument mě to příliš nepřesvědčuje.

Obec i veřejná vysoká škola jsou veřejnoprávní korporace s velmi podobným právním postavením, podobně jsou ostatně koncipovány jejich orgány (členové volí orgán s primárně kontrolními pravomocemi, a ten volí výkonné vedení korporace). Ad absurdum by se daly závěry judikátu vztáhnout také na stát jako na veřejnoprávní korporaci: mají soudy přezkoumávat, zda premiér byl vůči ministrovi férový, když navrhl prezidentovy jeho odvolání? Za pozornost také stojí argument, že rektor „není stroj na podpisy“ v bodu 19 rozsudku. Uvědomuje si soud, že stejnou argumentaci lze vztáhnout na řadu pravomocí prezidenta republiky? Paranoidní povaha by mohla začít spekulovat, jako funkci členové senátu očekávají. Nemyslím, že je to ten případ, ale opatrnost by měla být na místě.

Pokud bych měl doplnit druhý příklad, nerozumím, co je benefitem soudního přezkumu tzv. nenárokových dotací. Jde o dotace, na něž není právní nárok, a stát a územní samospráva je poskytují často na principu „*kdo dřív mele*“ do vyčerpání alokované částky, nebo především v případě obcí jde o jednorázové dotace typu koupě hasičské stříkačky či uspořádání plesu. Podle judikatury neudělení takové dotace představuje negativní správní rozhodnutí, přezkoumatelné ve správním soudnictví.⁴⁵⁴ Nejsem si jistý, k čemu soudní přezkum neudělení dotace na ples hasičů pomůže, kromě zahlcení správních soudů. Pokud jsou hasiči

⁴⁵² Zejména body 17 a 28 rozsudku.

⁴⁵³ Srov. § 28 odst. 2 zákona o vysokých školách „*Děkana jmenuje a odvolává na návrh akademického senátu fakulty rektor.*“ s § 84 odst. 2 písm. m zákona o obcích: „*(Zastupitelstvu obce je vyhrazeno) volit z řad členů zastupitelstva obce starostu, místostarosty a další členy rady obce (radní) a odvolávat je z funkce, stanovit počet členů rady obce.*“

⁴⁵⁴ U dotací poskytovaných státem to dovedl rozšířený senát NSS v rozsudku pod č. j. 9 Ads 83/2014 – 46 ze dne 30. září 2015 (bod 31 váže přezkum nenárokových dotací jen na „dodržení procesu“), výjimku pro pozastavení platby dotace v rozpočtových pravidlech republiky pak zrušil Ústavní soud nálezem pod sp. zn. Pl. ÚS 12/14 ze dne 16. června 2015. V případě územní samosprávy jde o rozsudky NSS pod č. j. 2 As 52/2010 – 59 ze dne 19. srpna 2010 a 2 As 101/2010 – 108 ze dne 10. prosince 2010. Příznačné je, že NSS sice projednávání žaloby připustil, ale samotnému žalobci nepomohl, protože se nakonec žaloba ukázala jako opožděná. Na judikaturu částečně reagovala novela rozpočtových pravidel územní samosprávy (zákon č. 250/2000 Sb.) pod číslem 24/2015 Sb. Zákon zavedl relativně přehledný, byť poměrně byrokratický proces, srov. stručná příručka Ministerstva financí, viz *Stanovisko Ministerstva financí k některým dotazům územních samosprávních celků k novele zákona č. 250/2000 Sb.* [Online]. MF [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <https://www.mfcr.cz/cs/legislativa/legislativni-dokumenty/2015/stanovisko-ministerstva-financi-k-nekter-21656>

nespokojení, mají ostatně snadnou politickou možnost nápravy v podobě politického tlaku a změny politické reprezentace, v komunálních podmínkách velmi reálné. Exkurz do sumáře mně nelibých rozhodnutí NSS bych uzavřel konstatováním, že jestli nás něco vede soudního pekla izraelského typu, jsou to tyto nedomyšlené zásahy NSS do exekutivy či akademické nebo územní samosprávy, a nikoliv rétoricky působivý, prakticky však omezený náleží Ústavního soudu pod sp. zn. I. ÚS 3226/16 ze dne 29. června 2017 (popisovaný prof. Telcem jako vyvolání zla v právním smyslu, viz kapitola 1.2).

Když se vrátím k debatě o soudech jako institucích rozhodujících často ve prospěch většinového mínění společnosti, tato část používá tuto debatu jako odrazový můstek pro případovou studii působení soudů jako „mluvčích veřejnosti“ v českém prostředí na příkladu zveřejňování platů zaměstnanců a dalších osob působících ve veřejném sektoru. Z klasického pohledu konkurujících práv přitom představuje tato situace střet mezi právem na informace v čl. 17 odst. 5 Listiny a právem na ochranu osobních údajů, zakotveným v čl. 10 odst. 1 a 2 Listiny. Pro soudy by tak mohla předestřená právní otázka představovat optikou soudů spoléhajících na většinové přesvědčení veřejnosti relativně jednoduchý oříšek. Poskytnutí platů představuje populární alternativu a možnost politické reakce je nízká z důvodů, které budou vyloženy níže. Správní soudy a Ústavní soud ovšem zauímají k zákonům provádějícím výše uvedenou ústavní úpravu ambivalentní vztah, který celou záležitost natolik zkomplikoval, že dosud není jednoznačně rozhodnuta (dosavadní na první pohled jednoznačná řešení při bližším pohledu přinášejí spíše další otázky, jak tento text vyloží v dalších kapitolách).

Z metodologického hlediska představuje část terminologií Jana Petrova a Davida Kosaře jednopřípadovou studii, ve které daný případ představuje příklad nejsložitější, resp. nejméně pravděpodobný.⁴⁵⁵ Nejméně pravděpodobná je oproti jiným případům správního soudnictví (např. finanční věci) v tomto případě legislativní reakce na soudní rozhodnutí. Pro tuto situaci existují dva základní důvody, první z nich jsou systémové potíže provázející novely informačního zákona, které budou podrobně popsány v první části textu. Druhým poměrně prostým důvodem je politická citlivost věci, legislativnímu „překonání“ platové judikatury vzhledem k související značné především mediální nepopularitě takové legislativy by zřejmě nemělo valné šance na úspěch.

⁴⁵⁵ KOSAŘ, David. PETROV, Jan. Jak vybrat „případy“ do případové studie a pracovat s nimi v právu: poznatky z výzkumu na pomezí práva a politologie. In *Jurisprudence*, 2016, č. 6, s. 21 – 30. Citováno z textu dostupného v systému ASPI bez paginace.

Soudy se tak ocitly v poměrně příznivé situaci, pokud tedy situace typického hartovského složitého případu soudům ve skutečnosti vyhovuje. Podle pragmatických teorií většinového soudnictví by se soudy měly pravděpodobně přiklonit k populárnějšímu řešení. Na druhou stranu při optimistických výkladech ohledně schopnosti soudů chránit práva by šlo očekávat v podobném případě účinné soudní řešení dané problematiky, i když by bylo takové řešení nepopulární. Tato část na základě širší analýzy dospívá k závěru, že ani jedna z těchto koncepcí platovou kauzu výstižně nepopisuje, protože soudy si populární řešení (vše zveřejnit) nevybraly, ale na druhou stranu ani za řadu let bez interakce Parlamentu nedokázaly problém uspokojivě vyřešit. Ačkoliv nepatřím k zásadním kritikům platové judikatury, podle mého soudu kauza ukazuje na některé běžně nereflektované limity soudnictví (zejm. neschopnost kauzu jednoznačně rozhodnout), které se ve zkoumaném případě projeví, přestože pro soudy představuje příznivou konstelaci, pokud jde o šíři řešení, kterou měly k dispozici. Lze tak usuzovat na jejich obecnou platnost i při méně příznivých okolnostech. Cílem článku tak je vyhodnotit postup soudů v platové kauze ve světle hlavních soudobých přístupů ke zkoumání soudní moci.

Text obsahuje nejprve popis zrodu právní úpravy spolu s potížemi při její novelizaci, druhá část popisuje samotný platový rozsudek Nejvyššího správního soudu. Ve třetí části následuje analýza obstrukce některých povinných subjektů vzniklé po vydání dvou hlavních judikátů Nejvyšším správním soudem. Čtvrtá část se věnuje nálezů Ústavního soudu pod sp. zn. IV. ÚS 1378/16 ze dne 17. října 2017, který původní už tak komplikovaný přístup Nejvyššího správního soudu dále zneprůhlednil. Poslední, pátá část se věnuje otázce, co tedy soudy měly dělat z hlediska hlavních přístupů k postavení soudní moci v soudobém srovnávacím ústavním právu.

4.1 Zrod a vývoj interpretace relevantní právní úpravy

Ústavní právo na poskytování informací zakotvené v Listině bylo do praxe uvedeno až většinou čtenářů zřejmě notoricky známým zákonem č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, který nabyl účinnosti k 1. lednu 2000, dále též „**informační zákon**.“ Vznikl jako senátní návrh,⁴⁵⁶ byť s ním vláda Miloše Zemana vyslovila souhlas s určitými připomínkami.⁴⁵⁷ Návrh byl v Poslanecké sněmovně přijat s pozměňovacími návrhy, další pozměňovací návrhy pak přidal Senát, a tak návrh putoval zpět do Sněmovny, kde byl schválen napříč politickým spektrem s výjimkou poslanců ODS.⁴⁵⁸ Způsob vzniku informačního zákona a jeho dalších novelizací se značně podepsal na tápání při nalézání jeho správné aplikace, které popisují níže. Přes načrtnutou kritiku je třeba ocenit obecný charakter informačního zákona, který se tak nesnažil svůj cíl řešit prostřednictvím podrobné úpravy jednotlivých situací, což by bylo díky šíři jeho záběru odsouzeno předem k neúspěchu.

Na druhou stranu, informační zákon byl sice již od počátku obecný, ale vzhledem k nedostatečné odborné debatě před přijetím zákona byl v původní podobě nesrozumitelný i pro právní odborníky. Řadu nejasností časem vyjasnila judikatura, pro kterou zákon představoval široké pole působnosti.⁴⁵⁹ Sluší se poznamenat, že informační zákon přes všechny nedomyšlenosti a negativa uvedl do života klíčové pravidlo moderní správy: informace se obecně poskytují, pro jejich neposkytnutí je třeba nalézt zvláštní důvod spočívající buď v samotném informačním zákoně (zejm. §§ 7, 8a, 9, 10 a 11) nebo ve zvláštních předpisech. Informace také nelze odepřít jako celek, pokud omezením podléhá jen jejich část, stejně tak pokud důvody pro odepření informace mají omezenou dobu trvání, lze je odpírat jen po tuto dobu (§ 12 informačního zákona).

⁴⁵⁶ Historie tisku viz *Tisk 16, III. volební období* [Online]. PSP [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/history.sqw?o=3&T=16>

⁴⁵⁷ Stanovisko vlády viz *Tisk 16/1, III. volební období* [Online]. PSP [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=3&ct=16&ct1=1>

⁴⁵⁸ Viz odkaz v pozn. 5.

⁴⁵⁹ Notoricky známým případem je pojem veřejná instituce řazený na konci výčtu povinných subjektů, vložený do zákona novelou pod č. 39/2001 Sb., která reagovala na tzv. televizní krizi a chtěla mezi povinné subjekty zařadit veřejnoprávní média. Níže hlouběji rozebíraná novela pod č. 61/2006 Sb. pak jako redundantní vypustila přídavek „hospodařící s veřejnými prostředky.“ Viz KORBEL, František. Dopady zákona o svobodném přístupu k informacím na soukromé osoby ve světle nejnovější judikatury. *Právní rozhledy*, roč. 2015, č. 15, s. 695 – 701, s. 695. Pojem byl částečně vyložený zejm. nálezy pod sp. zn. III. ÚS 686/02 ze dne 27. února 2003 a I. ÚS 260/06 ze dne 24. ledna 2007, s podstatnou korekcí vyloučením společnosti ČEZ náležením IV. ÚS 1146/16 ze dne 20. června 2016. V podrostech viz FUREK, Adam, ROTHANZL, Lukáš, JIROVEC, Tomáš, *Zákon o svobodném přístupu k informacím: komentář*, Praha: C. H. Beck, 2016, ISBN 978-80-7400-273-1, s. 33. nebo MADEJ, Martin. Extenzivní výklad pojmu veřejná instituce: obchodní společnosti jako povinné subjekty v právu na informace. *Správní právo*, 2016, č. 7, s. 409 – 426.

Jednu z nejasností přidala novelizace pod číslem 61/2006 Sb., která nabyla účinnosti 23. března 2006. Šlo o vládní návrh, který chtěl primárně implementovat směrnici o opakovaném použití informací veřejného sektoru.⁴⁶⁰ V Poslanecké sněmovně byla ovšem do návrhu přidána ustanovení nových paragrafů - § 8a, podle kterého se osobní údaje poskytují jen v souladu s právními předpisy upravujícími jejich ochranu (tedy především zákon č. 101/2000 Sb. o ochraně osobních údajů) a především pak § 8b, který zde pro přehlednost uvedu v plném znění:

§ 8b

Příjemci veřejných prostředků

- (1) Povinný subjekt poskytne základní osobní údaje o osobě, které poskytl veřejné prostředky.
- (2) Ustanovení odstavce 1 se nevztahuje na poskytování veřejných prostředků podle zákonů v oblasti sociální, poskytování zdravotní péče, hmotného zabezpečení v nezaměstnanosti, státní podpory stavebního spoření a státní pomoci při obnově území.
- (3) Základní osobní údaje podle odstavce 1 se poskytnou pouze v tomto rozsahu: jméno, příjmení, rok narození, obec, kde má příjemce trvalý pobyt, výše, účel a podmínky poskytnutých veřejných prostředků.

K textu ustanovení chybí důvodová zpráva, protože vznikl pozměňovacím návrhem výboru pro vědu, vzdělání, kulturu, mládež a tělovýchovu. Šlo nicméně o období neschváleného sněmovního tisku č. 9 z IV. volebního období, jehož důvodová zpráva cílila na osoby „z vlastní vůle“ žádající o přidělení veřejných prostředků.⁴⁶¹ Jádrem níže popsaných sporů byla otázka, zda pod definici citovaného ustanovení spadají také platy, popř. mzdy, vyplácené povinným subjektem. Při interpretaci ustanovení právníka zřejmě napadne argument obsahem staré důvodové zprávy, která přímo míří na příjemce různých dotací. Parlament je nicméně tvořen množstvím lidí a jejich jednotlivé myšlenky nelze agregovat, argument úmyslem zákonodárce proto nelze přeceňovat.⁴⁶² Pro úplnost je možné zmínit, že absenci původní

⁴⁶⁰ Historie tisku viz *Tisk 991, IV. volební období* [Online]. PSP [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=4&T=991>

⁴⁶¹ FUREK, Adam et al. *Zákon o svobodném přístupu k informacím: komentář*, op. cit., s. 429.

⁴⁶² Ohledně nemožnosti agregace názorů poslanců do jednoho pohledu viz WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press, 1999, ISBN 0-521-65883-7, s. 25. Jinak, ale se stejným výsledkem uvažoval český Ústavní soud, když v nálezu pod sp. zn. III. ÚS 671/02 ze dne 16. ledna 2003 přiznal postavení povinného subjektu Všeobecné zdravotní pojišťovně, když tak zákonodárce alespoň podle Ústavního soudu zcela jistě nezamýšlel. Odkázal přitom na citát Gustava Radbrucha, že interpret zákona musí být moudřejší než jeho autor – viz KORBEL, František. *Dopady zákona...*, op. cit., s. 696. Známa je skepse Viktora Knappa k historickému výkladu, který nemůže

důvodové zprávy k dotyčnému pozměňovacímu návrhu se tehdejší Ministerstvo informatiky pokusilo řešit vydáním ex post stanoviska, které se stavělo k poskytování informací o platech odmítavě.⁴⁶³ Opakovaným a poměrně přesvědčivým argumentem pro nezahrnutí platů pod toto ustanovení je pasáž třetího odstavce o účelu a podmínkách poskytnutých prostředků, zjevně mířící na dotace.

Ustanovení § 8b představuje „výslovnou výjimku ze zásady ochrany osobních údajů“, která se jinak zásadně při poskytování informací uplatní.⁴⁶⁴ Z hlediska zákona o ochraně osobních údajů,⁴⁶⁵ představujícím obvykle protipól informačního zákona v testu proporcionality, spadají do výslovné výjimky pod obecnou licenci v § 5 odst. 2 písm. a, podle něž lze osobní údaje zpracovávat, jestliže správce plní zpracováním svoji právní povinnost. Zhruba po dvou letech od účinnosti novely se nicméně před správní orgány a následně soudy dostala už naznačená citlivá otázka, zda tedy předmětné ustanovení dopadá na poskytování informací o platech zaměstnanců povinných subjektů.

Zřejmě první kauza tohoto typu vznikla v roce 2008 na popud bývalého zaměstnance zlínského magistrátu Luděk Maděry, který se domníval, že byl neoprávněně propuštěn a jeho nástupce navíc získává neoprávněně vysoké odměny. Z procesního hlediska byl Ludvík Maděra vystaven nepříjemným komplikacím. Povinným subjektem byl Magistrát města Zlína, odvolacím správním orgánem Krajský úřad Zlínského kraje.⁴⁶⁶ Magistrát mu nejprve zaslal jen seznam odměn bez uvedení částek, ve zbytku žádost odmítl, přičemž Krajský úřad rozhodnutí potvrdil.⁴⁶⁷ Krajský soud následně žalobu proti rozhodnutí Magistrátu rozsudkem pod sp. zn. 29 Ca 117/2008 z února 2010 zamítl.⁴⁶⁸

Kasační stížnost proti němu byla nicméně úspěšná, rozsudek byl zrušen a vznikl první významný judikát v této otázce – rozsudek NSS pod sp. zn. 5 As 57/2010 (dále též „**první rozsudek**“).⁴⁶⁹ Mezitím byl žadatel předmětem více či méně obtěžujících obstrukcí

přebít jasný text zákona, viz KNAPP, Viktor. *Teorie Práva*. C. H. Beck: Praha, 1995, ISBN 80-7179-028-1, s. 171.

⁴⁶³ FUREK et al. *Zákon o svobodném přístupu k informacím: komentář*, op. cit., op. cit., s. 434.

⁴⁶⁴ Tamtéž, s. 428.

⁴⁶⁵ Zákon č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů, ve znění pozdějších předpisů.

⁴⁶⁶ § 16 odst. 3 ve spojení s § 20 odst. 4 informačního zákona ve spojení s § 178 odst. 2 správního řádu.

⁴⁶⁷ MADĚRA, Luděk. *Odměny vedoucích* [Online]. Luděk Maděra [cit. 2018-05-20]. Dostupné z <http://www.ludekmadera.cz/odmeny-vedoucich.php>, dokumenty pod body č. 3 a 5. Luděk Maděra celou kauzu velmi pečlivě zdokumentoval, jak je vidět v uvedeném odkazu.

⁴⁶⁸ Bod 7 v dokumentaci pana Maděry.

⁴⁶⁹ Bod 38 v dokumentaci pana Maděry.

Magistrátu, které Krajský úřad jen poněkud moderoval.⁴⁷⁰ Obstrukce nicméně pokračovaly i po vydání rozsudku NSS až do vydání rozsudku Krajského soudu, který – vázán názorem NSS – zrušil rozhodnutí Krajského úřadu a vrátil mu věc k dalšímu řízení rozsudkem pod sp. zn. 29 A 41/2010 ze dne 27. dubna 2012.⁴⁷¹ Stojí za povšimnutí, že Krajský soud zrušil rozhodnutí Magistrátu z 11. března 2008, tedy rozhodnutí čtyři roky staré. Diskutabilní je tato doba ovšem s ohledem na praktickou vymahatelnost práva na informace, čtyři roky koneckonců představují volební období místní samosprávy. V tomto období čtyř let pak probíhaly různé způsoby obstrukcí ze strany Magistrátu, zejména poté, co Krajský úřad zaujal v říjnu 2010 názor, že pan Maděra má obdržet alespoň seznam odměn⁴⁷². Typicky šlo o požadavek na přemrštěnou úhradu za vyhledání informací a některé další způsoby, které ústily ve zcela zbytečná „kolečka“ mezi Magistrátem a Krajským úřadem.⁴⁷³ Povinnému subjektu se nabízely ještě další možnosti obstrukcí i po vydání prvního rozsudku, jelikož soud nesáhl k příkazu k poskytnutí informací, Luděk Maděra se však po vydání rozsudku Krajského soudu informací skutečně domohl a jeho podezření ohledně přehnaných odměn jeho nástupce se potvrdilo.⁴⁷⁴

Jedním z důvodů délky řízení a množství obstrukcí je instanční postup při rozhodování o žádostech. Pro úplnost je třeba dodat, že samotné poskytnutí informací není správním řízením, ale podle judikatury Nejvyššího správního soudu faktickým úkonem, na který ovšem dopadá hlava druhá správního řádu, tedy základní zásady činnosti správních orgánů.⁴⁷⁵ Pokud je žádost odmítnuta, děje se tak správním rozhodnutím, přičemž tímto správním rozhodnutím celý proces plně přechází do režimu správního řízení podle správního řádu, s odchylkami stanovenými informačním zákonem – především jde o zkrácené lhůty pro rozhodnutí z 30 na 15 dnů.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ Body 8 až 37 tamtéž, šlo např. o požadavek na úhradu 32 tisíc za vyhledání dokumentů (ten je pod bodem 22 a násl.).

⁴⁷¹ Bod 58 tamtéž.

⁴⁷² Bod 16 tamtéž.

⁴⁷³ Body 16 a 50 tamtéž.

⁴⁷⁴ Tamtéž, bod č. 61.

⁴⁷⁵ Srov. body 107 a 108 rozsudku rozšířeného senátu NSS pod sp. zn. 8 As 55/2012 ze dne 22. října 2014, tedy v další kapitole popisovaného „platového rozsudku.“

⁴⁷⁶ Srov. § 15 odst. 1 informačního zákona (vydání rozhodnutí) a § 16 odst. 2 a 3 informačního zákona (zkrácení lhůt).

4.2 Platový rozsudek – definitivní tečka?

V tomto textu se nebudu podrobně vypořádávat s otázkou, jak určit odvolací orgán u povinných subjektů, které jinak nejsou správními orgány (Česká televize, České dráhy apod.) a zaměřím se na už naznačenou problematiku územní samosprávy. Zde je nadřazeným orgánem orgánu obce krajský úřad.⁴⁷⁷ Zda orgán územní samosprávy rozhoduje v samostatné či přenesené působnosti se určuje podle obsahu informací, které jsou požadovány.⁴⁷⁸ V případě orgánů krajů rozhoduje o odvolání v přenesené působnosti ministerstvo, které má danou agendu v kompetenci, o odvoláních v samostatné působnosti rozhoduje odbor Ministerstva vnitra, jenž má na starosti územní samosprávu.⁴⁷⁹ Pokud jde o samostatnou působnost, krajské úřady a Ministerstvo vnitra jsou při odvolacím řízení vázány řadou zvláštních podmínek. V první řadě nemohou rozhodnutí změnit a přímo přikázat poskytnutí informace,⁴⁸⁰ ani nemohou sami věc převzít v případě, že je orgán prvního stupně nečinný.⁴⁸¹

Po tomto proceduralistickém úvodu bych se rád vrátil k vyličení kauzy platů. Výše rekapitulovaný první rozsudek byl poněkud znejistěn rozsudkem pod č. j. 4 As 40/2010-60, který se stavěl za zkoumání proporcionality mezi právem na soukromí dotčené osoby a právem na informace žadatele. Následně byla jiná věc předložena senátem NSS rozšířenému senátu právě s návrhem na zkoumání proporcionality v každém individuálním případě. Výsledkem byl známý rozsudek rozšířeného senátu NSS pod sp. zn. 8 As 55/2012 ze dne 22. října 2014, dále též „**platový rozsudek**“, který spor mezi senáty vyřešil. Mezi jeho klíčové závěry patří:

- s osobami, kterých se týká žádost o informace, pokud jde o výši jejich platu, je třeba jednat před poskytnutím informace s ohledem na § 4 odst. 4 správního řádu, podle něž správní orgán umožní dotčeným osobám uplatňovat práva a oprávněné zájmy – pokud dojde k odepření práva na informace správním rozhodnutím, tyto osoby se stanou účastníky řízení ve smyslu § 27 odst. 2 správního řádu (bod 108);
- poskytování informací o platech bez testu proporcionality je eurokonformní, z platového rozsudku ale není zcela jasné proč (body 87 a násl.);

⁴⁷⁷ § 178 odst. 2 správního řádu.

⁴⁷⁸ § 20 odst. 6 informačního zákona.

⁴⁷⁹ V případě krajů představuje procesní základ § 178 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 94 odst. 1 zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (samostatná působnost), resp. § 92a pokud jde o přenesenou působnost. V případě Hlavního města Prahy vystupujícího v pozici kraje zvláštní úprava chybí a jako právní podklad tedy slouží přímo § 178 odst. 2 správního řádu.

⁴⁸⁰ § 90 odst. 1 písm. c správního řádu.

⁴⁸¹ § 80 správního řádu.

- rozšířený senát potvrdil názor prvního rozsudku a usoudil, že test proporcionality již provedl zákonodárce výslovným upřednostněním práva na informace (bod 52);⁴⁸²
- informace o platech se tak zásadně poskytují, s výjimkou ryze pomocných pracovníků (bod 97).

Pro mě osobně nebyla příliš významná samotná otázka, zda se mají informace o platech poskytovat, protože v dané otázce postrádám silné hodnotové přesvědčení. Osobně bych se přiklonil spíše k poskytnutí, je ovšem skutečností, že v mezinárodním srovnání je poskytování informací o konkrétních výši vyplácených prostředků jednotlivým osobám spíše neobvyklé.⁴⁸³ NSS přitom komparativní argumentaci v platovém rozsudku vůbec nepoužil, což je pro něj poněkud netypické.⁴⁸⁴

Stejně tak se relativně krátce vypořádal s otázkou souladu s evropským právem. V bodech 89 a 90 vysvětlil, proč na věc nedopadá judikatura ESD, především rozhodnutí ve spojených věcech C-465/00, C-138/01 a C-139/01 *Rechnungshof vs. Österreichischer Rundfunk*. Podle NSS splnila Česká republika požadavek předvídatelnosti výslovnou právní úpravou (bod 89), co se týče z evropského pohledu povinného testu proporcionality, sleduje podle názoru NSS úprava legitimní cíl kontroly nakládání s veřejnými prostředky a je ho nejen schopná dosáhnout, ale jde dokonce o „opatření nezbytné“ (bod 90). Vlastní test proporcionality v užším smyslu má ovšem podle NSS zajišťovat závislost na iniciativě veřejnosti – platy nejsou veřejně přístupné, dokud o ně někdo nepožádá (taktéž bod 90). Jinými slovy, vlastní test proporcionality se neprovádí, protože k zásahu do jednoho z chráněných práv dochází na základě iniciativy druhého kolidujícího práva. Takový závěr je pro mě obtížně akceptovatelný

⁴⁸² Podobnou argumentaci obsahuje rozsudek pod č.j. 3 As 118/2015 – 34 ze dne 8. června 2016 v kauze „ekolo“, kdy byl pořizovatel kamerového systému potrestán za zveřejnění videa krádeže, přestože vedlo k dopadení pachatele. NSS konstatoval, že pro test proporcionality v případě není místo, protože zákon zpracování osobních údajů zveřejněním v tomto případě vůbec neumožňuje. Podle mého soudu však oproti platové kauze v případě „ekolo“ existuje jasnější právní úprava i judikatura včetně usnesení Ústavního soudu a rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve prospěch řešení bez testu proporcionality. Ústavní stížnost v kauze ekolo odmítl Ústavní soud jako zjevně neopodstatněnou usnesením pod sp. zn. III. ÚS 3565/2016 ze dne 5. září 2017.

⁴⁸³ Podle srovnávacího materiálu Parlamentního institutu z roku 2011 je zveřejňování adresných informací o platech poměrně neobvyklé, byť k němu dochází ve Švédsku, USA a Itálii. Viz BERANOVÁ, M. SYLLOVÁ, J. *Přístup veřejnosti k platům vysokých státních úředníků ve vybraných státech*. Studie Parlamentního institutu č. 5.324. [Online]. Parlamentní institut [cit. 2018-07-20]. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/ppi.sqw?d=1&t=18>

⁴⁸⁴ Kromě poněkud ornamentálního odkazu v bodu 94, jemu předcházející text si ostatně zaslouží přímou citaci: „*O tom, že v rámci Evropské unie je v jednotlivých členských státech významná míra diverzity v otázkách transparence veřejných institucí, ostatně svědčí řada argumentů komparatistických, které pro účely tohoto rozhodnutí není třeba důkladněji rozebírat.*“

z hlediska argumentační logiky, protože ve výsledku jednoduše znamená, že právo na informace má přednost.

Ještě slabší je podle mého soudu pokus vypořádat se s rozhodnutím ve spojených věcech C-92/09 a 93/09, Volker and Markus Schecke GbR a Hartmut Eifert v. Land Hessen. V této věci ESD zakázal Hesensku zveřejnit na webu kompletní údaje o zemědělských dotacích poskytovaných jednotlivým farmářům. Rozdíl mezi tímto případem a platy vidí NSS v rozptýlenosti informacích o platech (bod 93). Nevyužil tak logické možnosti vyhnout se přímému střetu a prostě prohlásit, že platy je třeba poskytovat, ale povinné subjekty nemusí tyto údaje vyvěšovat na webu mezi poskytnuté informace ve smyslu § 5 odst. 3 informačního zákona, protože je třeba proporcionálně chránit soukromý dotčených osob.⁴⁸⁵

Faktický rozdíl by byl velmi malý, protože žadatel by údaje na web vyvěsit mohl. Místo toho NSS operuje s rozptýleností na stránkách jednotlivých povinných subjektů, čímž se rozdíl s věcí Schecke stírá. Stačilo by, aby jeden žadatel požádal o platy všech úředníků určitého ministerstva, a na webu by hned visel mnohem větší počet výrazně citlivějších údajů, než o které šlo ve věci Schecke. Navíc se NSS nijak nevypořádal s faktem, že plat úředníka je přece jen citlivějším údajem než údaj o dotaci, a v tomto ohledu souhlasím s článkem Miroslava Mocka a Pavla Ralouse, který jinak považují za přehnaně nakloněný na stranu úředníků.⁴⁸⁶

Na většinu jejich argumentů ostatně pregnantně reagoval Jan Potměšil, ohledně provádění individuálních testů proporcionality však soudil, že „jistě nevadí“, pokud nejde o předstíraný test (následně uvádí několik příkladů, zejména ze strany Kanceláře prezidenta republiky).⁴⁸⁷

Výsledek testu proporcionality by byl minimálně u vedoucích pracovníků až na výjimky kladný, kontroverzní je však zařazení řadových referentů do skupiny, u níž se test proporcionality neprovádí (bod 96 rozsudku).

⁴⁸⁵ Ministerstvo vnitra doporučovalo zveřejnit doprovodnou informaci, že údaje byly poskytnuty. Zda je tento postup správný, dlouho nebylo judikováno. Nakonec jej aproboval rozsudek NSS pod č. j. 4 As 90/2013-44 ze dne 12. listopadu 2014 (Viz FUREK, Adam et. al. *Komentář...* op. cit., s. 440). Stanovisko odboru veřejné správy, dozoru a kontroly Ministerstva vnitra č. 1/2012 viz *Zveřejňování poskytnuté informace podle zákona o svobodném přístupu k informacím* [Online]. MV [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <<http://www.mvcr.cz/odk2/clanek/stanoviska-odk-2012.aspx>>

⁴⁸⁶ MOCEK, M. RALAUS, P. Otazníky ve věci poskytování údajů o výši platů a odměn zaměstnanců veřejné správy. *Správní právo*, roč. 2014, č. 4, s. 227 – s. 245, s. 240. Shodně viz FUREK, Adam. Informace o platech pracovníků veřejné správy. *Právní rozhledy*, roč. 2011, č. 17, s. 626 – 634, s. 626. Oba články i následující test Jana Potměšila vyšly ovšem ještě před platovým rozsudkem. Novější článek zastávající názor, že je s ohledem na evropskou judikaturu vždy třeba provést test proporcionality publikovali zaměstnanci Úřadu pro ochranu osobních údajů – viz FOLDOVÁ V. NONNEMANN, F. Zveřejňování platů zaměstnanců veřejné sféry ve světle aktuálního rozsudku Nejvyššího správního soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2015, č. 2.

⁴⁸⁷ POTMĚŠIL, Jan. Z povinnosti informovat o platech úředních osob se vyvléci nelze. *Správní právo*. roč. 2014, č. 7-8, s. 378 – 430, s. 387.

Soudce NSS Karel Šimka přes výše uvedenou kritiku platový rozsudek hájil na konferenci pořádané Ministerstvem vnitra 8. prosince 2015 jako pokrok vůči prvnímu rozsudku, který měl za velmi textualistický – naproti tomu platový rozsudek zahrnuje dotčené úředníky do řízení a výslovně hovoří o brzdě v podobě zneužití práva. Na zjevné procesní nedostatky reagoval poukazem na možnost iniciace novelizace informačního zákona ze strany Ministerstva vnitra. Svoje podivení nad nepřijetím nové úpravy v reakci na platový rozsudek zopakoval na konferenci Weyrovy dny právní teorie v červnu 2017, kdy ještě více zdůraznil možnost Ministerstva vnitra novelizovat informační zákon. Na jeho vystoupeních je zajímavé, s jakou lehkostí spojuje Ministerstvo vnitra a úspěšný legislativní proces od připomínkového řízení po fázi v Parlamentu. Jak vyplynulo z popisu vzniku právní úpravy, informační zákon je díky řadě protichůdných zájmů systematicky nenovelizovatelný, protože jeho systémová novela nemá šanci projít řádným legislativním procesem (minimálně by musel být vládě předkládán s celou řadou rozporů mezi připomínkovými místy). Tyto rozpory by pak s plnou silou ožily v Poslanecké sněmovně, pokud by se do ní návrh vůbec dostal a začal být projednáván (omezení práva na informace není navíc politicky neprodejně, míněno čistě deskriptivně, aniž bych byl pro či proti omezení).

Řešení výše a níže popsaných problémů by mohlo spočívat v podobě zřízení úřadu informačního komisaře, který by projednával veškerá odvolání od povinných subjektů.⁴⁸⁸ Adam Furek vidí řešení spíše v institutu informačního příkazu, díky němuž by byly současné odvolací orgány vybaveny účinnou pravomocí vůči povinným subjektům.⁴⁸⁹

Současný stav právní úpravy tak představuje pro žadatele a úředníky vyřizující žádosti o informace nepříliš příznivý stav, kdy jsou vystaveni poměrně značné nejistotě, v jejímž líčení pokračuje další kapitola, podrobněji se zabývající soudní reakcí na určitý druh obstrukcí spojený s platovou kauzou. Pro badatele a akademiky však může tato nepříjemná situace představovat pěkný případ krajní situace, relativně příznivé pro soudy. Informační zákon totiž ve výsledku představuje volné interpretační pole pro soudy, aby předvedly, jak dokáží hájit práva jednotlivců proti většinové společnosti, nebo alespoň jak dokážou najít racionální řešení předestřeného problému.

⁴⁸⁸ K jeho zřízení spíše kriticky viz FUREK, Adam. Informační komisař – ANO či NE? *Správní právo*, roč. 2012, č. 3. s. 182 – 193. Informačního komisaře má zřízeno 15 zemí EU, v některých je funkce spojena s ombudsmanem, viz tamtéž, s. 191.

⁴⁸⁹ Tamtéž, s. 189.

4.3 Některé typy obstrukcí po vydání platového rozsudku a soudní reakce

Díky výše popsanému procesnímu postupu může dojít k řadě nežádoucích důsledků, pokud povinný subjekt klade silný odpor vůči poskytnutí informace, zejména pokud jde o věci v samostatné působnosti. Pokud jde o poskytování informací o platech, krajský úřad může například rozhodnutí obce rušit jen s velmi obecným odůvodněním, které neumožní podat žadateli správní žalobu. Možnost podat takovou žalobu proti rozhodnutí, jímž se věc ruší a vrací správnímu orgánu prvního stupně – a tudíž se jím nezakládají práva a povinnosti – byla ostatně sporná a dlouhou dobu byla její nepřipustnost dovozována z usnesení NSS pod č.j. 5 A 140/2002-34.

Když obsahově stejný postup začaly používat České dráhy, u kterých je odvolacím orgánem jejich představenstvo, napadlo spolek Oživení podat proti formálnímu zrušovacímu rozhodnutí zásahovou žalobu podle § 82 SŘS (podle mě v dané chvíli správně). U Nejvyššího správního soudu nicméně spolek nepochodil, v takové situaci je odkázal na žalobu proti rozhodnutí podle § 65 SŘS.⁴⁹⁰ Na první pohled absurdní závěr NSS má určitou logiku v možnosti zrušit správní rozhodnutí na základě této žaloby, případně dokonce umožňuje soudu přikázat poskytnutí informace podle § 16 odst. 4 informačního zákona. František Korbel tak považuje tuto konstrukci za efektivní, byť žalobce poněkud kafkaovsky žaluje rozhodnutí, kterým je mu formálně vyhověno.⁴⁹¹

Platový rozsudek přitom vyvolal zejména u krajských úřadů nebývalou vlnu rezistence. Tyto orgány disponují odborným aparátem a jsou schopny informační zákon správně aplikovat. K nedůvodnému odmítání poskytnutí informací tak dochází zpravidla z pokynu politické reprezentace. Příkladem může být zřejmě nevýhodná nájemní smlouva ohledně letiště v Brně.⁴⁹² Notorieta je občasný případ tohoto typu v Praze.⁴⁹³ Do paradoxní situace se přitom v případě informačních žádostí o platech dostávají úředníci, o jejichž platech je

⁴⁹⁰ Rozsudek Nejvyššího správního soudu pod č. j. 6 As 113/2014-35 ze dne 28. ledna 2015. Linie judikatury se dala při velmi velké dávce představitosti vyvozovat z rozsudku pod č.j. 7 As 4/2013-81 ze dne 11. října 2013. NSS ostatně sám v bodu 25 prvního z citovaných rozhodnutí přiznává, že šlo o podstatně odlišné skutkové i právní okolnosti. V druhém z rozsudků totiž společnost Regiojet žádala po Ministerstvu dopravy data týkající se Českých drah – NSS přitom připustil možnost podání správní žaloby proti rozhodnutí o rozkladu, které by bez možnosti podat žalobu přímo vedlo k poskytnutí informací (jinými slovy, vyhovělo žadateli a nešlo o obstrukci).

⁴⁹¹ KORBEL, František. Dopady zákona o svobodném přístupu k informacím na soukromé osoby ve světle nejnovější judikatury. op. cit., s. 701.

⁴⁹² Některé informace jsou dostupné na: *Smlouva o pronájmu letiště Brno – Tuřany* [Online]. Oživení [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <https://www.oziveni.cz/2013/10/smlouva-o-pronajmu-letiste-brno-turany/>

⁴⁹³ S nepříjemnými obstrukcemi se zde místy potýká např. Pirátská strana, kdy např. městská část Praha 1 požadovala za seznam faktur původně 2,5 mil. korun. Viz: *Pirátský úspěch, Praha zveřejnila seznamy faktur* [Online]. Pirátská strana [cit. 2018-07-20]. <https://praha.pirati.cz/praha-zverejnila-faktury.html>

rozhodováno. Na jedné straně představují aparát úřadu, vedoucího správního řízení, na druhé straně jde o dotčené osoby a po vydání správního rozhodnutí dokonce o účastníky řízení. Dotčené osoby sice zahrnují jen úředníky, kterých se týká žádost o poskytnutí výše jejich platu, v praxi ale žadatelé často žádají poskytnutí údajů o všech vedoucích odborů předmětného úřadu a o vedoucím samotného úřadu. Personální korpus úřadu tak často se samotným úřadem splývá.

Praktický problém se zahrnutím úředníků jako dotčených osob může znamenat byrokraticky velmi náročné řízení, pokud se příslušný orgán územní samosprávy odhodlá k obstrukcím a odmítá respektovat názor nadřízeného orgánu, který ale postrádá právní prostředky, jak jej k tomu donutit. Obstruující úřad v takové situaci opakovaně vydává obstrukční rozhodnutí o odmítnutí poskytnutí informace, následně vyzývá značné množství úředníků k vyjádření se k odvolání žadatele,⁴⁹⁴ předkládá spis odvolacímu orgánu, ten úředníky uvědomí, že se mohou seznámit se spisem,⁴⁹⁵ načež vydá rozhodnutí vracející věc zpět, které je ovšem třeba doručit všem úředníkům postupem podle správního řádu, tedy do vlastních rukou.⁴⁹⁶ V krajních případech je celý tento proces ryze formální a slouží jen k oddálení poskytnutí informací, na věci přímo nezúčastněné nadřízené orgány ale značně zatěžuje.

Když František Korbel komentuje tyto závěry platového rozsudku, sice připouští účinnost ochrany pomocí zahrnutí dotčených osob, zároveň ale upozorňuje na rozpor tohoto řešení s praktickými potřebami práva na informace, „*které je nutno realizovat rychle a pokud možno bezformálně.*“⁴⁹⁷ Osobně považuji popsané procesní důsledky platového rozsudku za neúnosné. Určitou část problémů způsobuje aplikace správního řádu, který je pro řízení související s informačním zákonem neúnosně formalizovaný. Přesto mi postup stanovený platovým rozsudkem na obranu práv úředníka nedává smysl z níže vyložených důvodů.

Pokud totiž povinný subjekt nebude obstruovat, sice vyzve úředníka k vyjádření, ale pak hned poskytne informace. Pokud by existovaly důvody pro neposkytnutí, mohl by se úředník v takovém případě jedinečně domáhat ex post zásahovou žalobou určení nezákonnosti a následně náhrady újmy podle zákona č. 82/1998 Sb.⁴⁹⁸ Poskytnutí informace by už ale nezabránil. Pokud bych tedy v pozici správního soudu něco prolamoval, prolomil bych pravidlo, že zásahovou žalobu nelze podat preventivně. Ve výjimečných případech by tak úředník mohl

⁴⁹⁴ § 86 odst. 2 správního řádu.

⁴⁹⁵ § 36 odst. 3 správního řádu.

⁴⁹⁶ § 72 odst. 1 správního řádu.

⁴⁹⁷ KORBEL, František. Dopady zákona o svobodném přístupu k informacím na soukromé osoby ve světle nejnovější judikatury. op. cit., s. 701.

⁴⁹⁸ Tuto cestu popisuje platový rozsudek v bodu 109, aniž by se zabýval otázkou, do jaké míry může pro danou osobu představovat účinnou satisfakci.

podat zásahovou žalobu spojenou s návrhem na předběžné opatření, zakazující povinnému subjektu poskytnout informace o jeho platu. Pro ojedinělé případy excesivních žádostí by tak měly dotčené osoby účinnou soudní ochranu, na rozdíl od ex post modelu vedoucího maximálně k náhradě způsobené újmy.

V kontextu platového rozsudku by s takovou žalobou spojenou s návrhem na předběžné opatření mohli uspět především manuální pracovníci nebo úředníci, vůči kterým by žádost představovala zneužití práva, např. vydírání v konkrétní věci. Tuto interpretaci zastávalo Ministerstvo vnitra v kauze vrcholící rozsudkem pod č. j 9 As 154/2015 – 49, NSS ji však odmítl. V tomto rozhodnutí nicméně potvrdil, že na úředníky lze vztáhnout závěry výše citovaného rozsudku týkajícího se Českých drah, pokud jde o možnost žalovat kasační rozhodnutí.

Výše zmíněný judikát týkající se Českých drah tedy v kombinaci s platovým rozsudkem znamenal, že úředníci byli oprávněni ke správní žalobě proti rozhodnutí odvolacího orgánu, pokud ten vyslovil závazný právní názor, že informace je třeba poskytnout. Za této situace se tedy zdálo, že rozhodnutí odvolacího orgánu mohl žalovat zaprvé žadatel o informaci, domáhající se zrušení jak nepříznivého, tak i jemu příznivého rozhodnutí o odvolání, a zároveň také zrušení rozhodnutí povinného subjektu a přikázání poskytnutí informací ze strany soudu (pokud by žadatel neopomenul příslušné petity do žaloby přidat).⁴⁹⁹ Za druhé by jej mohli žalovat úředníci, fakticky tvořící povinný subjekt, pokud by šlo o rozhodnutí nutící povinný subjekt k poskytnutí informace. V tomto případě by tak správní soud reálně rozhodoval spor mezi správním orgánem prvního stupně a odvolacím orgánem. Na první pohled taková situace sice vypadá absurdně, v případech orgánu územní samosprávy a státu ovšem dává určitou logiku, podobně jako když jde o vztah orgánu kraje a obce. Judikatura ovšem prakticky neřešila situaci, kdy povinný subjekt poskytne informaci bez předchozího rozhodnutí odvolacího orgánu, jež by ho k tomu nutilo.

Mohlo by se nicméně zdát, že podstatné otázky jsou alespoň s pohledu žadatele o informace vyřešeny – s určitou výjimkou Prahy, kde Městský soud zatím vyřizuje správní žaloby velmi dlouho a získané informace zpravidla ztratí během soudního sporu pro žadatele jakoukoliv hodnotu. Slovy samotného NSS, dalo by se očekávat, že „*sluneční svit*“ *informovanosti o*

⁴⁹⁹ Níže rozebíraný rozsudek pod č. j. 3 As 278/2015-44 tuto koncepci poněkud modifikoval, žadatel sice může v takové situaci žalovat odvolací rozhodnutí, ale nebude úspěšný, protože odvolací rozhodnutí v takovém případě není nezákonné (soud tedy žalobu nemá odmítnout, ale zamítnout). Podle tohoto rozsudku má žadatel v takovém případě žalovat rozhodnutí správního orgánu prvního stupně, tedy povinného subjektu. Žadatel tak může úspěšně žalovat rozhodnutí odvolacího orgánu, jen pokud je v jeho neprospěch – to může být i formálně kasační rozhodnutí, pokud se odvolací orgán podílí na obstrukci.

platech placených z veřejných prostředků může mnohé přehnané představy o platech rozptýlit“ (bod 84 platového rozsudku), a celá věc zapadne do dějin českého správního práva. Nejvyšší správní soud ovšem celou záležitost následně dále zkomplikoval. V rozsudku pod č. j. 3 As 278/2015-44 ze dne 10. listopadu 2016 napsal, že Ministerstvo vnitra v rozhodnutí „*zcela jednoznačně a srozumitelně*“ krajskému úřadu vyložilo, co má činit, takže jeho důsledkem by mělo být poskytnutí informací.⁵⁰⁰

Příslušné rozhodnutí Ministerstva vnitra tak podle NSS zasahuje do práv osob, a je tak rozhodnutím podle § 65 SŘS. Potud vypadá rozsudek konzistentně s předchozí judikaturou, vznikl totiž díky nerespektování výše rekapitulované judikatury ze strany krajského soudu – ten žalobu proti rozhodnutí projednávat nechtěl a usnesením jí odmítl. NSS ale nabyt v citovaném rozsudku pocitu, že v případě zjevné ignorace závazného právního názoru je na místě napadnout druhé rozhodnutí prvního stupně. Tedy podle schématu – rozhodnutí povinného subjektu – odvolání – zjevně obstrukční druhé rozhodnutí povinného subjektu – žaloba proti tomuto rozhodnutí. Citovaným judikátům by bylo možné přiznat konzistentnost při zpětném výkladu, pokud vezmeme v úvahu, že všechny připouští žalobu vůči subjektu, zasahujících do subjektivních práv žalobce. U Českých drah šlo o obstruující představenstvo jako odvolací orgán, v případě úředníků šlo o Ministerstvo vnitra potenciálně porušující jejich práva příkázáním poskytnutí informace, a konečně v posledním případě šlo o obstrukci proti žadateli, prováděnou výhradně orgánem prvního stupně (a lze tedy žalovat jeho rozhodnutí, pokud jde alespoň o druhé v pořadí).

Podle mého soudu je ale takový výklad jen zpětnou projekcí. V období předcházejícím rozsudku pod č. j. 3 As 278/2015-44 byly totiž veškeré soudní spory žalovány žadateli i úředníky podle dosavadní judikatury a žalovaly odvolací orgán, ať už ze strany žadatele či dotčených osob. Podle procesní logiky tak žalobci svoje dosavadní žaloby nejspíše stáhnou, aby dosáhli vrácení soudního poplatku. Materiálně mi nový judikát dává určitý smysl, ze správněprávního hlediska však může být poněkud pochybná koncepce, která ponechává rozhodnutí odvolacího orgánu nedotčeno, a ruší přitom druhé rozhodnutí orgánu prvního stupně. V tomto ohledu je trochu zarážející, že vlastní jádro rozsudku tvoří jen několik odstavců. Senát nepředložil věc rozšířenému senátu podle § 17 odst. 1 SŘS jako odlišný právní názor, než měla dosavadní linie judikatury, patrně s ohledem na výše uvedený zpětný výklad (podle mě dosti umělý, protože žalobci v mezidobí prvostupňová rozhodnutí nežalovali).

⁵⁰⁰ Tento rozsudek není členěný na odstavce, takže na ně nelze odkazovat.

Paradoxně poměrně dlouhou dobu představovaly nejúčinnější nástroj k překonání obstrukcí civilní žaloby domáhající se náhrady újmy způsobené nesprávným úředním postupem podle zákona č. 82/1998 Sb. V tomto smyslu představoval nesprávný úřední postup jednání povinného subjektu, který ignoruje několik rozhodnutí nadřízeného orgánu, podle kterých je na místě předmětné informace poskytnout. Mohlo tedy jít především o případy územní samosprávy v samostatné působnosti (jinak by nadřízený orgán mohl věc rozhodnout přímo), kdy nadřízený orgán nespolupracuje s povinným subjektem na obstrukci a místo toho jej nutí k poskytnutí požadovaných informací. Pionýrem v této věci byl opět pan Ludvík Maděra, jenž po svém úspěchu vůči zlínskému Magistrátu požádal také mj. o informace týkající se platů vedoucích odborů Krajského úřadu Zlínského kraje. Zde se setkal se značným odporem, byť odmítající rozhodnutí Krajského úřadu byla opakovaně rušena Ministerstvem vnitra.

Výše naznačenou civilní žalobou však dosáhl úspěchu, když mu Okresní soud ve Zlíně rozsudkem pod č. j. 19 C 36/2015-205 ze dne 21. dubna 2015 přiznal náhradu škody ve výši 40.171,23 korun, přičemž odvolání kraje krajský soud zamítl. S právní mocí rozsudku ustal i odpor Krajského úřadu a požadované informace byly žadateli poskytnuty. Ústavní soud nicméně poskytování informací o platech následně omezil platovým nálezem, takže je tato civilní cesta k prosazení správního práva spíše střípkem do mozaiky ukazující nemožnost jasného oddělení veřejného a soukromého práva. Rozhodnost, se kterou k řešení problému civilní soudy přistoupily, ovšem stojí za pozornost ve srovnání s ostatními orgány veřejné moci.

4.4 Platový nále: další definitivní tečka?

Platový rozsudek výrazně modifikoval nále Ústavního soudu pod sp. zn. IV. ÚS 1378/16 ze dne 17. října 2017, dále v textu také jako „**platový nále**.“ Ústavní stížnost přitom podali úředníci ve vedoucích pozicích statutárního města Zlína, kde tato sága začala. Podali ji přitom přímo v reakci na žádost o informace spolku Právo ve veřejném zájmu, z. s. (významnou roli v něm hraje advokátka Petra Bielinová). Žádost o informace týkající se platu úředníků ve vedoucích pozicích byla přitom zaslána 227 obcím.⁵⁰¹ Město Zlín údaje po opakovaných odvoláních žadateli poskytlo, ten se však dále domáhal, aby byly poskytnuté údaje vyvěšeny na webových stránkách povinného subjektu jako poskytnutá informace, což mu Ústavní soud na návrh úředníků zakázal předběžným opatřením spolu s dalším poskytováním údajů o platech na žádost dalším žadatelům.⁵⁰²

⁵⁰¹ Bod 7 platového nálezu.

⁵⁰² Body 9 – 13 platového nálezu.

V samotné ústavní stížnosti úředníci především žádali, aby Ústavní soud stížnost projednal bez ohledu na nevyužití opravných prostředků, protože ty nemají vzhledem k ustálené judikatuře správních soudů naději na úspěch – stížnost přitom podle úředníků podstatně přesahuje zájmy stěžovatelů, protože dosavadní judikatura o poskytování platů se týká cca 1 milionu lidí.⁵⁰³ Z procesního hlediska Ústavní soud žadatelům vyhověl. Pokud jde o hmotněprávní otázku, zarazí velmi stručná rekapitulace stížnosti v bodu 14 nálezu, podle níž žádost prakticky neměla obsah a jen odkazovala na články Listiny. Stěžovatelé se také bez bližšího rozboru domáhali zrušení § 8b informačního zákona. V tom jim Ústavní soud nevyhověl, protože pro poskytování informací o platech zavedl novou škálu testů, popsanych níže. Vzhledem k délce průběhu kauzy zarazí také jednoduchost vyjádření dalších zúčastněných osob, ze kterých vyčnívá stanovisko Úřadu pro ochranu osobních údajů a přípis Aleše Gerlocha, advokáta a profesora Právnické fakulty UK. Úřad pro ochranu osobních údajů poukázal na výše citovanou analýzu Parlamentního institutu z roku 2011 (podle ní je zveřejňování výše platů v cizině spíše neobvyklé), poukázal na velmi problematické závěry NSS týkající se testu proporcionality a také poukázal na výše zmíněné závažné problémy vyplývající z evropského práva.⁵⁰⁴

Přestože tím vyhradím vyústění zápletky, je třeba už na tomto místě předeslat, že se Ústavní soud těmito dlouhodobě uplatňovanými námitkami v samotném odůvodnění příliš nezabýval. Stejně tak dopadl přípis Aleše Gerlocha, který přitom soud v nálezu celý uvedl (text přípisu má 77 bodů). Ústavní soud navíc v bodu 61 platového nálezu konstatuje souhlas s tímto přípisem, ze samotného právního hodnocení soudu ovšem není jasné, v čem konkrétně tento souhlas spočívá.

Aleš Gerloch vede ve svém vyjádření velmi propracovanou argumentaci, obsahující čtyři klíčové myšlenkové linie. V první řadě podle něj není správné podřazovat platy pod pojem veřejné prostředky v § 8b informačního zákona, a to jak z jazykového a systematického výkladu – ve spojení s tím je podle přípisu těžko udržitelný argument úmyslem zákonodárce, dovozený z nepřijetí domněle protichůdného návrhu.⁵⁰⁵ Druhou linku představuje systematický výklad Listiny, z níž podle vyjádření nelze dovodit právo na informace o jednotlivých platech, jelikož Listina zakotvuje v čl. 17 odst. 5 jen právo na informace o činnosti některých subjektů jako *celků*, nikoliv o činnosti jednotlivých zaměstnanců.⁵⁰⁶ Na třetí

⁵⁰³ Body 14 a 15 platového nálezu.

⁵⁰⁴ Body 42, 50 a 52 platového nálezu.

⁵⁰⁵ Body 11 a násl. a dále především bod 63 vyjádření – vyjádření má v platovém nálezu vlastní číslování.

⁵⁰⁶ Zejm. bod 45 vyjádření.

linii pak odmítá tezi NSS o testu proporcionality provedeném zákonodárcem, to považuje za pojmově nemožné, především proto, že „základní práva a svobody spolu nikdy nekolidují v abstraktní podobě; nelze tak tvrdit, že svoboda pohybu jako taková koliduje s právem vlastnickým.⁵⁰⁷“ Pokud by tedy soud nepřijal první dvě myšlenkové linie a stále měl za to, že existuje subjektivní právo na informace o konkrétním platu, bylo by třeba stejně provádět test proporcionality. V něm podle vyjádření nicméně nemůže právo na informace o platu uspět, protože informace o platu není způsobilá zajistit kontrolu nakládání s veřejnými prostředky, a proto nejde o vhodný prostředek dosažení legitimního cíle – test tedy selhává ve druhém kroku.⁵⁰⁸ Aleš Gerloch pro úplnost přidává i vyhodnocení dalšího kroku, pokud by k němu došlo, proporcionality v užším smyslu. Zde odmítá názor NSS o prakticky nulovém negativním informačním obsahu informace o platu, což podle něj představuje redukci člověka na pouhý objekt státního zájmu.⁵⁰⁹ V této souvislosti Aleš Gerloch na závěr pregnantně připomněl, že samotný informační zákon nedává dotčeným osobám efektivní možnosti obrany.⁵¹⁰ To se sice pokusil řešit Nejvyšší správní soud pomocí judikatury, ale jak mohl čtenář seznat z předchozí kapitoly, jde o řešení minimálně diskutabilní.

Samotné právní hodnocení Ústavního soudu je nicméně postaveno na rozsudku velkého senátu ESLP ze dne 8. listopadu 2016 ve věci *Magyar Helsinki Bizottság proti Maďarsku*, č. 1830/11.⁵¹¹ Tímto rozsudkem ani jinou judikaturou ESLP neargumentoval žádný z účastníků a odkazy na ni se také během celé platové kauzy objevovaly jen okrajově (významnější postavení měla judikatura ESD, tento text se jí také dotkl v předchozí kapitole, k ní se ale Ústavní soud bohužel nevyjádřil). To samozřejmě nebrání Ústavnímu soudu judikaturou ESLP argumentovat, ostatně Úmluva sice nezahrnuje právo na informace, ale v čl. 8 zakotvuje širokou ochranu soukromí. Bohužel je ale věc *Magyar Helsinki Bizottság* naopak případem dovození práva na informace ze svobody projevu podle čl. 10 Úmluvy, jak ostatně Ústavní soud sám uvádí v bodu 85 nálezu. Při důsledném převzetí této argumentace by tedy bylo třeba zahrnout právo na informace do svobody projevu podle čl. 17 odst. 2 české Listiny, tento názor ale právě Aleš Gerloch ve v bodu 45 svého vyjádření nesdílí, když považuje za klíčový rozdíl mezi poskytováním informací o *subjektech jako celcích* podle čl. 17 odst. 5 a obecnou svobodu vyhledávání informací podle čl. 17 odst. 2. Jak už bylo výše uvedeno, není tak zřejmé, jak je předestřená úvaha Ústavního soudu v souladu s vyjádřením Aleše Gerlocha

⁵⁰⁷ Bod 48 vyjádření.

⁵⁰⁸ Bod 67 vyjádření.

⁵⁰⁹ Body 69 – 70 vyjádření.

⁵¹⁰ Bod 77 vyjádření.

⁵¹¹ Body 84 a násl. nálezu – jde o odlišné číslování od vyjádření prof. Gerlocha.

Ústavní soud především bez podrobnější argumentace odmítl vyřadit platy z dosahu § 8b informačního zákona, když v bodu 116 platového nálezu označil toto ustanovení za „*natolik obecné, že nevylučuje*“, aby do něj spadaly informace o platech. Nicméně tyto informace je možné poskytovat jen s ohledem na právo na soukromí podle čl. 10 Listiny, a Ústavní soud tedy návrh na zrušení § 8b informačního zákona odmítl.⁵¹² Informace o platech je tedy možné poskytovat jen za podmínky zvláštního testu, který Ústavní soud bez dalšího převzal z výše popsané věci *Magyar Helsinki Bizottság*:

- a) *účelem vyžádání informace je přispět k diskusi o věcech veřejného zájmu;*
- b) *informace samotná se týká veřejného zájmu;*
- c) *žadatel o informaci plní úkoly či poslání dozoru veřejnosti či roli tzv. „společenského hlídacího psa“;*
- d) *informace existuje a je dostupná.*⁵¹³

Přestože Ústavní soud není vázán důvody stížnosti a návrhy účastníků, je ke zvážení, nakolik má Ústavní soud zvažovat dopady svého rozhodnutí na jednotlivé účastníky.⁵¹⁴ Řešení pomocí zvláštního testu je totiž něco, co nikdo z účastníků nechtěl, a poněkud se vymyká základním představám o informačním právu jako rychlém a srozumitelném nástroji.

Platový nálezn se přitom nedotkl řešení procesních nejasností řešených v minulé kapitole. Naopak přidal hmotněprávní nejasnosti v podobě značně obecného testu, které vedly Ministerstvo vnitra k vydání 39stránkové „kuchařky“, jak v platových věcech postupovat.⁵¹⁵ Na jednu stranu představuje tento materiál asi nejlepší možnou reakci veřejné správy na vývoj judikatury, protože úspěšně kombinuje přístupnost informací s vysokou odbornou úrovní, která není nezbytným zjednodušením podstatně zasažena. Cyničtější povahy mohou ovšem při pohledu na tento, slovy náměstka Petra Mlsny, „*srozumitelný návod*⁵¹⁶“ pět requiem za ideu jednoduchosti informačního zákona.

Patrně nejkontroverznější částí nového testu je zkoumání kategorie „*společenského hlídacího psa*.“ Materiál MV se snaží vymezit tento termín ve vztahu k provozovatelům různých webových stránek a dospívá k názoru, že obecně lze i webům soukromých osob přiznat tento

⁵¹² Body 117 – 120 platového nálezu.

⁵¹³ Bod 125 platového nálezu.

⁵¹⁴ Srov. ASKARI, Daniel. Zrušení derogačního ustanovení zákona nálezem ústavního soudu: kritická analýza dosavadní judikatury a nástin možného řešení do budoucna. *Jurisprudence*, č. 6, roč. 2015, s. 32 – 38.

⁵¹⁵ Ministerstvo vnitra. *Metodické doporučení Ministerstva vnitra k poskytování informací o platech a odměnách podle zákona o svobodném přístupu k informacím (k dopadům tzv. platového nálezu Ústavního soudu)* [Online]. MV [cit. 2018-07-20]. Dostupné na: <http://www.mvcr.cz/odk2/>

⁵¹⁶ Tamtéž, s. 3.

status.⁵¹⁷ Na druhou stranu podle MV nepůjde o osoby, které provozují „*nevěcnou kritiku činnosti veřejné správy bez jakékoliv objektivní povahy*“⁵¹⁸.“ Jako pravidlo jak rozlišit mezi objektivními a neobjektivními webovými stránkami pak manuál uvádí obsahovou analýzu konkrétní stránky, tedy zda zde uvedená kritika má věcnou a objektivní podobu.⁵¹⁹ Osobně se domnívám, že test navržený Ústavním soudem k takovým úvahám nevyhnutelně vede, a důsledky takových úvah mohou být těžko udržitelné (lze jen připomenout, že skutečně hovoříme o hodnocení objektivnosti kritiky, aniž bychom zmínili právo na svobodu projevu, navíc toto zkoumání má provádět primárně subjekt, který je předmětem kritiky).

Klíčový rozdíl platového nálezu proti platovému rozsudku je ovšem zkoumání veřejného zájmu na poskytnutí informace. Ústavní soud tak de facto obrací pravidlo informačního zákona, že informace se poskytne, pokud zákon nestanoví jinak. Manuál MV se snaží tento postup alespoň hrubě charakterizovat, byť podrobnější vymezení může přinést až další judikatura nebo podrobnější zákonná úprava. Mezi příklady nicméně MV řadí situaci, kdy chce investigativní novinář porovnávat závislost chybovosti rozhodnutí stavebních úřadů s platem vedoucího odboru, který má tuto agendu na starosti.⁵²⁰ Tento výklad jistě dává určitou logiku, ovšem pokud bude potvrzen judikaturou, je otázkou, proč používat náročný vícestupňový test – dostatečně inteligentní žadatel si podobně odůvodněnou žádost o informace vytvoří snadno.⁵²¹

4.5 Co by tedy měly soudy dělat?

Tato kapitola představuje teoretické zdroje, které mohly vést české soudy k lepšímu a konzistentnějšímu řešení platové kauzy. Ohledně konzistentnosti nelze přitom jednoduše říct, že by správní soudy během mezihry mezi platovým rozsudkem a platovým nálezem na prosazení platového rozsudku zcela rezignovaly. Městský soud přikázal rozsudkem pod č. j. 8 A 52/2012 – 47 ze dne 20. prosince 2012 poskytnout informace o dvou zaměstnancích Kanceláře prezidenta republiky a podobných rozsudků již padlo více.⁵²² Ani se však nedá říct,

⁵¹⁷ Tamtéž, s. 21.

⁵¹⁸ Tamtéž.

⁵¹⁹ Tamtéž.

⁵²⁰ Tamtéž s. 25.

⁵²¹ V podobném stylu je ostatně modelový příklad na s. 26 manuálu, reprezentující příklad se zhrzeným účastníkem stavebního řízení, domáhající se informace o platu úředních osob v daném řízení, např. vedoucího přísl. jednotky. Takové případy jistě ve správní praxi existují, otázkou je jejich počet, pokud má jít na jednu stranu o pomstychtivé lidi, kteří zároveň nejsou ochotni stáhnout si manuál MV a ponouknout svého známého, aby zahájil výše popsany „výzkum“ platů.

⁵²² Městský soud například nařídil rozsudkem pod č.j. 10 A 289/2011-26 poskytnout informace o platech zaměstnanců České televize. Naopak NSS poněkud formalisticky (byť v souladu se svojí judikaturou) zrušil rozsudek Městského soudu přikazující Ministerstvu průmyslu a obchodu poskytnout údaje o platech náměstků, protože Městský soud nezahrnul dotčené úředníky mezi osoby

že by správní soudy reagovaly na řešení otázek souvisejících s informačním zákonem s nadšením, jak vyplynulo z analýzy jejich reakcí vůči obstrukcím proti platovému rozsudku, kdy nejsilnější krok k jeho prosazení učinil civilní soudce okresního soudu.

Podle mě si Nejvyšší správní soud a Ústavní soud v kauze platy mohly vybrat, protože jde o Hartovou terminologií typický složitý případ.⁵²³ Kdybych si mohl vybrat já, měl bych tendenci si v tomto případě vybrat argument úmyslem zákonodárce, protože jde upřímně řečeno o nejjednodušší řešení – tato možnost je ovšem mimo naše tradice. Osobně by mi zřejmě byla ještě relativně blízká varianta s prováděním individuálních testů proporcionality bez zvláštního testování „hlídacích psů,“ byť proti této metodě lze oprávněně argumentovat, že o žádné jednoznačné řešení nejde (kauza by se rozpadla do řady těžko řešitelných sporů). Limit pro toto řešení navíc představovalo evropské právo, tomu se ale NSS do značné míry přiblížil, když v rozsudku pod č. j. 4 As 90/2013-44 akceptoval praxi nevyvěšování poskytnutých údajů na web povinného subjektu. Už původní evropský judikát zakazující přehledné rozhraní veřejné instituce je nicméně v tomto ohledu diskutabilní, web neziskové organizace sdružující získané informace bude zpravidla ukazovat informace okatěji a více zájemcům, než stránky povinného subjektu (také se ovšem může dostat do pozice zpracovatele osobních údajů a podléhat s tím spojeným povinnostem).

Hartovský přístup ovšem není v současné teorii zdaleka jediný a jak už jsme v druhé části viděli, spíše je v menšině. Jeho britskému modelu v mezinárodních časopisech dnes konkurují především američtí autoři, rozdělení do několika znesvářených škol.⁵²⁴ Je otázkou, jestli by byl na české poměry aplikovatelný americký konzervativní originalismus. Už v americkém

zúčastněné na řízení – viz rozsudek pod č.j. 7 As 189/2016 – 41 ze dne 9. listopadu 2016. Stejně tak zrušil NSS rozsudek Městského soudu rozsudkem pod č.j. 2 As 256/2016 – 92 taktéž z 9. listopadu 2016 s obdobnými skutkovými okolnostmi, týkající se Ministerstva zahraničních věcí. Zde ovšem několik úředníků vstoupilo do řízení z vlastní iniciativy. NSS nejprve opět kvůli nezahrnutí úředníků věc vrátil Městskému soudu. Městský soud pak zřejmě opět přikázal poskytnout informace (rozhodnutí není na webu), a proti tomuto rozhodnutí byla podána kasační stížnost, v jejímž důsledku NSS věc opět zrušil rozsudkem pod sp. zn. 2 As 313/2017-56 ze dne 17. května 2018. Z postupu úředníků se zdálo, že chtěli argumentovat především evropským právem, kde měli určitou šanci na úspěch, než se jejich snaha stala poněkud obsoletní díky platovému nálezu (ten je základem posledního rozsudku NSS).

⁵²³ HART, H.L.A. *The Concept of Law*, 2. vyd., Oxford : Clarendon Press, 1997, ISBN 0-19-876123-6, s. 126 a násl. Hart netvrdí, že by si soudy mohly takto „vybrat“ běžně - jde podle něj o výjimečnou záležitost, kterou si mohou dovolit, pokud k ní získají legitimitu řádným rozhodováním „běžných“ případů, viz tamtéž, s. 154.

⁵²⁴ Lze jistě odmítnout britské a americké teorie jako vzdálené českému právnímu systému. To je relevantní argument, především pokud jde o technická civilního a trestního práva. Na druhou stranu angličtina je dnes primárním mezinárodním jazykem a kulturní síla Spojených států je těžko výstižně popsatelná. Výrazně tak ovlivňuje také praxi českých soudů. Jak tento text dále popisuje, minimálně v platové kauze je zřetelně ovlivnily koncepce Ronalda Dworkina (v podrobnostech pak viz části 1 metodologie a část 2 o Spojených státech).

prostředí představuje primárně politicky výhodný způsob myšlení pro republikány. Není teda překvapivé, když Michael Dorf upozorňuje, že důsledná aplikace originalistických představ je neudržitelná, protože by znamenala obhajobu dávno odmítnutých závěrů – Nejvyšší soud dokonce v roce 1870 označil za neústavní vydávání kovy nekrytých peněz s odkazy na záměr autorů ústavy.⁵²⁵ V českém prostředí by vzdálenou paralelou originalismu mohl být paradoxně buď striktní textualismus (který NSS v platovém rozsudku do značné míry použil, když jeho jádro výkladu stojí na strohém jazykovém výkladu ustanovení informačního zákona), nebo naopak striktní historický výklad podle úmyslu zákonodárce, který je ovšem v českém právním prostředí považován za nepřípustný (v podrobnostech viz první část textu). Diskutabilní je ovšem také aplikace živoucí ústavy. Dworkinův teoretický přístup je tak velmi působivý v normativní rovině, v empirické praxi však příliš nefunguje. Když totiž Michel Dorf rozebírá liberální myšlenku živoucí ústavy, dospívá k závěru, že je v jádru protivěštinová a neschopná dosáhnout svých cílů, což dokládá na příkladu vývoje amerického trestu smrti: v době jeho přechodného zákazu jeho podpora sice přechodně klesala, ale zřejmě jen kvůli krutým podmínkám, za kterých byl uplatňován.⁵²⁶ Po jeho obnovení za zpřísněných podmínek jeho podpora začala opět růst, a po dílčích zpřísněních precedenty po roce 1990 nakonec rozsudek vypadá „jako by ho napsal americký lid jako celek.“⁵²⁷

Není zřejmě třeba podrobně argumentovat, proč je sice na první pohled česká judikatura včetně platového rozsudku uvažováním blízká „živoucí ústavě“ svým poměrně striktním odmítáním historického výkladu úmyslem zákonodárce, na druhou stranu analýza platového rozsudku jasně ukazuje, že schopnost správních soudů jednat silově proti povinným subjektům ohledně prosazení platového rozsudku je omezená – a byla by tedy zřejmě ještě omezenější, pokud by navíc soudy stály také proti veřejnosti.

Z hlediska minimalismu Casse Sunsteina byl postup NSS nejspíš vnímán mírně „aktivisticky.“ NSS sám v tomto případě umělou kauzu nevytvořil, případ představoval skutečnou právní otázku, kterou soud rozhodl. Vybral si ovšem poměrně odvážné řešení nerespektující záměr zákonodárce, který nicméně v našem právním myšlení hraje okrajovou roli, jak je podrobně vylíčeno v příslušné části analýzy. Problém, je že se NSS své řešení následně zdráhal prosazovat a zvláštní procesní cesta, kterou vytvořil a posléze zase změnil,

⁵²⁵ DORF, Michael. C. The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, roč. 13, č. 2, s. 283 – 304, s. 292. Nejvyšší soud rozhodoval o neústavnosti nekrytých peněz v případě *Hephurn v. Grisworld*, 75 US (8 Wall.) 603, 623, (1869), byť bylo toto rozhodnutí překonáno již rozhodnutím *Konx v. Lee*, 79 US (12 Wall.) 457 (1870).

⁵²⁶ DORF, Michael. C. The Majoritarian Difficulty. op. cit., s. 297 – 299.

⁵²⁷ Tamtéž, s. 298 – 299.

byla neúnosně komplikovaná. Ústavní soud pak již značně komplikovaný systém dále znepréhlednil.

Úplně jiný pohled nabízí mikroperspektiva směru práva a ekonomie, poněkud se odlišující od předchozích abstraktnějších makropředstav. Podle jejího nejpłodnějšího představitele Richarda Posnera jsou federální soudci v první řadě lidé, byť trochu zvláštní – nemohou být odvoláni, pokud neudělají něco hodně špatného, nemůže jim být snížen plat, nemohou být přeloženi do nelákavých končin, na druhou stranu nemohou získat ani žádné bonusy.⁵²⁸ Přesto ale mají podle Posnera užitkovou funkci, tedy možnost zvyšovat svůj individuální užitek – byť postrádají pobídky rezervované běžným smrtelníkům, tvořící jejich užitkovou funkci (např. možnost dosáhnout zvýšení platu).⁵²⁹

Richard Posner konstruuje užitkovou funkci federálních soudců ze dvou prvků: touha učinit svět lepší (což je podle něj z hlediska cynika touha po moci) a druhým je touha hrát soudcovské hry, tedy si subjektivně užívají soudcovský život se soudními jednáními a baví je rozhodovat neurčité spory (ve výsledku často arbitrárně).⁵³⁰ K originalismu a výše letmo nastíněné myšlence živé ústavy spojené s moderním liberalismem chová zřejmý odpor: ve výsledku je považuje za snahu předstírat, že soudci netvoří právo, ale interpretují starou (nebo v případě liberálů „živoucí“) ústavu.⁵³¹

Posnerova interpretace je na první pohled velmi líbivá a samotný článek velmi čtivý. Důsledky pro kauzu platů jsou zřejmé. V Posnerově očích soudce NSS bavilo jednání kolem platového rozsudku a jeho sepsání, protože představoval zajímavou a neurčitou právní otázku (myslím, že lze takový dojem podpořit vyjádřeními soudce Šimky, který přes verbální odsudky kvality legislativy jevil o samotný právní problém značný zájem). Když pak měl NSS přijít s jeho prosazením, zjistil, že je velmi náročné donutit povinné subjekty dělat něco, vůči čemuž chovají velmi silný odpor – a reakce NSS tak byla značně rozpačitá, místy připomínající přehazování horkého bramboru. Posner uvádí mnohaletou snahu zajistit nesegregované jízdy školních autobusů, což podle něj prostě nebylo v silách soudů prosadit vůči odporu samospráv – podle něj tak soudy prostě technicky nemohou vládě říkat, co má dělat.⁵³² Na druhý pohled jeho teorie vypadá jako velmi redukcionistický psychologismus, rezignující na vysvětlení normativní role soudů. Zřejmě je to důsledek vysvětlit jak chování

⁵²⁸ POSNER, R. The Role of the Judge. *Boston University Law Review*, roč. 86, s. 1049 – 1068, s. 1055.

⁵²⁹ Tamtéž, s. 1056

⁵³⁰ Tamtéž, s. 1056 – 1057.

⁵³¹ Tamtéž, s. 1063.

⁵³² Tamtéž, s. 1054.

soudce, tak způsob jeho rozhodování. Jinými slovy, kdo chce moc, může nakonec získat málo. Na druhou stranu nelze Posnerovi upřít svěží styl a myšlenkovou originalitu, díky kterým získal světovou slávu.

4.6 Závěr

Osobně je mi z předestřených interpretací komplexnější sociologický přístup Barryho Friedmana a Michaela Dorfa. Pokud jde o minimalismus, extenzivní používání historického výkladu je v rozporu s českou praxí i s názory české teorie. Aplikace minimalistické teorie by také vedla k rozhodnutí, které by informace o platech vyloučilo z poskytovaných informací. V tomto ohledu by tedy bylo v mírném rozporu s mými – byť poněkud nevyhraněnými – hodnotovými preferencemi, ale především s předvídanými preferencemi veřejnosti. Minimalismus je také jednoduché poměrně účinně kritizovat pro jeho myšlenkovou prázdnotu. Tara Smith tak z libertariánských pozic označuje základ minimalistické konstrukce za „prázdný,“ protože pokud vaše normativní tvrzení znamená, že máte důsledně dodržovat precedenty, o žádné normativní tvrzení vlastně nejde, protože normativní hodnoty jsou skryty v precedencích, které ovšem máte pokud možno dodržovat.⁵³³ Z tohoto pohledu představuje minimalismus „kopání plechovky po cestě,“ spojené s rezignací na cílevědomou změnu. Podle mého soudu nejde upřít tomuto typu kritiky určitou působivost, poněkud však pomíjí záměr fakt, že kopat plechovku po cestě je ze strany minimalismu záměr. Minimalismus sám o sobě totiž odmítá řešit systémové potíže a jejich řešení chce přenechat jiným složkám státní moci. V případech podobných českému platovému rozsudku naopak může minimalistický přístup přispět k rychlému a snadnému vyřešení věci.

Soudy se nicméně obvykle minimalisticky nechovají a nezachovaly ani ve zkoumané kauze. Na druhou stranu se ani nezachovaly tak, jak by si představovali moderní liberálové, a ostatně se jejich empirický přístup při řešení kauzy („horký brambor“) nepřiblížil k žádné vlivné normativní představě, ani jednoduše nesledoval populární řešení. Paradoxně se tak nejvíce blížil Posnerově mikroekonomické teorii. V tuto chvíli stojí za to si připomenout významné empirické zjištění – nejrozhodněji se k řešení platové kauzy postavili řadoví civilní soudci, kteří by přitom podle pouček měli mít k ochraně lidských práv mnohem dál než vysoké soudy, a navíc jsou často spíše karikováni jako necitlivé subsumpční automaty.

Jak tedy ukázala poslední kapitola, s empirickou skutečností současného soudnictví si doktrinární způsoby interpretace ani normativní východiska nedokážou uspokojivě poradit, i když je použit americký pojmový aparát, který by ke zkoumání paradoxů soudnictví měl být

⁵³³ SMITH, T. Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism. *New York University Journal of Law & Liberty*, roč. 5, s. 346 – 393, s. 363 – 365.

podstatně lépe vybaven, než jeho tuzemské alternativa. Problematicky také uchopují zjevné limity soudnictví prosadit se proti koncentrovanému odporu ostatních složek veřejné moci – snad jen kromě Posnerovy ekonomické teorie, která je však poněkud redukcionistická. Pokud je ovšem rozpad teoretického rámce průvodním jevem širší transformace společnosti k modernějšímu a více participačnímu způsobu vlády v důsledku další fáze technologické revoluce, je krize teorie do značné míry přirozená a vyřeší jí jen systémový posun, jehož podoba ovšem dosud není na obzoru.

Určitou vlašťovkou může být aktuální otázka referend. Přes systémové obavy spojené s tímto institutem v otázkách ústavy a mezinárodních vztahů nelze referendu upřít snadnost řešení jednotlivých technických otázek, jako je poskytování informací o platech. Patrně by tak referendum rychle vyřešilo spor, který nejsou schopné vyřešit instituce výkonné, zákonodárné a soudní moci industriálního státu deset let, ať už by odpověď poskytnutá referendem byla kladná, nebo záporná.

5 Zachránění soudem?

Ve vztahu mezi ideologií a soudním rozhodováním většina soudobé literatury přisuzuje ideologii velkou váhu a chápe jí jako primární a nezávislou na vnímané realitě, včetně zmíněného rutinního rozhodování soudů. Jak už jsme viděli v první části o metodologii, posun režimů v Maďarsku a Polsku tak autoři jako Gábor Hamai popisují jako posun k autoritářství, protože tyto režimy z ideologických důvodů omezují soudní nezávislost.⁵³⁴ V rámci teorie je tento přístup kritizován populárním konstitucionalismem, nejvýznamněji Paulem Blokkerem. Podle Blokkera příliš silné soudy poškodily formování občanské společnosti, a tak nesou část viny na neblahé současnosti.⁵³⁵ Oba zmíněné přístupy ale sdílí výrazný optimismus, pokud jde o schopnost politické ideologie ovlivňovat vnímanou realitu.

Oproti této důvěře v abstraktní sféru ideologie a teorie se spíše domnívám, že naše schopnost porozumět realitě je omezena existujícím společenským uspořádáním a s ním spojenými konstitutivními příběhy. Tento aparát umožňuje vysvětlit, proč celé dekády trvající empirický výzkum rizik a nedostatků současného soudnictví měl velmi omezený vliv (v podrobnostech viz kapitola 1.1). Důraz na ochranu práv zůstává přes různě vedenou kritiku základním legitimizačním prostředkem soudní moci, protože jednoduše představuje základ politické představitivosti moderního věku. Jinými slovy, myšlenky konstitucionalismu spíše vysvětlují současný systém vlády, než by ho formovaly.

Můj příspěvek tento deduktivní myšlenkový aparát prozkoumá empiricky. Český Ústavní soud slouží jako soud poslední instance ve všech věcech a jak ukázal Jan Chmel, role soudce zpravodaje je rozhodující, pokud jde o míru vstřícnosti k ústavním stížnostem.⁵³⁶ Mým cílem je na vybraném vzorku prozkoumat, zda soud skutečně hmatatelně zlepšil postavení stěžovatelů, když stížnosti vyhověl a vrátil věc k dalšímu řízení. Vzorek případů je ovlivněn potřebou získat dostatečný časový odstup k vyhodnocení dopadů rozhodnutí o stížnosti (10 let).

Ve výsledku tedy příspěvek vyhodnotí rozhodnutí o ústavních stížnostech z roku 2007 u soudce zpravodaje, který ve prospěch stěžovatelů rozhodoval nejčastěji. Tím byl podle Terezy Papouškové a Jana Papouška Vojen Güttler s 10 % vyhověných stížností.⁵³⁷ Ještě vyšší míru

⁵³⁴ HALMAI, Gábor. Constitutionalism and Democracy. The Case of the New Fundamental Law of Hungary. *This Century's Review*, č. 1, roč. 2014.

⁵³⁵ BLOKKER, Paul. *New democracies in crisis?*, op. cit.

⁵³⁶ CHMEL, Jan. Zpravodajové a senáty: Vliv složení senátu na rozhodování Ústavního soudu České republiky o ústavních stížnostech. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 25 (2017), č. 4, s. 739 – 758, s. 757.

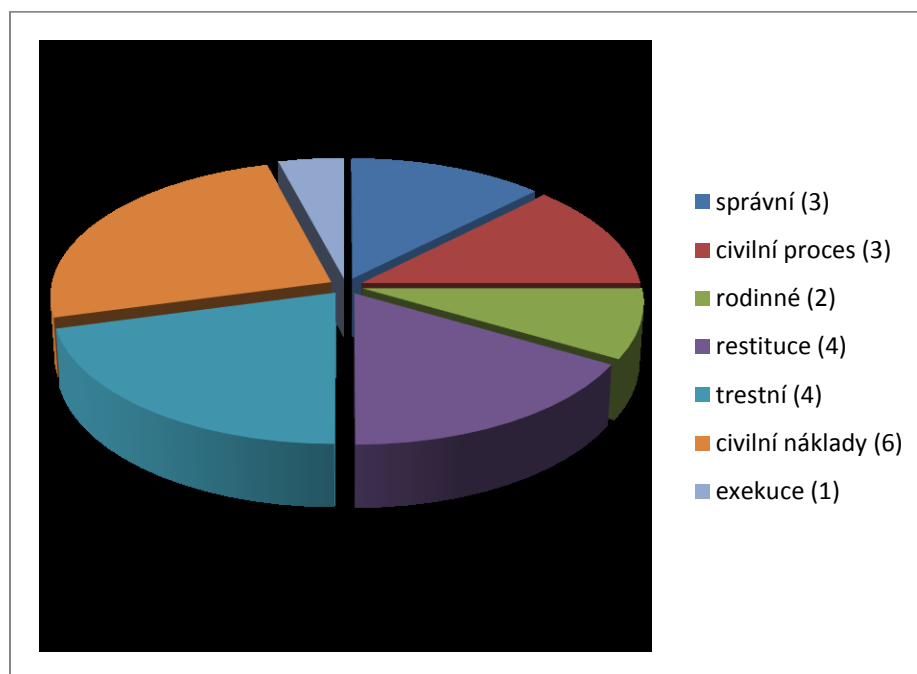
⁵³⁷ PAPOUŠKOVÁ, Tereza. Papoušek, Jan. Ústavní soudci v kvantitativní perspektivě. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 25 (2017), č. 1, s. 73 – 92, s. 88.

vyhovění měli dosud místopředsedové Ústavního soudu Eliška Wagnerová a Miloš Holeček.⁵³⁸ Místopředsedové se však senátního rozhodování účastní jen v případě, že nahrazují nepřítomného soudce. Miloš Holeček tak za 10 let svého funkčního období (1993 – 2003) rozhodl jen o 234 ústavních stížnostech, Eliška Wágnerová pak mezi lety 2002 a 2012 o 1705 stížnostech.⁵³⁹ To odpovídá asi 170 ročně, přitom Vojen Güttler rozhodl ve zvoleném roce o 240 stížnostech. Protože by tak vzorek u místopředsedů mohl vykazovat značné abnormality, rozhodl jsem zkoumat vzorek případů nejvíce vstřícného řadového soudce, tedy Dr. Güttlera.

5.1 Vzorek, deduktivní předpoklady a jejich (ne)naplnění

Jak už jsme viděli, Vojen Güttler rozhodl v roce 2007 jako soudce zpravodaj o 240 ústavních stížnostech.⁵⁴⁰ Vyhověl 24 z nich, statistickou náhodou tak úspěšnost zrovna v tomto roce odpovídá jeho dlouhodobé míře vstřícnosti za 20 let ve funkci, jde o stejných 10 %. Je tak otázkou, jestli je větší vstřícnost spojena s dobou formování Ústavního soudu a větším množstvím excesů všeho druhu v té době, jak v jedné z hypotéz zkusmo spekulují Papouškovi.⁵⁴¹ Pokud jde o právní materii, je vzorek 24 případů zachycen na následujícím obrázku.

Obrázek 4. Rozložení vzorku podle právních odvětví



⁵³⁸ Tamtéž, s. 87 – 88.

⁵³⁹ Tamtéž, s. 80.

⁵⁴⁰ Pokud dále nebude uvedeno jinak, pocházejí data o počtu případů ze systému NALUS a následného vlastního výpočtu.

⁵⁴¹ PAPOUŠKOVÁ, Tereza. Papoušek, Jan. Ústavní soudci v kvantitativní perspektivě., op. cit., s. 89.

Metodologicky moje práce spočívala ve snaze získat od soudů konečné rozhodnutí v dané věci. Soudům, u kterých jsem nabyt dojmu, že mohly mít k dispozici konečný spis, jsem poslal zdvořilý email s vysvětlením mého výzkumného záměru. Expresivnímu odkazu na zákon o svobodném přístupu k informacím jsem se snažil vyhnout, avizoval jsem snahu věc řešit méně formálním způsobem a jen na konci zprávy jsem uvedl, že pokud je třeba o materiály žádat podle informačního zákona, tak tímto činím, a uvedl jsem patřičné údaje, aby mohla být zpráva považována za žádost podle tohoto zákona. Můj postup uspěl u některých venkovských soudů, ze kterých mi zavolali, doptali se, co přesně chci a obratem poslali. Zadrhl se v některých velkých městech, kde občas používali mírné obstrukce, a některé soudy z velkých měst si vyložily uvedení adresy tak, že chci informace poslat poštou (pravda, mohl jsem být ve zprávě jasnější).

Nakonec se mi podařilo získat informace o konci většiny kauz, kromě několika pražských a jedné budějovické, kde byla komunikace se soudy horší (Městský soud v Praze na moje zprávy vůbec neodpovídal). V jednom případě jsem soud o součinnost nežádal, protože dopad na stěžovatele byl jasný ze soudních databází. Šlo o kauzu, kde Ústavní soud rozhodl nálezem pod sp. zn. I. 578/06 ze dne 14. března 2000. Ve věci obecný soud odmítl jako opožděné odvolání ve věci podjatosti, protože se podle chybného údaje své faxové schránky domníval, že byla doručena až po půlnoci (lhůta k odvolání skončila právě o té půlnoci). Ústavní soud sice vyhověl stížnosti, ale stěžovatel v samotné věci vůbec neuspěl, kauza skončila odmítnutím dovolání ze strany Nejvyššího soudu (usnesení pod sp. zn. 29 Cdo 1664/2007). Zbývá tedy 23 nálezů, zde uvádím čtyři případy, kde se mi nepodařilo získat konečné rozhodnutí, spolu s vysvětlením.

Tabulka 7: Případy, kde se mi nepodařilo získat finální rozhodnutí

Sp. zn. ÚS	Právní podstata věci	Předchozí sp. zn.	Důvod nezjištění finálního rozhodnutí a dopad nezjištění
I. 260/06 ze dne 24. 1. 2007	Zahrnutí Letiště Praha s.p mezi povinné subjekty podle informačního zákona (správní právo, informační zákon)	MS Praha 11 Ca 298/2003-39 NSS 6 As 52/2004-67	Nekomunikace ze strany MS v Praze. Nález nicméně měl velký precedenční efekt, takže nezjištění individuálního dopadu není tak závažné (díky dalším možnostem obstrukcí ale žadatel stejně informace dostat nemusel)
I. 539/06 ze dne 21. 8. 2007	Požadování poplatku za žalobu na ochranu osobnosti, která ale představuje požadavek na náhradu za trest odnětí svobody, značné průtahy (12 let) (civilní proces)	MS Praha 34 C 73/2005-34 VS Praha 1 Co 93/2006-41	Nekomunikace ze strany MS v Praze. Případ představuje exces proti ustálené judikatuře. Nerespektování nálezu by bylo překvapivé.
I. 704/06 ze dne 29. 8. 2007	Výživné - nezohlednění poklesu příjmů exmanžela během procesu (rodinné právo)	KS ČB 5 Co 1567/2006-436 OS Prachatice 3 NC 112/2004-370	Složité komunikace s KS v Českých Budějovicích, v kauze jsou procesní nejasnosti (rodina žila v Rakousku). Atypická agenda pro ÚS, omezený význam pro stěžovatele (rozhodnutí o výživném netvoří překážku věci rozhodnuté).
I. 1628/07 ze dne 29. 11 2007	Náhrada nákladů za odškodnění zastupování v trestním procesu (asi 21 tisíc korun), který zrušil trest odnětí svobody nepodmíněně na 8 měsíců z roku 1930, vykonaný předkem stěžovatelky (starý trestní proces/v grafu jako civilní kauza-návazná náhrada škody)	MS Praha 12 Co 90/2007 OS P6 7 C 143/2005	Obvodní soud pro Prahu 6 dosud hledá spis v archivu. Nezvyklý případ, výklad trestního řádu z roku 1961 ve znění do 30. 6. 1969 (odsouzený zřejmě v 60. letech zemřel)

Po odečtení těchto čtyř a výše zmíněné kauzy dohledatelné pomocí databází judikatury zbývá 19 případů. Jak už bylo řečeno, Vojen Güttler byl v roce 2007 dlouhodobě nejvstřícnější soudce. V roce 2007 již také sloužil jako soudce velmi dlouho (od roku 1993) a z přehnaného sentimentu či horlivosti nově jmenovaného soudce jej také podezírat nelze. Z hlediska teorií prezentovaných v předchozích částech jsem měl nicméně pocit, že bych mohl deduktivně očekávat následující výsledky analýzy:

1. Protože vyhovoval v hodně případech, dalo by se očekávat, že preferuje individuální spravedlnost před prospektivním působením precedentů. To by hovořilo pro omezený precedenční rozsah jeho judikatury.
2. Pokud by se skutečně zaměřoval na dosažení individuální spravedlnosti, mohl by výzkumník čekat určitý počet případů, kdy bude za účelem individuální spravedlnosti značně zohýbáno právní odůvodnění.

3. Z častého vyhovování by se dal také dovozovat předpoklad silné rezistence obecných soudů, protože Ústavní soud má omezené procesní prostředky, jak je donutit následovat svoji judikaturu, pokud se účastníci neodhodlají k další ústavní stížnosti (ale pak stejně sám Ústavní soud nemůže věc sám rozhodnout).

Nebudu čtenáře napínat, žádný z těchto předpokladů se nenaplnil. Předně měly dva nálezy významný precedenční efekt, a jedním z nich je paradoxně nález pod sp. zn. I. ÚS 260/06 ze dne 24. 1. 2007, výše uvedený jako první v tabulce případů, kde se mi nepodařilo dohledat konečné rozhodnutí. Nevím tedy, jestli se tedy Městský soud nakonec musel odhodlat k nařízení poskytnout informaci, ostatně bych to ani nemusel zjistit. Žadatel o informaci mohl také snahu získat údaje vzdát, což bych z judikatury nezjistil. Nález má nicméně dodnes významný precedenční efekt, a je zajímavé, že tehdy Nejvyšší správní soud vyřazoval z povinných subjektů Letiště Praha, tehdy ještě jako státní podnik. Tehdy byl to jistě hájitelný právní názor, ale v dalších judikátech měl NSS spíše tendenci pojem povinný subjekt vykládat extrémně extenzivně, a zařadil do něj dokonce i ČEZ, a.s., jako ryze komerční společnost obchodovanou na burze, než jej nedávný nález opět vyřadil (nález ÚS pod sp. zn. IV. ÚS 1146/16 ze dne 20. června 2016).

Druhý nález s významným precedenčním efektem se rovněž týkal správního práva, v tomto případě místních referend. Šlo o nález pod sp. zn. I. ÚS 101/05 ze dne 13. března 2007, na poměry dr. Güttlera tedy ležel na Ústavním soudu relativně dlouho. V tomto nálezu Ústavní soud umožnil konat místní referenda ve věci územního plánu, pokud je dosud ve stádiu návrhu. To se rutinně děje, jak vyplývá z přehledu místních referend vedených Ministerstvem vnitra (viz odkaz v poznámce pod čarou, je třeba rolovat po stránce až dolů, tam je ke stažení excelovská tabulka).⁵⁴² Příprava územního plánu je nicméně přenesenou působností.⁵⁴³ V místním referendu se hlasuje o záležitostech v samostatné působnosti.⁵⁴⁴

Především je ale podstatou místního referenda jeho závaznost,⁵⁴⁵ nezávaznou anketu by si samozřejmě mohla každá obec udělat i bez zákona. Lépe formulované otázky pro místní referendum ohledně územního plánování přitom skutečnost, že se věcně blíží anketě, pěkným způsobem ilustrují. Jde o otázky typu „*Souhlasíte, aby obec Dolní Lhota podnikla veškeré kroky v samostatné působnosti, aby zabránila stavbě silnice XY.*“ Hezky tak ilustrují závaznost vyššího stupně plánovací dokumentace pro obec, místní referendum je tak

⁵⁴² *Seznam konaných místních referend* [Online]. MV [cit. 2018-07-20]. Dostupné na: <http://www.mvcr.cz/clanek/obcanske-aktivity-118893.aspx?q=Y2hudW09MQ%3d%3d>

⁵⁴³ § 5 odst. 2 stavebního zákona z roku 2006.

⁵⁴⁴ § 6 zákona o místním referendu z roku 2004.

⁵⁴⁵ Srov. § 48 zákon o místním referendu.

přetvářeno do podoby „furovacího“ argumentu pro zástupce obce, vyslané na jednání s krajským úřadem. V samotné kauze rozhodované dr. Güttlerem stěžovatel ztratil na věci zájem (patrně záležitost přestala být v obci aktuální) a vzal zpět správní žalobu, takže Krajský soud v Praze řízení zastavil usnesením pod sp. zn. 44 Ca 102/2004-65.

Pokud mohu předbíhat, oba dva tyto správní judikáty s výrazným precedenčním efektem jsem zařadil do kategorie případů, ve kterých Ústavní soud samotnému žadateli v podstatě nepomohl. V prvním případě jde o věc informačního zákona mimo osobní sféru žadatele, v druhém případě si sice stěžovatel vynutil variaci místního referenda v podobě ankety, ale pak od svého záměru upustil. Na druhou stranu dva judikáty s výrazným precedenčním efektem je hodně: pokud by každý řadový soudce Ústavního soudu vydával dva významné precedenty ročně, šlo by celkem o 24 případů. Preskriptivní charakter rozhodnutí vysokých soudů ostatně taky není překvapivý, jen nehraje s naší momentální představou soudů jako ochránců práv, kde vyšší soudy chrání práva více: jsou přece vyšší. Leviatonovo chapadlo v nich vidí málokdo (srov. kapitola 1.1).

Druhý předpoklad mířil k výskytu rozhodnutí, která naopak nebudou mít prakticky žádný precedenční účinek, protože půjde o velmi komplikovaně ohnutá právní odůvodnění, zručně napasovaná na ne zcela zákonodárcem očekávanou situaci. Bylo pro mě dosti překvapivé, že jsem takový v čisté podobě nenalezl. V širším pojetí této kategorie bych do něj zařadil nález pod sp. zn. I. 1628/07 ze dne 29. 11. 2007 ohledně odškodnění za prvorepublikové odsouzení předka na 8 měsíců do vězení (shodou okolností jde také o případ, kde jsem dosud nezískal finální rozhodnutí obecných soudů). V daném případě vyšly zřejmě najevo v nálezu nepopsané nové skutečnosti, protože okresní soud v březnu 2003 povolil ve věci obnovu řízení, a nakonec byl již zemřelý otec stěžovatelky zproštěn obžaloby ze zločinu porušení subordinace podle trestního zákoníku účinného v roce 1930 rozsudkem pod sp. zn. 4 T 50/2004 ze dne 22. března 2004.

Předmětem sporu byla ovšem náhrada nákladů za právní zastoupení ve výše uvedeném trestním řízení ve výši 21 396 korun. Tuto částku odmítlo Ministerstvo obrany proplatit. Stěžovatelka vystupovala ve výše uvedeném řízení společně se svojí sestrou, proto požadovala v řízení před obecnými soudy polovinu částky, 10 696 korun. Obecné soudy se s jejím názorem neztotožnily, protože se narodila až v roce 1940, tedy asi 10 let po věznění jejího otce. Trestní řád v 60. letech přitom umožňoval v §§ 371 – 373 náhradu jen osobě zkrácené na výživě, což nebyla, protože v době věznění se ještě nenarodila. Z nálezu není zcela jasné, proč obecné soudy a Ústavní soud používají trestní řád z roku 1961 ve znění do 30. června 1969, domnívám se, že otec v té době zemřel.

Ústavní soud se pak ve zbytku nálezu pokouší dovodit, že vynaložené prostředky na soudní obhajobu zemřelého otce jsou v případě úspěchu vlastně majetkovou škodou způsobenou ze strany státu, a Listina přikazuje, aby byly staré předpisy interpretovány v jejím rámci: tedy ustanovení o náhradě škody a újmy za vykonaný a později zrušený trest je třeba vykládat natolik extenzivně, že pojmu i stěžovatelku. To je poměrně dovedně zkonstruovaná linie, úspěšně se vyhýbající otázce, zda má stěžovatelka subjektivní právo na náhradu škody, když jí osobně vlastně škoda nevznikla (to je vlastně linie obecných soudů). Za úvahu nicméně stojí otázka, proč procesní předpisy umožňují stěžovatelce iniciovat obnovu řízení, a pak ji s odkazem na výjimku ve starých procesních předpisech nepřiznají náhradu nákladů řízení, když je přitom přiznávání náhrady nákladů základním pravidlem českých procesních předpisů.

Posledním předpokladem bylo očekávání relativně vysoké rezistence obecných soudů, bránící své textualistické linie před z jejich pohledu podivnými hodnotovými konstrukcemi. Že takový předpoklad nemusí odpovídat skutečnosti, napověděla už minulá kapitola, kde se nejrozhodněji (netvrším, že z hlediska práva nejsprávněji) postavili k otázce zveřejňování platů řadoví civilní soudci okresních soudů, tedy, mohu-li si dovolit metaforu, pěšáci justice. Polovinu ze čtyř rezistencí tvořily dvě restituční kauzy, zajímavé je, že ve dvou dalších naopak obecné soudy názor Ústavního soudu promptně převzaly (viz níže v části věnované případům, kde případy ze vzorku stěžovatelům významně materiálně pomohly). Další případ rezistence je případ sporu o urážku na cti související s ranými 90. lety ve specifickém prostředí vysoké školy. Strany sporu zřejmě dosti obstruovaly, a ani brněnským soudům se do sporu moc nechtělo. Spor byl nakonec rozsouzen v roce 2013. Asi nejsmutnější je poslední případ, kdy byla invalidní důchodkyně prakticky chybou právního zástupce odsouzena k náhradě nákladů řízení ve výši přes 100 tisíc korun, přestože ve sporu nakonec zvítězila. Vysoké náklady vznikly v důsledky vysoké nárokové částky v jedné z fází řízení a následného zpětvzetí žaloby. Při komunikaci s Krajským soudem v Hradci Králové vyšlo najevo, že v řízení se stále pokračuje, byť s dědici, protože stěžovatelka již zemřela.

Tabulka 8: Případy, kde byla zaznamenána rezistence obecných soudů

Sp. zn. ÚS	Právní podstata věci	Popis rezistence
I. 722/05 ze dne 7. 3. 2007	Podjatost soudce v důsledku novinového rozhovoru – v rámci kauzy šlo o 14 let trvající spor o čest. (civilní proces)	Vleklý spor ohledně nazvání člena KSČ na VUT v Brně kariéristou, obecné soudy věc rozhodly po mnoha obstrukcích až v roce 2013.
I. 347/05 ze dne 27. 6 2007	Kombinace různých forem nátlaku při prodeji majetku za komunismu, cena sice odpovídala cen. předpisům, ale byla z valné části započítána proti fikt. pohledávkám, plus značné průtahy. (restituce)	V roce 2013 stěžovatelům Okresní soud ve Vyškově stejně nevyhověl s odkazem na zařazení do pozemkového fondu, v roce 2014 pak krajský soud řízení zastavil s tím, že věc není v pravomoci civilních soudů.
I. 800/06 ze dne 7. 8. 2007	Náklady za nepotřebné znalečné posudky, invalidní důchodkyně a sporný výpočet nákladů za situace částečného zpětvzetí žaloby (civilní náklady)	6. dubna 2018 jsem dostal od Krajského soudu v Hradci Králové usnesení o pokračování s dědici.
I. 761/06 ze dne 24. 10. 2007	Restituent na formuláři požadoval vydání jen nemovitostí, ne náhrady za inventář. (restituce)	Okresní soud provedl nové dokazování se stejným výsledkem – formulář existoval, stěžovatel se už dál neodvolal

5.2 Významná pomoc, morální zadostiučinění a taky třeba nic

V další kapitole bych se rád blíže podíval na případy, u kterých jsem našel výraznou pomoc pro samotného stěžovatele. Klasifikoval jsem tak čtyři a uvádím je v následující tabulce. Měl bych avizovat, že přiznání několika set korun či jednotek tisíc korun do této skupiny neřadím, ačkoliv si uvědomuji, že pro chudé lidi taková nemusí být taková suma banální (sám pocházím z relativně prostých poměrů). Na druhou stranu mi nepřijde na místě označit takový výsledek za významnou pomoc po často dlouhé litigaci.

Tabulka 9: Případy představující významný přínos pro stěžovatele

Sp. zn. ÚS	Právní podstata věci
I. 455/06 ze dne 9. 5. 2007	Soudy nezohlednily soustavný tlak na kněze, když ho tehdejší úřady donutily prodat majetek. Okresní soud ve Znojmě nález okamžitě akceptoval a jeho rozsudek nabyl právní moci. (restituce)
I. 779/06 ze dne 27. 6. 2007	Připuštění svědeckých výpovědí při sporu o to, jak bylo kdysi vypořádáno SJM, ÚS používá termín „faktické vypořádání SJM.“ V důsledku stěžovatele zůstalo právo nájmu. Okresní soud v Rakovníku věc akceptoval, stejně jako KS v Praze (civilní proces)
I. 1236/07 ze dne 17. 10. 2007	Obchodní spor týkající technické otázky, sporná byla úhrada nákladů řízení, ve smlouvě byl použit termín „ložné manipulace.“ Městský soud závěry ÚS přijal a přiznal žalovanému dříve odírané náklady. (civilní náklady)
I. 676/07 ze dne 12. 12. 2007	Obecný soud v rozporu s ustálenou judikaturou vydal předběžné opatření proti zákazu převodu bytů z družstva, navržené věřitelem družstva. Obvodní soud pro Prahu 5 závěry ÚS akceptoval, předběžné opatření zrušil, a členové družstva si tak mohli převést byt do vlastnictví. (civilní proces)

Čtyři restituční kauzy rozhodnuté dr. Güttlerem v roce 2007 se tak přesně dělí na poloviny, pokud se vezme v úvahu jejich další vývoj (restituce se týkal ještě nález pod sp. zn. I ÚS 35/06 ze dne 28. února 2007, ale tam šlo spíše o procesní otázky, proto je zařazen níže mezi „marginálními“ věcmi, a v grafu mezi civilní proces). Výše zmíněné dvě kauzy skončily nakonec úspěšnými obstrukcemi, v dalších dvou kauzách shrnutých v této tabulce však soudy promptně nařídily majetek vydat. V dalších dvou případech nálezy pomohly lidem bydlícím v bytech. V jednom případě Ústavní soud uznal na rozdíl od obecných soudů méně tradiční vypořádání společného jmění manželů, jehož obsahem bylo mj. nájemní právo k bytu. V druhém případě pak odstranil zjevný exces, kdy již vysoké soudy v řadě případů judikovaly, že převod bytu do vlastnictví nájemníka byl v podobných případech ex lege, a tudíž mu nelze bránit s poukazem na pohledávky vůči družstvu. Na druhý pohled je faktem, že právní situace věřitelů bytových družstev v takové situaci nebyla zrovna růžová, v extrémním případě jim mohlo zbýt jen prázdné družstvo bez majetku.

Posledním případem z této skupiny je pak ryze obchodní spor mezi Správou železniční dopravní cesty, s.o. a společností Setto logistika s.r.o. Ty spolu uzavřely smlouvu o nájmu prostor v nákladovém nádraží Žižkov, přičemž společnost Setto měla získat 50% slevu na nájmem, pokud provede za měsíc určitý počet „ložných manipulací.“ Racio slevy leželo v uzavření smlouvy právním předchůdcem SŽDC, ještě integrované státní organizace České dráhy, provozující jak infrastrukturu, tak dopravu. Sleva teda byla navázána na určitý počet naložení či vyložení vagónů, měla tedy ekonomický smysl. Podstatou podmínky totiž bylo, že nájemce bude pronajatý prostor využívat v souvislosti s nakládáním a vykládáním vagónů, a tedy v souvislosti s nákladní železniční dopravou. SŽDC však tvrdilo, že společnost Setto

v určitém období počet naložení či vyložení nesplnila, a zažalovala společnost Setto o doplacení již odečtené slevy. U obecných soudů se ukázalo, že výpočet SŽDC byl nesprávný a společnost Setto podmínky slevy splnila. Obvodní soud pro Prahu 3 také přiznal žalované úhradu nákladů řízení ve výši 51 670 korun.

Městský soud nicméně v odvolacím řízení změnil výrok o nákladech řízení tak, že se žalovanému nepřiznávají, byť byl plně úspěšný ve věci. Podle něj došlo k naplnění podmínek § 150 občanského soudního řádu, protože obě smluvní strany vyvolaly nejasnost nepřesnou formulací termínu „ložné manipulace,“ od jejichž počtu se měla sleva odvíjet. Ústavní soud přesvědčivě vyložil, že nedává smysl, aby soud přiznal žalovanému plný úspěch, a pak ho obvinil z vyvolání nejasnosti při formulaci právního jednání. Navíc ze spisového materiálu jasně vyplývalo, že ložné manipulace byly v té době běžně používaný technický termín v železniční dopravě, jehož obsah ani nebyl předmětem sporu (tím byla evidence počtu těchto technických úkonů). Ústavní soud nakonec připomněl, že SŽDC v odvolání nic o nejasnosti ujednání netvrdila a nepřiznání nákladů žalované ani nenavrhla, Městský soud tak vybočil z dispoziční zásady civilního řízení. Městský soud nicméně chybu promptně uznal a náklady žalovanému přiznal.

Všechny případy v této kategorii představují pro stěžovatele skutečnou pomoc. Vkrádá se nicméně myšlenka, že jde o značně středostavovské kauzy. Pokud bych si mohl dovolit parafrázovat Abrahama Lincolna, představují pěknou ilustraci současného industriálního státu jako *vlády střední třídy, pro střední třídu a střední třídou*. Nerad bych však působil přehnaně kriticky, moderní středostavovský způsob motivace výplatami považuji za značný civilizační pokrok.

V následující tabulce bych rád naopak shrnul případy, kde nálezy představovaly pro stěžovatele stěží měřitelný přínos. Paradoxně tam spadají obě kauzy s výrazným precedenčním charakterem a kauza, u které nebylo třeba zjišťovat výsledné rozhodnutí komunikací se soudy, protože bylo ve veřejných soudních databázích.

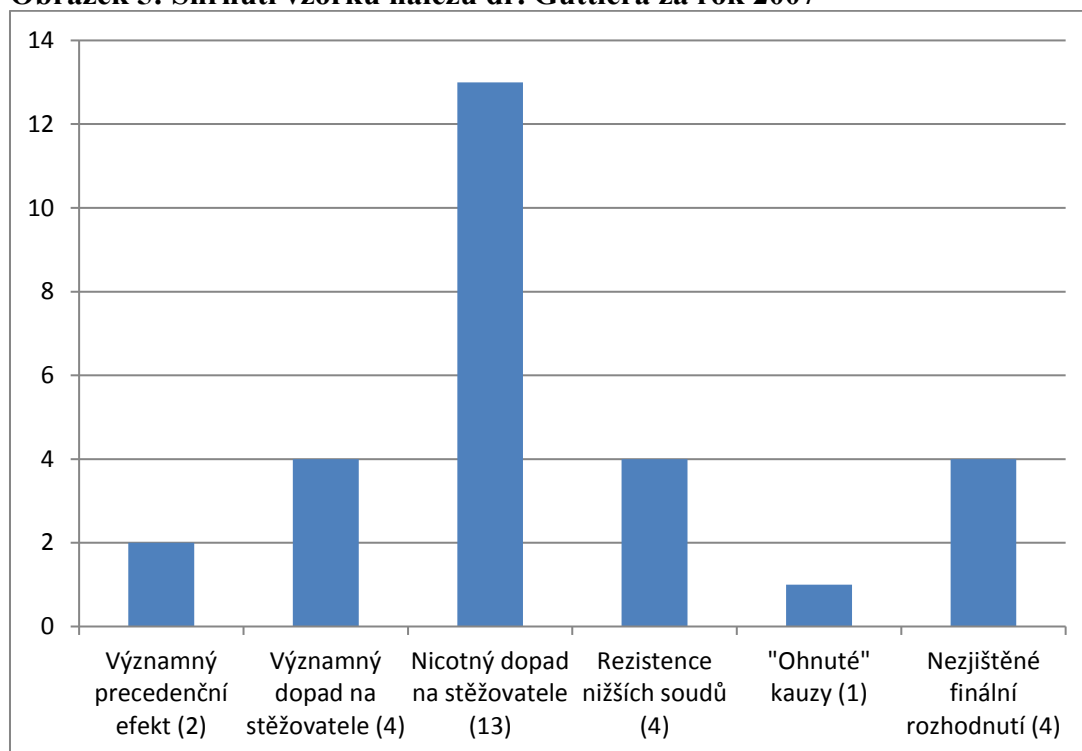
Tabulka 10: Kauzy s marginálním dopadem na stěžovatele

	Sp. zn. ÚS	Popis kauzy s důvody, proč považují přínos pro stěžovatele za marginální
1	I. 260/06 ze dne 24. 1. 2007	Významný precedenční efekt, rozšiřující výklad pojmu „povinný subjekt“ v informačním zákoně. Stěžovatelovy osobní sféry se však případ vůbec netýkal. (správní právo – informační zákon)
2	I. 101/05 ze dne 13. března 2007	Stěžovatel dosáhl rozšíření možnosti pořádat místní referenda i ve věcech územního plánování, ale pak vzal žalobu zpět. (správní právo – místní referendum)
3	I. 578/06 ze dne 14. března 2007	Oprava procesního excesu, která ale měla nulový dopad na samotný spor. (civilní proces)
4	I. 626/06 ze dne 25. 1. 2007	Náhrada nákladů za znalecký posudek při reklamaci bot – nepřiznáno 3 450 Kč. Jde o jediný nález ze vzorku, kde je přiložen disent. Ivana Janů měla po mém soudu správně za to, že věc nemá ústavní rozměr. Městský soud sice nález respektoval, ale v rozsudku se snažil umenšit jeho precedenční efekt. (občanské právo)
5	I. 563/06 ze dne 1. 2. 2007	Nařízení pozorování v psychiatrické léčebně podle § 116 trestního řádu bez řádných důvodů, exces proti R 25/1967 a R 24/1990. Lékař, který měl obžalovaného pozorovat, však usoudil, že to není třeba, a vyhotovil ambulantní posudek. Před vydáním nálezu nabyt ve věci 7. března 2006 právní moci trestní příkaz. (trestní proces)
6	I. 35/06 ze dne 28. 2. 2007	V restituční kauze došlo ke změně názoru odvolacího soudu bez možnosti vyjádření stran, po Nálezu krajský soud věc znovu projednal se stejným výsledkem, byť s odlišným odůvodněním a stěžovatel už další dovolání či ústavní stížnosti nepodával. (civilní proces)
7	I. 527/06 ze dne 7. 3. 2007	Obecné soudy nezohlednily při změně výživného, že matka má nového druhu, přispívajícího na domácnost. Obecné soudy po nálezu přiznaly stejné výživné, otec vzal návrh zpět. Rozhodnutí zde netvoří překážku věci rozhodnuté. (rodinné právo)
8	I. 236/05 ze dne 4. 4. 2007	Špatná právní kvalifikace v trestní věci. Soudy nález akceptovaly a kvalifikaci změnily, ale uložily úplně stejné tresty. (trestní právo hmotné)
9	I. 695/06 ze dne 11. 4. 2007	U kvalifikace zásadně vylučující vazbu je možné vazbu uvalit, pokud pachatel po obvinění pokračuje v páchání útoků, ale nikoliv při spáchání několika útoků PŘED obviněním, exces proti I. ÚS 783/04 a I. ÚS 98/05, nález částečně překonaný II. ÚS 96/09 (zpravodaj dr. Balík/nález je s disentem dr. Nykodýma). Ve vazebním spise nejsou žádné materiály po nálezu, nejspíš byl pachatel vzhledem k obvykle značně rychlému trestnímu řízení před okresními soudy již odsouzen (vazba na něj byla uvalena 8. září 2006, nález je z 11. dubna 2007). (trestní proces)
10	I. 677/03 ze dne 9. 10. 2007	Odsouzený byl odsouzen jen na základě čtení protokolu z kontroly FÚ proti obžalovanému, přitom nebyly jiné důkazy. Obecné soudy dokazování doplnily a uložily stejný trest. (trestní proces)
11	I. 1153/07 ze dne 1. 11. 2007	Neoprávněná forma vyměření poplatku v exekučním řízení, exekutor navíc zvýšil poplatek po podání námitek ze strany povinného (šlo celkem asi o 11 tis. korun). Obecné soudy nález respektovaly, stěžovatel nicméně získal zpět 1 785 korun. (exekuce)

12	I. 1531/07 ze dne 12. 11. 2007	Spor o úhradu nájemného, soudy neodůvodnily náklady. Obecné soudy nález respektovaly, žalobce získal 800 korun. (civilní náklady)
13	I. 487/04 (sic) ze dne 28. 11. 2007	Příslušník federálního policejního sboru byl neoprávněně propuštěn rozhodnutím dne 30. července 1991 ještě před účinností úpravy, která umožňovala soudní přezkumu takového rozhodnutí, šlo o § 118 zákona č. 334/1991 (nabyl účinnosti 27. srpna 1991). Policista se pak pokouše dosáhnout svého práva různými cestami, mj. i civilní žalobou o určení, zda jeho služební poměr k policii trvá. Proti rozhodnutím civilních soudů podal stěžovatel stížnost, jejímž výsledkem je tento nález. Civilní soudy měly tendenci nález respektovat a určit, že jde o policistu, nicméně jejich snahu zastavil rozsudek NSS pod č. j. 6 Ads 181/2009 – 191 ze dne 3. června 2010. Podle něj má stěžovatel smůlu, protože jeho advokát nepodal proti jednomu z dosti zmatených rozhodnutí Městského soudu v roce 1995 (kdy vůbec nebylo jasné, jak takové věci soudit) ústavní stížnost. Je skutečně možné, že lepšímu advokátu by se ve věci podařilo uspět. (správní právo – služební poměr)

Nejzajímavější je asi poslední kauza pod spisovou značkou I. 487/04. Z obsáhlého množství judikatury vzniklé v kauze lze usuzovat na dvě okolnosti. Advokát stěžovatele očividně nebyl příliš zručný, na druhou stranu si soudy s případem neuměly dobře poradit a kauzu si přehazovaly. Nakonec ho Nejvyšší správní soud relativně odbyl poněkud formalistickým argumentem, že v roce 1995 nepodal ústavní stížnost. Vzhledem k tomu, o jak neujasněnou otázku tehdy šlo, je dost dobře možné, že by se stížností neuspěl. Pak tedy měl nárok na zařazení do policejního sboru? O neoprávněnosti propuštění přitom v kauze není sporu, protože byl propuštěn kvůli obvinění z trestného činu, které však bylo záhy zrušeno. Spolu s kauzou již zemřelé invalidní důchodkyně tak lze na vzorku identifikovat typ případů, kde je soudní pomoc těžko realizovatelná. Jsou to případy špatné právní pomoci. Advokátní komora přitom kvalitativní standardy, zjevně dosti nízké, prakticky nehlídá a spíše se zaměřuje na vyšší bariéry vstupu do profese. Otevřenější přístup k profesi advokáta by přitom mohl vést ke zvýšení kvality a díky konkurenčnímu boji vytlačit některé zjevně neschopné kolegy.

Obrázek 5: Shrnutí vzorku nálezů dr. Güttlera za rok 2007



Ve výše uvedené tabulce shrnuji schematicky výsledky zkoumání vzorku. Jednotlivé kategorie se prolínají, např. oba nálezy s výrazným precedenčním efektem jsou zároveň zařazeny v kategorii s nicotným dopadem na stěžovatele (jeden z nich je navíc mezi nezjištěnými finálními rozhodnutími). Ohnutá kauza je podmnožinou skupiny čtyř finálních rozhodnutí, která se mi nepodařilo získat. Všechny případy rezistence splňují také charakteristiku nicotného dopadu, ale v grafu v nich nejsou zahrnuty.

Tabulka 11: Průnik jednotlivých kategorií z grafu

	Významný precedent	Význam pro stěžovatele	Nicotný dopad pro stěžovatele	Rezistence	"Ohnutá kauza"	Nezjištěné finální rozhodnutí
Významný precedent (2)	x	0	2	0	0	1
Význam pro stěžovatele (4)	0	x	0	0	0	0
Nicotný dopad pro stěžovatele (13)	0	0	x	0	0	0
Rezistence (4)	0	0	byl by ve všech případech, ale v grafu jsou kategorie zvlášť	x	0	0
"Ohnutá kauza" (1)	0	neznámý, stěžovatelka mohla získat cca 11 tisíc korun	0	0	x	1
Nezjištěné finální rozhodnutí (4)	0	ve třech případech neznámý	1	neznámé	0	x

Jedním z poměrně zajímavých, avšak nepříliš originálních, zjištění ve výzkumu je skutečnost, že míra vstřícnosti může získat jiný obrázek, pokud se vezme v potaz typ případů, jež si daný soudce vybírá. Nejméně vstřícný soudce působící na Ústavním soudu v roce 2007 byl Vladimír Kůrka s dlouhodobou průměrnou mírou vyhovění ústavním stížnostem asi 3 %.⁵⁴⁶ V roce 2007 vyhověl na svoje poměry nadprůměrným 11 stížnostem, z toho je ale celých pět civilních.⁵⁴⁷ Vojen Güttler vyhověl za rok 2007 v 9 civilních věcech, což je sice stále skoro dvakrát tolik, ale rozdíl je výrazně nižší, než rozdíl v jejich dlouhodobé míře vstřícnosti. Ten je zhruba trojnásobný.

Naopak byl očividně dr. Kůrka mnohem méně vstřícný v jiných právních odvětvích, například žádný z jeho vyhovujících nálezů z roku 2007 se nezabývá rodinným právem. Značně diskutabilní výsledky dvou sporů o výživné, rozhodnutých dr. Güttlerem, napovídají, že možnosti vysokých soudů zapojit se do této agendy jsou omezené, a Nejvyšší soud by si zřejmě nevedl lépe, kdyby v těchto věcech bylo přípustné dovolání. Na první pohled by mohl zarazit nízký objem případů, chránící práva „první generace,“ pokud budeme pro tuto chvíli předpokládat, že něco takového existuje. Trestní kauzy řešil jen čtyři, dvě hmotné a dvě procesní. Hmotné kauzy vedly k propracovanějšímu odůvodnění ze strany trestních soudů, tresty uložily stejné. Procesní věci neměly na obžalované žádný vliv, protože v době vydání nálezu byli již odsouzení. To je však možná známka dobře fungující trestní justice.

Pokud jde o správní právo, nic na způsob nezákonného zásahu se také ve vzorku nevyskytlo, všechny tři správní kauzy byly velmi právně komplikované. Je pravděpodobné, že v této oblasti odvádí dobrou práci správní soudnictví. Pokud ale všechna práva ochrání jiné soudy, z čeho načerpá Ústavní soud svoji legitimitu? Už od první části nicméně víme, že jde primárně příběh, který si vyprávíme v rámci současné industriální společnosti. Leviatanovo chapadlo si svoji práci najde.

5.3 Závěr: Kelsenův soud?

Osobně mě překvapilo, že deduktivní přístup v rámci tohoto dílčího výzkumu vůbec nefungoval. Na vzorku překvapil výskyt dvou judikátů se silným precedenčním efektem. Nečekal jsem také většinou solidní úroveň právní argumentace, neohýbající platné právo extrémním způsobem za určitých ojedinělých okolností. Čekal jsem také podstatně větší rezistenci obecných soudů, byť je třeba říci, že když se k ní obecné soudy uchýlily, byly velmi

⁵⁴⁶ PAPOUŠKOVÁ, Tereza. Papoušek, Jan. Ústavní soudci v kvantitativní perspektivě. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 25 (2017), č. 1, s. 73 – 92, s. 88.

⁵⁴⁷ V roce 2008 pro srovnání vyhověl dr. Kůrka 5 stížnostem, 3 byly civilní, jedna věc exekuční a jedna daňová.

úspěšné: ve třech případech zcela. Jedno z těchto řízení sice ještě běží, ale už s dědici. Spor o urážku na VUT sice soudy nakonec v roce 2013 rozsoudily, ale se značnou nechtí a dalšími šestiletými průtahy (pokud dobře rozumím komplikovanému procesu, tak byl rozsouzen po zhruba 23 letech trvání konfliktu).

Výsledky výzkumu prezentovaného v této kapitole mi přišly, diplomaticky řečeno, málo zajímavé (neobjevil jsem nic na způsob podivných izraelských rozhodnutí, viz část 3). Ovlivněný americkou a izraelskou literaturou jsem přitom něco takového očekával. Když jsem navíc analyzoval ostře lidskoprávní nález ústavního soudu v kapitole 1.2, ukázalo se, že lidskoprávní argumenty tam slouží spíše instrumentálně.

To mě vedlo k myšlence se alespoň v rychlosti podívat na plenární agendu. Tu jsem měl v souladu s dnešním převažujícím míněním za méně podstatnou. Jinými slovy měl jsem stejně jako Marek Antoš za to, že Ústavní soud věnuje většinu energie vyřizování ústavních stížností.⁵⁴⁸ Podle systému nalus bylo nicméně ke květnu 2018 od vzniku českého Ústavního soudu 494 řízení o zrušení zákonů a jiných právních předpisů, pokud vyloučíme specifický přezkum obecně závazných vyhlášek na návrh Ministerstva vnitra (OZV navržené ke zrušení jiným subjektem jsou započítány). Nejvíce návrhů pocházelo od obecných soudů, ale jsou celkem málo úspěšné (287 návrhů, 61 úspěšných, tedy asi 20% úspěšnost). Suverénně nejvyšší úspěšnost mají prezident republiky a senáty Ústavního soudu, ale jde o velmi malý počet případů. Prezident uspěl v 9 případech ze 14, senáty ÚS v 11 ze 14.

Je pravda, že z prezidentské a senátní líhne vyšla řada nejvíce diskutovaných nálezů. Nicméně počet návrhů ze strany Parlamentu je výrazně vyšší, senátoři podali 94 a uspěli ve 30, poslanci pak 105, přičemž uspěli ve 40 věcech (úspěšnost asi 38 %). Při pohledu na výše uvedenou analýzu rozhodování o ústavních stížnostech na mě tak český Ústavní soud působí velmi kelseniansky. Marek Antoš argumentuje pro jeho nekelsenovskou povahu vysokým nápadem ústavních stížností.⁵⁴⁹ Tento pohled ve světle obsahu obvyklého rozhodnutí o ústavních stížnostech nesdílím. Pokud dobře počítám, zrušil český Ústavní soud ustanovení právního předpisu ve 151 případech. To je velmi vysoký počet ve srovnání se Spojenými státy a Izraelem a shoduje se s poznámkou Aleca Stone-Sweeta, že kontinentální ústavní soudy představují proti americkému Nejvyššímu soudu skutečně drastickou sekačku legislativy.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ ANTOŠ, Marek. Současné ústavní soudnictví: nepravý dědic Hanse Kelsena? *Jurisprudence*, 2017, č. 2, s. 36 -41, s. 41.

⁵⁴⁹ Tamtéž, s. 41.

⁵⁵⁰ STONE SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. ISBN 0-19-829771-8, 63 a násl.

Osobně nemám vzhledem k postmoderní orientaci zázračné nápady na zlepšení soudní soustavy, jako postmoderní optimista očekávám, že zlepšení přijde samo, až se zhroutí současné paradigma. Pokud bych měl zmínit některé drobnosti, na analýze ústavních stížností mi přijde prokázáno, že jde o značně neefektivní systém, zabývající se drobnými nároky, soudu přitom chybí právní prostředky rozhodnutí prosadit, popř. přímo rozhodnout, pokud je to v rámci rezistence třeba. Senátní rozhodování se ukazuje také jako spíše iluzorní.

Z textu dizertace je zřejmě značně cítit anglofonní afinita. Nejvyšší soud angloamerického typu by se mi tak líbil více. Sedm, nebo vyzkoušených devět soudců by také mohli dobře hrát deliberativní roli. Zda ponechat ústavní přezkum ústavnosti je těžkou otázkou, jak jsme viděli v části 2.2, komparativních argumentů v jeho prospěch není hodně. Myslím ale, že je minimálně u nás důležitou součástí příběhu, jak si hezky chráníme lidská práva. Než si vymyslíme nějaký lepší, může možná ještě dobře posloužit.

6 Závěr

Co napsat do závěru postmoderně ironické práce? Prací se vedla linka značného optimismu z budoucnosti, spojeného s ambivalentním realismem přítomnosti. Snížili jsme drasticky míru násilí ve společnosti, alespoň tu viditelnou, a naše modely společenské regulace vykazují někdy dokonce jistou eleganci. Optimista má na druhou stranu černé brýle týkající se současnosti. Pokud někdo věří v pokrok, věří zároveň i na existenci doby, kdy budou naše hodnoty brány jako barbarské rituály. Nejde jen o kouření, drogy a násilí. Při bližším zkoumání se ukazuje, že lidská práva nejsou chráněna soudy, nebo alespoň ne tak, jak si běžně představujeme. Nemám ale iluzi o vlivu této práce. Současný nosný příběh spadne, až množství rozporů naplní kritické množství. Navíc stále zůstávám ironikem – bytí stranou dějin mi tak není na obtíž.

Se změnou na úrovni kritického množství je ale spojena ještě jedna potíž. Množství českého empirického materiálu týkající se ústavního práva a soudů zvláště rychle roste, a někdy je spojeno s nadějí, že při překročení určité úrovně znalostí vysvitne slunce vědy a ozáří dosavadní temnotu. Komparativní zkušenost musí výzkumníka zklamat. Empirických, doktrinárních, ba i normativních prací o Izraeli je přešel, neřku-li o Spojených státech. Přitom všechny tři zkoumané státy vykazují substantivní krizi politiky, a to mají odlišnou historii, politický systém i kulturní zázemí. Zvláštní vliv mezinárodních soudů se přímo nepotvrdil, k dalšímu výzkumu je však otázka, proč ručí český Ústavní soud právní předpisy v tak masovém měřítku. Hypotézou by mohla být snaha napodobit Německo a Francii, to je již ale mimo rámec této práce.

Krise politiky společná všem zkoumaným státům navíc vede ve všech třech zemích k posilování soudů. Přes množství literatury na toto téma jsou efekty „delegace“ zákonodárce na soudy nejasné. Český správní soudce Šimka, vzděláním i politolog, považoval za takovou delegaci platovou kauzu, rozebranou ve čtvrté části této práce. Podle zde předložené analýzy se nicméně přístup soudů od parlamentu příliš neliší, s trochou nadsázky by se výměna obsáhlé množství judikatury v této kauze dala přirovnat k ministerským oběžníkům, radícím se o určité exekutivní otázce.

Zdá se tedy, že personální posilování soudů velmi kvalitními soudci a promyšlenější přístup k souzení a činnosti parlamentu může konec naší raně průmyslové doby oddálit. Abych se ale vrátil k fúzi optimismu s optimismem, jednou stejně nevyhnutelně zanikne. Doufám, že alternativa bude lepší. Ale jsem si téměř jistý, že nejhorší, co můžeme dělat, je kopat před

sebou plechovku současných teorií. To v rámci této práce znamená trvání na posilování soudnictví, spojené s přesvědčením, že by snad takový vývoj mohl třeba i za cenu obětování demokracie na oltář majetkových svobod společnosti prospět. Podle mě je to však stejná cesta do velmi nelákavého režimu, jako pravicový populismus s jeho internací „nepřizpůsobivých.“ A co je nejhorší, taková regrese by na řadu let mohla odsunout moji jistě přicházející dobu skutečné modernity, střídající současnou modernitu ranou. Jistě, trochu žertuji.

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

- ANTOŠ, Marek. Současné ústavní soudnictví: nepravý dědic Hanse Kelsena? *Jurisprudence*, 2017, č. 2, s. 36 – 41.
- ASKARI, Daniel. Zrušení derogačního ustanovení zákona nálezem ústavního soudu: kritická analýza dosavadní judikatury a nástin možného řešení do budoucna. *Jurisprudence*, č. 6, roč. 2015, s. 32 – 38.
- ASKARI, Daniel. *Ochrana práv menšin versus rozhodnutí se silnou demokratickou legitimitou*. In ANTOŠ, Marek. WINTR, Jan. *Ústavní teorie*. Praha: PF UK, 2015, s. 17 – 30.
- BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, ISBN 0-691-12017-X.
- BARAK, Aharon. Human Rights In Israel. *Israel Law Review*, roč. 39 (2006).
- BARAK, Aharon. The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism, *University of Miami Law Review*, roč. 52 (2003-2004).
- BAROŠ, Jiří, Od Ústavní demokracie k ústavnímu soudnictví. In SMEJKAL, H. a kol. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 34 – 48.
- BASSOK, Or. DOTAN, Yoav. Solving the countermajoritarian difficulty? *International Journal of Constitutional Law*, roč. 11 (2013), č. 1, s. 13 – 33.
- BARZILAI, Gad. Between the rule of law and the laws of the ruler: the Supreme Court in Israeli legal culture, *International Social Science Journal*, roč. 1997, č. 152.
- BELLAMY, Richard. *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge University Press, 2009, ISBN 978-0-521-86510-4.
- BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar Of Politics*. 2. vyd. New Haven: Yale University Press, 1986, ISBN 0-300-03299-4.
- BLOKKER, Paul. *New democracies in crisis? A comparative constitutional study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*, London: Routledge 2014, ISBN: 978-0-203-79502-6.
- BOBEK, Michal. Výzkum v právu: reklama na Nike anebo kvantová fyzika? *Jurisprudence*, č. 6, 2016, s. 3 – 10.
- BORK, Robert H. *Amerika v pokušení: právo vystavené svodům politiky*. Praha: Victoria Publishing, 1993, ISBN 80-85605-19-8.
- BORK, Robert H. Barak's Rule, *Azure*, 2007, č. 27.
- BROZ, Jan. CHMEL, Jan. *Pohled za oponu: studie o vzniku Ústavy České republiky a o kontextu její interpretace*. Praha: Leges, 2016, ISBN 978-80-7502-172-4.
- CALDEIRA, Gregory A. GIBSON, James L. The Etiology of Public Support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, 1992, roč. 36, č. 3, s. 635 – 664.
- DAHL, Robert. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, roč. 1957, č. 6, s. 279 – 295.
- DAVID, L. Ústavní soud a soukromé právo: příliš mnoho dobra? In GERLOCH, A. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, 978-80-7380-705-4, s. 157 – 161, s. 160.
- DIXON, Rosalind. GINSBURG, Tom. The Forms and Limits of of Constitutions as Political Insurance. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 15 (2017) s. 988 – 1012.
- DORF, Michael C. The Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, roč. 13 (2010-2011), č. 2, s. 283 – 304.
- DRÁPAL, Jakub. Individualizace trestů v České republice: Jak určujeme tresty a co o tom víme? *Státní zastupitelství*, č. 1, 2018, s. 9 – 23.
- DUFEK, Pavel. Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně. *Právník*, č. 1, roč. 157 (2018), s. 50 – 70.

- DWORKIN, R. *Rights as Trumps*. in WALDRON, J. (ed.). *Theories of Right*. Oxford University Press, 1984, ISBN: 9780198750635.
- DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, roč. 1995, č. 3, s. 2 – 11
- DYEVRE, Arthur. Technocracy and distrust: Revisiting the rationale for constitutional review. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 13 (2015), č. 1, s. 30 – 60.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 1. vyd. Cambridge: Harvard University Press, 1980, 286 s., ISBN 0-674-19637-6
- FISCHL, Richard Michael. The Question That Killed Critical Legal Studies. In *Journal of Law and Social Inquiry*, 1992, roč. 17, s. 779 – 820.
- FOLDOVÁ V. NONNEMANN, F. Zveřejňování platů zaměstnanců veřejné sféry ve světle aktuálního rozsudku Nejvyššího správního soudu. *Právní rozhledy*, roč. 2015, č. 2.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. New York: Touchstone, 2007, ISBN 978-1-4165-5466-0.
- FRIEDMAN, Barry. *The Will of The People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. 1 vyd. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, ISBN 978-0-374-22034-1.
- FRIEDMAN, Barry. Mediated Popular Constitutionalism. *Michigan Law Review*, roč. 101 (2002-2003), s. 2596 – 2636.
- FRIEDMANN, D. *The Purse and the Sword*, Oxford University Press, 2016, ISBN 978-0-19-027850-2.
- FUREK, Adam, ROTHANZL, Lukáš, JIROVEC, Tomáš, *Zákon o svobodném přístupu k informacím: komentář*, Praha: C. H. Beck, 2016, ISBN 978-80-7400-273-1
- FUREK, Adam. Informace o platech pracovníků veřejné správy. *Právní rozhledy*, roč. 2011, č. 17, s. 626 – 634
- FUREK, Adam. Informační komisař – ANO či NE? *Správní právo*, roč. 2012, č. 3. s. 182 – 193.
- GAVISON, Ruth. Jewish and Democratic? A Rejoinder to the „Ethnic Democracy“ Debate. *Israel Studies*, roč. 4 (1999), č. 1, s. 44 a násl.
- GARDBAUM, Stephen. Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why Has the Model of Legislative Supremacy Mostly Been Withdrawn From Sale)? *The American Journal of Comparative Law*, roč. 62, s. 613 a násl.
- GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge University Press, 2003, ISBN 0-521-81715-3.
- GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary, *Studies in American Political Development*, roč. 7, jaro 1993, s. 35 – 73.
- GRIFFITH, J. A. G. *The Politics of Judiciary*. 5. vyd. London: Fontana Press, 1997, ISBN 0 00 6863817.
- GROSS, Aeyal. The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law. *Israel Studies*, roč. 1998, č. 2, s. 80 – 118.
- GROSS, Aeyal M. *Global Values and Local Realities: The Case of Israeli Constitutional Law*, in DAVIS, Dennis, RICHTER, Alan, SAUNDERS, Cheryl (eds.) *An Inquiry into the Existence of Global Values Through the Lens of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Hart Publishing, 2015 ISBN 9781849469180.
- GYORFI, Tamas. *Against the New Constitutionalism*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016. ISBN 978-1-78347-300-7.
- HART, H.L.A. *The Concept of Law*, 2. vyd., Oxford : Clarendon Press, 1997, ISBN 0-19-876123-6
- HABERMAS, Jürgen. On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy, *European Journal of Philosophy*, roč. 1995, č. 3, s. 13 – 20
- HALMAI, Gábor. Constitutionalism and Democracy. The Case of the New Fundamental Law of Hungary. *This Century's Review*, č. 1, roč. 2014.

- HOŘEŇOVSKÝ, Jan. CHMEL, Jan. Proces vzniku rozhodnutí Ústavního soudu ČR, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2015, č. 3, s. 302 – 311.
- HAREL, Alon. *The Right to Judicial Review: The Israeli Case*, in SAPIR, Gideon. BARAK-EREZ, Daphne. BARAK, Aharon. (eds.), *Israeli Constitutional Law in the Making*. Oxford: Hart Publishing, 2014, ISBN 9781782251842.
- HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2014, ISBN 978-0-19-871451-4.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, ISBN 0-674-02547-4.
- HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, ISBN 9780674048195.
- HIRSCHL, Ran. The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial reviews. *International Journal of Constitutional Law*, č. 9, roč. 2011, s. 449 -469.
- HIRSCHL, Ran. The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Israel's Constitutional Revolution. *Comparative Politics*, roč. 2001, č. 3, s. 315 -335.
- CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court, 1988 Term-Foreword: The Vanishing Constitution, *Harvard Law Review*, roč. 1989, č. 103, s. 43 – 104.
- CHEMERINSKY, Erwin. *The Segregation and Resegregation of American Public Education*. In BOGER, John. C. Orfield, Gary. (Ed.) *School Resegregation: Must the South Turn Back?* 1. vyd. University of North Carolina Press, 2005, s. 29 – 47. ISBN: 978-0807856130
- CHMEL, Jan. Zpravodajové a senáty: Vliv složení senátu na rozhodování Ústavního soudu České republiky o ústavních stížnostech, *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2017, č. 4, s. 739 – 758.
- ITOH, Hiroshi. Judicial Review And Judicial Activism In Japan. *Law and Contemporary Problems*, 1990, č. 1, s. 169 – 179, zejm. s. 178 – 179.
- JELÍNEK, Jiří. a kol. *Trestní právo hmotné*. 2. vyd. Praha: Leges 2010, ISBN 978-80-87212-49-3.
- KADLEC, Ondřej. *Rozdíly při řešení rozdílů: rozhodování velkých senátů českých nejvyšších soudů*. In MACKOVÁ a kol. *Aktuální otázky civilního a trestního řízení se zaměřením na rekodifikaci občanského soudního řádu a trestního řádu ve světle principů demokratického a právního státu*, Praha: Věšhrad, 2016.
- KAWAGISHI, Norikazu. The birth of judicial review in Japan. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 5, 2007, č. 2, s. 308–331.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: fin de siècle*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, ISBN 0-674-17759-2.
- KENNEDY, Duncan. *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition*. New York: New York University Press, 2007, ISBN: 9780814748053.
- KOPEČEK, Lubomír. *Fenomén Václav Klaus. Politická biografie*. Praha: Barrister a Principal, 2012, ISBN 978-80-87474-75-4.
- KOSAŘ, David. *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies: holding the least accountable branch to account*. Cambridge University Press, 2016. ISBN 978-1-107-53104-8.
- KOSAŘ, David. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016. ISBN 978-80-7552-563-5.
- KOSAŘ, David. PETROV, Jan. Jak vybrat „případy“ do případové studie a pracovat s nimi v právu: poznatky z výzkumu na pomezí práva a politikologie. In *Jurisprudence*, 2016, č. 6, s. 21 – 30.
- KORBEL, František. Dopady zákona o svobodném přístupu k informacím na soukromé osoby ve světle nejnovější judikatury. *Právní rozhledy*, roč. 2015, č. 15, s. 695 – 701.
- KNAPP, Viktor. *Teorie Práva*. C. H. Beck: Praha, 1995, ISBN 80-7179-028-1.
- KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, roč. 92, č. 4., s. 959 – 1011.

- KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Oxford University Press, 2004, ISBN 0-19-530645-7.
- KUBÁT, Michal. *Současná česká politika. Co s neefektivním režimem*. Praha: Barrister a Principal, 2013, 978-80-87474-86-0.
- KUHN, Thomas S. *Struktura vědeckých revolucí*. Praha: OIKOYMENH, 1997, ISBN 80-86005-54-2.
- KÜHN, Zdeněk. *Ústavní soud České republiky: Proměny instituce v průběhu dvou desetiletí*. In GERLOCH, Aleš. KYSELA, Jan. *20 let Ústavy české republiky. Ohlédnutí zpět a pohled vpřed*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, ISBN 978-80-7380-448-0, s. 246 – 255.
- KYSELA, Jan. Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 3, 2017, s. 375 – 390.
- LEVI STRAUSS, Claude. *The Savage Mind*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1966.
- LETIN, Rontin (ed.). *Thinking Palestine*. Zed Books, 2008, ISBN 978-1842779071.
- LOUŽEK, Marek (Ed.). *Soudcovská v ČR. Fikce nebo realita?* Praha: CEP, 2006, ISBN 80-86547-59-0.
- MADEJ, Martin. Extenzivní výklad pojmu veřejná instituce: obchodní společnosti jako povinné subjekty v právu na informace. *Správní právo*, 2016, č. 7, s. 409 – 426.
- MOCEK, M. RALAUS, P. Otazníky ve věci poskytování údajů o výši platů a odměn zaměstnanců veřejné správy. *Správní právo*, roč. 2014, č. 4, s. 227 – s. 245.
- NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel. A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014, ISBN 9781849467544
- ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*, Praha: Leges 2017, ISBN 9788075022585.
- PAPOUŠKOVÁ, Tereza. Papoušek, Jan. Ústavní soudci v kvantitativní perspektivě. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 25 (2017), č. 1, s. 73 – 92
- PAVLÍČEK, Václav. *Jmenovací a odvolávací pravomoci prezidenta republiky*. in LOUŽEK, Marek (Ed.). *Soudcovská v ČR. Fikce nebo realita?* Praha: CEP, 2006, ISBN 80-86547-59-0, s. 71 - 79.
- PECHÁČEK, Štěpán. Rozhodování ústavního soudu v kontextu vývoje parlamentarismu v ČR. *Politologická revue*, č. 1, roč. 2012, s. 33 – 51.
- PÍŠA, Radek. Suverenita parlamentu stále živá? *Právník*, č. 11, roč. 153 (2014), s. 988 – 1006.
- POSNER, Richard. The Role of the Judge in the Twenty-First Century. *Boston University Law Review*, roč. 86, s. 1049 – 1068.
- POSPÍŠIL, Ivo. *Ústavní soudnictví a politika. Neklidný modus vivendi*. In SMEJKAL, H. a kol. *Soudcovská, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, 2013., s. 52 – 59
- PREUSS, Ondřej. *Klauzule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii?* Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, ISBN 978-80-7380-556-2
- RAMSEYER, Mark J. The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach. *Journal of Legal Studies*, roč. 23 (1994), s. 721 – 747.
- RORTY, Richard. *Nahodilost, ironie, solidarita*. Praha: PedF UK, 1996, ISBN 80-86039-14-5.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?* 2. vyd. Chicago: Chicago University Press, 1993, 424 s. ISBN 0-226-72702-5
- SCALIA, Antonin. Originalism: The Lesser Evil. *Cincinnati Law Review*, roč. 57 (1989), s. 849 – 865.
- SHAFIR, Gershon. PELED, Yoav. *Being Israeli. The Dynamics of Multiple Citizenship*. Cambridge University Press, 2002, ISBN 9780521796729.
- SHAPIRO, Martin. *Courts: a Comparative and Political Analysis*. University of Chicago Press, 1986, ISBN 0-226-75043-4.
- SHAPIRO, Martin. Judges as Liars. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, roč. 17 (1994), s. 155 – 156.

- SCHUMPETER, Joseph A. *Kapitalismus, socialismus a demokracie*. Brno: CDK, 2004, ISBN, ISBN 80-7325-044-6.
- STONE SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000. ISBN 0-19-829771-8.
- STONE SWEET, Alec. *Constitutional politics: The Reciprocal impact of lawmaking and constitutional adjudication*. in CRAIG, Paul. HARLOW, Carol. (Eds.) *Lawmaking in the European Union*. London: Kluwer Law International, 1998, ISBN 90-411-9683-8, s. 111 – 146.
- SCHEPPELE, Kim Lane. *Democracy by Judiciary. Or, why Courts Can be More Democratic than Parliaments*. In CZARNOTA, A., KRYGIER, M., SADURSKI, W. *Rethinking the Rule of Law after Communism*. Budapest: CEU Press, 2005.
- SMITH, T. Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism. *New York University Journal of Law & Liberty*, roč. 5, s. 346 – 393
- SUNSTEIN, Cass R. The Supreme Court 1995 Term Foreword: Leaving Things Undecided, *Harvard Law Review*, roč. 110, č. 4.
- SUNSTEIN, Cass R. *Radicals in Robes. Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. Cambridge (Mass.): Basic Books, 2005, ISBN 978-0465083275.
- ŠIMÍČEK, V. *Soudní přezkumy politických procesů*. In SMEJKAL, H. a kol. *Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky (nejen) v časech krize*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 60 – 69.
- TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law, *Yale Law Journal*, roč. 108 (1999), s. 1225 – 1308.
- TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press, 1999, ISBN 9780691070353.
- TUSHNET, Mark. Mark Tushnet, Critical Legal Studies: A Political History. In *Yale Law Journal*, 1991, roč. 100, s. 1515 – 1542
- WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. 1. vyd. Cambridge University Press, 1999, ISBN 0-521-65883-7.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 2006, roč. 115, s. 1346 – 1406.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. ISBN 0-19-924303-4.
- WILDE, Ralph. *Dilemmas in Promoting Global Economic Justice*. In Bhuta. N. *The Frontiers of Human Rights. Extraterritoriality and its Challenges*. Oxford University Press, 2016, ISBN: 9780198769279.
- WINTR, J. *Má stát základní práva? Glosa k nálezu Pl. ÚS 20/15*. In GERLOCH, A. ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, 978-80-7380-705-4, s. 113 – 120.
- WINTR, Jan. KOZUBÍK, Jan. Ústavní soudy a práva gayů a leseb – veřejné mínění jako determinant rozhodnutí soudů? *Jurisprudence*, roč. 2016, č. 5, s. 34 – 47
- YAKOBSON, Alexander. RUBINSTEIN, Amnon. *Israel and the Family of Nations: The Jewish Nation-State and Human Rights (Israeli History, Politics and Society)*. London: Routledge, 2009, ISBN 978-0415781374.
- YIFTACHEL, Oren. *Ethnocracy. Land and Identity Politics in Israel/Palestine*. University of Pennsylvania Press, 2006, ISBN 9780812239270.
- ZAKARIA, Fareed. The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, roč. 76 (1997), č. 6, s. 22 – 44.
- ZBÍRAL, Robert. Volání po posílení empirie: jak (ne)měnit českou ústavu. *Jurisprudence*, č. 4, 2015, s. 10 – 15.

1. Seznam použitých internetových zdrojů

- Article I: The Legislative Branch—The Enumerated Powers (Section 8)* [Online]. National Constitutional Center [cit. 2018-06-17]. Dostupné na: <https://constitutioncenter.org/blog/article-1-the-legislative-branch-the-enumerated-powers-sections-8/>
- Barak, Aharon* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <http://encyclopedia.jrank.org/articles/pages/5561/Barak-Aharon-1936.html>
- BERANOVÁ, M. SYLLOVÁ, J. *Přístup veřejnosti k platům vysokých státních úředníků ve vybraných státech*. Studie Parlamentního institutu č. 5.324. [Online]. Parlamentní institut [cit. 2018-07-20]. Dostupné na: <http://www.psp.cz/sqw/ppi.sqw?d=1&t=18>
- Constitutional Reform Act 2005* [Online]. legislation.gov.uk [cit. 2018-06-17]. Dostupné na: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents/enacted>
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*. [Online]. US Government Publishing Office [cit. 2018-06-17]. Dostupné na: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-2017/pdf/GPO-CONAN-2017.pdf>
- Elections to the Knesset* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: https://knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_res20.htm
- ELBASHAN, Yuval. *A bitter indictment of the judicial system in Israel*. [online]. [cit. 28. července 2018]. Dostupné na: <http://www.haaretz.com/israel-news/.premium-1.555693>
- Education Revolution: Rich Parents to Pay for Poor Students' Schooling* [online]. Haaretz [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.haaretz.com/.premium-rich-to-pay-for-poor-students-schooling-1.5336078>
- Historical Election Results* [Online]. US Electoral College [cit. 2018-06-17]. Dostupné na: https://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/votes/2000_2005.html#2000
- General Information* [online]. Israel Bar Association [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: http://www.israelbar.org.il/english_inner.asp?pgId=103336&catId=372
- GDP per capita, current prices* [online]. IMF [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <http://www.imf.org/external/datamapper/PPP@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD>
- HOOK, Janet. *Support for Gay Marriage Hits All-Time High* — WSJ/NBC News Poll. [online]. NBC [cit. 15. 4. 2016]. Dostupné na <http://blogs.wsj.com/washwire/2015/03/09/support-for-gay-marriage-hits-all-time-high-wsjnbc-news-poll/>
- HEBREW UNIVERSITY OF JERUSALEM. *Prof. Aharon Barak* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://en.law.huji.ac.il/people/aharon-barak>
- Israel Average Monthly Wages* [online]. Tradingeconomics [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://tradingeconomics.com/israel/wages>
- JEWISH VIRTUAL LIBRARY. *Aharon Barak* [online]. [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.jewishvirtuallibrary.org/aharon-barak>
- Inequality* [online]. OECD [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <http://www.oecd.org/social/inequality.htm>
- KAŠPÁREK, Michal. *Proč šéfujete vy mně, a ne já vám: jak chucpe pomohlo izraeli k bohatství?* [online]. FINMAG [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://finmag.penize.cz/recenze/265867-proc-sefujete-vy-mne-a-ne-ja-vam-jak-chucpe-pomohlo-izraeli-k-bohatstvi>
- Malcolm X in Speaks in Solidarity With the School Boycotts in NYC (1964)*. [online]. [cit. 29.6.2017]. Dostupné z: <https://www.youtube.com/watch?v=nvQ7X0gb30Q>
- Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* [Online]. legislation.gov.uk [cit. 2018-06-17]. Dostupné z: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted>
- Ministerstvo vnitra. Metodické doporučení Ministerstva vnitra k poskytování informací o platech a odměnách podle zákona o svobodném přístupu k informacím (k dopadům tzv. platového nálezu Ústavního soudu)* [Online]. MV [cit. 2018-07-20]. Dostupné na: <http://www.mvcr.cz/odk2/>

- Seznam konaných místních referend* [Online]. MV [cit. 2018-07-20]. Dostupné na: <http://www.mvcr.cz/clanek/obcanske-aktivity-118893.aspx?q=Y2hudW09MQ%3d%3d>
- Názor veřejnosti na roli církve ve společnosti a na navrácení církevního majetku – září 2012* [online]. CVVM [cit. 15. 4. 2018]. Dostupné na https://cvvm.soc.cas.cz/media/com_form2content/documents/c2/a1529/f9/pi121023.pdf
- Netanyahu backs bill to remove High Court's ability to strike down laws* [online]. The Times of Israel [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.timesofisrael.com/netanyahu-backs-bill-to-remove-high-courts-ability-to-strike-down-laws/>
- Neuznání zahraničního právního a faktického rodičovství jednoho z mužů tvořících stejnopohlavní pár je v rozporu s právem na rodinný život a s nejlepším zájmem dítěte.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na [https://www.usoud.cz/aktualne/neuznani-zahranicniho-pravniho-a-faktickeho-rodicovstvi-jednoho-z-muzu-tvoricich-stejn/](https://www.usoud.cz/aktualne/neuznani-zahranicniho-pravniho-a-faktickeho-rodicovstvi-jednoho-z-muzu-tvoricich-stejnopohlavni-par-je-v-rozporu-s-pravem-na-rodinny-zivot-a-s-nejlepsim-zajmem-ditete)
- NEW YORK TIMES. *Israeli Law Declares the Country the 'Nation-State of the Jewish People* [online]. [cit. 28. července 2018]. Dostupné na: <https://www.nytimes.com/2018/07/19/world/middleeast/israel-law-jews-arabic.html>
- PŘIBÁŇ, Jiří. *Děti požírají svou revoluci* [Online]. Salon Práva [cit. 2018-06-17]. Dostupné z <https://www.novinky.cz/kultura/salon/353154-jiri-priban-deti-poziraji-svou-revoluci.html>
- POSNER, Richard A. *Enlightened Despot*, [online]. New Republic (2007), [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://newrepublic.com/article/60919/enlightened-despot>
- Pirátský úspěch, Praha zveřejnila seznamy faktur* [Online]. Pirátská strana [cit. 2018-07-20]. <https://praha.pirati.cz/praha-zverejnila-faktury.html>
- Postoje veřejnosti k právům homosexuálů – květen 2017.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na <https://cvvm.soc.cas.cz/cz/tiskove-zpravy/ostatni/vztahy-a-zivotni-postoje/4357-postoje-verejnosti-k-pravum-homosexuvalu-kveten-2017>
- Počet aktivních advokátů stoupl za deset let o polovinu na 11.000* [online]. ČAK [cit. 20. července 2018]. Dostupné na: <https://www.cak.cz/scripts/detail.php?id=16611>
- SEDENSKY, Matt. *Justice questions way court nominees are grilled.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na: https://web.archive.org/web/20100605163057/http://www.google.com/hostednews/ap/article/ALeqM5iWhwP-GmuptNw-uw8t8Z_lb1YV2QD9FMQKRG0
- SCHEPPELE, Kim Lane. *Hungary and the End of Politics. How Victor Orbán launched a constitutional coup and created a one-party state* [Online]. The Nation [cit. 2018-06-17]. Dostupné z <https://www.thenation.com/article/hungary-and-end-politics/>
- Smlouva o pronájmu letiště Brno – Tuřany* [Online]. Oživení [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <https://www.oziveni.cz/2013/10/smlouva-o-pronajmu-letiste-brno-turany/>
- Stanovisko Ministerstva financí k některým dotazům územních samosprávných celků k novele zákona č. 250/2000 Sb.* [Online]. MF [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <https://www.mfcr.cz/cs/legislativa/legislativni-dokumenty/2015/stanovisko-ministerstva-financi-k-neker-21656>
- TELEC, Ivo. *Kritický pohled na nálezy Ústavního soudu: uznání kalifornského rodičovského statusu stejnopohlavního manžela.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na: <https://zdravotnickepravo.info/kriticky-pohled-na-nalez-ustavniho-soudu-uznani-kalifornskeho-rodicovskeho-statusu-stejnopohlavniho-manzela/>
- Ústavní soud chce nahradit demokracii. Příkladem je kauza dvou gayů, říká Klaus.* [cit. 28. září 2017]. Dostupné na: https://www.lidovky.cz/ustavni-soud-chce-nahradit-demokracii-prikladem-je-kausa-dvou-gayu-rika-klaus-18k-zpravy-domov.aspx?c=A170819_134201_in_domov_ELE
- The story of the wildest party in White House history* [Online]. National Constitutional Center [cit. 2018-06-17]. Dostupné na <https://constitutioncenter.org/blog/the-story-of-the-wildest-party-in-white-house-history/>
- Tisk 16, III. volební období* [Online]. PSP [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=3&T=16>
- Tisk 16/1, III. volební období* [Online]. PSP [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?o=3&ct=16&ct1=1>

Tisk 991, IV. volební období [Online]. PSP [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=4&T=991>

THE TIMES OF ISRAEL. *Final text of Jewish nation-state law, approved by the Knesset early on July 19* [online]. [cit. 28. července 2018]. Dostupné na: <https://www.timesofisrael.com/final-text-of-jewish-nation-state-bill-set-to-become-law/>

The Title 28 [Online]. US Code [cit. 2018-06-17]. Dostupné na: <http://uscode.house.gov/browse/prelim@title28/part1/chapter1&edition=prelim>

Zveřejňování poskytnuté informace podle zákona o svobodném přístupu k informacím [Online]. MV [cit. 2018-07-20]. Dostupné z <http://www.mvcr.cz/odk2/clanek/stanoviska-odk-2012.aspx>

2. Seznam použitých právních předpisů

Spojené království

Zákon o stejnopohlavních sňatcích z roku 2013

Zákon o ústavní reformě z roku 2005

Izrael

Základní zákon Lidská důstojnost a svoboda

Základní zákon svoboda povolání

Základní zákon Knesset 1958

Základní zákon o vládě 2001

USA

Ústava Spojených států

Hlava 28 federálního zákoníku - soudnictví

České právní předpisy

Ústava

Listina základních práv a svobod

Trestní zákoník z roku 2009

Zákon o ústavním soudu

Trestní řád

Soudní řád správní

Občanský soudní řád

Zákon o mezinárodním právu soukromém z roku 2012

Zákon o vysokých školách z roku 1998

Zákon o obcích z roku 2000, zákon o krajích z roku 2000

Rozpočtová pravidla územní samosprávy z roku 2000

Zákon o ochraně osobních údajů z roku 2000

Informační zákon

Správní řád

Zákon o odpovědnosti za škodu způsobenou státem z roku 1998

3. Seznam použité judikatury

Nejvyšší soud Spojených států

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015).

Ex parte McCardle, 74 U.S. (7 Wall.) 506 (1869).

Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

Lochner v. New York, 198 US 45 (1905).

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).

Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (1896).

Brown II 349 U.S. 294 (1955).

Sweatt v. Painter, 339 U.S. 629 (1950).

Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 402 U.S. 1 (1971).

Milliken v. Bradley, 418 U.S. 717 (1974).

Board of Education of Oklahoma City v. Dowell, 498 U.S. 237 (1991).

Missouri v. Jenkins, 515 U.S. 70 (1995).

Hephurn v. Grisworld, 75 US (8 Wall.) 603, 623, (1869).

Konx v. Lee, 79 US (12 Wall.) 457 (1870).

SDEU

C-465/00, C-138/01 a C-139/01 Rechnungshof vs. Österreichischer Rundfunk

C-92/09 a 93/09, Volker and Markus Schecke GbR a Hartmut Eifert v. Land Hessen

ESLP

Magyar Helsinki Bizottság proti Maďarsku, č. 1830/11

Český Ústavní soud

Pl.ÚS 18/06 ze dne 11. 7. 2006

Pl. ÚS 29/11 z 21. února 2012

I. ÚS 3226/16 ze dne 29. června 2017

I. ÚS 709/05 ze dne 25. dubna 2005

Pl. 7/15 ze dne 14. června 2016

Pl. ÚS 12/14 ze dne 16. června 2015.

III. ÚS 686/02 ze dne 27. února 2003

I. ÚS 260/06 ze dne 24. ledna 2007

IV. ÚS 1146/16 ze dne 20. června 2016.

III. ÚS 671/02 ze dne 16. ledna 2003

III. ÚS 3565/2016 ze dne 5. září 2017

IV. ÚS 1378/16 ze dne 17. října 2017

I. ÚS 578/06 ze dne 14. března 2000

- I. ÚS 260/06 ze dne 24. 1. 2007
- I. ÚS 539/06 ze dne 21. 8. 2007
- I. ÚS 704/06 ze dne 29. 8. 2007
- I. ÚS 1628/07 ze dne 29. 11. 2007
- I. ÚS 722/05 ze dne 7. 3. 2007
- I. ÚS 347/05 ze dne 27. 6. 2007
- I. ÚS 800/06 ze dne 7. 8. 2007
- I. ÚS 761/06 ze dne 24. 10. 2007
- I. ÚS 455/06 ze dne 9. 5. 2007
- I. ÚS 779/06 ze dne 27. 6. 2007
- I. ÚS 1236/07 ze dne 17. 10. 2007
- I. ÚS 676/07 ze dne 12. 12. 2007
- I. ÚS 101/05 ze dne 13. března 2007
- I. ÚS 578/06 ze dne 14. března 2007
- I. ÚS 626/06 ze dne 25. 1. 2007
- I. ÚS 563/06 ze dne 1. 2. 2007
- I. ÚS 35/06 ze dne 28. 2. 2007
- I. ÚS 527/06 ze dne 7. 3. 2007
- I. ÚS 236/05 ze dne 4. 4. 2007
- I. ÚS 695/06 ze dne 11. 4. 2007
- I. ÚS 677/03 ze dne 9. 10. 2007
- I. ÚS 1153/07 ze dne 1. 11. 2007
- I. ÚS 1531/07 ze dne 12. 11. 2007
- I. ÚS 487/04 ze dne 28. 11. 2007

Český Nejvyšší soud

Rozsudek pod č. j. 28 Ncu 187/2015-6

Usnesení pod sp. zn. 29 Cdo 1664/2007

Český Nejvyšší správní soud

10 As 60/2018 – 45

9 Ads 83/2014 – 46

2 As 52/2010 – 59

2 As 101/2010 – 108

5 As 57/2010

4 As 40/2010-60

8 As 55/2012

3 As 118/2015 – 34

4 As 90/2013-44

5 A 140/2002-34.

6 As 113/2014-35

7 As 4/2013-81

9 As 154/2015 – 49
3 As 278/2015-44
7 As 189/2016 – 41
2 As 256/2016 – 92
2 As 313/2017-56
6 Ads 181/2009 – 191

Izraelský Nejvyšší soud

HC 5070/95 *The Conservative Movement v. Minister of Religious Affairs*

Ca 6821/93 *United Hamizrabi Bank v. Migdal Cooperative Village*

HCJ 7957/04 *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*

HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. 1. The Government of Israel*

HCJ 3267/97 *Rubinstein v. The Minister of Defense*

HCJ 6427/02 *The Movement for Quality Government in Israel v. The Knesset.*

HJC 6298/07 *Ressler v. Knesset*

HCJ 466/07, *MK Zahava Galon v. The Attorney General, et al.*

CrimA 5121/98 *Yissacharov v. Chief Military Prosecutor*

H.C. 5510/92, *Turkeman v. Minister of Defense.*

HCJ 73/53 *Kol Ha'am Co., Ltd. v. Minister of the Interior*

HCJ 428/86 *Barzilai v. Government of Israel.*

HCJ 4267/93 *Citizens for proper administration v. Prime minister*

HCJ 3094/93 *Movement for quality government v. Government of Israel.*

HCJ 852/86 *Aloni v. Minister of Justice*

HCJ 2974/06 *Israeli v Committee for the Expansion of the Health Basket*

HCJ 3045/05 *Ben Ari v The Director of Population Administration in the Ministry of Interior*

4. Seznam ostatních zdrojů

Informace o detailech izraelských trestních procesů v oblasti národní bezpečnosti z kurzu o izraelské trestní justici na Tel Avivské Univerzitě, který vedl veřejný obhájce Kenneth Mann

Abstrakt (Soudobá kritika juristokracie)

Práce se zabývá komparativním srovnáním soudnictví ve Spojených státech, Izraeli a České republice. Dospívá přitom k závěru, že ve všech třech zemích dochází k širší substantivní krizi politiky, která soudnictví nezdravým způsobem posiluje. Soudnictví v těchto zemích si navíc není plnohodnotně schopné s těmito výzvami poradit, protože soudy se nemohou vymanit ze společenské reality. Země byly přitom vybrány tak, aby byly co nejvíce rozdílné, což by mělo vést k relevantnímu výzkumnému výsledku. Přes tuto empirickou linii je nicméně hlavní linií práce normativně filozofická myšlenka o potřebě hledět na potenciální nové formy vlády optimisticky, přestože při zhroucení stávající formy vlády existuje riziko vzniku autoritářského režimu. To nejhorší, co však můžeme dělat, je kopat plechovku současnosti po cestě stále dál a dál. Tak se jednak nikam neposuneme, ale především se zvyšuje riziko nedemokratického režimu. Tato pozice totiž posiluje nebezpečné tendence bránit „svobody“ před demokracií, nebo „demokracii“ před svobodami.

Pokud jde o obsah práce, v první části navážu na stručně naznačenou myšlenku problematické delegace moci na soudy a pokusím se vysvětlit vztahy či naopak nepřátelství mezi základními školami právní teorie, které vysvětlují roli soudů. Politicky blízké školy jsou často vůči sobě velmi nepřátelské. Jako nezbytné se ukázalo podrobné studium Spojených států, protože jejich silná akademická obec značně ovlivňuje, o čem se mezi odborníky mluví. Spojené státy proniknou už do první metodologické části a dále jim bude věnována druhá část. Třetí část se bude zabývat do určité míry amerikanizovaným Izraelem, kde ovšem amerikanizace díky geografickým a kulturním bariérám vytváří zajímavý zkušební terén. Poslední dvě kapitoly se zabývají Českou republikou, čtvrtá správním soudnictvím a pátá ústavními stížnostmi.

Klíčová slova: soudy, veřejná moc, soudní přezkum

Abstract (Contemporary Critique of Juristocracy)

This thesis deals with a comparative research of judiciaries of the United States, Israel and the Czech Republic. Consequently, it reaches a conclusion that all of these countries are undergoing a substantive political crisis, which leads to unhealthy empowerment of a judiciary system. The judiciary in abovementioned countries is moreover incapable of meeting challenges connected to the legislative deferrals, since the courts are unable to disconnect themselves from a social reality. The countries selected for the study were chosen in order to achieve as diverse sample as possible. That should lead to universally applicable outcome. Besides this empirical line of research, there is a deeper normative line attached. I believe it is vital to foresee a future political arrangement in a positive manner, even though there is a substantial risk of authoritarian regime's emergence during this transition. Still, the worst thing we can do is to kick a can of contemporary political imagination down the road forever. That prevents progress, but it also highlights another threat of authoritarian regime in name of protecting "freedom" against democracy or "democracy" against freedom.

Regarding the content of the thesis, I pursue an abovementioned idea about highly problematic deferral of the power to the courts. As a consequence, the thesis explains basic scholarships regarding the study of the courts in the first chapter. Ironically, politically closely connected schools tend to be most hostile to each other. The obvious necessity to deal with the United States constitutional law quickly arose, since the American cultural gravity is unparalleled. The United States are covered partly in the first part, and then there is a second part dedicated just to the United States. The third part explores the human rights in extreme conditions of Israel, which is on one hand significantly Americanised, on the other there are geographical and cultural barriers barraging Israelis to fully grasp the US experience and vice versa. The last two chapters are dedicated to the Czech Republic, the fourth one focuses on judicial review of executive orders and the final chapter deals with constitutional complaints, filed to the Constitutional Court by individual litigants.

Keywords: Courts, Public Power, Judicial Review