

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Jan Hořeňovský

Proměna role soudní moci v 20. a 21. století

**Kritická analýza role soudců jako politických
a společenských aktérů v liberálních demokraciích**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: prof. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., DSc.

Katedra: Politologie a sociologie

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 16. 04. 2019

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracoval 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 219 899 znaků včetně mezer.

Jan Hořeňovský

V Praze dne 16. 4. 2019

Poděkování...

Poděkování vedoucímu je obvykle akt formální, který se takzvaně řečeno sluší a patří. Profesor Kysela si však poděkování zaslouží zcela upřímné a absolutní. Nejen za vedení této práce, nýbrž za celých šest let, po které jsem měl tu čest se s ním na fakultě potkávat. Je to nejen skvělý odborník, ale především fantastický člověk s hlubokým zájmem o studenty.

Dále musím zmínit docenta Jana Wintra a doktora Marka Antoše, kteří organizují výjezdní semináře z ústavního práva, jichž jsem se pravidelně účastnil. Jedná se o akce plné intelektuálních a turistických výzev, které by naší fakultě mohl závidět celý univerzitní svět. Oba jsou navíc skvělými lidmi, kteří vytvářejí z fakulty společenství studentů a učitelů v nejlepším slova smyslu.

Z přátel si poděkování zaslouží Daniel Oborák, Adam Růžička, Petr Ráliš, Hanča Straňáková, Samir Lepara a další, kdo si našli čas text v jeho různých fázích pročíst a poskytnout mi připomínky.

Obsah

Úvod.....	1
1. Filosofická východiska	3
1.1 Tragická a utopická vize světa	3
1.2 Politika není střetem mezi dobrými a špatnými lidmi.....	5
1.3 Právo jako kolektivní příběh	11
1.4 Problém interpretace práva.....	13
2. Judicializace politických otázek	15
2.1 Ohraničení politického systému rámcem ústavním	15
2.2 Liberální demokracie jako proces spravování věcí veřejných	18
2.2.1 Liberální demokracie jako hřiště pro střet společenských hodnot.....	18
2.2.2 Liberální demokracie jako expertní vládnutí	28
2.2.3 Liberální demokracie jako vláda většiny	39
2.3 Negativní společenské následky judicializace politiky.....	42
2.4 Soudci jako (ne)zachránci demokratického právního státu.....	48
3. Judicializace lidských práv	52
3.1 Soudci nebo zákonodárce?	52
3.2 Politika práv, problém s inflací lidských práv a sociální práva	56
3.3 Metody politiky práv	64
3.3.1 Evolutivní teorie práv	65
3.3.2 Požadavek na řádné odůvodnění.....	67
3.3.3 Diskriminace	67
4. Judicial Restraint	72
4.1 Institucionální pohled (neinterpretační sebeomezení).....	72
4.2 Judicial restraint jako interpretační sebeomezení.....	75
4.3 Expertní a etické otázky	82
Závěr	89

Tato práce vznikla v rámci projektu Specifického vysokoškolského výzkumu 260361
“Právní vědomí: pojem, formování, účinky se zvláštním zřetelem k působení Listiny
základních práv Evropské unie na právní vědomí v České republice.”

Úvod

Právníci se obvykle ve svých textech věnují především určení, co je platným právem, popřípadě jak soudce rozhodl či jak rozhodnout měl. Věnují-li se těmto otázkám, většinou se nachází v rámci a mezích pravidel určitého právního systému. Tato práce z tohoto rámce vykračuje a mluví o fundamentálních otázkách vztahu práva, soudců, společnosti a liberální demokracie z určitého teoretického společenského nadhledu. Jedná se tak o studii především z oborů státovědy a politické filosofie (popřípadě v určitých pasážích filosofie jako takové), přičemž bych si přál, aby byla takto čtenáři vnímána.

Název práce je uveden spojením slov proměna, role a soudní moc. Z toho by se dalo usuzovat, že se věnuji pouze soudům samotným. Při psaní jsem však brzy zjistil, že nelze účelně definovat roli jedné moci a nevěnovat se úkolům mocí ostatních. Toto je důvodem, proč rozsáhlé pasáže věnuji také roli politiky a odborným expertům. Můj text se proto stává teoretickou prací politické filosofie či státovědy věnující se vymezení rolí jednotlivých aktérů ve státě a jejich vzájemných vztahů.

Podtitul práce říká, že jde o kritickou analýzu představy soudců jako politických a společenských aktérů. Z tohoto lze usuzovat, že mi nejde o deskripci vývoje. Protože se jedná o téma esenciálně politické, stojí za upozornění, že mé pozice hodnotově vychází především z klasického liberalismu. Jedná se o pohled v dnešní době nejen v akademickém prostředí spíše ustupující, který si dle mého názoru zaslouží obranu, neboť má stále mnoho co nabídnout.

Vzhledem k tomu, že značná část této práce vznikala v britském Cardiffu, kde mi studium nabídlo poměrně solidní vhled do britského a amerického práva, kombinuji zde postřehy ze čtyř právních světů: českého, britského, Evropské unie a Spojených států amerických. Přestože se mnohdy upozorňuje na rozdíly mezi jednotlivými právními kulturami, myslím si, že západní svět je v mnoha ohledech více podobný, než se může na první pohled zdát. Liší se jednotlivostí, detaily, terminologie, občasné konstrukce, ale demokratická a liberální východiska zůstávají obdobná. Domnívám se proto, že lze o určitých tématech mluvit v rámci takto širokého celku a není třeba se vázat na konkrétní systém, neboť civilizačně patříme do stejné právní rodiny. Znovu je potřeba zopakovat, že jde především o práci teoretickou, jednotlivosti týkající se českého či britského prostředí by proto měly být chápány spíše jako příklady vázající se na teorii.

Vzhledem k náročnosti tématu jsem se rozhodl první kapitulu věnovat filosofickým základům, ze kterých mé myšlení o předkládaných tématech vychází. Jedná se o užitečný rámec, neboť může čtenáři pomoci pochopit další části textu. Druhá a třetí kapitola se věnují roli soudů jakožto politických aktérů, respektive do značné míry kritice tohoto fenoménu; pokouším se však dát hlas, alespoň v určité míře, také zastáncům opačného názoru. Důležité jsou části týkající se podstaty demokracie, politiky a role expertů v procesu spravování věcí veřejných. Neméně důležitou částí je také kritický pohled na inflaci lidských práv v moderních společnostech.

V poslední kapitole se zaměřuji na různé podoby doktríny soudcovské zdrženlivosti, kterou vidím jako realistické řešení nastíněných problémů. Častým argumentačním postupem při kritice doktríny *judicial restraint* je totiž vytvoření karikatury a její následné majestátní poražení. Myslím si, že tento přístup není spravedlivý, neboť o soudcovské zdrženlivosti se dle mého názoru dá debatovat věcně, bez předsudků a apriorního odmítání. Snažím se zde proto prezentovat tuto doktrínu ve smysluplné verzi, v podobě, která pokud čtenáře nepřesvědčí, tak ho alespoň donutí se zamyslet.

Je dobré upozornit, že části této práce byly publikovány (nebo v čase vydání publikovány budou) buď v odborných recenzovaných časopisech¹, knize², sbornících z výjezdních seminářů³, popřípadě v rámci studentských vědeckých odborných činností⁴ (ty se však budou povětšinou spíše shodovat se sborníky).

¹ Kapitoly dvě a tři vychází z mého článku HOŘEŇOVSKÝ, J. *Kritický nástin politizace soudní moci*. Právník. 2016, roč. 155, č. 10, s. 924-935; kapitola čtyři, doplněna pasážemi z jiných kapitol, bude v tomto roce vydána v časopise Správní právo, neboť prošla recenzním řízením (tato kapitola vznikala původně jako článek, který si redakce vyžádala). V tomto kontextu stojí za zmínění také článek HOŘEŇOVSKÝ, J. – CHMEL, J. *Proces vzniku rozhodnutí Ústavního soudu ČR*. Časopis pro právní vědu a praxi. 2015, roč. XXIV, č. 3, s. 302-311. Dostupné na: <http://www.law.muni.cz/dokumenty/32897> – přestože z tohoto článku žádný text nepřebírám, některé citace či poznámky pod čarou se objevily již zde (a navíc téma článku s tématem diplomové práce souvisí).

² Části první a poslední kapitoly vyšly knižně: HOŘEŇOVSKÝ, J. *Subjektivita a intersubjektivita práva*. In: GÁBRIŠ, T. (eds.). *Nedogmatická právní věda: od marxizmu po behaviorální ekonomii*. Praha: Wolters Kluwer, 2017, kapitola 13, s. 182-196.

³ Viz HOŘEŇOVSKÝ, J. *Lidská důstojnost, Immanuel Kant a úloha moderního soudce*. In: WINTR, J. a ANTOŠ, M. (eds.). *Základní lidská práva a svobody*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015, s. 62-70; HOŘEŇOVSKÝ, J. *Mohou právníci zachránit demokratický právní stát?* In: ANTOŠ, M. a WINTR, J. (eds.). *Ústavní rámec politiky*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2014, s. 95-106; HOŘEŇOVSKÝ, J. *Lze sestřelit letadlo unesené teroristy? Krajní nouze, nutná obrana, výjimečný stav?* In: WINTR, J. a ANTOŠ, M. (eds.). *Omezování svobod z důvodu veřejného zájmu*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2017.

⁴ HOŘEŇOVSKÝ, J. *Kritika sociálních práv*. Soutěžní práce v rámci IX. ročníku soutěže SVOČ (2016) na PF UK v sekci Ústavní právo; HOŘEŇOVSKÝ, J. *Politizace moci soudní a fenomén politiky práva*. Soutěžní práce v rámci VIII. ročníku soutěže SVOČ (2015) na PF UK v sekci Politologie a sociologie; HOŘEŇOVSKÝ, J. *Lze sestřelit letadlo unesené teroristy? Krajní nouze, nutná obrana, výjimečný stav?*

1. Filosofická východiska

1.1 Tragická a utopická vize světa

Dle Thomase Sowell představuje politický a společenský systém střet dvou vizí světa: tragické a utopické.⁵ Pochopit tento dualismus je důležité, neboť ve své podstatě definuje také střet mezi soudcovským aktivismem a soudcovskou zdrženlivostí.⁶ Jedná se o dichotomii prolínající se celou prací, která ve své podstatě představuje obhajobu vize tragické – a upozornění na nebezpečí spojená s vizí utopickou. Jde samozřejmě o krajní pozice, většina lidí se bude nacházet spíše někde uprostřed konvergující určitým směrem; přesto však považují toto rozdělení nejen z propedeutických důvodů za velice praktické a užitečné.

Utopická vize je dle Sowell postavena na přesvědčení, že lidská povaha je ze své podstaty spíše dobrá, a navíc ji lze vylepšovat. Lidé zastávající tuto představu dokáží sami sebe vidět jako moudré, kteří překonali sebestřednost osobních zájmů a jsou imunní vůči korupci moci. Věří, že existuje ideální řešení na každý problém, a že úplné porozumění a znalost určité problematiky je možné. Dobré věci se proto dějí automaticky a za špatné vždy někdo může. Kombinace těchto prvků u nich vede k přesvědčení, že mohou rozhodovat za společnost, neboť vědí, co je pro ni dobré. Kompromis pro ně není vhodné řešení, neboť omezuje optimální vyřešení problému.⁷ Steven Pinker k tomuto pohledu na svět dodává: „*V utopické vizi jsou psychologická omezení artefakty, které pocházejí z našich sociálních uspořádání, a neměli bychom jim dovolit omezit náš pohled na to, co je v lepším světě možné.*“⁸

Tragická vize je naopak postavena na přesvědčení, že lidská povaha je v průběhu času víceméně neměnná a že člověk je od přírody sebestředný tvor náchylný k sebeklamu,⁹ hledící především na vlastní zájem.¹⁰ Lidé jsou z tohoto pohledu limitováni ve znalostech, moudrosti i ctnosti.¹¹ Kompromis je nezbytný, neboť neexistují žádná ideální

Soutěžní práce v rámci X. ročníku soutěže SVOČ (2017) na PF UK v sekci trestní právo, kriminologie a kriminalistika.

⁵ SOWELL, T. *A conflict of visions: ideological origins of political struggles*. New York: Basic Books, 2007.

⁶ SOWELL, T. *A conflict of visions...*, část druhá, kapitola *Visions of justice*.

⁷ SOWELL, T. *A conflict of visions...*

⁸ PINKER, S. *The blank slate: the modern denial of human nature*. New York: Viking, 2002, s. 154.

⁹ TRIVERS, R. *The folly of fools: the logic of deceit and self-deception in human life*. New York: Basic Books, 2011.

¹⁰ SOWELL, T. *A conflict of visions...*

¹¹ PINKER, S. *The blank slate...*, s. 154.

řešení (nebo nám alespoň nejsou a nemohou být známá). Společenské uspořádání by mělo tyto limity vnímat a reflektovat. Zastánci tragické vize proto preferují systematické uplatňování vlády práva, tradičních zkušeností a systému brzd a protiváh. Důležité jsou empirické důkazy a časem prověřené struktury a procedury. Stát má z jejich pohledu nekonečnou schopnost páchat zlo a pouze omezenou schopnost činit dobro.¹² Jonathan Haidt jejich pohled vystihl takto: „*Domnívají se, že lidé potřebují vnější struktury a omezení, aby se chovali dobře, spolupracovali a prosperovali. Tato vnější omezení zahrnují zákony, instituce, zvyky, tradice, národy a náboženství.*“¹³

Obě vize souvisí s představou, zda společnost nevyhnutelně směřuje určitým směrem kupředu. Pokud věříme, že už musí být pouze lépe (a navíc víme, co toto „lépe“ znamená), pak se nám soudní (či jiná) zkratka k lepšímu světu – vybudovaná v dnešní době především na půdorysu lidských práv – může zdát legitimní cestou. Jedná se o utopický pohled, který spatřuje svět jako pevné, zkostnatělé, ale zároveň přirozeně stabilní místo vybízející k experimentu, které potřebuje radikální změny. Že by tyto změny mohly rozbít něco, co relativně dobře funguje, a nepřinést příliš dobrého, si spíše nepřipouští.

Tragický pohled toto dogma odmítá – svět k lepším zítřkům a k ideálnímu uspořádání směřovat nutně nemusí. Východiskem tragické vize je naopak přesvědčení, že dobré věci je těžké vytvořit, a naopak velmi lehké zničit. Na svět bychom se tak měli dívat raději jako na starého rodiče nebo malé novorozeně. Většinou je dostatečné, pokud je jejich stav stabilizovaný; málokdo by svému starému rodiči naordinoval radikální léčbu, pokud by nebyla nezbytně nutná. Změny nemusí nutně směřovat k lepšímu světu a jakákoli radikální proměna s sebou nese riziko ohrožení křehkého řádu relativně dobře fungujícího světa.¹⁴ Jedná se směr filosoficky a politicky vycházející se *status quo* konzervatismu.¹⁵

¹² SOWELL, T. *A conflict of visions...*

¹³ HAIDT, J. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Vintage Books, 2012, s. 338–340.

¹⁴ Viz KIRK, R. *Burke a politika zvyklosti*. Praha: Občanský institut, 1998.

¹⁵ Viz STENNER, K. *Three Kinds of Conservatism*. In: *Psychological Inquiry*, vol. 20, no. 2/3, 2009, s. 142–159.

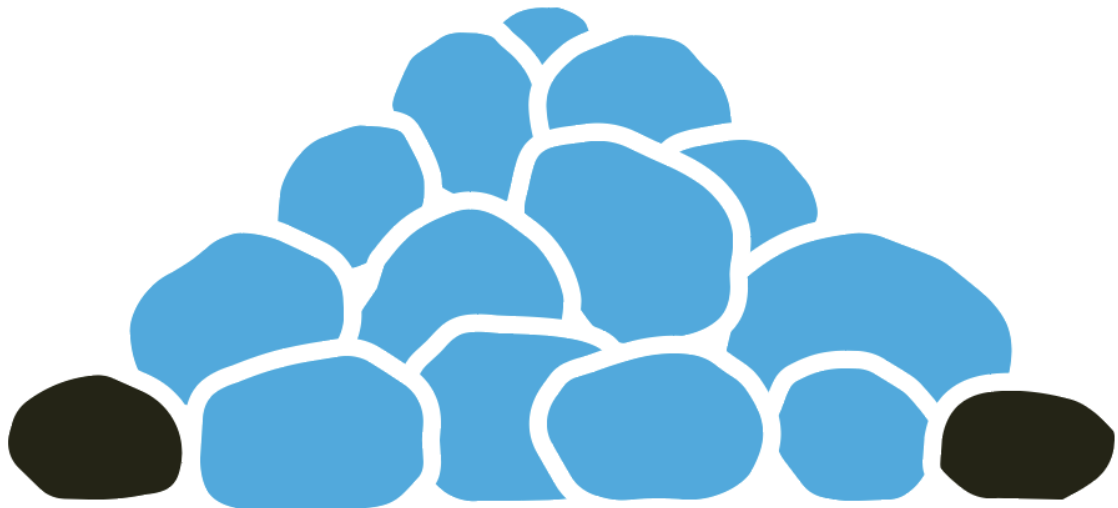
1.2 Politika není střetem mezi dobrými a špatnými lidmi¹⁶

Lidé mají vyvinut silně dramatický instinkt tlačící je k dualistickému vnímání světa.¹⁷ Hans Rosling k tomuto poznamenává: „*Dělení světa mezi dvě části je jednoduché a intuitivní, a také dramatické, protože to implikuje konflikt, děláme to tak bez myšlení, po celou věčnost.*“¹⁸ Existují bohatí lidé, chudí lidé, dobří lidé, špatní lidé, hrdinové či padouši – a mezi nimi všemi zeje propast.

Problém je následující: svět takto rozdělen ve skutečnosti není.

Tuto dichotomii lidského vnímání způsobuje přirozený instinkt, který lidem po staletí pomáhal shlukovat se do skupin a v jejich rámci soupeřit se skupinami jinými. Ve skutečnosti ale nereflktuje realitu. Nutí nás totiž „*vytvářet rozdělení tam, kde je mírná škála, rozdíly, kde je konvergence, a konflikt, kde je shoda.*“¹⁹

Realita drtivé většiny věcí naopak vypadá zhruba takto:²⁰



Vezměme si za příklad bohatství. Samozřejmě existují velmi bohatí a velmi chudí lidé (černé pozice). Těch je však absolutní menšina. Většina se nachází uprostřed (modré pozice). Dobře je tato skutečnost také vidět například na rozdělení rozvinutý a rozvíjející

¹⁶ Název byl inspirován kapitolou v knize: LUKIANOFF, G; HAIDT, J. *The coddling of the American mind: how good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure*. New York City: Penguin Press, 2018, část první, třetí kapitola.

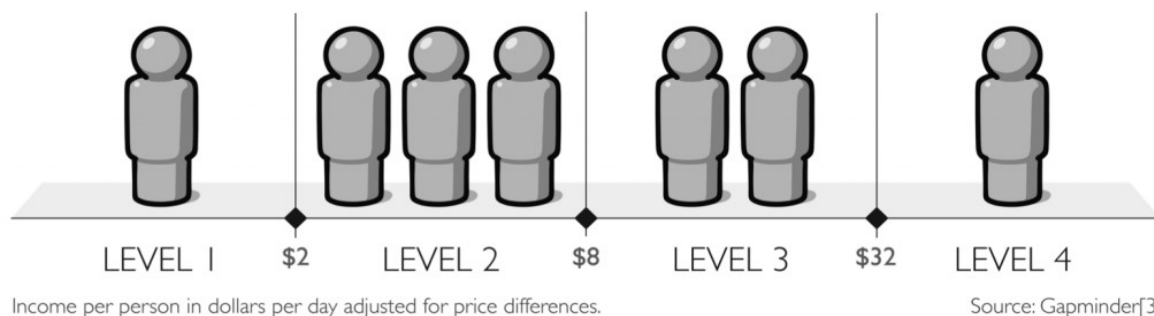
¹⁷ ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING, A. *Factfulness: Ten Reasons We're Wrong About the World – and Why Things Are Better Than You Think*. London: Sceptre, 2018, s. 38.

¹⁸ Tamtéž, s. 38.

¹⁹ ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING, A. *Factfulness: Ten Reasons...*, s. 39.

²⁰ Zdroj: ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING, A. *Factfulness: Ten Reasons...*, s. 46.

se svět. Rosling totiž na základě dat empiricky dokazuje, že toto rozdělení ve skutečnosti už několik desítek let neexistuje. Lidé, včetně nejvyšších politiků, úředníků, aktivistů, či soudců si toho ovšem tak nějak zapomněli v posledních desetiletích všimnout. Svět se ve skutečnosti dle Roslinga dělí na čtyři kategorie, přičemž většina lidí žije někde uprostřed:²¹



Pro tuto práci je důležité, že stejné rozdělování na dvě striktně oddělené kategorie lidí přirozeně dělají také s ostatními lidmi. Škatulkují je do dvou skupin: my a oni, dobří a špatní, utlačovatelé a oběti. Liberálové proto mnohdy považují konzervativce za špatné lidi, a naopak konzervativci považují za špatné lidi liberály. Proč se toto děje Haidt vysvětluje následovně: „*Odpovědí není (...), protože jsou někteří lidé dobří a jiní zlí. Vysvětlením je, že naše mysl byla stvořena pro skupinovou spravedlnost. Jsme hluboce intuitivní stvoření, jejichž vnitřní pocity řídí naše strategické uvažování. Proto je obtížné – ale nikoli nemožné – spojit se s těmi, kteří žijí v jiných morálních matricích, jež jsou často postaveny na jiných morálních základech.*“²²

Haidt v kontextu rozdělování lidí na dobré a špatné dle politického a náboženského smýšlení fenomenálně pozoruje následující: „*Morálka zaslepuje. Spojuje nás do ideologických týmů, které vzájemně soupeří, jako by osud světa závisel na tom, zda naše strana vyhraje každou bitvu. To nám zaslepuje skutečnost, že každý tým je složen z dobrých lidí, kteří mají něco důležitého co říct.*“²³ Rozdělení dle politických ideologií se lidem stalo sekulárním náboženstvím, které jim poskytuje „*komunitu podobně*

²¹ Tamtéž, s. 33.

²² HAIDT, J. *The Righteous Mind...*, kapitola *Conclusion* (pozn. čteno ve formátu epub, přesnou stranu nelze určit).

²³ Tamtéž, kapitola *In sum*, třetí částí knihy.

*smýšlejících druhů, katechismus posvátných dogmat, velký pantheon nejrůznějších děsů a démonů, a blaženou jistotu ve správnosti jejich věci.*²⁴

Opačně argumentuje například Ronald Dworkin, který politiku vidí jako střet mezi dobrými (liberálové) a špatnými (konzervativci) lidmi, byť to takhle napřímo samozřejmě nikdy neřekl. Jeho přesvědčení je postaveno na třech základních východiscích: a) existuje jasné dělení dobré/špatné; b) jednotlivci mají morální nároky vůči státu, které jsou platné bez ohledu na to, co si oni sami nebo jejich skupiny přejí; c) existují zde správné a špatné odpovědi v metafyzickém slova smyslu.²⁵ Toto přesvědčení mu následně umožňuje dojít k závěru, že právní pravidla obsahují neoddiskutovatelný (levicově liberální) morální obsah, který je vymahatelný před soudem, a že vláda práva musí znamenat vládu morálního a dobrého práva.²⁶

Co je však morálka? Haidt na základě svých empirických výzkumů dochází k důležitému objevu: morálka není jen otázkou újmy a férovosti. Lidé mají vrozeně určité morální intuice – spravedlivá mysl je metaforicky řečeno jako jazyk s šesti chuťovými receptory, přičemž každá morální intuice představuje jeden chuťový receptor. Konkrétně jimi jsou: péče-újma; svoboda-útlak, férovost-podvádění; loajalita-zrada; autorita-podvrátnictví; posvátnost-znesvěcení.²⁷ Morálně proto reagujeme především na: 1) nepáchání škody a poskytování péče; 2) svobodu versus útlak 3) spravedlnost a recipocitu; 4) zachovávání loajalita a dodržování tradic; 5) respektování autorit; 6) zachovávání čistoty a svatosti.²⁸

Podívejme se na tato zjištění například v kontextu politického rozhodnutí o možnosti povolení eutanazie. Pokud by jedinou morální maximou byla péče-újma (tedy minimalizace utrpení), jeví se eutanazie jako neoddiskutovatelně nejlepší řešení bez možnosti validní morální protiargumentace. Problém je, že existují lidé, pro které je

²⁴ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018, kapitola *Counter-Enlightenments* (pozn. čteno ve formátu epub, přesnou stranu nelze určit).

²⁵ BRUBAKER, S. C. *Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism*. *The Journal of Politics*, vol. 46, no. 2, 1984, s. 511.

²⁶ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001.

²⁷ HAIDT, J. *The Righteous Mind...*, kapitola *Moral Foundations Theory*; Novější empirický výzkum z letošního roku došel k sedmi základním atributům morálky, mezi něž patří: pomoc rodině, pomoc skupině, vracení laskavosti, odvážnost, poslouchání autorit, spravedlivé rozdělování zdrojů a respektování majetku ostatních [CURRY, O; MULLINS, D; WHITEHOUSE, H. *Is It Good to Cooperate?: Testing the Theory of Morality-as-Cooperation in 60 Societies*, *Current Anthropology* 60, no. 1, 2019, s. 47-69].

²⁸ EHRENREICH, J. *Why the Abortion Debate Feels Like Such a Stalemate*. In: Slate [online] 1. 8. 2018 [cit. 2019-03-1]. Dostupné z: <https://slate.com/technology/2018/08/why-the-abortion-debate-feels-like-such-a-stalemate.html>

posvátná hodnota lidského života (dvojice posvátnost-znesvěcení) důležitější, a to i tehdy, kdy to vede k většímu utrpení jednotlivce. Lze jednoduše říci, že takový pohled je nemorální a že by jej měl proto soud na základě svého vnímání neoddiskutovatelného morálního obsahu práva potlačit?

Haidt se tak na základě svých výzkumů snaží vysvětlit, z jakého důvodu se někteří přiklání ke konzervatismu, liberalismu, nebo se z nich stávají libertariáni. Lidé se dle něj spojují do politických týmů, které spolu sdílejí určité morální narativy, a poté, co je přijmou, se stanou slepými vůči jiným morálním světům. Proto jsme například politikům, kterým fandíme, ochotni odpustit takřka neodpustitelné – a na druhou stranu u ostatních politiků hledáme jakoukoli záminku, jak je usvědčit z nepravdy nebo populismu.²⁹

Ehrenreich k etické a politické otázce potratů píše v návaznosti na tyto objevy následující: „*Haidt zjistil, že politici liberálové se spoléhají především na první dva receptory v činění morálních soudů, zatímco politici konzervativci spoléhají na všech pět. Důsledkem je, že obě skupiny mají odlišné důvody k posouzení, zda je určité chování nemorální. Liberální morální argument pro právo na potrat je založen na důležitosti nezpůsobovat újmu (např. ochrana zdraví a pohody žen) a na spravedlnosti (tj. chránit práva žen). Přesvědčivost těchto argumentů se však u konzervativců zmenšuje tím, že pro ně jsou pro učinění morálního soudu důležité také faktory jako je tradice a čistota. Naopak konzervativní argument proti potratům, založený na morálce respektování tradice a zachování čistoty, nedává zase liberálům žádný smysl.*“³⁰

Haidt samozřejmě neříká, že je všechno v otázkách morálky dovoleno nebo že všechny společnosti či kuchyně jsou stejně dobré. Argumentuje však, že morální monismus (tedy snaha založit veškerou morálku jen na jedné zásadě) vytváří společnosti, jež jsou pro většinu svých členů neuspokojivé, protože ignorují ostatní podstatné morální zásady.³¹ Sekulární levicové liberální západní morálky založené převážně na prvních dvou až třech morálních intuicích jsou tedy jako kuchyně, které pracují pouze s některými ingrediencemi a ostatní zcela ignorují. Problém levicového liberalismu spatřuje v tom,

²⁹ HAIDT, J. *The Righteous Mind...*, kapitola *The Moral Foundations of Politics*.

³⁰ EHRENREICH, J. *Why the Abortion Debate Feels Like Such a Stalemate*. In: slate [online] 1. 8. 2018 [cit. 2019-03-1]. Dostupné z: <https://slate.com/technology/2018/08/why-the-abortion-debate-feels-like-such-a-stalemate.html>

³¹ HAIDT, J. *The Righteous Mind...*, kapitola *The Conservative Advantage*.

že morálku nepřiměřeně zužuje pouze na otázku újmy.³² Nedostatečnost libertarianismu zase nalézá ve skutečnosti, že je pro něj důležitá pouze otázka svobody.³³

Skvělým příkladem západního levicového liberála, pracujícího se svojí limitovanou liberálně levicovou verzí morálky, je zde již zmíněný Ronald Dworkin, který ji na základě argumentace převážně metafyzickým dobrem vydává za jedinou pravdu.³⁴ Zcela souhlasím s Dworkinovým tvrzením, že právní pravidla obsahují neoddiskutovatelný morální obsah a že vláda práva musí znamenat vládu morálního práva.³⁵ Na čem se však neshodneme, bude ona definice morálky, kterou bych ve světle výše zmíněného osobně vnímal spíše v širším smyslu. Dworkin pojem *morální* naopak slučuje s *levicově liberální*, neboť takřka veškerá jeho právní a morální argumentace vždy nakonec skončí jeho chtěným morálně nadřazeným „správným výsledkem“.

Z druhé strany lze podobnou předpojatost vidět například u silně nábožensky založených autorů, jakými jsou John Finnis nebo John Keown, kteří svou morálku staví převážně na atributu posvátnost-znesvěcení, čímž zcela opačně dochází k závěru, že potraty a eutanazie jsou nemorální v jakékoli situaci.³⁶ Podobný problém nalezneme u všech filosofických, politických a morálních směrů myšlení, neboť všechny jsou založeny na určitých morálních narativěch, které jejich nositelé mohou ovlivnit pouze částečně.

Toto všechno je z psychologického hlediska samozřejmě zcela pochopitelné – rozum nás všech funguje primárně jako advokát nevědomých hodnotových postojů.³⁷ Je však otázkou, jakou má taková argumentace hodnotu ve smyslu nárokování objektivní pravdy a zda naopak neukazuje na nutnost důrazu na procedurální a institucionální rámec rozhodování nad argumentací metafyzickým dobrem (a to kteroukoli stranou). Problém je, že co je správné nelze racionálně dokázat bez akceptace konkrétní morálky. Rozum má v hodnotových otázkách pouze omezenou moc.

Tímto neříkám, že má být všechno dovoleno. Na určitých axiomech se musíme shodnout, abychom vůbec mohli nějakou rozumnou diskuzi vést – a ty axiomy nepřicházejí intuitivně, spíše je kulturně dědíme. Po akceptaci axiomatického základu posléze mohou operovat morální receptory, stejně jako zkušený šachista intuitivně pozná dobrý a špatný

³² HAIDT, J. *The Righteous Mind...*, kapitola *The Conservative Advantage*.

³³ Tamtéž.

³⁴ Viz např. KAMM F. *Ronald Dworkin's Views on Abortion*. In: *Bioethical Prescriptions: To Create, End, Choose, and Improve Lives*. Oxford University Press, 2013.

³⁵ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001.

³⁶ KEOWN, J. *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*. Oxford: OUP, 2013.

³⁷ K tomuto viz kapitola 4.3.

tah bez přemýšlení. Toto samozřejmě ještě neznamena, že nás naše intuitivní morálka bez sofistického základu nemůže dovést k mravnímu zvrstvení. Nacistické právo se také opíralo o morální receptory, jeho axiomatický základ však byl zcela odlišný, proto je z dnešního pohledu dobrým příkladem práva mimo jakýkoli neoddiskutovatelný morální obsah.

Používat však tuto argumentaci v otázkách běžné politiky je dle mého soudu nemoudré. Pokud se pohybujeme v racionálních hranicích politického, morálního a společenského systému, nemá smysl z politických konfliktů vytvářet existenciální dramata mezi dobrem a zlem, a zcela určitě by se do těchto uměle vytvořených konfliktů neměli zapojovat soudci. Vnímání, jež se liší mezi liberály a konzervativci či pravíci a levíci, se odehrává na poli legitimních morálních soudů v rámci kulturního axiomatického hodnotového základu civilizované společnosti. I pokud bych proto například bytostně nesouhlasil s možností euthanasie, pořád bych musel uznat, že se nevymyká axiomatickému základu dnešní civilizace. Dnešní politický svět v absolutní většině případů nepředstavuje střet dobra a zla a lidi nelze rozdělit na dobré a špatné podle toho, co za morálku, hodnoty či politické preference vyznávají.³⁸

Jiří Příbáň tuto pozici vystihl takto: „*Politický a hodnotový pluralismus uznává objektivní povahu hodnot, protože tvoří součást naší humanity. Lidé sdílejí různé hodnoty, ale navzdory jejich rozmanitosti a konfliktům mezi nimi jsou to právě hodnoty, co určuje naši lidskou existenci, a proto se nejedná jen o výplod naší subjektivní fantazie nebo nahodilé sociální výtvoř. (...) Pochopit hodnotovou pluralitu společnosti a skutečnost, že mé hodnoty se mohou odlišovat od hodnot ostatních lidí, a že to neznamena, že by moje hodnoty byly pravé a jejich falešné, představuje první krok k pochopení principu tolerance, bez jehož uplatnění si moderní otevřenou společnost ani ústavní demokratický stát nelze představit.*“³⁹

Podívejme se na tuto otázku na jednom bio-etickém příkladu z dalšího pohledu. Výzkum embryí je oblastí, která skvěle vystihuje toto téma. Jedná se o morální, etické a politické téma, u kterého si všechny strany nárokují morální pravdu (podobně jako u otázky potratů či eutanazie). Esenciální otázka je následující: „*Jak by právo mělo odpovědět na takovou*

³⁸ LUKIANOFF, G; HAIDT, J. *The coddling of the American mind: how good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure*. New York City: Penguin Press, 2018, část první, třetí kapitola.

³⁹ HVÍŽDALA, K; PŘIBÁŇ, J. *Hledání dějin: o české státnosti a identitě: 883 - 1918 - 2018: rozhovor*. Praha: Univerzita Karlova, Karolinum, 2018, s. 236.

*divergenci v morálních dilematech? Konsensus je nemožné dosáhnout. Zastánci tohoto výzkumu argumentují, že nikdo není nucen se jej účastnit. Liberální demokracie by měla respektovat rozdílné morální pohledy.*⁴⁰ A přesto, pokud se na lidské embryo díváte jako na potenciální lidskou bytost, která je tímto zničena (oproti potratům zde nestojí na druhé straně právo ženy na soukromý život), těžce se taková praxe akceptuje, byť se ji osobně neúčastníte.⁴¹ Její samotná existence může urážet vaše citění veřejného pořádku a toho, co je objektivně správné.

Má společnost právo takové pokusy zakázat? Jak lze akceptovat morálku, která vám osobně přijde nepřijatelná, pokud ji prosadí demokratická většina? A jak lze z druhé strany akceptovat morálku, kterou prosadí menšina vůči demokratické většině? Jedná se o nesmírně komplikované otázky, které jsou však zcela esenciální předkládanému tématu, neboť všechny politické otázky nakonec mají své kořeny právě v morálce.

1.3 Právo jako kolektivní příběh

Třetí východisko mého smýšlení o právu a soudcích vychází ze skutečnosti, že objektivní právo je výtvozem (imaginací) kolektivní představivosti lidských společností. Podobně smýšlel například skandinávský právní realista Lundstedt, když psal: *„hmotné právo a přirozená spravedlnost jako jeho základ nemají povahu reality, a tudíž ani subjektivní práva, právní povinnosti, právní vztahy atp. tuto povahu nemají.*⁴² Olivecrona následně v této myšlenkové tradici například definoval právní normy jako *„ideje imaginárního chování lidí (např. soudců) v imaginárních situacích. Aplikace práva spočívá v tom, že imaginární chování se berou jako vzory skutečného chování, nastanou-li v životě odpovídající situace.*⁴³

Yuval Noah Harari k tomu z antropologického hlediska píše: *„Schopnost mluvit o smyšlených věcech nám umožnila mít představy nejen vlastní, ale i společné.*⁴⁴ Právě tyto sdílené představy lidstvu umožňují, *„aby početná společnost spolupracovala a pružně reagovala na změny.*⁴⁵ *„Každá rozsáhlá lidská spolupráce, ať už v současném státě, středověké církvi, starověkém městě nebo v primitivním kmeni, se zakládá na*

⁴⁰ BRAZIER, M; CAVE, E. *Medicine, patients and the law*. Manchester: Manchester University Press, 2016, s. 409.

⁴¹ Tamtéž, s. 409-413.

⁴² LUNDSTEDT, V. *Legal Thinking Revisited*. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956, s. 53.

⁴³ OLIVECRONA, K. *Law as Fact*. London-Copenhagen: Munksgaard, 1939, s. 29.

⁴⁴ HARARI, Y. N. *Sapiens: od zvířete k božskému jedinci*. Voznice: Leda, 2013, s. 36.

⁴⁵ Tamtéž, s. 36.

*sdílených mýtech, které existují jen v kolektivní představivosti.*⁴⁶ Jazyk fikce lidem umožnil představovat si a vyprávět věci, které mimo příběhy neexistují.⁴⁷

Důležité je zmínit, že „*na rozdíl od lhaní představované skutečnosti věří všichni, a dokud víra trvá, fikce ovlivňuje dění v reálném světě.*“⁴⁸ Je třeba si uvědomit, že kolektivní imaginace (a hlavně jejich konkrétní obsah, konkrétní interpretace) jsou nesmírně důležité, neboť aktivně určují svět, ve kterém žijeme. Imaginace jsou nezbytnými funkčními modely pramenícími z lidské neschopnosti pojmout plnou komplexitu světa.

Bioetik Scott Gilbert v tomto kontextu upozorňuje, že různé hypotézy, které máme o dalekých hvězdných galaxiích (tedy o objektivním světě), chod hvězd zjevně neovlivní. Hypotézy, které máme o nás samotných, nás ale naopak ovlivní velmi silně. Stáváme se tím, čím si myslíme, že jsme.⁴⁹ Pokud sami sebe přesvědčíme, že nejsme nic víc než jen vraždící primáti, začneme se chovat, jako by tomu tak opravdu bylo. Idea člověka ovlivňuje nejen jeho sebechápání, nýbrž i skutky.⁵⁰ Ideje a imaginární příběhy zkrátka mají své následky. Například sdílené, ústavně aprobované, společenské přesvědčení o lidské důstojnosti (či o posvátnosti lidského života) činí tento svět lepším místem k žití, zcela reálně a s hmatatelnými následky.

Neměli bychom ale podlehnout iluzi, že se jedná o představy ztělesňující něco objektivně reálného: „*Nic z toho neexistuje. Existují jen příběhy, které si lidé vymýšlejí a vyprávějí. Bohové, národy, firmy, lidská práva, zákony i spravedlnost existují jen ve sdílené představivosti lidstva.*“⁵¹ Právo je ve své podstatě dobře napsaný příběh. Tím nechci říci, že v jeho rámci lze činit zcela cokoli, ale lze v něm dělat každopádně velmi mnoho. Existuje barva, zlost či bolest? To jsou také pouhé mentální konstrukce, ovšem univerzální napříč lidským pokolením, a tudíž pro lidi citelně reálné. Základní témata jako dobro versus zlo, spravedlivé a nespravedlivé, dobrý a špatný příběh, budeme mít všichni dost podobné. V modelech světa existuje flexibilita, ale není absolutní. Morálně neoddiskutovatelný obsah práva z antropologického a psychologického pohledu existuje, bude ale dosti širší, než jak by si jej mnozí přáli a představovali.

⁴⁶ Tamtéž, s. 40.

⁴⁷ Tamtéž, s. 45.

⁴⁸ Tamtéž, s. 45-46.

⁴⁹ GILBERT, S; TYLER, A; ZACKIN, E. *Bioethics and the new embryology: springboards for debate*. Gordonsoville: W.H. Freeman, 2005.

⁵⁰ Tamtéž.

⁵¹ HARARI, Y. N. *Sapiens...*, s. 40.

1.4 Problém interpretace práva

Čtvrté filosofické východisko do značné míry vyplývá již z předešlé podkapitoly a dotýká se interpretace práva jako hlavního nástroje soudní moci v přístupu k právu. Základní otázkou totiž je, zda lze věřit tezi, že se na soudech opravdu řeší pouze a výlučně právo, jež je navíc objektivně poznatelné a vždy vede k jednomu správnému řešení.

Představme si hypotetickou situaci, že by byl za ústavního soudce jmenován politicky smýšlející libertarián, který by prohlásil zdanění lidské práce za protiústavní z důvodu zákazu nucené práce obsaženého v *Listině základních práv a svobod*.⁵² Tento lidskoprávní dokument ve svém článku devět totiž říká: „*Nikdo nesmí být podroben nuceným pracím nebo službám.*“ Soudce by se ve své úvaze inspiroval Robertem Nozickem, který v jedné ze svých knih napsal: „*Zdanění výdělků z práce je srovnatelné s nucenou prací. Sebrat někomu výdělek za n hodin práce je totéž jako sebrat tomuto člověku n hodin života; je to jako nutit člověka pracovat n hodin ve prospěch někoho jiného.*“⁵³ Nozick jednoduše argumentuje, že díváme-li se na práci jako na vlastnictví lidí, kteří pracují (prodávají svou práci), pak v systému, který je nutí pracovat bez nároku na odměnu ve prospěch někoho třetího, dochází k tomu, že se někdo jiný stává částečným vlastníkem jejich vlastní osoby.⁵⁴

K zastáncům této daně se vyjadřuje následovně: „*I tito lidé, jestliže nesouhlasí s nucenou prací, by se postavili proti tomu, aby byli nezaměstnaní hippies nuceni pracovat ve prospěch potřebných. A také by nesouhlasili s tím, aby každý člověk byl nucen pracovat každý týden pět hodin navíc ve prospěch potřebných. Ale systém, který na daních lidem bere mzdu za pět hodin práce, jim nepřipadá stejný jako systém, který nutí někoho pracovat pět hodin zadarmo.*“⁵⁵ Tato argumentace může být pro leckoho poměrně zajímavá a jistě by se na ní dal postavit velmi přesvědčivý nálezný Ústavního soudu.

Obecněji nahlédnuto, co nám o interpretaci práva říká skutečnost, že by současných patnáct soudců s těmito závěry pravděpodobně těžce nesouhlasilo? Vypovídá to objektivně něco o naší Ústavě – tedy že tuto interpretaci ze své podstaty neumožňuje?

⁵² NOZICK, R. *Anarchie, stát a utopie*. Praha: Academia, 2015, s. 180.

⁵³ Tamtéž, s. 180.

⁵⁴ Tamtéž, s. 183.

⁵⁵ Tamtéž, s. 180.

Nebo se spíše dovídáme něco o politických a hodnotových názorech soudců, kteří se s touto interpretací neztotožňují?

V současném právním systému, preferujícím evolutivní a teleologický výklad práva, je pravda dle mého názoru spíše na straně skeptiků, tedy těch, kdo tvrdí, že vlastní obsah obecně definovaných práv zůstává bez soudního rozhodnutí nerozhodnutý.⁵⁶ Odkazy na právo pak slouží spíše jako legitimizační strategie rozhodnutí.⁵⁷ Martin Shapiro k tomu ve svém článku *Soudci jako lháři* provokativně dodává: „*Někdo to může nazývat ospravedlňujícím příběhem, já tomu říkám lhaní. Soudy a soudci pořád lžou. Lhaní je podstatou soudní činnosti.*“⁵⁸ Za příklad lze vzít Spojené státy, kde mají od svého založení takřka nezměněný ústavní text, na který byla napasována celá paleta různých politických filosofí. Loughlin proto konstatuje následující: „*Soudní rozhodování je ze své podstaty politické; vyžaduje po soudcích rozhodování o soupeřících relativních sociálních, politických a kulturních zájmech v situaci, kdy neexistuje žádná objektivní – nebo alespoň konsensuální odpověď.*“⁵⁹

Soudci interpretující ústavu (či obdobně formulované abstraktní právní texty) jsou ve své podstatě moderní verzi sekulárních kněží interpretujících náboženské texty. Také míru volnosti při interpretaci mají velmi podobnou; není absolutní, ale je velmi široká. Podívejme se například na známé „*Miluj svého bližního jako sám sebe*“, občas by totiž neuškodilo dodat i předcházející část: „*Nebudeš se mstít synům svého lidu a nezanevřeš na ně, ale budeš milovat svého bližního jako sebe samého.*“⁶⁰ Zkušený kněz či právník nalezne přinejmenším dvě možné interpretace, přičemž jedna z nich nevyhnutelně vede k závěru, že „bližním“ je pouze člen „mého lidu“.⁶¹

Harari dobře poznamenává, že tato varianta je dokonce pravděpodobnější, neboť ji podporuje systematický výklad Bible – v jiných částech Bůh přímo nařizuje genocidu jiných skupin,⁶² například v Deuteronomiu 20:16-17: „*Ale v městech těchtoto národů,*

⁵⁶ BELLAMY, R. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 50.

⁵⁷ CHMEL, J. *Zásahy soudů do politiky, jejich strategický rozměr a legitimita*. In: WINTR, J; ANTOŠ M. (eds.). *Ústavní rámec politiky*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014, s. 78.

⁵⁸ SHAPIRO, M. *Judges as Liars*. Harvard Journal of Law and Public Policy, č. 17, 1994, s. 155 an.

⁵⁹ LOUGHLIN, M. *The idea of public law*. New York: Oxford University Press, 2004, s. 129.

⁶⁰ Levitikus 19:18. [online]. Dostupné z:

<https://www.biblegateway.com/passage/?search=Leviticus+19%3A18&version=NIV>

⁶¹ HARARI, Y. N. *21 lessons for the 21st century*. New York: Spiegel & Grau, 2018, s. 189.

⁶² HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 189.

*keré ti dává Hospodin, tvůj Bůh, do dědictví, nenecháš naživu naprosto nikoho. Zničíš je jako klaté, Chetejce, Emorejce, Kenaance, Perizejce, Chivejce a Jebusejce, jak ti přikázal Hospodin, tvůj Bůh.*⁶³ Tento závěr má navíc psychologické i antropologické opodstatnění. Náboženství vždy fungovala také jako nástroj sjednocení skupiny ve válkách proti jiným skupinám.

Jak lze vidět, stejné ustanovení může ve výsledku ospravedlnit jak genocidu jiných, tak lásku ke všem, a to především v závislosti na osobě interpreta a aktuální společenské náladě. Pointou, kterou se snažím zdůraznit, je existující pluralismus osobních a společenských hodnot, který se při svobodě interpreta v přístupu k interpretaci projeví také v obsahu a kontextu obecných abstraktních pojmů – ať již právních, teologických či etických.

Už od časů starého římského práva je známo, že neexistence jediného správného objektivního výkladu je klíčovým problémem vládnutí prostřednictvím práva. Interpretace je tak mnohem spíše mocenskou operací (totiž že někdo autoritativně určí, co tím výkladem je), než čímkoli jiným, takže jádro debaty by mělo být v otázce, kdo a jak má mít pravomoc právo vykládat – a do jaké šíře tak smí činit. Jedním z nabízených řešení je proto soudce více vázat doktrínou soudcovské zdrženlivosti v rozhodování a interpretaci práva (viz čtvrtá kapitola).

2. Judicializace politických otázek

2.1 Ohraničení politického systému rámcem ústavním

Politické systémy západního světa jsou definovány dvěma základními komponenty. Prvním je liberalismus a druhým demokracie. Současný svět se však mění, což lze sledovat na transformaci některých zemí do tzv. neliberálních demokracií,⁶⁴ kde jsou liberální práva občanů potlačována demokratickou většinou. Na druhé straně v jiných zemích lze sledovat opačný vývoj: stávají se liberálními nedemokratiemi.⁶⁵

Yascha Mounk pozoruje v tomto kontextu následující: „*Vzestup populistů, kteří prosazují neliberální demokracii, může odrážet lidovou nespokojenost s již existujícími systémy, které trpí inverzní vadou: nedemokratickým liberalismem. Takové systémy jsou*

⁶³ Český ekumenický překlad Bible. Deuteronomium (pátá kniha Mojžíšova) 20. [online]. Dostupné z: <http://www.cb.cz/karlovy.vary/bible/dt/dt20.htm>

⁶⁴ ZAKARIA, F. *Vzestup neliberální demokracie*. Praha: Občanský institut, 1998.

⁶⁵ MOUNK, Y. *The Undemocratic Dilemma*. Journal of Democracy, vol. 29 no. 2, 2018, s. 98.

*liberální, ale nedokáží splnit slib demokracie, že si lid vládne sám. Přestože (většinou) respektují právní stát a (převážně) chrání práva menšin, nedokáží převádět populární preference do veřejné politiky.*⁶⁶ Makroekonomická rozhodnutí například přijímají centrální banky a mnoho veřejných, hospodářských a obchodních politik je zakotveno v mezinárodních dohodách, jejichž porušení může vyústit v mezinárodní arbitráže vedené se státy.⁶⁷ Svou nezanedbatelnou roli v tomto fenoménu sehrává také ústavní soudnictví, které rozhoduje mnoho společenských, morálních a politických otázek.

V ústavních demokraciích totiž bývá politický systém ohraničen právním rámcem, který je zpravidla vymahatelný před soudem. Soudy proto v určité míře spolurozhodují o podobě a obsahu politiky.⁶⁸ Definujeme-li si přitom politiku stejně jako Robert Dahl, tedy že politická rozhodnutí jsou ta rozhodnutí, týkající se společenských otázek, při kterých je nutné učinit výběr z variant, mezi kterými nepanuje (alespoň na začátku) jistota ve správném řešení,⁶⁹ pak musíme konstatovat, že nejvýše postavené soudy jsou ve skutečnosti politickými aktéry v rozsahu poměrně širokém.

Vítězslav Němčák proto například postavení ústavních soudů popisuje takto: „*Tradiční chápání ústavního soudu jako soudu rozhodujícího o existujícím právu neodpovídá realitě (...)* Jejich rozhodnutí o ústavnosti zákona je proto v drtivé většině případů nutno považovat za rozhodnutí politické, které nemá předem dané řešení.“⁷⁰ Podobné konstatuje ve vztahu k vysokým evropským soudům Zuzana Vikarská: „*V případě zkoumaných soudů (...)* nutno konstatovat, že evropské vrcholné soudy jsou politickými aktéry zejména proto, že jimi nemohou nebyť. (...) Leitmotivem celé práce byla teze, že evropské vrcholné soudy jsou politické především proto, že nemohou nebyť politické.“⁷¹ S tezí, že soudy jsou politickými aktéry, zde proto pracuji především jako s faktem, který je výborně podložen v jiných studiích.

Východiskem této práce je skutečnost, že soudci zasahují do politických oblastí ve stále vyšší míře, což vede ke stále širšímu svazování mantinelů politického prostoru soudní

⁶⁶ Tamtéž, s. 99.

⁶⁷ Tamtéž, s. 99.

⁶⁸ CHMEL, J. *Zásahy soudů do politiky...*, s. 76.

⁶⁹ DAHL, R. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957, s. 279.

⁷⁰ NĚMČÁK, V. *Politické limity kontroly norem prováděné ústavními soudy*. Brno, 2016. Disertační práce. Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, Katedra ústavního práva a politologie, s. 144.

⁷¹ VIKARSKÁ, Z. *Politická role soudů a soudců a evropském a srovnávacím kontextu*. Praha, 2018. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra politologie a sociologie, s. 64-65, 206.

mocí (především skrze lidskoprávní diskurz).⁷² Logickým důsledkem tohoto vývoje je zvyšování důležitosti soudců (a práva obecně) ve veřejném prostoru na úkor klasické demokratické politiky. Tento fenomén vyvolává mnoho otázek. Musíme se zamyslet například nad tím, k čemu bude potřeba demokratické politiky v momentě, kdy o všech důležitých otázkách rozhodnou soudy. Nestane se posléze zbytečnou? Může existovat demokracie bez politiky? A nepovede demokracie bez politiky nakonec k demokracii bez demokratů?⁷³ Otázka v tomto kontextu zní, kam až lze zajít, abychom se nezřekli ideálů demokracie ve prospěch „vyššího dobra“. Provokativněji se lze také ptát, zda je demokracie vůbec něčím, za co má smysl bojovat.

Vikarská ve své práci píše: „Zároveň jsem opakovaně zdůrazňovala, že nehodnotíme soudy s ohledem na to, zda rozhodují aktivisticky či zdrženlivě, to je totiž až dalším krokem v přemýšlení o tématu role soudů a tento krok stojí mimo rámec předkládané práce.“⁷⁴ Má práce se naopak hodnocení soudů věnuje zcela primárně. Otevírám téma role soudů v demokratické společnosti, soudcovského aktivismu, soudcovské zdrženlivosti, úlohy soudců jakožto intelektuálů ve veřejném prostoru atd.

Jde mi v této práci o roli soudu ve smyslu normativním – jaká by měla být v demokratické společnosti a jak by soudy měly k rozhodování přistupovat. Proměna role soudce navíc není záležitostí pouze moderní doby nebo dokonce posledních desetiletí, jde o problém, který se na Západě rekurentně vrací a jehož kořeny je možné sledovat přinejmenším do starého Říma pozdního císařství, což je dobré mít na paměti.

Na začátek této kapitoly je vhodné definovat dva pojmy, které jsou pro tuto debatu klíčové: soudní omezení a soudní aktivismus. Detailněji se těmito pojmy posléze věnuji v poslední kapitole. Tento základní přehled je však pro potřeby této části dostatečný:

První pojem lze definovat například takto: „Ti, kteří upřednostňují soudní omezení, tvrdí, že by úloha soudců měla být přísně limitována; jejich úkolem je pouze nalézat, co je právem, a ponechat zákonodárnou činnost tam, kam řádně patří, zákonodárcům a exekutivě. Za žádných okolností by soudci neměli dovolit, aby jejich osobní politické hodnoty a politické agendy ovlivňovaly jejich rozhodování. Podle tohoto názoru může

⁷² NĚMČÁK, V. *Politické limity kontroly norem...*, s. 24.

⁷³ PEHE, J. *Demokracie bez demokratů: úvahy o společnosti a politice*. Praha: Prostor, 2010, s. 295.

⁷⁴ VIKARSKÁ, Z. *Politická role soudů...*, s. 206.

být původní úmysl autorů ústav a jejích pozměňovacích dodatků znám a musí vést soudy při rozhodování.“⁷⁵

A contrario lze odvodit definici soudcovského aktivismu, jehož dobrým příkladem je činnost Nejvyššího soudu Spojených států mezi léty 1953 a 1969 vedeného Earlem Warrenem. V této době soud „Řadou velmi kontroverzních rozhodnutí týkajících se záležitostí, jako byla segregace ve vzdělávání, (...) [či] práv osob podezřelých ze spáchání trestných činů, efektivně vykonával veřejnou politiku v řadě společensky citlivých oblastí.“⁷⁶

Považuji v tomto kontextu za nutné také poukázat na odlišnosti mezi rolami ústavního a obecného soudnictví. První je politickým soudnictvím, které se historicky konstituovalo zejména s cílem kontrolovat zákonodárnou moc, případně formou ochrany základních práv a svobod zabránit nástupu totalitního politického systému – takže se od něj přímo očekává, že do politiky bude v určitém rozsahu ingerovat. Jde mimochodem i o důvod, proč tradiční země západního konstitucionalismu s ústavním soudnictvím dlouho váhaly (Francie) nebo dodnes váhají (Spojené království). Zde je proto hlavní otázkou míra těchto ingerencí.

S politikou by se naproti tomu nemělo takřka vůbec potkávat soudnictví obecné, takže mimořádná role Nejvyššího správního soudu nebo pokusy soudců trestních soudů usměrňovat chování politických činitelů v našem politickém prostředí, jsou z tohoto pohledu ryzí ukázkou expanze soudní moci do politiky nebo pokusů o tuto expanzi.

2.2 Liberální demokracie jako proces spravování věcí veřejných⁷⁷

2.2.1 Liberální demokracie jako hřiště pro střet společenských hodnot

V Listech federalistů je zachycena idea, že „dobrá vláda značí dvě věci: zaprvé věrnost cíli vládnutí, kterým je štěstí a spokojenost lidí; zadruhé, znalost prostředků, kterými

⁷⁵ *The Concise Oxford Dictionary of Politics and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pojem *Judicial activism*.

⁷⁶ *The Concise Oxford Dictionary of Politics and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pojem *Judicial activism*.

⁷⁷ Vládnutí v moderním státě je silně komplikovaným systémem, který se v každé zemi liší. Neužívám proto pojmy „moc výkonná“ a „zákonodárná“, neboť neztělesňují, co „politickým“ a „expertním“ rozhodováním myslím. V České republice se díky koncepci vládnutí takřka výhradně prostřednictvím zákona například dostává do expertní role často samotný parlament, neboť musí řešit zcela konkrétní provedení určité otázky. Naproti tomu mnoho politických rozhodnutí činí vláda a ministři. Moc zákonodárná a výkonná jsou navíc v mnoha státech (například ve Velké Británii) silně propojeny, což rozlišování také příliš nepomáhá.

*tento cíl může být dosaženo.*⁷⁸ Mluvil-li jsem v první kapitole o axiomatickém základu naší civilizované společnosti, myslím, že do něj musí spadat první část této myšlenky: měli bychom od společnosti a jejích představitelů a institucí vyžadovat věrnost cíli vládnutí spočívajícím v usilování o štěstí a spokojenost lidí. Toto samozřejmě neznamená, že tento cíl musí být naplněn, ani že se k němu musíme vždy nutně přibližovat: esenciálním je totiž onen prvek věrnosti cíli, který není vždy závislý na pozitivním výsledku.

Dobře je tato skutečnost vidět na rozdělení pravice a levice. Cílem levicové politiky je rozdělovat bohatství ve společnosti a tím usilovat o štěstí a spokojenost svých členů. Problém je, že usilování o štěstí a spokojenost lidí je také cílem politiky pravicové; jediné, co se liší, jsou preferované prostředky. Zatímco levicová vláda touží po velkém státu a redistribuci, pravicová vláda vidí větší potenciál v minimalizaci státu a podpoře občanských komunit. Obě cesty fungovat mohou a nemusí, mají své opodstatnění a pohybují se v základech axiomatického hodnotového rámce. Pravicová a levicová politika jsou proto legitimními politikami v demokratickém státě, neboť obě jsou v určitém slova smyslu věrné cíli vládnutí, kterým je usilování o štěstí a spokojenost lidí. Je však zároveň potřeba tento cíl nefetišizovat. Mělo-li by být smyslem vládnutí usilování o absolutní míru štěstí a spokojenosti za jakoukoli cenu, byla by v tom případě ideálem společnost zobrazená v románu Aldouse Huxleyho *Brave New World*, která tohoto cíle dosahuje pomocí medikamentů a drog. Cenou je však ztráta citů, emocí, a tudíž ve výsledku samotného lidství. Esenciální námitka je vystižena vzdorem hlavního hrdiny, kdy reaguje na nabídku takového života takto:

„Ale já nechci pohodlí. Chci Boha, chci poezii, chci skutečné nebezpečí, chci svobodu, chci to, co je dobré, a chci hřích.“

„Zkrátka,“ pravil Mustafa Mond, „požadujete právo být nešťastný.“

„Tak tedy ano,“ pravil divoch vzdorně, „požaduji právo být nešťastný.“

„Nemluvěj již o právu na stáří, ošklivost a impotenci; o právu na syfilis a rakovinu; o právu na hlad; o právu na vši; o právu na

⁷⁸ HAMILTON; MADISON, JAY. Listy federalistů č. 62, 1787-1788.

život v ustavičných obavách před zítřkem; o právu dostat tyfus; o právu být mučen nevýslovnými bolestmi všeho druhu.“

Dlouho bylo ticho.

„Všechna tato práva požaduji,“ pravil konečně divoch.“⁷⁹

Vedle štěstí a spokojenosti stojí také další důležité hodnoty, kterými jsou například svoboda, pravda, posvátnost nebo férovost, které ke štěstí a spokojenosti vést mohou, avšak nutně nemusí. Podívejme se na tento rozpor na příkladu svobody – ta ze své podstaty totiž také znamená možnost udělat chybu, což ke štěstí a spokojenosti nevede. Možnost udělat chybu také znamená možnost chybu neudělat, což s sebou přináší ohromné množství nerovnosti, neboť chyby i správná rozhodnutí se většinou multiplikují. Svoboda se proto ve společnosti ze své podstaty stává trvalým břemenem, které má však také svoji hlubokou vnitřní hodnotu.⁸⁰

Existuje-li někde více hodnot, jejich střet je nevyhnutelný. Umíme exaktně odpovědět na otázku, které společenské hodnoty či jejich kombinace vedou k dosažení štěstí a spokojenosti lidí? Co je receptem na štěstí a spokojenost občanů, jenž se však zároveň nestane jeho autoritářskou fetišizací? A platí pro všechny jeden tentýž způsob? Jedná se o esenciální otázky vládnutí, kterým se nelze vyhnout. Problém je, že nikdo nezná konečnou odpověď. Některé přístupy se historicky osvědčily více, některé méně, některé vůbec. Existuje však jistě více možných funkčních uspořádání, různé míry a kombinace; každé společnosti se navíc historicky zamlouvá něco trochu jiného; uspořádání je také závislé na dobových okolnostech, které se časem logicky mění.

Podíváme-li se na věc empiricky, budeme překvapeni. Pokud například očekáváme, že jsou štěstí a spokojenost nutně spojeny s bohatstvím a liberalismem, budeme se mýlit. Nejvyšší míra štěstí a spokojenosti je například v Izraeli pozorována v komunitách chudých ortodoxních židů, kteří se většinu svého života modlí a studují posvátné texty.⁸¹ Ve Spojených státech jsou zase v průměru nejšťastnějšími lidmi konzervativci,⁸² což

⁷⁹ HUXLEY, A. *Brave new world*. London: Vintage Books, 2007, kapitola 17.

⁸⁰ Viz např. FROMM, E. *Strach ze svobody*. Praha: Portál, 2014.

⁸¹ LEVIN, J. *Religion and Happiness Among Israeli Jews: Findings from the ISSP Religion III Survey*. Journal of Happiness Studies. 2014, 15(3), s. 593-611.

⁸² NAPIER, L; JOST, J. *Why Are Conservatives Happier Than Liberals?: Findings from the ISSP Religion III Survey*. Psychological Science. 2008, 19(6), s. 565-572.

v mnoha ohledech podkopává levicově liberální argument. Na druhou stranu tyto způsoby života by asi nevyhovovaly každému.

Liberálně demokratická odpověď na tuto komplikovanou otázku musí proto být především procedurální: legitimními hodnotami vládnutí může být cokoli, na čem ve společnosti panuje demokratická shoda, pokud zároveň není pošlapána možnost názorových oponentů tento směr zvrátit, demokracie procedurálně funguje a dodržuje se minimální standart lidských práv, na kterých se takřka všichni jedinci ve společnosti shodnou – neboť právě lidská práva musí představovat v dnešní společnosti axiomatický základ.⁸³

Jedná se z mé strany o obhajobu premisy veřejné politiky jako trhu idejí,⁸⁴ kdy až akceptace a přesvědčivost myšlenek dovoluje o řešeních mluvit jako o správných. Jediný způsob, jak se co nejvíce přiblížit objektivní pravdě, je vystavit různé názory a pohledy střetu s ostatními.⁸⁵ Skutečnost, že neodpovídám materiálně neznamená, že se jedná o přístup bezhodnotový. Samotná demokratická procedurální pravidla totiž hodnoty samozřejmě obsahují; patří mezi ně například rovnost ve volbách, rovnost před zákonem, či svoboda a autonomie jednotlivců.⁸⁶

Dilema člověka jako bytosti společenské a individualistické je esenciální otázkou společenského uspořádání. Toto dilema však musí mít primárně demokratické politické řešení, které se může v různých společnostech lišit. Kdo si přeje širokou svobodu jednotlivců, nezbyvá mu než přesvědčit většinu, že je to správná cesta. Švédsko jako společnost veskrze komunitární a Anglie jako společnost silně individualistická jsou zcela legitimnímu politickými uspořádáními. Stejně platí pro dilema konzervativní a liberální: texaský nebo anglický konzervatismus jsou také společenskými cestami, kterými se lze v liberální demokracii ubírat, byť by se mnou například levicově liberálně smýšlející lidé v této otázce nesouhlasili.

Rozdíly v politice a morálce ve výsledku pramení z různých vizí a příběhů světa. Přestože mohou osobně některou preferovat, je především důležité, aby v liberálním

⁸³ BOUTROS; GHALI. *Human Rights: The Common Language of Humanity*. In: United Nations: World Conference on Human Rights, The Vienna Declaration and Programme of Action, 1993.

⁸⁴ Viz *Abrams v United States*, 250 Ú.S. 616 (1919).

⁸⁵ Viz např. MILL, J. S. *O svobodě I*. Praha: J. Otto, 1913.

⁸⁶ ALLAN, T. *Law, Liberty, And Justice: The Legal Foundations Of British Constitutionalism*. Oxford: Clarendon, 1993, s. 28, 39.

demokratickém státě existovaly procedury, které jejich souboj umožňují. Politika v hranicích axiomatických hodnot totiž nepředstavuje střet mezi dobrými a špatnými lidmi. Dobří a špatní lidé jsou na obou stranách barikády, stejně tak dobré a špatné ideje. Rozdíly navíc mnohdy nemusí být ani zdaleka tak radikální, jak by se mohlo na první pohled zdát, tudíž politický kompromis skoro nikdy nebude úplně vyloučen.⁸⁷

Toto skvěle vystihl Jiří Příbáň, když napsal: *„Způsob, jakým se chceme vyrovnávat s totalitarismem paradoxně dokazuje, že neumíme přijmout základní předpoklad života ve svobodné, otevřené společnosti, totiž hodnotovou a názorovou pluralitu. Hodnotový pluralismus chápeme jako cosi nebezpečného, co nás ohrožuje, i když svobodu nejvíc ohrožuje monistická představa, že je jen jedna pravda a dobro, a proto mají politici i všichni ostatní povinnost toto dobro a pravdu prosadit proti všem, kdo se od nich tak či onak odchyľují.“*⁸⁸

Slovo liberální ve spojení s demokracií především znamená, že spolu mohou žít a civilizovaně soupeřit různé názorové skupiny v jednom státě za předpokladu respektování institucionálních hodnot demokratického systému a axiomatických hodnot materiálních. Nyní se dostáváme ke klíčové otázce vztahující se k samotnému jádru tématu této práce. Co má být role soudů? Odpověď je vlastně celkem jednoduchá: chránit výše zmíněné – například ochranou svobody slova, aby mohly zaznít názory i druhé strany, ochranou veřejných médií jako prostoru politického kolbiště nebo trestáním násilí jedné skupiny vůči skupině druhé. Co naopak rolí soudu být nemá? Aktivně se účastnit běžné politiky z pozice politického aktéra prosazujícího svojí hodnotovou vizi toho, co je společensky správné. Role základních lidských práv by měla být k této úloze soudů komplementární, neboť ony jsou nástrojem soudní moci ve společnosti a ve své esenciální podobě také reprezentantem základních kulturních hodnot.

Je otázkou, jestli toto platí i v situaci, kdy tradičně demokratické kanály fungují špatně. Slovem špatně samozřejmě nemyslím obsahovou stránku, nýbrž že neposkytují hlas takovému počtu občanů, jaký bychom si od opravdu demokratických institucí slibovali.⁸⁹ Měl by se zohlednit kontext jejich fungování? Honohan například argumentuje, že soudy

⁸⁷ Viz kapitola 1.2 Politika není střetem mezi dobrými a špatnými lidmi.

⁸⁸ HVÍŽDALA, K; PŘIBÁŇ, J. *Hledání dějin: o české státnosti a identitě: 883 - 1918 - 2018: rozhovor*. Praha: Univerzita Karlova, Karolinum, 2018, s. 235.

⁸⁹ BESSON, S; MARTÍ J, L. *Legal republicanism: national and international perspectives*. New York: Oxford University Press, 2009, kapitola Iseulta Honohana.

jako političtí aktéři nedemokratické být nemusí, neboť mohou být alternativním prostorem deliberace tam, kde je reálná účast občanů omezena. Dle jeho názoru soudy občas mají poskytovat alternativní demokratický prostor pro ty skupiny či témata, které by jinak nedostaly hlas v současně nastaveném, zvláště pak volebním, systému.⁹⁰

Tento argument je relevantní a uznávám, že v krajních případech, kdy je některá menšinová skupina extrémně limitována, i přesvědčivý. Neobstojí však jako obecné pravidlo. Jedná se o defekt demokracie, jehož řešení musí spočívat ve zlepšení komunikačních prostředků ve společnosti. Představa soudů jako konstantních hlasatelů menšinových názorů je podle mě nepříliš uspokojivá. Jak to soudy mají dělat? Mají rozhodnout ve prospěch této menšiny z důvodu, že se jedná o menšinu, která není slyšet? Nemají však soudy spíše rozhodovat dle práva? Nebo snad mají soudy dělat tiskové konference a majestátní veřejná slyšení? Je navíc otázkou, jestli vůbec tato tvrzení mohou platit ve světě současných komunikačních technologií jako jsou internet, Facebook atd. Chrání-li soudy důsledně svobodu slova a tisku, veřejnoprávní média, férovou volební kampaň, a další atributy nezbytné k umožnění jakékoli menšiny stát se většinou, je dle mého názoru legitimita soudů fungovat jako tribunály menšinových názorů velmi omezena.

Liberální demokracie musí být především hřištěm volného střetu názorů, hodnot, vizí a principů, jehož cílem je vytvoření prostředí, ve kterém může bujet názorový disent bez moralizování a (sebe)cenzury. Tento požadavek podle mě představuje dostatečnou ochranu menšin, neboť pokud soustavně zajišťují, že se z menšiny může stát většina, pak skutečnost, že se tak nestalo, je podle mě spíše znakem, že argumenty menšiny jednoduše nemusí být dostatečně přesvědčivé. Z tohoto důvodu se domnívám, že je nezbytné chránit skoro až absolutní svobodu slova,⁹¹ neboť v případě extenze výjimek hrozí nebezpečí potlačování skupin s jinými názory na společenské dění.

⁹⁰ Tamtéž.

⁹¹ Důležitost svobody slova pravděpodobně nepřekonatelně vystihl již John Stuart Mill ve svém pojednání o svobodě: „*Kdyby veškeré lidstvo bylo jednoho mínění a pouze jediný by se odchyloval, nemělo by lidstvo k tomu většího práva uložit mu mlčení, nežli on celému lidstvu, měl-li by k tomu potřebné moci (...) hlavní zlo, potlačí-li se projev mínění, jest v tom, že jest to loupež spáchaná na lidstvu, na potomstvu stejně jako na současnicích, na těch, kteří se od tohoto názoru odchylojí ještě více, nežli na přívržencích. Je-li názor správným, okrádají se o příležitost vyměnit omyl za pravdu; je-li nesprávným, přicházejí, což jest stejně cenné, o hlubší porozumění a živější pojetí, jež plyne ze sporu pravdy s omylem.* [MILL, J. S. *O svobodě I.* Praha: J. Otto, 1913, s. 29-30.]

Pokud se klasická politika zvrhne v představu střetu dobra a zla, vždy bude hrozit démonizace názorového či zájmového protivníka; toto je extrémně nebezpečné, neboť pokud se to podaří, může být nakonec vůči těmto lidem dovoleno cokoliv. Dobrým příkladem je démonizace židů v předválečném Německu⁹² nebo buržoazní třídy jakoukoli komunistickou stranou kdekoli na světě. Pokud přijmeme akceptaci představy názorového a hodnotového protivníka jako lidské stvůry, hrozí nám, že se sami staneme démony. Slavným citátem Fridricha Nietzscheho: „*Ten, jenž bojuje s monstry, by si měl dát pozor, aby se sám nestal monstrem. A pokud zíráte do propasti, tak propast zírá zpátky do vás.*“

Podívejme se na věc trochu jinou optikou. Kdyby rozhodčí ve fotbale dal jednomu z týmů branku, asi bychom si mysleli, že se pomátl. Proč nám to stejné nevádí u soudu? Role soudnictví a fotbalových rozhodčích je ve své podstatě velmi podobná.⁹³ Na pravidlech hry se v obou případech na začátku všechny týmy v lize dohodly a jejich změna je proto zcela vědomě nastavena tak, že vyžaduje konsensus skoro všech zúčastněných týmů; obvykle nestačí názor rozhodčího, že by to jinak bylo lepší. Rozhodčí proto nemůže například dospět k rozhodnutí, že se nově bude účastnit hry. Proč soud takto radikální změnu pravidel udělat může?⁹⁴

Rozhodčí se nesmí aktivně zapojovat do hry, může však velmi tvrdě prosazovat existující pravidla. Obdobně má být soud v demokratické společnosti především rozhodčím férové politické hry nastavené jako rámec rozumných demokratických pravidel zahrnujících nemožnost jedné názorové skupiny omezit skupinu druhou v budoucí výhře. Představte si, že fandíte svému oblíbenému fotbalovému týmu a rozhodčí vám vstřelí branku. Budete hru nadále považovat za legitimní? Nezpochybní to vaši důvěru v samotnou podstatu a smysl hry? A pokud se váš tým posléze z frustrace dopustí ostrého faulu, nebudete to považovat za legitimní odplatu?

Podívejme se na tuto paralelu ve vztahu ke konkrétnímu problému. Vezměte si, že soud, který prosadí manželství osob stejného pohlaví – jako to udělal Nejvyšší soud USA⁹⁵ – de facto vstřelí branku za tým liberální lobby. Jak byste se cítili na místě konzervativců?

⁹² Viz např. KERTZER, D. *The Roman Catholic Church, the Holocaust, and the demonization of the Jews*. HAU: Journal of Ethnographic Theory 4, no. 3, 2014, s. 329-333.

⁹³ Pozn. paralelu práva s fotbalem skvěle využil, v kontextu evropského práva, také například Michal Bobek – viz BOBEK, M. *The effects of EU law in the national legal systems*. In: European union law. New York: Oxford University Press, 2017.

⁹⁴ Viz např. nález Slovenského Ústavního soudu PL. ÚS 21/2014-96 ze dne 30. 1. 2019.

⁹⁵ *Obergefell vs. Hodges* 576 U.S. (2015).

Pokud si to chcete představit, zaměňte kulisy soudní budovy za fotbalový stadion, strany za týmy a soudce za rozhodčí. Aktivističtí soudci jsou jako fotbalový rozhodčí, kteří dávají branky za hrající tým. Soudní zkratka je svého druhu podváděním. U témat jako potraty, sňatky homosexuálů nebo poplatky ve zdravotnictví žádné neoddiskutovatelné systémové ani morální důvody pro zlidskoprávnění (a tím pádem konzervaci) těchto otázek neexistují. Politika je ve své podstatě hra, zastánci či odpůrci čehokoli by proto nejdříve měli vyhrát v rámci předem známých férově nastavených pravidel.

Ze společenského hlediska je podstatné, že demokratický systém vždy dovoluje změnu a že pokud můj tábor dnes prohraje, zítra může opět vyhrát, neboť právě tato skutečnost je klíčová pro legitimitu systému a jeho společenskou akceptaci. Soudní moc v aktivistické podobě však spíše funguje jako ideologická konzervace dosažených politických vítězství. Právní procedury vedou k rozhodnutí, která se těžko mění.⁹⁶

Karl Popper napsal, že nejsilnější výhodou demokracie není, že dokáže do vedoucích pozic zvolit nejlepší lidi, ale právě skutečnost, že ty špatné a nevyhovující dokáže odvolat.⁹⁷ S tímto lze zcela souhlasit. John Mueller tento aspekt demokracie posléze rozšířil ještě na průběžnou zpětnou vazbu, která dle jeho názoru nestačí pouze v den voleb, nýbrž musí být přítomna průběžně (například skrze demonstrace, mediální kritiku či petiční kampaně).⁹⁸

John Mueller v tomto kontextu výstižně pozoruje následující: „*nerovnost, nesouhlas, apatie a ignorace jsou v demokracii normální, nikoli abnormální, a do určité míry se krása této formy vládnutí nachází ve skutečnosti, že funguje i přes všechny tyto atributy – nebo, v několika důležitých ohledech, dokonce i díky nim.*“⁹⁹ Demokracie naproti tomu neznamená nutně v každém okamžiku vládu dobrou a moudrou, s rozumnými voliči a kvalitní agendou; není přítom ani úlohou soudu tyto kvality suplovat.

Demokracie znamená nekonečnou možnost změny, střetu pohledů a vědomí, že zítra může vyhrát kdokoliv. Tyto atributy přinášejí dobré vlády (tzn. lepší než autoritářské) v dlouhodobém horizontu, a navíc předchází revolucím, neboť demokratická vláda musí

⁹⁶ Srov. SOWELL, T. *Intellectuals and society*. New York: Basic Books, 2011, kapitola *Concentration and Dispersion of Knowledge* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

⁹⁷ POPPER, K. R. *Otevřená společnost a její nepřátelé*. Praha: OIKOYMENH, 2015.

⁹⁸ MUELLER, J. *Capitalism, democracy, and Ralph's Pretty Good Grocery*. Princeton, NJ: Princeton University Press. 1999, s. 247.

⁹⁹ Tamtéž, s. 171.

pořád reflektovat zájmy a hodnoty svých voličů; tedy svůj program neustále přehodnocovat.¹⁰⁰ Pokud se systém v rámci svých pravidel dokáže změnit, není třeba jej násilně svrhnout. Efektivní zpětná vazba je dle některých autorů dokonce nedůležitějším atributem, který z demokracie činí historicky nejlepší, a hlavně nejefektivnější formu vlády.¹⁰¹

Z těchto důvodů je nezbytné, aby ten, kdo o komplexních společenských otázkách rozhoduje, podléhal demokratické kontrole, a tím pádem i demokratické odpovědnosti. Jakékoli omezení zpětné vazby a politické odpovědnosti má proto potenciál zhoršit kvalitu a efektivitu demokratického systému, pro nějž je klíčové, že je postaven na principu pokusu a omylu s opakující se, průběžnou a následnou zpětnou vazbou od těch, kteří jsou do něj zapojeni.¹⁰² Pokud vláda, kterou zvolím, vykonává špatnou politiku (žije se mi špatně a myslím si, že by to mohlo být lepší), dám ji zpětnou vazbu ve volbách zvolením někoho lepšího.

Hrozícího biče voleb (tedy demokratické odpovědnosti voličům) a průběžné zpětné vazby jsou však soudci většinou ušetřeni. To je důvodem, proč jejich rozhodování o politických záležitostech postrádá, vedle efektivity, také legitimitu. Za výjimku lze označit Spojené státy americké, ve kterých jsou soudci mnohdy přímo voleni občany daného státu. Liší se přitom způsob jmenování a odvolávání u federálních a státních soudců; federální soudci mohou být odvolaní, a to procedurou impeachmentu, což se historicky dělo (i když nijak masivně); možnost kontroly však existuje i v případě volených státních soudců, např. tam, kde státy uplatňují tzv. judicial retention referendum.

Pokud však například český Ústavní soud o něčem rozhodne špatně, možnost dát mu efektivní zpětnou vazbu je velmi omezena. V našem kontextu by bylo nutné změnit Ústavu. V evropském kontextu Evropského soudu pro lidská práva a Evropského soudního dvora je změna v podstatě fakticky vyloučena. Jestliže věc soudy závazně rozhodnou, dají politickému prostředí (bez ohledu na volby) nezměnitelné vodítko, jak pokračovat, přestože se může v průběhu let ukázat, že to nedává racionální smysl, nebo

¹⁰⁰ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018, kapitola *Democracy*.

¹⁰¹ Tamtéž.

¹⁰² WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, s. 59.

že si to společnost jednoduše nepřeje. Pokud by tak například Ústavní soud judikoval, že požadavek na zřízení nejvyšší rady soudnictví je zakotven v české ústavě, například na základě principu dělby moci, rozhodnutí by bylo na mnoho budoucích let konečné – a to i přes skutečnost, že existují odborné studie, které správnost této politiky velmi zpochybňují.¹⁰³

Existuje možnost zpětné vazby akademické, ta má však do efektivity, a hlavně důsledků té demokratické daleko. V českých podmínkách je navíc omezena tím, že velké množství akademiků je dnes zároveň soudci, asistenty soudců nebo advokáty, což je logicky nesmírně omezuje v odborné kritice soudů.

Existujícím ideálem demokracie je v dnešní době ústavní systém Velké Británie, ve kterém skutečně je tradičně považováno, že každá společenská hodnota je nepřetržitě podrobována kritice, hodnocení a politické kontroverzi. Žádná morální hodnota tak reálně nestojí nad většinou v zákonodárném sboru, ani není jinak chráněna proti výsledku vůle voleb.¹⁰⁴ Tento systém dokonce ani nepotřebuje soudce jako rozhodčí férové politické hry, neboť je tak svázán konvencemi a tradicemi, že by si nikdo z aktérů nedovolil se z těchto neformálních pravidel vymanit. Pokud by se někdo pokusil, společnost by si to zcela jistě nenechala líbit.

Uvědomuji si, že náš český model (a obecně model většiny zemí) je postaven na odlišných základech, a to především právě v roli soudů a lidských práv. Většina zemí nemá silně propracovaný mechanismus tradic a konvencí, které by svou neformální vahou zcela určovaly pravidla hry, neboť by si je nikdo nedovolil porušit. Roli pojistky navíc do určité míry plní ve Spojeném království také horní komora Parlamentu. V této práci proto neapeluji za politický konstitucionalismus, neboť si nemyslím, že je aktuálně uskutečnitelný, nýbrž pro konstitucionalismus právní, v němž je však role soudu striktně limitována.

Neargumentuji zde ale ve prospěch omezení pravomocí soudů, neboť se domnívám, že soudy musí – aby mohli v demokraticky ne zcela ukotvených společnostech reálně fungovat jako pojistka liberálně demokratického systému a rozhodčí politické hry – mít v rukou značné pravomoci. Moje polemika však směřuje k tomu, kdy je pro soud

¹⁰³ KOSAŘ, D. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.

¹⁰⁴ CARROLL, A. *Constitutional and administrative law*. Harlow: Pearson Education Limited, 2017, s. 500.

adekvátní, aby tyto pravomoci použil, a jakým způsobem má obecně přistupovat k interpretaci práva.

2.2.2 Liberální demokracie jako expertní vládnutí

Střet hodnot v zákonodárném sboru existuje za účelem definování hodnotových společenských cílů. Rolí odborníků v demokratickém systému má být posléze najít správné prostředky vedoucí k jejich dosažení.¹⁰⁵ Odborníci samozřejmě mohou dát politice podněty k rozhodování (například tím, že upozorní na existenci klimatické změny), politicky se přiklánět určitým směrem (a tím pádem argumentovat v rámci veřejného prostoru ve prospěch jednoho či druhého), či se politiky sami přímo účastnit. Rozhodující slovo v definici cílů ale musí mít vždy politika samotná, která je vystavena zpětné vazbě od voličů, což systému zaručuje zpětnou vazbu a legitimitu.

Vezměme si za příklad problematiku vězeňství. Je smyslem trestu pachatele potrestat, nebo napravit? Toto není expertní otázka, jak by se mohlo na první pohled zdát, jedná se o otázku čistě hodnotovou. Jde o vytyčení cíle. Pokud je vaším morálním východiskem, že každý má dostat, co si zaslouží, budete pro koncepci trestu jako odplaty. Vězení má být místo trestu a příkoří, proč se obtěžovat s převýchovou pachatele. Jde-li vám naopak o minimalizaci utrpení a o změnu pachatele k lepšímu, budete pro koncepci vězení jako převýchovného tábora. Experti posléze mohou pomoci z vězení efektivně udělat buď místo odplaty, nebo místo převýchovy. Tyto hodnoty mohou být kontradiktorní (lze buď jedno, nebo druhé), či lze realizovat obě zároveň (jedno i druhé). Retribuce a náprava pachatele však mohou být také vnímány pouze jako prostředky jiného cíle, kterým může být snižování kriminality ve společnosti. V takovém případě je třeba zkoumat, zda tento cíl naplňují, či nikoliv.

Nelze ale například odborně říci, že represivní vězeňství nefunguje, protože nevede k nápravě pachatele. Náprava pachatele totiž nemusí být jeho cílem. Co se týče odplaty, může fungovat velmi dobře, a z tohoto pohledu zcela plnit určené zadání. Je-li naopak cíl politicky opravdu definován jako náprava pachatele, a zjistí-li se, že ta se z nějakého důvodu nekoná, půjde o problém v provedení. Tento příklad je výstižný, neboť ukazuje jiné konsekvence různých hodnotových východisek. Experti také samozřejmě mohou

¹⁰⁵ K filosofickému rozlišování cíle a prostředku viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 17-22.

dojít k závěru, že určitý cíl je nesplnitelný, například protože převýchova určitého druhu vězňů (byť bychom si to hodnotově přáli) je objektivně nerealizovatelná.

Je však důležité zdůraznit, že se na velkém množství cílů (v menší či větší míře abstrakce) v moderní společnosti většina politického spektra na obecné úrovni spíše shodne:¹⁰⁶ většina bude chtít kvalitní a efektivní zdravotnictví, minimalizaci smrtelných epidemií, žádné hladomory, lidi žijící spokojené bohaté životy, žádnou bakteriální resistenci, vědecký progres, omezení terorismu, stabilní ekonomiku, funkční školství atd. Pokud by některý politik tyto cíle nesledoval, pravděpodobně by nebyl zvolen (nebo by získal malé množství hlasů), neboť málokdo by volil kandidáta slibujícího například maximalizaci smrtelných epidemií. Vzpomeneme-li citát z Listů federalistů z minulé kapitoly: sledování cíle spokojenosti lidí skutečně je v dnešních společnostech v mnoha ohledech konsensuálním cílem vládnutí bez ohledu na politickou příslušnost. Na čem se však politici spíše někdy neshodnou mohou být prostředky vedoucí k uskutečnění těchto cílů.

Přeji-li si efektivní zdravotnictví, můžu preferovat systém veřejného zdravotního pojištění, systém veřejného zdravotnictví placený z daní nebo například volný trh. Přeji-li si bohaté obyvatele, mohu směřovat zrak k liberálnímu volnému trhu, silnému sociálnímu státu či naopak k centralizovanému plánování. Tvrdím-li, že centralizované plánování přinese větší bohatství lidí než volný trh, může být s dnešními daty poměrně snadné empiricky prokázat, jestli tato premisa platí, nebo neplatí. Pokud na ní trvám i poté, je-li objektivně vyvrácena, není můj úsudek nadále racionálně obhájitelný. Společnost sledující bohatství svých členů by proto měla takovýto postoj odmítnout; ne-li abstraktní úvahou na základě dat, tak nejpozději po negativní osobní zkušenosti.

Cílem však nutně nemusí být bohatství lidí (premisa, že bohatství vede k největší míře štěstí a spokojenosti), nýbrž například co největší rovnost (premisa, že rovnost vede k co největší míře štěstí a spokojenosti). Vzhledem k tomu, že rovnost v bídě také neoddiskutovatelně plní cíl rovnosti, mohlo by být centralizované hospodářství v tomto případě kritizováno z pohledu vytyčeného cíle (hodnotově a politicky s ním nesouhlasím, neboť si myslím, že bohatství je důležitější než rovnost), nikoli však jako prostředek – centralizované hospodářství totiž opravdu může vést k větší rovnosti; skutečnost, že jsou všichni objektivně chudší, může být vedlejší.

¹⁰⁶ Opět viz kapitola 1.2.

Je-li hodnotou co největší bohatství lidí, byť za cenu nerovnosti, nebo rovnost v chudobě, je politické hodnotové rozhodnutí. Hodnotová rozhodnutí mohou být z pohledu společnosti subjektivně lepší či horší a budou se časem měnit. Za účelem umožnění změny je klíčová možnost osobní zkušenosti (dotyku s realitou), dostatku informací a zpětné vazby. Problém autoritativních a nedemokratických režimů je, že tuto změnu neumožňují a informace společnosti zatajují.

Každá veřejná politika vztahující se k dosažení politicky vytčeného cíle (nejedná-li se tedy o hodnotové politické rozhodnutí, nýbrž o prostředek k němu vedoucí) by měla být podložena empirickými studiemi, daty a fakty. Čistě ideologická autoritářská rozhodnutí od stolu, či ze soudní slonovinové věže (být sebelépe zamýšlená a promyšlená) totiž v konkrétních případech nemusí a pravděpodobně nebudou fungovat, jak autor zamýšlel. Teprve na základě důkladné expertní analýzy by měla vznikat konkrétní řešení správy věcí veřejných. Krok po kroku odborně řešit jeden problém za druhým, ideálně co největším možným konsensem zúčastněných. Empirie, data a věda mají potenciál přehrazovat příkopy mezi ideologiemi.

Problém je v tom, že tento přístup jde proti lidské přirozenosti. Člověk je tvor milující příběhy,¹⁰⁷ pro něhož pravda rozhodně není v životě to nejdůležitější.¹⁰⁸ Haidt píše: „*Lidská mysl není logický procesor, je to procesor na vytváření příběhů. Na dobré příběhy si potrpíme všichni a není kultury, jež by je svým dětem hojně nevyprávěla.*“¹⁰⁹ Pokud nám někdo podá dobrý příběh, pro většinu to bude přesvědčivější než statistika (za předpokladu, že se ke statistice vůbec někdy dostane). Pokud se ke statistice člověk nedostane nikdy, bude odkázán na ideologický příběh do konce života. Tato lidská vlastnost vytváří ze soudních rozhodnutí něco velmi atraktivního, neboť co jiného je dobře napsaný rozsudek než excelentně podaný příběh.

Podívejme se na jeden velmi atraktivní příběh z Komunistického manifestu: „*Životní podmínky staré společnosti jsou už zničeny v životních podmínkách proletariátu. Proletář nemá vlastnictví (...) Naproti tomu moderní dělník, místo aby se s pokrokem průmyslu pozvedal, klesá stále hlouběji pod úroveň životních poměrů své vlastní třídy. Dělník se stává pauperem a pauperismus vzrůstá ještě rychleji než obyvatelstvo a bohatství. Z toho*

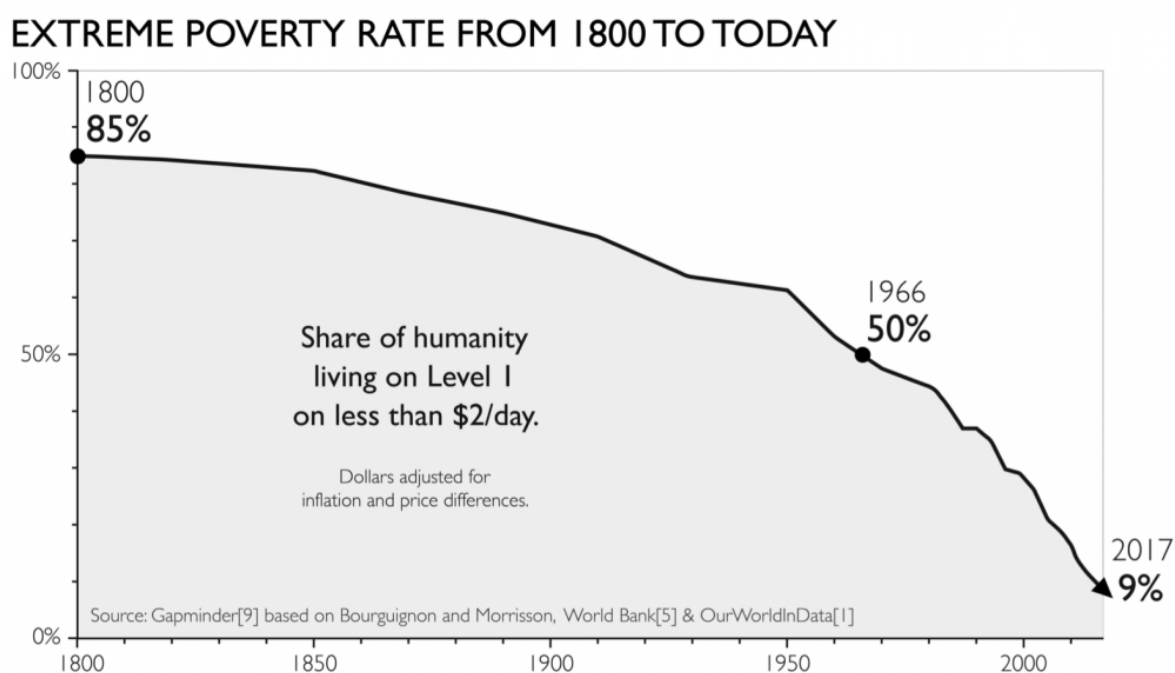
¹⁰⁷ HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 238.

¹⁰⁸ HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 273.

¹⁰⁹ HAIDT, J. *Morálka lidské mysli: proč lidstvo rozděluje politika a náboženství*. Praha: Dybbuk, 2013, s. 340.

jasně vysvítá, že buržoazie je neschopna zůstat nadále panující třídou společnosti a vnucovat celé společnosti podmínky existence své třídy jako zákon, jímž je nutno se řídit. Není schopna panovat, protože není schopna zajistit svému otroku ani jeho otrockou existenci, protože je nucena nechat ho klesnout do postavení, kdy ho musí sama živit, místo aby on živil ji. Společnost už nemůže žít pod panstvím buržoazie, tj. existence buržoazie a existence společnosti jsou už neslučitelné.“¹¹⁰

A teď tento příběh porovnejme s touto velmi konkrétní statistikou:¹¹¹



Příběh o utlačovaném proletariátu, jenž končí jeho absolutní chudobou, který oslovil stamiliony lidí, způsobil revoluce a kvůli němuž se stal nespočet hrozivých věcí, byl zpětným pohledem empiricky vzato nesmysl. Tomuto příběhu se možná dalo racionálně věřit v 19. století, nikoli však dnes. Jinak řečeno, bylo-li cílem zabránit absolutnímu zchudnutí proletariátu, byl efektivním prostředkem kapitalismus a volný trh, nikoli komunistická revoluce.¹¹²

¹¹⁰ MARX, K; ENGELS, B. *Manifest komunistické strany. Kapitola I. Buržoové a proletáři*. In: *Marxist internet archive* [online] [cit. 2019-01-13]. Dostupné z: <https://www.marxists.org/cestina/marx-engels/1848/manifest/ch01.htm#s428>.

¹¹¹ Zdroj: ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. *Factfulness: Ten Reasons...*, s. 52.

¹¹² Viz SOWELL, T. *Wealth, Poverty and Politics: An International Perspective*. New York: Basic Books, 2015.

Někdo by mohl namítnout, že se jednalo o jednu chybu, o jeden, byť významný, společenský příklad. Proč však v tom případě dnešní pohled většiny obyvatel na svět vypadá nějak takto? „*Války, násilí, přírodní katastrofy, lidmi způsobená neštěstí, korupce. Věci jsou špatné, a zdá se, že se zhoršují, že? Bohatí bohatnou a chudí chudnou; počet chudých roste; a až nám dojdou přírodní zdroje, stane se něco dramatického.*“¹¹³ Když pravda je úplně jinde: „*Ve skutečnosti většina světové populace žije někde ve středu příjmového žebříčku. Možná, že nejsou, co bychom nazvali střední třídou, ale nežijí v extrémní chudobě. Jejich dívky chodí do školy, děti jsou očkovány, rodiny mají dvě děti a o prázdninách chtějí na dovolenou do zahraničí, a to ne jako uprchlíci. (...) Toto je na faktech založený pohled na svět.*“¹¹⁴

Hans Rosling proto konstatuje: „*Dokonce i lidé s přístupem k nejnovějším informacím vidí svět nesprávně. A já jsem přesvědčen, že to není chyba zlých médií, propagandy fake news nebo špatných faktů.*“¹¹⁵ Je to kvůli tomu, jak lidský mozek biologicky pracuje.¹¹⁶ Naše představa světa neodpovídá realitě a je jen otázkou, kolik nesmyslných iluzí a příběhů každého z nás ovládá. Jsme přitom biologicky nakloněni k tomu milovat příběhy, a to, že mnoho z nich není postavených na realitě, pro nás nepředstavuje přílišný problém. Při nastavování politického systému spravování věcí veřejných je toto nezbytné mít na paměti. Role příběhů patří do stanovování politických cílů, které krystalizují v politickém střetu, nikoli do volení prostředků vedoucích k jejich dosažení (pokud zbývá jakékoli jiné racionálnější řešení).

Skvělým příkladem je následující situace: Představte si, že je vaším cílem pomoci dětem z problémových prostředí (cíl, na kterém se všichni shodnou). Máte nápad udělat třítýdenní letní tábor pro problémové děti z vyloučených lokalit, kam umístíte také děti z lepšího prostředí. Vaším záměrem je, že ty „lepší děti“ pomohou těm problémovým nahoru. Také se však může stát, že jediným efektem bude, že ty „horší děti“ stáhnou ty dosud bezproblémové dolů. Oba závěry by měly svoji logiku, na obou by se dal vystavět přesvědčivý příběh. Kde je pravda? Abstraktním přemýšlením na ni nepřijdete, musíte udělat empirickou studii a vědecky to zjistit. Nejlépe tak, že to zkusíte na malém počtu dětí a výsledky změříte. Nabízí se vám posléze dvě možnosti, jak pokračovat. Buď se výsledky studie budete řídit, nebo příště už žádnou další o ničem jiném pro jistotu

¹¹³ ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. *Factfulness: Ten Reasons...*, s. 13.

¹¹⁴ Tamtéž, s. 13.

¹¹⁵ Tamtéž, s. 14.

¹¹⁶ Tamtéž, s. 14.

neuděláte. Ani takový výzkum by samozřejmě nebyl zcela průkazný, neboť každá skupina by se nemusela chovat stejně. Žádný lepší způsob však neexistuje.

Určitá představa světa (ideologie) může detekovat problém (vytyčit cíl) a nabízet efektivní řešení (prostředek), detektovat problém a nabízet špatné řešení, nebo detekovat neexistující problém a na něj napasovat neexistující řešení. Ideálem vládnutí je podle mého názoru racionální kombinace správných řešení (prostředků) odpovídající zcela konkrétním reálným problémům (hodnotově vytyčeným cílům). Pokus a omyl, nebo ještě lépe, pokus a úspěch. Jak zajistit pokus a úspěch? Racionálně, přemýšlivě a s rozvahou sledujme potenciální důsledky našich kroků, vždy udělejme objektivní empirickou studii, zvažme všechny potenciální aspekty. Pokud i přes všechnu přípravnou práci posléze zjistíme, že něco nefunguje, je třeba si přiznat, že naše původní východiska byla mylná, a nebát se začít znova.¹¹⁷

Rosling nedůvěru k ideologiím (v této práci myšleno ve vztahu k prostředkům) reflektuje na dvou názorných střetech. Oba jsem zde již zmínil. Za prvé se jedná o střet centralizovaného plánování a volného trhu, kdy se historicky v obecné hospodářské rovině ukázalo, že ten první se v efektivitě volnému trhu ani zdaleka nevyrovná.¹¹⁸ Že volný trh ale nemusí být řešením na všechny problémy (ideologické tvrzení ve vztahu k prostředku) ukazuje druhý příklad spočívající ve střetu volného trhu se systémem veřejného pojištění ve zdravotnictví. V tomto druhém případě na základě dat naopak ukazuje, že Spojené státy vynakládají na zdravotnictví více než dvojnásobek prostředků na hlavu (9400 dolarů) než ostatní podobně rozvinuté země (v průměru 3600 dolarů), a za to mají jeho občané takřka o tři roky v průměru nižší šanci dožití.¹¹⁹

Faktem tedy je, že Spojené státy utratí v přepočtu na hlavu na zdravotnictví absolutně nejvíce peněz ze všech zemí světa – v žebříčku dožití se však nacházejí až na neuvěřitelném 40. místě.¹²⁰ Rosling proto argumentuje ve prospěch systému veřejného pojištění takto: „*Kdyby američtí politici chtěli přijmout na faktech založené rozhodnutí, měli by být vedeni nikoli ideologií, ale čísly.*“¹²¹ Jeho kritika směřuje k neefektivitě

¹¹⁷ WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, s. 59.

¹¹⁸ ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. *Factfulness: Ten Reasons...*, s. 195-198.

¹¹⁹ Tamtéž, s. 198.

¹²⁰ Tamtéž, s. 198.

¹²¹ Tamtéž, s. 198.

amerického systému, který vynakládá příliš prostředků na zbytečnosti a není schopen léčit obyčejné neduhy chudších lidí.¹²²

Cílem amerického zdravotnictví však nemusí být nutně efektivita (byť ta se volnému trhu většinou přisuzuje). Pokud je cíl zcela vědomě politicky definován jinak – například, že jediné volný trh je schopen náležitě odměnit lékaře, nebo že každý má mít takovou péči, kterou si je chopen zaplatit (morální východisko v podobě „každému to, co si zaslouží“), pak systém jako souhrn prostředků nelze kritizovat jako neefektivní, neboť efektivita není jeho vytyčeným cílem. Tento cíl však samozřejmě lze kritizovat politicky. Popřípadě lze kritizovat špatně zvolený mix politických cílů.

Podívejme se na věc ještě z trochu jiného úhlu pohledu. Dnes se nikdo nebude v politice hádat o skutečnosti, zda existují bakterie, které mohou lidem škodit. Je zde expertní i politická shoda, že ano. Jedná se proto o věc nepolitickou. Úkolem veřejné politiky (napříč politickými stranami) je proto škodlivým následkům působení bakterií předcházet. Na druhou stranu například o nastavení budoucí důchodové reformy shoda nepanuje, jedná se proto o věc hodnou politického střetu, všechny strany ale budou pravděpodobně preferovat funkční systém, který se o staré lidi dokáže efektivně postarat – politický kompromis vedený efektivním expertním řešením proto v tomto případě nelze vyloučit. Důležité je zdůraznit, že takto funguje většina kroků správy věcí veřejných. Buď spor neexistuje vůbec, nebo je možnost se na cílech kompromisně většinově dohodnout.

Již Karel Čapek trefně napsal: „Řekl bych, že ideál demokracie je součinnost odborníků. Dnes sice ještě platí moudré slovo, že demokracie, toť diskuse; ale diskusi pěstujeme obyčejně jenom tehdy, když nevíme docela přesně, co se má dělat. Diskutují-li doktoři, má-li nebo nemá-li se řezat určitý případ apendicity, svědčí to o tom, že jejich lékařská jistota není ještě úplná. Nepřáli bychom si, aby dělníci diskutovali, spadne-li náš dům; ve věcech života je nám milejší nesporná jistota. Zatím však rozumíme demokracii v tom smyslu, že mám-li to tak říci, zedníci diskutují, má-li se řezat slepé střevo. Až získáme ve velmi četných oborech života rozsáhlejší zkušenosti a nesporné jistoty, ztenčí se podstatně oblast možných diskusí a tím i melhubovské politiky.“¹²³

¹²² Tamtéž, s. 199.

¹²³ ČAPEK, K. *O věcech obecných čili zoón politikon*. In: Rodon [online]. 2018 [cit. 2018-01-13]. Dostupné z: <http://www.rodon.cz/admin/files/ModuleKniha/114-O-vecech-obecných-cili-Zoon-politikon.pdf>, s. 6-7.

Spousta politicky nekonfliktních problémů v dnešní době má čistě expertní řešení, a pro ty, které je nemají, zbývá právě politika. Není-li zřejmá nadpoloviční politická většina, musí vzniknout politický kompromis. Jakékoli odborné řešení přitom musí být politicky posvěcené, což experty dobře kontroluje (byť to zároveň vytváří větší požadavky na kvalifikaci politiků). Volit však do politických křesel odpovědné a racionální osoby je také součástí demokratické zpětné vazby: je-li někdo špatný, příště zvolím lepšího.

Mulgan k odpovědnosti expertů poznamenává následující: „*Povinnost být volán k odpovědnosti je metodou udržování veřejnosti informované a zároveň silné v možnosti kontroly. Značí to svět, který je na jedné straně komplexní, takže je v něm potřeba expertů k realizování jednotlivých úkolů, ale také svět na druhé straně stále fundamentálně demokratický v aspiraci, neboť v něm veřejnost může uplatňovat své právo zodpovídat experty a vykonávat nad nimi maximální kontrolu.*“¹²⁴ Soudy naproti tomu politice podřazené, logicky a zcela správně, být nemohou, proto je namístě, aby byla jejich role v prosazování vlastních hodnotových postojů, ať již ve vztahu k cíli, či prostředku, limitována.

Někdo by mohl namítnout, že současný demokratický systém nefunguje, problémy se neřeší, svět se zhoršuje, expertní řešení nefungují, a proto musíme hledat způsoby, jak jej nahradit. Problémem je, že nic z toho není pravda. Svět se zlepšuje, demokracie i přes své nedostatky fungují a problémy se úspěšně řeší.¹²⁵ Demokracie, nikoli autoritářské vlády moudrých, se dokonce historicky osvědčují jako absolutně nejefektivnější způsoby vlády.¹²⁶ Samozřejmě nepopírám, že někde mohou věci nefungovat, občas se zvolí otrěsný politik, nebo se nám zdá, že roste populismus. To však nic nemění na tom, že „*Krok po kroku, rok po roce, se svět zlepšuje. Ne každý jednotlivý problém každý rok, ale jako obecné pravidlo.*“¹²⁷ Je pouze těžké to vidět.

Progres není samozřejmý a velmi rychle a snadno by mohl být nahrazen sestupem. Pinker za hlavní aktéry moderního progresu, kterými se pyšní především demokratické systémy, označuje důraz na rozum, vědu a humanismus.¹²⁸ Humanismem lze označit axiomatickou

¹²⁴ MULGAN, R. *Holding Power to Account Accountability in Modern Democracies*. London: Palgrave Macmillan UK, 2003, s. 1.

¹²⁵ Viz ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. *Factfulness: Ten Reasons ...*

¹²⁶ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018, kapitola *Democracy*.

¹²⁷ ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. *Factfulness: Ten Reasons*, s. 13.

¹²⁸ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018.

hodnotu z Listů Federalistů – věrnost cíli vládnutí, kterým je štěstí a spokojenost lidí. Rozum a věda se zase vztahují k druhé části – znalosti prostředků, kterými tento cíl může být dosažen.¹²⁹ Důležité je, že idea vládnutí, kterou zde rozebírám, není od současné reality zcela vzdálená. Samozřejmě, ne všechno je dobré, většina věcí ale funguje a problémy (včetně globálního oteplování) se řeší. Expertní demokraticky kontrolované vládnutí, byť mnohdy kritizované, je ve své podstatě funkční. To je nesmírně důležité sdělení. Samozřejmě existují cesty, jak ho vylepšit – vždyť tato práce není o ničem jiném – neměli bychom ale podléhat nepravdivé, falešné a nebezpečné představě, že se svět řítí do pekel.

Podívejme se na konkrétní fakta vypovídající o České republice. V roce 1994 jsme měli v průměru 158,4 mrtvých při autonehodách na milion obyvatel. V roce 2016 to bylo už jen pouze 57,9.¹³⁰ V roce 2005 jsme měli 5,49 % lidí ve věku 15-19 let, kteří nebyli zaměstnaní nebo ve školském systému. V roce 2016 to už bylo pouze 2,09 %.¹³¹ Příjmová nerovnost se od roku 2004 neustále snižuje.¹³² Nezaměstnanost byla v roce 1998 6,48 %. Od té doby klesla na 2,89 % v roce 2017.¹³³ Dále se podívejme na znečištění ovzduší skleníkovým plynem CO₂. V roce 1990 jsme vypouštěli v přepočtu 14,5 tun na osobu. Dnes je to pouze 9,6 tun na osobu.¹³⁴ Úmrtnost kojenců se snížila z 6,05 promile z roku 1996 na 2,8 promile v roce 2016. Ještě v 70. letech 20. století byla přítom úmrtnost kolem 20 promile.¹³⁵ Musím upozornit, že tohle není účelový výběr toho nejlepšího, nýbrž výběr veskrze náhodný.

Pokud se všechno zlepšuje, je na místě umírněnost, víra v současný systém a dobrá vůle věci dále zlepšovat. S tímto vnímáním světa však mají (nejen) Češi historicky obrovský problém. Josef Pekař dokonce již ve 20. letech minulého století napsal: „*Smysl českých dějin je, že Čechové, kdykoliv se dopravovali vysoké úrovně svobody a samostatnosti,*

¹²⁹ Tamtéž.

¹³⁰ Zdroj: Data OECD [online] [cit. 2018-12-03]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/transport/road-accidents.htm>

¹³¹ Zdroj: Data OECD [online] [cit. 2018-12-03]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/youthinac/youth-not-in-employment-education-or-training-neet.htm>

¹³² Zdroj: Data OECD [online] [cit. 2018-12-03]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/inequality/income-inequality.htm>

¹³³ Zdroj: Data OECD [online] [cit. 2018-12-03]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/unemp/unemployment-rate.htm>

¹³⁴ Zdroj: Data OECD [online] [cit. 2018-12-03]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/air/air-and-ghg-emissions.htm>

¹³⁵ Zdroj: Data ČSÚ [online] [cit. 2018-12-03]. Dostupné z: <https://www.czso.cz/csu/czso/kojenecka-umrtnost-v-letech-1950-2017>

*podvrátili sami obojí vzápětí nedostatkem rozumné umírněnosti – a to jak v oboru života politického, tak duchovního.*¹³⁶

Esenciální rozdíl ve vztahu politiky k soudům je, že politická moc má k dispozici široký odborný aparát, který soudní moc nikdy mít nebude, což ji nejen při těch nejkomplicovanějších otázkách silně limituje rozhodnout správně a kvalifikovaně. Problémem není pouze míra komplikovanosti, nýbrž také celostní záběr: co vše v rozhodnutí vzít v potaz. Waltman pozoruje, že soudy nemají žádné nástroje k přezkumu dopadů přijatých veřejných politik. Argumentuje přitom, že aby jakákoli veřejná politika byla efektivní, je nezbytný její periodický přezkum se zaměřením na možné modifikace či případné úplné zastavení (pokud by se empiricky ukázalo, že nefunguje).¹³⁷ Ničeho z toho soudy nejsou schopny.

Postavení soudů Waltman vystihl výborně: „*Soudy jsou nejlepší v rozhodování konkrétních případů, ve kterých existuje právní spor mezi dvěma stranami; nejsou dobře uzpůsobené rozhodovat komplexní otázky veřejné politiky.*“¹³⁸ Soud je navíc extrémně špatné místo na děláni politických kompromisů, což skýtá potenciál rozdělovat společnost podobně jako například referenda. Vzhledem k tomu, že mezi politiky ve výsledku zase takové velké rozdíly neexistují, jsou navíc středová politická kompromisní řešení více než možná.

Problémem fenoménu přesouvání rozhodování směrem k soudcům (jak ve věci vytyčení cílů, tak hodnocení prostředků) je také privilegování jedné velice specifické části společnosti. Postavili jsme právníky do role expertů, kteří nás ochrání a vyřeší za nás naše problémy. Nutíme je však rozhodovat o otázkách nejen právních. Do jejich jurisdikce se mnohdy dostávají i témata ekonomická, lékařská, etická, finanční atd., o kterých již z povahy věci lidé s čistě právním vzděláním příliš vědět nemohou. Jsme v situaci, kdy o stále odbornějších a komplikovanějších záležitostech místo zákonodárského sboru, který je složen jak z právníků, ekonomů, lékařů, zemědělců, či třeba inženýrů, a dokáže tedy do zvážení vnést i tyto úhly pohledu, rozhoduje čistě právnicky obsazený soud.

¹³⁶ HERTL, D. *Josef Pekař – jasnozřivý skeptik*. In: *Český rozhlas Plus* [online]. 2015 [cit. 2018-01-13]. Dostupné z: <https://plus.rozhlas.cz/josef-pekar-jasnozrivy-skeptik-6512711>

¹³⁷ WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, s. 59.

¹³⁸ Tamtéž, s. 59.

Není v lidských silách, aby soudci, byť s rozsáhlým poradním aparátem (který samozřejmě nemají a nikdy mít nebudou), byli schopni vyřešit všechny problémy ve všech oborech, ve kterých by to nakonec bylo potřeba. Otázkou není universální delegace, nýbrž potencialita, tedy že v zásadě vše může nakonec skončit u soudu. Tímto se uvádíme do schizofrenního postavení, v němž spíše důvěřujeme nevolené expertní radě (která tomu navíc ve skutečnosti příliš nerozumí) než námi voleným zástupcům, kteří mají, nebo by alespoň měli mít, v zádech zástupy expertů. Je rozumné svěřit takto závažné otázky právě a jediné lidem s právním vzděláním?

Yuval Harari skvěle pozoruje, že lidé v moderní době absolutně selhávají v uvědomění si toho, jak málo toho ve skutečnosti vědí: „*Následně ti, kdo neví nic o meteorologii nebo biologii, navrhuji politiky týkající se klimatických změn nebo geneticky modifikovaných plodin.*“¹³⁹ Sowell konkrétněji ve vztahu k všeznalým společenským intelektuálům zase píše: „*Zdá se, že mnoho intelektuálů nechápe, že i pokud jsou světovými autoritami na konkrétní oblast, jako je námořnické právo nebo Mayská civilizace, nepřiznává jim to ani minimální kompetenci v jiných oblastech, jako je soutěžní právo, environmentální problémy nebo zahraniční politika.*“¹⁴⁰ Problém lidí obecně a intelektuálů konkrétně, je jejich časté přesvědčení, že mnoha věcem rozumějí a na mnoho problémů mají řešení. Je však nezbytné zdůraznit, že pokud je někdo profesor či expert na určitou oblast, nedává mu to právo myslet si, že rozumí čemukoli jinému.¹⁴¹ Společenským neduhem tohoto fenoménu je, že vyjádření intelektuálů do médií o něčem, čemu opravdu rozumí, a o něčem, co si ráno přečetli v novinách, má fakticky stejnou autoritu.¹⁴²

Soudci vysokých soudů jsou v současné době do role všeznalých intelektuálů tlačeni, což je dle mého názoru jedním z esenciálních neduhů představy soudců jako politických či společenských aktérů. Dnešní svět připomíná Babylonskou knihovnu Jorge Luise Borgese.¹⁴³ Znalosti a moudrost jsou umístěny v nekonečně veliké knihovně s tituly, které obsahují každý myslitelný sled písmen. Úskalím je, že ty důležité knihy nelze mezi hromadami úplných nesmyslů vůbec najít. Jsme zavaleni nesmyslným množstvím

¹³⁹ HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 218-219.

¹⁴⁰ SOWELL, T. *Intellectuals and society*. New York: Basic Books, 2011, kapitola *Knowledge and Notions* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

¹⁴¹ ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. *Factfulness: Ten Reasons...*, s. 188.

¹⁴² SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola *Knowledge and Notions* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

¹⁴³ BORGES, J. L. *Zrcadlo a maska*. Praha: Odeon, 1989.

informací, a pokud některé důležité nakonec i nalezneme, stejně obsáhneme jen zcela zanedbatelný zlomek moudrosti. Otázka pro dnešní svět proto zní: „*Je pro jakoukoli společnost, obzvláště tak velikou a různorodou jako je ta naše, moudré mít veřejné politiky vytvořené devíti¹⁴⁴ lidmi?*“¹⁴⁵ Problém jednoduše je, že nikdo toho v dnešním světě neví dostatek, aby dokázal centralisticky řídit společnost. Pokud na centralistickém řízení společnosti přece jen v mnoha oborech trváme, je k tomu potřeba ohromné množství dat, statistik, studií a odborného zázemí.

2.2.3 Liberální demokracie jako vláda většiny

V druhé polovině 20. století Ronald Dworkin řekl, že více rovnosti ve společnosti vytváří lepší společnost i v případě, že její občané preferují nerovnost.¹⁴⁶ Thomas Sowell na to reagoval následujícími slovy: „*Tato představa touží prosadit sociální a ekonomickou rovnost skrze politickou nerovnost, která by elitě dovolila přehlížet, co by většinová společnost chtěla. Na rozdíl od tvrzení profesora Dworkina se mi jeví velmi nepravděpodobným, že by většina lidí preferovala nerovnost. Mohou však preferovat svobodu, kterou demokratický systém umožňuje, radši než diktaturu elit, a to i v případě, že by demokratický systém způsobil určité množství nerovnosti.*“¹⁴⁷ Představa politické nerovnosti je problematická, neboť značí, že hlas někoho druhého má větší váhu než ten můj. Tato představa je neslučitelná s liberální představou rovnosti politického hlasu jednotlivců.

Morálka je navíc věcí osobního hodnotového postoje, nikoli intelektu či znalostí. Jakékoli úvahy, že by volby měly být pouze pro chytré lidi, proto nepovažují za adekvátní, neboť intelekt či znalosti nemají s morálitou osobnosti nic společného. Sowell ve vztahu k intelektuálům a elitám jako morálně nadřazeným jedincům proto píše následující: „*Fatálním přešlapem intelektuálů je předpoklad, že vynikající schopnost v určitém oboru může být zobecněna na vyšší moudrost nebo morálnost nad ostatními.*“¹⁴⁸

¹⁴⁴ V kontextu Nejvyššího soudu USA.

¹⁴⁵ WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*. New York: Palgrave Macmillan, 2015, s. 59.

¹⁴⁶ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980, s. 239.

¹⁴⁷ SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola 12 (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

¹⁴⁸ SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola *Knowledge and Notions* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

Dobře toto vystihl také Václav Klaus, když v jednom svém projevu pronesl: „*Vnímáme důležitost morálky a morálnosti pro fungování lidské společnosti, rétorika morální nadřazenosti ze strany (...) veřejných intelektuálů ale není její součástí. Taková rétorika odhaluje jejich silné autoritářské sklony. Touží přenést své morální hodnoty na druhé a jsou přesvědčeni, že ví lépe než zbytek z nás, co chceme a co je pro nás dobré.*“¹⁴⁹

Nebylo by nejlepší nechat lidi samotné v rámci předem stanovených politických pravidel rozhodnout, co chtějí a co je podle nich správné? Již Masaryk o demokracii říkával: „*Demokracie není jen formou státní, není jen tím, co je napsáno v ústavách; demokracie je názor na život, spočívá na důvěře v lidi, v lidskost a v lidství, a není důvěry bez lásky, není lásky bez důvěry. (...) Demokracie, to je hovor mezi rovnými, přemýšlení svobodných občanů před celou veřejností – slovo “parlament” má krásný smysl, jen je učinit tělem! (...) Jsme národ tělem i duší demokratický; má-li naše demokracie své nedostatky, musíme překonávat ty nedostatky, ale ne překonávat demokracii.*“¹⁵⁰ Proč na tento ideál tak rádi zapomínáme, a namísto snahy o politické překonávání demokratických nedostatků, až příliš často směřujeme naše zraky k různým verzím autokratických sofokracií?

Adam Růžička toto skvěle vystihl ve vztahu k mnoha dnešním demonstracím proti vládě a společenským poměrům obecně: „*sdělení většinou tkvělo v plivání na současnou politickou garnituru a ve vyzdvihování všeho špatného a ošklivého, co se kdy v této zemi stalo. (...) bylo připomínáno, že jsme ufňukaní, malomyslní a sobečtí pokrytci, kteří si za všechno mohou sami. To není příliš inspirativní! Mnoho vitriolu pak sklidili ti, kteří špatně volí, čímž vše zkazí. Namísto boje za demokracii zněla manifestace jako davová terapie filozofů-králů, zapšklých a zahořklých, protože je velká část veřejnosti ignoruje. Kde se objevila myšlenka, že nejlepší způsob, jak kultivovat veřejné mínění a upevňovat demokracii, je urážet a zesměšňovat voliče?*“¹⁵¹

Růžička pokračoval velmi výstižně, dovolím si proto ještě jednu delší citaci: „*Máme-li věřit Masarykovi, je tomu naopak – demokracie se musí zakládat na lásce k člověku a na*

¹⁴⁹ KLAUS, V. *Celebrating freedom: His Excellency Václav Klaus, President of the Czech Republic, speaks to Canadians and Americans in November 2004*. Vancouver: Fraser Institute, 2005, s. 10.

¹⁵⁰ ČAPEK, K. *Hovory s T.G.M.* Praha: Fragment, 2009, s. 258.

¹⁵¹ RŮŽIČKA, A. *Cynismu je třeba se vzepřít. A to vyžaduje odvahu.* [online]. 2018 [cit. 2018-01-13]. Dostupné z: http://ceskapozice.lidovky.cz/ruzicka-cynismu-je-treba-se-vzeprit-a-to-vyzaduje-odvahu-pkh-/forum.aspx?c=A181225_203521_pozice-forum_lube&fbclid=IwAR2Kjz278y4R9RGM_MywidSzwF1EaeSQ3ahwWCv9oYLLRjB-Z0yXv2AVOjA

důvěře mezi lidmi. (...) Současně to neznámá nad lidmi zlomit hůl a vzdát se snahy o dohodu a porozumění. Musíme se snažit spolu rozumně hovořit, konstruktivně nesouhlasit a učit se přesvědčovat bez emocí a s vědomím, že i my sami se můžeme mýlit. (...) Pokud má mít tato snaha naději, musíme také věřit, že vznešené ideály jsou pro všechny lidi a že každý člověk se ve svém nitru touží zbavit lži a zášti a následovat ideál pravdy.“¹⁵²

Lidé samozřejmě umí být jak anděly, tak démony.¹⁵³ Ideál humanismu však spočívá na přesvědčení, že každý člověk má potenciál obsáhnout vznešené myšlenky, každý člověk může být rovným přemýšlejícím občanem diskutujícím před celou veřejností v zákonodárném sboru. Pokud to není realitou dnes, měli bychom se snažit, aby to bylo realitou zítřka (například skrze podporu školství), nikoli na tento ideál zcela rezignovat. Nejlepší ochranou demokracie je totiž kultivovat společnost a budovat stabilní instituce (včetně důrazu na dělbu moci).

Thomas Sowell dobře upozorňuje, že intelektuálové bývají často nesprávně okouzlováni faktem, že vysoce vzdělané elity – jako jsou oni sami – mívají mnohem více partikulárních znalostí než populace jako celek. Z této perspektivy lze totiž snadno dospět k závěru, že vzdělané elity mají určovat, jak má společnost vypadat. Sowell proti tomuto vznáší následující námitku: „*přehlížejí zásadní skutečnost, že obyvatelstvo jako celek, absolutně počítáno, může mít mnohem více znalostí – ve všedním slova smyslu – než elity, a to i přesto, že je tato znalost rozptýlena v individuálně nevýrazných částech mezi obrovským množstvím lidí.*“¹⁵⁴

Jedná se o Hayekův argument proti centrálnímu plánování.¹⁵⁵ B. Leoni podobně brojí proti legislativní normotvorbě. Oba však akceptují soudcovskou tvorbu práva, protože právě ona operuje s rozptýlením vědění, vyvíjí se spontánně. Rozhodují desítky a stovky soudců na základě aktivity procesních stran. U nejvyšších soudů však dnes tento argument příliš neplatí, neboť jde o více centralistický model než u zákonodárných sborů. Rozhodnutí neproplouvají se spodu nahoru (jako v klasickém systému common law),

¹⁵² Tamtéž.

¹⁵³ PINKER, S. *The better angels of our nature: a history of violence and humanity*. London: Penguin Books, 2012.

¹⁵⁴ SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola *Concentration and Dispersion of Knowledge* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

¹⁵⁵ HAYEK, F. A. *Cesta do otroctví*. Praha: Academia, 1990.

nýbrž jsou autoritativně určována se shora dolů, což je typičtější pro kontinentální systém.

Kolektivní znalost může být vidět například na vztahu společnosti k marxismu v prostředí západním a českém. V evropských západních státech existuje v současnosti silný obdiv k těmto myšlenkám; nejvíce je tato skutečnost vidět na západních univerzitách, kde je mnoho marxistických spolků.¹⁵⁶ Akademici v právní vědě se v západním světě také kloní mnohem více nalevo, neomarxismus nevyjímaje.¹⁵⁷ Česká společnost je k této ideologii, která vedla ke stamilionům mrtvých, mnohem skeptičtější. Lze říci, že odpor ke komunismu je v našem obyvatelstvu historicky zakořeněn jako kolektivní moudrost zaplacená krvavou cenou. Jakýkoli západní či český intelektuál, který by se nás snažil opětovně přesvědčit, že komunismus je dobrá myšlenka, by z tohoto důvodu musel selhat.

Václav Klaus k tomuto výstižně pronesl následující: *„Žítí v takovém režimu nás paradoxně také něčím obohatilo. Nebereme svobodu za samozřejmost. Jsme tak citlivější na všechny druhy plíživých a pro jiné až neviditelných změn, které signalizují budoucí možné oslabení (a potenciální ztrátu) svobody (...) Můžeme být předpojatí, protože jsme žili v komunistické společnosti, můžeme nedocenit spoustu důležitých věcí, ale máme unikátní zkušenost, která by neměla být zapomenuta.“*¹⁵⁸

2.3 Negativní společenské následky judicializace politiky

Je důležité si uvědomit, že přílišná ingerence soudů do společenské odpovědnosti lidí samotných, působí na politickou komunitu občanů ve výsledku negativně. Pokud se rozhodování o celospolečenských otázkách, vytváření nových lidských práv a svobod či posouvání jejich významu děje v rámci moci soudní, a nikoliv v zákonodárném sboru, poškozují to politickou komunitu občanů. Jedná se o zkratku, která s sebou přináší nezanedbatelné společenské následky.¹⁵⁹

Jakýkoliv zásah do politiky s sebou nese riziko, které je třeba mít na paměti: *„Tím, že náprava přichází zvenčí, lid přichází o politickou a morální zkušenost a výchovu, která*

¹⁵⁶ Na univerzitě v Cardiffu byla například extrémně silná marxistická společnost, která dělala každý týden velké přednášky o marxismu-leninismu.

¹⁵⁷ Viz LANGBERT, M; QUAIN, A, J; KLEIN, D, B. *Faculty Voter Registration in Economics, History, Journalism, Law, and Psychology*. In: *Econ Journal Watch*. Dostupné online: <https://econjwatch.org/File+download/944/LangbertQuainKleinSept2016.pdf?mimetype=pdf>

¹⁵⁸ KLAUS, V. *Celebrating freedom...*, s. 9.

¹⁵⁹ PROCHÁZKA, R.: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*, Aleš Čeněk, Plzeň 2011.

*pochází z participace na běžné politice a z poučení se z vlastních chyb. Příliš snadné a bezmyšlenkovité zasahování do politických záležitostí zmenšuje politický potenciál lidu a umrtvuje jeho smysl pro politickou a morální odpovědnost.*¹⁶⁰ Pokud voliči na vlastní kůži neucítí dopady své volby, protože je před nimi někdo zachrání, nikdy se nenaučí existovat v demokratické společnosti, za kterou sami nesou odpovědnost. Lze také říci, že je jim tímto krokem odepřena příležitost k sebevýchově.¹⁶¹

Důsledkem nedůvěry elit v demokracii může totiž být vytvoření situace, kdy si lidé „zvykají na tuto nedůvěru a mají [stále] větší tendenci ji ospravedlňovat a odmítat vlastní uvažování o ústavních omezeních, delegující tuto otázku soudům.“¹⁶² Nebezpečí lze spatřovat ve skutečnosti, že se „lidé stávají lhostejnými vůči tomu, koho delegují do zákonodárného sboru.“¹⁶³ „Příliš často volí politiky, kterým by důležitou soukromou záležitostí nikdy nesvěřili, a když tito politici vytvoří špatné a zlé zákony, které soudy zruší, jsou voliči následně rádi, že je tento sbor moudrých tak ochotný chránit je před jimi samými přímo volenými zástupci.“¹⁶⁴

Jedná se o trvalou snahu utéci politice, o které například píše Jiří Příbáň ve své knize *Hledání dějin* v kontextu roku 1948 takto: „Českému voliči se tak nabídlo vysvobození z politiky, které tradičně nedůvěřoval. Myslím, že tento příslib vykoupení společnosti z její politické existence a možnost představit si, že jsem jen pasivním účastníkem velkolepého historického zápasu, který už je předem rozhodnut, byl pro legitimitu komunistické strany zrovna tak důležitý jako tradičně rovnostářské hodnoty moderního českého národa.“¹⁶⁵

Soudním aktivismem se vytrácí společenská debata a pocit participace – o dané otázce rozhodne několik lidí v soudním taláru. Čím více jsou soudy ochotny politické a celospolečenské spory řešit, tím více se prostor otevírá. Zkratka ale zůstává pořád pouze zkratkou a s ní přichází důležitá otázka, zda efektivní kontrola většiny znamená,

¹⁶⁰ THAYER, J. B.: *John Marshall*. Boston and New York: Houghton Miffl in Company, 1901, s. 103-107. Dostupné z: <<https://archive.org/stream/johnmarshall01thaygoog#page/n12/mode/2up>>. (Navštíveno 28. 5. 2016.).

¹⁶¹ PROCHÁZKA, R. *Ján Krstiteľ, ktorý mal moc*. In: *Tyzden* [online]. 2013 [cit. 2014-08-25]. Dostupné z: <http://www.tyzden.sk/casopis/2013/31/jan-krstitel-ktory-mal-moc.html>.

¹⁶² THAYER J. B.: *John Marshall*..., s. 103-107.

¹⁶³ Tamtéž.

¹⁶⁴ Tamtéž.

¹⁶⁵ HVÍŽDALA, K; PŘIBÁŇ, J. *Hledání dějin: o české státnosti a identitě: 883 - 1918 - 2018: rozhovor*. Praha: Univerzita Karlova, Karolinum, 2018, s. 231.

že se ta stane odolnější vůči manipulaci, nebo spíše vede ke stavu, kdy garancí je najednou potřeba stále více a více – čímž se dostaneme do začarované spirály, ve které každé převzetí odpovědnosti osvícenou elitou prohlubuje pocit odcizení a frustrace většiny z toho, že její hlas není slyšen.¹⁶⁶

Primárním rizikem není, že by se moci chopily soudy samotné. Mnohem větším nebezpečím je, že proces zbavování společnosti (včetně zákonodárského sboru) odpovědnosti za ní samotnou ji ve svém důsledku může ohrozit. Aneb stále aktuálními slovy Learneda Handa: „*Společnost, která je tak rozložená, že v ní zanikl duch mírnosti, nedokáže zachránit žádný soud, společnost, kde takový duch přetrvává, žádný soud zadržovat nemusí, ve společnosti, která se zbavuje vlastní odpovědnosti tím, že na soudy přenáší povinnost takového ducha pěstovat, takovýto duch zahyne.*“¹⁶⁷

Podstata demokracie a humanismu tkví v člověku. Toto opět skvěle vystihl již Čapek: „*A z tohoto živého, lidského, osobního materiálu je udělán náš politický řád. Každý politický řád je dělán z lidí. Demokracie není udělána z lidských práv, nýbrž z lidí a jejich působení. Diktatura je dělána z mužů, a ne z poroučení. Komunismus je věc lidí, a ne věc foršriftů. Vybudujte kterýkoli řád: z polovičatých, nelojálních, nestatečných, malých lidí to bude nedostatečný a chaotický řád. V malodušném, politicky malicherném národě sebelepší politický systém bude malý, zvrtačený a neúčinný. Neříkám tím, že je lhostejno, který řád a systém pro nás volit. Chci jenom říci, že jste-li vůbec pro nějaký řád, nesmí vám býti lhostejno, jaká politická duše se vychovává v tomto národě.*“¹⁶⁸

Zakončím tuto argumentaci ještě jedním citátem od stejného autora: „*Vemte si průměrného občana a jeho vztah k státu, k vládě, k úřadům, k parlamentu; řekněte sami, máte-li před sebou psychologický typ lidovládců, který je si vědom, že o těch věcech spolurozhoduje, – nebo typ reptajícího, neochotného a podrážděného ovládaného? Vypadáme vcelku, jako bychom si vládli – nebo jako bychom skřípali zuby pode jhem jakéhosi cizího vládnutí a ouřadování? Tady nejde o to, máme-li určité příčiny skřípat zuby; jde o duševní habitus našeho občana, který se dosud nevžil do toho, že demokracie,*

¹⁶⁶ PROCHÁZKA, R. *Ján Krstiteľ, ktorý mal moc...*

¹⁶⁷ HAND, L.: *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization*. In: DILLIARD, I. (ed.): *The Spirit of Liberty*. New York: Knopf, 1953, s. 155–156, cit. in: PROCHÁZKA, R.: *Eud a sudcovia v konštitučnej demokracii*, Aleš Čeněk, Plzeň 2011, s. 101.

¹⁶⁸ ČAPEK, K. *O věcech obecných čili zoón politikon*. In: *Rodon* [online]. 2018 [cit. 2018-01-13]. Dostupné z: <http://www.rodon.cz/admin/files/ModuleKniha/114-O-vecech-obecných-cili-Zoon-politikon.pdf>, s. 48.

*vládnutí, pořádek, a to všechno je kolektivní dílo, na kterém i on má svůj kousek účasti, odpovědnosti a případně spoluviny. Duševně žijeme ještě pořád ve stavu nevolnictví, ovládanosti, nesvobody.*¹⁶⁹

Soudy by měly spíše pozvolně následovat vývoj ve společnosti, nikoliv ho sami určovat a rozhodovat skrze velice obecné pojmy. Vždyť moc soudní vůči politice v historii vždy plnila spíše úlohu konzervačního prvku, nebyvala nástrojem (r)evoluce. Na druhou stranu však soudy svůj konzervativní postoj nesmí přehnat. Jde o to nalézt jemnou rovnováhu. Například ve Francii v době před Velkou francouzskou revolucí byli soudci velice silnými aktéry bránícími pokroku, o který se tehdejší režim neúspěšně pokoušel; spousta z nich se posléze z tohoto důvodu dostala po převratu na popraviště; jedná se o historickou zkušenost, která reálně ovlivňuje vztah Francie k soudcům dodnes.

Argumentace lidskými právy by mohla být důležitým protiargumentem¹⁷⁰ – domnívám se, že ale ani ta ve svém souhrnu neobstojí. V situaci, kdy je společenská shoda na vhodnosti přiznání jistých práv určitým skupinám obyvatel, je jejich adjudikace soudy zbytečná. Tato práva budou v dohledné době přiznána demokratickým procesem. Naopak, pokud je společnost přesvědčena, že sporná práva určitým lidem za žádných okolností nepřizná, efekt rozhodnutí moci soudní bude nicotný – buď jej nikdo nebude respektovat, nebo bude přehlasováno v zákonodárném sboru (takový krok má však silně negativní následky vůči právní kultuře daného prostředí).

Z tohoto logicky vyplývá, že soudy budou zákonitě rozhodovat spíše o tématech, ve kterých jejich rozhodnutí bude mít alespoň částečně pozitivní ohlas ve společnosti. Vždy tedy společnost jako celek „předběhnou“ pouze o málo. O to zrádnější je však celá situace ve vztahu k politickému prostředí, které se díky tomu dlouhodobě o předmětná témata (nejen) lidských práv nemusí zajímat. Psychologický rozdíl mezi rozhodnutím vzešlým z vůle lidu a rozhodnutím z vůle soudců je přitom pro identifikaci jednotlivce se státní mocí velice důležitý, přitom často opomíjený.

Opačný pohled zastává například Ronald Dworkin, o kterém Radek Píša píše takto: *„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*

¹⁶⁹ Tamtéž, s. 50.

¹⁷⁰ Viz např. DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.

americké soudy, Dworkin vyhraněně argumentuje, že jde o jednotlivý případ skupinového konsenzu.¹⁷¹ 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.¹⁷² Radek Píša také ve své práci také objasňuje, že v českém prostředí má k tomuto pohledu blízko například Jan Wintr¹⁷³ nebo Pavel Dufek¹⁷⁴.

Sowell k této úvaze však vznáší následující esenciální protiargument: „Soudcovský aktivismus je jako bianco šek, který může být využit v jakémkoli směru, v jakékoli otázce, pouze v závislosti na konkrétních soudcích.“¹⁷⁵ Nemusí se jednat pouze o zbraň liberálů. Dobře je tato pravda vidět na příkladu napadení Obamových levicových sociálních zákonů, umožňujících přístup chudých Američanů ke zdravotnictví, konzervativním texaským soudcem z důvodu namítané protiústavnosti.¹⁷⁶ Předchozí zastánci soudcovského aktivismu při hodnotové změně soudu posléze se začínají ozývat, že se soud chová aktivisticky. Problém se soudcovským aktivismem (tedy soudem jako politickým aktérem) je, že to je špatný způsob spravování věcí veřejných obecně, a kritizovat bychom ho měli, ať se zrovna otáčí jakýmkoli směrem.

Společnost je jako malé dítě a soud je jeho dozorce. Pokud dítě nikdy nenecháte odřít si kolena a pořád mu jen budete říkat, že to nesmí a tamto nesmí, a přehnaně ho chránit, nikdy skutečně nepochopí, co to znamená spadnout na zem a udělat chybu. Je třeba dát společnosti prostor svobody pro objevování a pokusy, a to i tehdy, pokud to může krátkodobě zabolet. Když naopak uvidíte, že se dítě řítí ze skály, je samozřejmě vhodné

¹⁷¹ DWORKIN, R. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, J. (ed.). *Theories of Right*. Oxford University Press, 1984, s. 166–167. Cit in: PÍŠA, R. *Soudobá kritika juristokracie*. Praha, 2018. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, s. 11-12.

¹⁷² PÍŠA, R. *Soudobá kritika juristokracie*. Praha, 2018. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, s. 11-12.

¹⁷³ 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, s. 157–161, s. 160. Cit. In: PÍŠA, R. *Soudobá kritika juristokracie*. Praha, 2018. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, s. 11-12.

¹⁷⁴ DUFEK, P. *Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně*. Právník, č. 1, roč. 157 (2018), s. 50–70. Cit in: PÍŠA, R. *Soudobá kritika juristokracie*. Praha, 2018. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, s. 11-12.

¹⁷⁵ SOWELL, T. *Intellectuals and society...* kapitola 12, podkapitola *Judicial Activism* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

¹⁷⁶ MILMAN, O. *Fate of Obama's health law set to be decided by supreme court – again*. In: *The Guardian* [online]. 2018 [cit. 2019-01-13]. Dostupné z: https://www.theguardian.com/us-news/2018/dec/15/obamacare-healthcare-aca-appeal-supreme-court?CMP=fb_gu&fbclid=IwAR16ZFs0pqfHyHXwWM5ZMiBqC8Qh_p3phEY52X5QtVnztAPY61n2Hn5OIC

zasáhnout. Je nutné ale rozlišit, o jak závažnou situaci se reálně jedná. Nejlepší totiž je, když se dítě samo naučí, že padat ze skály pro něj není zrovna nejlepší, pak totiž už žádného dozorce potřebovat nemusí. Upřímně, málokdo by chtěl spadnout ze skály, není nezbytné hned podezírat každého (ani společnost) ze sebevražedných úmyslů.

Když se na věc díváme z pohledu několika málo let, je logické, že nevidíme progres. A to nás může frustrovat. V horizontu staletí nepřetržitého vývoje demokratické společnosti, které si v historii mohlo dovolit pouze několik málo zemí – mezi nimi především Spojené státy a Velká Británie – je však tento vývoj vidět velmi dobře. Evropské kontinentální smýšlení nikdy nebylo zcela demokratické; vždy zde byl přítomen prvek rozhodování elitami, ať v minulosti šlechtou či v moderní době technokratickými elitami v Bruselu či jinde.

Je fascinující pozorovat Evropany kritizující demokracii v těchto dvou státech, vyzývající britské elity ke zrušení Brexitu a Američany k impeachmentu Donalda Trumpa. Britské elity ale velmi dobře chápou, že přes veškeré ekonomické škody spojené s odchodem z Evropské unie by společenská cena za takový krok byla mnohem větší, proto i ti nejradikálnější volají (v čase psaní) maximálně po druhém referendu. Důvěra lidí v demokracii je pro ně důležitější než myšlenka spojené Evropy. Je také důležité zmínit, že i přes ohromnou politickou krizi, britský ústavní systém vlastně funguje stále velmi dobře. V souvislosti s Brexitem tak lze mluvit jistě o krizi politické, nikoli však ústavní. Přestože se jedná o krizi obrovských rozměrů, lze se ptát, jestli by si s podobným problémem rozdělené společnosti dokázal jiný systém poradit lépe. Osobně si to nemyslím.

Je na místě položit si otázku, zda expanze soudní moci není jen logickým důsledkem krize důvěry společnosti v klasický politický proces a politickou moc jako takovou. V očích veřejnosti je politika považována za činnost netransparentní a příliš silně spjatou s lobbistickými skupinami, která sama velmi často rezignuje na hledání řešení majoritních společenských problémů (čímž uvolňuje prostor soudní moci). Na tuto otázku bych přitom odpověděl spíše pozitivně. Můj text by proto neměl být primárně vnímán pouze jako kritika moci soudní; nýbrž také jako upozornění na krizi a slabost politického prostředí, jehož důsledkem je politizace soudů, která s sebou přináší nezanedbatelná celospolečenská rizika.

V českém prostředí je role ústavního soudu určena historicky. Jeho úloha při ustavování demokratického a liberálního práva po roce 1989 byla více než nezanedbatelná (a veskrze pozitivní). Je však otázkou, zda již nenadešel čas, po skoro 30 letech od pádu komunistického režimu, vložit skrze parlamentní demokratický systém více odpovědnosti do rukou občanů, a tím začít úsilí za kultivaci společnosti k trvalé cestě za svobodou a demokracií. Za dobrý způsob, jak k tomu přispět z pohledu soudnictví, vnímám důraz na doktrínu soudcovského sebeomezení při rozhodování, kterou důkladně rozebírám v následujících kapitolách. Osobně bych proto preferoval jmenování zdrženlivých soudců, uvědomujících si svou ústavní úlohu, a to nejen na Ústavní soud, ale také na Evropský soudní dvůr a Evropský soud pro lidská práva.

Za popisovanou situaci rozhodně nemohou pouze soudci. Soudy nemají měšce ani meče,¹⁷⁷ takže jejich rozhodování je do značné míry omezeno prostorem, který jim ponechají ostatní aktéři v systému dělby moci. Aneb rozhodnutí soudu lze zvrátit v parlamentu a důležité celospolečenské otázky není třeba za každých okolností dávat opozicí k přezkumu ústavním soudům. Přesouvání odpovědnosti však většině politiků plně vyhovuje. Jejich postoj je ovlivněn tím, že pokud o věci nakonec rozhoduje soud, „jsou uchráněni jejich největší noční můry, rozhodování.“¹⁷⁸ Richard Posner tuto situaci trefně popisuje tak, že se Nejvyšší soud občas chová jako „učitel ve třídě pomalých žáků skládajících se z veřejnosti a politiků.“¹⁷⁹

Někdo by mohl namítnout,¹⁸⁰ že bez ochrany mohou lidé přijít o samu možnost volby – viz řada pádů meziválečných evropských demokracií. Je proto třeba opět zdůraznit, že zde argumentuji ve prospěch limitované širší ochrany, nikoli pro zrušení soudní pojistky jako takové.

2.4 Soudci jako (ne)zachránci demokratického právního státu

Waltman pozoruje, že máme dva základní způsoby, jak postupovat při ochraně ústavnosti a demokracie. Prvním způsobem je stále podrobněji definovat ústavní práva jednotlivců a umožňovat soudům prosazovat je proti vládě a parlamentu. Druhým způsobem je

¹⁷⁷ HAMILTON, A. *The Federalist No. 78*. The Judiciary Department. Independent Journal, 1788.

¹⁷⁸ PÍŠA, R. *Soudy jako potenciální uchvatitelé veřejné moci*. In: KYSELA, J; ONDŘEJKOVÁ J. *Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě*. Praha: Leges, 2012, s. 134.

¹⁷⁹ KOSAR, D. *Kniha roku 2008*. [online]. 2009 [cit. 2014-09-06]. Dostupné z: http://jinepravo.blogspot.de/2009/10/kniha-roku-2008_08.html .

¹⁸⁰ Děkuji za tuto námitku vedoucímu práce.

spoléhat se raději na charakter lidí a strukturu politických institucí.¹⁸¹ Nešvar současnosti definuje takto: „*Naším problémem je, že jsme v současnosti vložili přílišnou důvěru v první způsob a nedostatečnou v druhý.*“¹⁸²

Demokratický systém je chráněn institucionálně, na což se často zapomíná a podceňuje. V momentě, kdy se ve Švédsku vlády chopili po mnoha letech konzervativci, žádná revoluce nenastala. Máte-li ve společnosti zavedené pevné a funkční sociální instituce zabezpečující zdravotní péči, sociální ochranu, soudnictví atd., existuje pouze velmi malá šance, že je vláda v jednom volebním období zcela překopá. Změna stabilních institucí je prací na desetiletí.

Úkolem demokracie je tyto stabilní instituce (mezi které patří samozřejmě i soudy) vybudovat a přesně jim vymezit pravomoci a úlohu v systému. Postavit moc proti moci, zájem proti zájmu. Zde je zajímavá komparace Spojených států a evropských zemí. Mluvíme-li o dělbě moci v kontextu Spojených států, můžeme mluvit o třech oddělených mocích: moci zákonodárné, výkonné a soudní.¹⁸³ Rozdělení mocí politických je klíčovým prvkem amerického systému, který na jedné straně sice občas vede k zaseknutí procesu rozhodování, avšak na druhou stranu představuje nejlepší pojistku zachování liberální demokracie. Základní myšlenka amerického systému totiž je, že nikdo nedokáže ovládnout všechny tři moci zároveň na dlouhou dobu a že pokud moc výkonnou a zákonodárnou ovládají jiné zájmové skupiny, bude realizován pouze nejmenší společný průsečík, na kterém se dokážou shodnout. Tato možnost zablokování systému je zde proto vnímána jako chtěná výhoda, nikoli negativní prvek.

Evropské země se naopak o reálné rozdělení politických mocí nikdy ani nepokusily; exekutiva a zákonodárná moc jsou ve většině zemí silně propojené¹⁸⁴ – což na jednu stranu zabraňuje blokacím vládnutí, avšak na druhé straně ohrožuje liberální demokracii (neboť stačí vyhrát jedny volby). Reálně tak lze mluvit pouze o rozdělení moci politické a soudní. Tato dichotomie místo trichotomie vede k většímu spoléhání se na moc soudní, neboť nic jiného vlastně nezbyvá. Při obraně demokratického systému by však byl dle mého názoru rozumnější a jistější důraz právě na budování funkčních institucí, zlepšování jejich personálního obsazení a také na reálnou dělbu moci (a to i za cenu

¹⁸¹ WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint...*, s. 69.

¹⁸² Tamtéž, s. 69.

¹⁸³ SCHWARTZ, B. *American Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 15.

¹⁸⁴ Tamtéž, s. 14.

blokace vládnutí). Zapomeňme na vidinu všemocných katalogů lidských práv a soudců-hrdinů, kteří společnost zachrání.

Nikterak nepopírám, že dokud „řízení“ teprve nabírá na obrátkách, soudci jako retardér stačit mohou. Nezpochybňuji roli soudu jako záchranné brzdy. Pouze říkám, že pokud záchrannou brzdou používáme příliš často, může jí to tím spíše vyřadit z provozu. Budou-li soudy dlouhodobě a flagrantně rozhodovat v rozporu s většinovým názorem ve společnosti, bude to znamenat degradaci jejich významu – nikdo je nebude respektovat. Pomocí soudů nelze dlouhodobě držet demokratický stát bez vůle občanů k demokracii. Každá generace si taktéž svá práva musí obhájit sama, protože mrtví je nezajistí, stejně, jako nemohou vládnout. Ronald Reagan k tomuto výstižně pronesl: „*Svoboda není něco, co by mohlo být předáno geneticky. Nikdy proto nejsme dále než jednu generaci od jejího úplného konce. Každá generace se musí sama naučit, jak ji bránit a ubránit.*“¹⁸⁵

Právo, jež soudy chrání, je navíc hodnotově proměnlivé a primárně záleží na kulturní a historické tradici společnosti, ve které je tvořeno a aplikováno. Materiální obsah práva je pak nejen silně propojen s hodnotami zákonodárců, kteří ho tvoří, ale také s hodnotami lidí, kteří ho interpretují. Pro zastávání určitých postojů je vždy klíčová, vedle genetických faktorů,¹⁸⁶ které však příliš neovlivníme, socializace. Jak píše Jan Kysela: „*Hodnoty totiž mohou být více či méně sdílené, nejsou však objektivní.*“¹⁸⁷ Trefně tento relativismus popisuje Viktor Knapp: „*Nikdy jsem ovšem nevěřil na univerzální přirozené právo a historie nikdy nedala důvod v něco takového věřit. Právo není přirozené, nýbrž historické.*“¹⁸⁸ Pokud se pohybujeme na evolučních základech morálky, lze cokoli v jejich mezích označit za morální. Jednotlivé pohledy se posléze budou lišit dle aktuálního společenského vnímání.

Esenciální námitka zní takto: „*Lze snadno namítnout, že dobře socializovaní mohou být stejně tak zákonodárci, jako soudci.*“¹⁸⁹ Co nás vede k tomu, že si toto nemyslíme? A proč tam, kde objektivně není rozhodováno právními argumenty, nýbrž morálními soudy, svěřujeme etická rozhodnutí právě soudcům? Vždyť artikulace hodnot

¹⁸⁵ BANESCU, CH. *Ronald Reagan: Whatever Happened to Free Enterprise?* American thinker [online]. 15. 10. 2010 [cit. 2019-03-01]. Dostupné z:

https://www.americanthinker.com/blog/2010/08/ronald_reagan_whatever_happene.html

¹⁸⁶ HAIDT, J. *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Vintage Books, 2012.

¹⁸⁷ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 264.

¹⁸⁸ KNAPP, V. *Velké právní systémy: úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C.H. Beck, 1996, s. 209.

¹⁸⁹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou...*, s. 264.

v politickém měřítku vzniká sporem v zákonodárných sborech, kde by měla být zastoupena celá společnost; zatímco hodnoty soudců mohou vyvěrat takřka z čehokoli. U soudců většinou prostě nevíme; a to není dobře. Soudce by proto podle mého názoru měl být spíše umírněný člověk s podobnými názory jako většina společnosti. Lidé, kteří chtějí měnit svět, v sobě mají nalézt dostatek odvahy a vstoupit do politického prostoru; nikoli své osobní přesvědčení vydávat za již existující právní normy.

Dokonce i soud může vydat zvrácený rozsudek. Rozhodně se nejedná o privilegium pouze a výlučně zákonodárného sboru. Za všechny historické příklady zmíním případ *Dred Scott v. Sandford*, kdy Nejvyšší soud Spojených států rozhodl: „[L]idé afrického původu, kteří byli do USA dovezeni a drženi jako otroci, a jejich potomci bez ohledu na to, jestli jsou nebo nejsou otroci, nepožívají ochrany dle americké ústavy a nikdy se nemohou stát americkými občany (...) Kongres nemá pravomoc zakázat otroctví (...) otroci jsou z právního hlediska věcmi a jejich páni tedy požívají ochrany k ústavou zaručenému vlastnickému právu k nim a také, že otroci nejsou z definice způsobilí domáhat se soudní ochrany.“¹⁹⁰

V českém kontextu si připomeňme rozsudek z roku 1993, kdy zjevně rasově motivovanou vraždu *Tibora Daniela* soud označil za násilí proti skupině obyvatel a jednotlivci a ublížení na zdraví. Dva z osmnácti obžalovaných byli odsouzeni k podmíněným trestům za výtržnictví, ostatní byli zproštěni viny.¹⁹¹ Až následný silný politický tlak dokázal tato rozhodnutí zvrátit, přičemž nevložila-li by se do věci tehdejší ministryně spravedlnosti mimořádným opravným prostředkem, rasová vražda by skončila podmínkou.

Mnoho německých soudců v době ještě před přijetím Norimberských zákonů posvěcovalo zvrhlosti nacistického smýšlení právě na základě přirozeného práva a obecných právních principů – zatímco mnoho maďarských a slovenských soudců zachránilo spoustu životů v době okupace nacistickým Německem aplikací čistě pozitivistického až formalistického přístupu k právu.¹⁹² Vždyť si stačí vzpomenout na koncept materiálního občanství, které soudy přičkly Adolfu Hitlerovi (rozenému

¹⁹⁰ PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 5.

¹⁹¹ *Rasistická vražda Tibora Danihela rozhoupala spoločnosť*. In: *Romea* [online]. 29.9.2010 [cit. 2015-04-11]. Dostupné z: <http://www.romea.cz/cz/zpravy/rasisticka-vrazda-tibora-danihela-rozhoupala-spolecnost>.

¹⁹² SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR ve spolupráci s Vydavatelstvím a nakladatelstvím Aleš Čeněk, Plzeň, 2011, s. 624.

Rakušanovi) v řízení o jeho vyhoštění z Německa. Je otázkou, neklademe-li na soudce břemena, která již ze své podstaty nemohou unést a nevytváříme-li tímto krokem z textů právních spíše texty teologické. Má obava pramenit z přesvědčení, že soudci nejsou lepší než zbytek společnosti, přičemž argumentace hodnotami a spravedlností může úplně stejně sloužit demokracii jako nacismu.¹⁹³

Všichni velcí diktátoři 20. století měli mezi svými příznivci a spolupracovníky intelektuály, včetně mnoha vystudovaných právníků.¹⁹⁴ Neměli by naopak být mezi prvními odpůrci? Thomas Sowell a Paul Hollander nabízí poměrně přesvědčivé vysvětlení, které spočívá v profesionálním narcismu. Intelektuálové se mohou v liberálních demokraciích cítit nedoceněni, neboť ty umožňují svým občanům řešit vlastní záležitosti a uspokojovat vlastní potřeby především v rámci volného trhu a svobodné občanské společnosti.¹⁹⁵ Naopak diktátoři zavádějí své hodnoty a pravidla ve společnosti se shora – přiznávají proto intelektuálům, kteří jsou s nimi názorově v souladu, důležité společenské role.¹⁹⁶ Pinker k tomuto dodává, že roli může také hrát „Nietzschovské pohrdání obyčejným člověkem, který otravně preferuje brakové umění a kulturu, a obdiv k superčlověku, který překoná otravné kompromisy demokracie a hrdinně realizuje vizi ideální společnosti.“¹⁹⁷

3. Judicializace lidských práv

3.1 Soudci nebo zákonodárce?

Ideou dnešní koncepce lidských práv je, že takřka všechna myslitelná práva člověka mají být zajištěna soudci operujícími s velkým množstvím lidsko-právních ustanovení nalézajících se buď v ústavách jednotlivých států, nebo v mezinárodních dohodách. Jsme tak nevyhnutelně svědky přechodu od požadavků k právům.

Je třeba uznat, že nejde o prvotní kreaci samotných soudů. Otázkou však zůstává, zda by soudy měly tento prostor aktivně využívat (například ochotou přítomnost žalobního zájmu určité osoby nebo skupiny osob v hraničních případech nalézt), či spíše nikoli.

¹⁹³ PŘIBÁŇ, J; HOLLÄNDER P; BAŇOUCH, H. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2011, s. 270. Statě Michala Bobka a Tomáše Sobka.

¹⁹⁴ SOWELL, T. *Intellectuals and society...* kapitola *Intelligence versus intellect* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

¹⁹⁵ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018, kapitola 23 *Humanism*.

¹⁹⁶ Tamtéž.

¹⁹⁷ Tamtéž.

Moc soudní tímto krokem byla dle mého názoru pasována do role lidsko-právního zákonodárce s argumentací, že je pro tuto roli nejlépe vybavená (hodnotově i intelektuálně). Nejedná se však o zcela samozřejmou situaci – na přesvědčení, že nejlepším ochráncem základních práv je parlament, býval (a stále do určité míry je) totiž po dlouhou dobu založen například britský systém. Argumentace, že se jedná o jediný možný funkční model, proto z historického ani současného hlediska neobstojí.

Vztah českých elit k lidu ve srovnání se Spojeným královstvím vystihl již Karel Čapek: „*Například v Anglii (...) mne nejvíc překvapilo, že tam na železnicích nemají strážní domečky; patrně tam mlčky předpokládají, že nikoho nenapadne položit na koleje dynamitovou patronu nebo odšroubovat kolejnice. U nás ve všech našich institucích a rádech spíše mlčky předpokládáme, že v každém člověku je víceméně vyvinuta náklonnost odšroubovat kolejnice nebo klást dynamitové patrony tam, kam nepatří. Chodíme po zuby ozbrojeni jakousi nedůvěrou a nepřátelstvím ke všemu, co má dvě nohy, a také se podle toho chováme. Loajálnost se nezačíná poměrem k státu, nýbrž poměrem k člověku; to je sám základ vši politiky a důležitější vyhlášení lidských práv než sebelepší ústava.*“¹⁹⁸

Ve Spojeném království platí, že právo týkající se ústavních záležitostí má stejnou právní sílu, jako právo týkající se čehokoli jiného. Žádná část ústavního práva není nadřazená jiným částem právního řádu. Klasické právo tu neexistuje ve stínu práva ústavního. Ústavní principy (vláda práva, zákaz retroaktivity atd.) a lidská práva proto v našem absolutním slova smyslu ve Spojeném království vůbec neexistují. Nepředstavují absolutní překážku veřejné moci ve využívání svých pravomocí, jsou jen relativními hodnotami.¹⁹⁹

Zákonodárce je oprávněn přijmout legislativu, která by byla v rozporu se základními ústavními principy a lidskými právy. Akty parlamentu představují nejvyšší formu práva a nemohou být zrušeny žádným soudem. Říká-li Schmitt, že „*Všechny pregnantní pojmy moderní státovědy jsou sekularizovanými teologickými pojmy. Nejen dle jejich historického vývoje, jelikož byly převzaty z teologie do státovědy, v tom rámci například se stává všemocný Bůh všemocným zákonodárcem, nýbrž i v jejich systematické*

¹⁹⁸ ČAPEK, K. *O věcech obecných čili zoón politikon*. In: *Rodon* [online]. 2018 [cit. 2018-01-13]. Dostupné z: <http://www.rodon.cz/admin/files/ModuleKniha/114-O-vecech-obecnnych-cili-Zoon-politikon.pdf>, s. 7.

¹⁹⁹ ELLIOTT, M; THOMAS, R. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 1-34.

*strukturu*²⁰⁰, pak je zcela adekvátní přirovnat postavení britského parlamentu k Bohu. Jedná se mnohem spíše o ústavu politickou nežli právní, přičemž ochráncem práv a svobod nejsou primárně soudy, nýbrž samotný parlament.²⁰¹

Británie sice přijala *Human Rights Act 1998*, ten má však pouze omezenou funkci. Jeho hlavní doménou je zavedení povinnosti soudů interpretovat domácí právo ve světle EULP. Pokud taková interpretace není možná, zákon dává vysokým soudům možnost deklarovat neslučitelnost domácího práva s lidskoprávními předpisy. Tato deklarace neslučitelnosti však domácí právo nezabavuje platnosti, ani jej nemůže jinak omezit v aplikovatelnosti. Jedná se víceméně o prohlášení, které je určeno veřejnosti a Parlamentu, jenž vytváří tlak na změnu existující legislativy – a to skrze zákonodárný proces.²⁰² Žádný soud však sám o sobě nemůže závazně (tedy vymahatelně) rozšířit obsah jakéhokoli lidského práva nad vůli Parlamentu.

Přes toto všechno i v Británii zní hlasy o zvyšující se roli soudů. Například Lord Sumption, jeden ze soudců britského Nejvyššího soudu, varuje, že soud nově rozhoduje (byť nezávazně) o věcech, které by ústavně měly být určeny Parlamentu, a že viníkem tohoto vývoje je právě *Human Rights Act 1998*.²⁰³ Druhým viníkem je pak vliv práva Evropské unie a Rady Evropy, jejichž pojetí soudní moci ovlivňuje také Velkou Británii, která je však postavena na odlišných principech.

Ani ve Spojených státech není situace tak jednoduchá, jak by se mohlo na první pohled zdát. Louis Fisher ve své studii odhaluje, že Kongres je v mnoha případech citlivější vůči ohrožení ústavních práv než samotný soud: „*Přestože jsou federální soudy vyzývány jako strážci ústavních práv (...) byl to právě Kongres, který se často ujal ochrany menšinových a individuálních svobod.*“²⁰⁴ Objevují se proto názory, že i pokud by byly ústavní texty zcela vyňaty z pravomoci soudů, nic by to neměnilo na tom, že bychom i nadále žili v zemi ovládané ústavními pravidly a principy.²⁰⁵ Osobně spíše souhlasím.

²⁰⁰ SCHMITT, C. *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 3. Aufl., Berlin 1979, s. 49. Cit in: HOLLÄNDER, P. *Soumrak moderního státu*. Právník 1/2013, s. 7.

²⁰¹ ELLIOTT, M; THOMAS, R. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 1-34.

²⁰² Section 4 Human Rights Act 1998.

²⁰³ *Politicians are surrendering key decisions to judges, warns Lord Sumption*. In: *The Times* [online]. 2018 [cit. 2018-01-13]. Dostupné <https://www.thetimes.co.uk/article/politicians-are-surrendering-key-decisions-to-judges-warns-lord-sumption-ggqz9r8gj>

²⁰⁴ FISHER, L. *Defending Congress and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 2011, s. 103.

²⁰⁵ TUSHNET, M. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

Pokud bychom zítra omezili Ústavní soud v ochraně základních práv a svobod, nemyslím si, že by se náš společenský systém propadl do autoritářského režimu. Společenské uspořádání je otázkou společenského konsensu a moci, nikoli otázkou práva.

Z hlediska ústavní teorie Waltman upozorňuje, že ústava není primárně negativním dokumentem (ve smyslu, že by jejím hlavním účelem bylo vytvořit prostor, do kterého stát nemá zasahovat).²⁰⁶ Právě naopak: „*Ústava, speciálně ve své původní formě, je dokumentem, jehož hlavním účelem bylo vytvořit vládu, která vládne a může vytvářet a provádět veřejné politiky, jež budou reagovat na potřeby současnosti.*“²⁰⁷

Waltman proto rozděluje roli lidských práv v absolutistické formě vlády, kde vládne panovník, a v demokratickém systému, kde si vládne sám lid. V prvním případě svobodu chápe především jako svobodu od státu (tedy negativní svobodu). Je logické, že nemohli participovat na vládě, zbývá mi alespoň takto chápaná svoboda. Ve druhém případě však svobodu definuje širěji: „*tento druhý typ svobody se skládá z práva participovat na rozhodování politické obce ve stejné míře jako ostatní občané.*“²⁰⁸ V tomto druhém případě se jedná o svobodu k vládě. Za základní myšlenku americké ústavy přitom považuje, že nejlepší obranou proti zneužití moci ze strany vlády je systém, ve kterém vládne lid sám.²⁰⁹ Systém, ve kterém si vládne lid sám, však není kompatibilní s tím, kde vládnu soudy.

Ústava takto vnímaná vytváří právní základ státu aktivně spravovat věci veřejné. Úlohou lidských práv je vytvořit jednotlivci svobodný prostor, ve kterém se může podílet na správě věcí veřejných, popřípadě se rozhodnout se na této správě nepodílet, a přesto žít svobodně, dle svého. Neméně důležitou rolí základních práv je chránit demokratický systém, aby se menšina mohla vždy stát většinou, tedy chránit demokracii procedurálně, jako rozhodčí chrání fotbalovou hru před nedodržováním pravidel. Lidská práva se však nemají stávat prostředky politických kláních, na to jsou skutečně příliš důležitá. Stavíme-li lidská práva jako axiomatický základ humanistické společnosti, nezbyvá než se smířit s tím, že se musí jednat o minimální standard, neboť axiomatický základ by neměl ze své podstaty vyvolávat politické konfrontace.

²⁰⁶ WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint...*, s. 61.

²⁰⁷ Tamtéž, s. 61.

²⁰⁸ Tamtéž, s. 68.

²⁰⁹ Tamtéž, s. 69.

3.2 Politika práv, problém s inflací lidských práv a sociální práva

Důsledkem zmíněného vývoje přesouvání rozhodování k soudům je změna strategie dobývání různých přání a požadavků. Z politického kolbiště, v němž je třeba nejprve nalézt podporu ve veřejném mínění a následně ji využít v hlasování zákonodárského sboru, k jednání před soudem. Změny a pokrok se pak odehrávají mimo demokraticky volený orgán.

Allan zmíněný fenomén popisuje takto: „*Soudní kontrola ústavnosti se rychle může stát náhradou za běžný politický proces, občas aktivovaný dobře zorganizovaným zájmem, nebo nátlakovými skupinami – ideologickými stěžovateli, kteří mohli selhat ve snaze přesvědčit veřejné mínění, nebo řádně zvolené zástupce lidu o opodstatněnosti svých nároků.*“²¹⁰ Kysela k tomu dodává, že motivací soudů k akceptaci takového přístupu účastníků většinou nebude ani tak vlastní mocichtivost, nýbrž spíše obava z odmítnutí spravedlnosti.²¹¹ Procházka jako příklad uvádí okolnosti, za kterých se v jednotlivých státech Spojených států začala legalizovat manželství homosexuálů právě skrze soudní moc (a naopak zakazovat zákazy těchto manželství).²¹²

Jedná se o fenomén *politiky práv*. Kysela jej definuje jako situaci, kdy se z požadavků na to, co bychom chtěli, stávají práva, která již údajně máme.²¹³ Expresivnější definicí můžeme říct, že se jedná o převlečení politického požadavku, který má být testován volbami, za veřejné subjektivní právo určité osoby nebo skupiny osob.

Politiku práv v neprávnické rovině taktéž velice výstižně vystihl Milan Kundera v románu *Nesmrtelnost*: „*Čím více získával boj za lidská práva na popularitě, tím více ztrácel jakýkoliv konkrétní obsah, až se stal jakýmsi všeobecným postojem všech vůči všemu, jakousi energií, která proměňuje všechna lidská chtění v právo. Svět se stal právem člověka a všechno se stalo právem: touha po lásce právem na lásku, touha po odpočinku právem na odpočinek, touha po přátelství právem na přátelství, touha po štěstí právem na štěstí (...) a všichni patří do stejného vojska bojovníků za lidská práva.*“²¹⁴

Jedinec nebo skupina se silným zájmem na určité právní úpravě, kterou nejsou schopni prosadit skrze volené zástupce v zákonodárných orgánech, se bude v dnešní době obracet

²¹⁰ ALLAN, T. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001. Cit. in: PROCHÁZKA, R.: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii...*, s. 107.

²¹¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 270.

²¹² PROCHÁZKA, R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii...*, s. 107-108.

²¹³ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou...*, s. 269.

²¹⁴ KUNDERA, M. *Nesmrtelnost*: Brno: Atlantis, 2006, s. 143-144.

se svým nárokem na soudy do doby, než jim bude vyhověno. Tento prostor jednotlivcům do značné míry otevřel v českém prostředí zákonodárce sám, po roce 1989 jej k tomu navíc silně nutily mezinárodní (zvláště evropské) závazky, které daly žalobní legitimaci skutečně velmi širokému okruhu osob.

Rozmůže-li se činnost soudů do všech oblastí myslitelných práv, může v neposlední řadě velice snadno také začít platit věta: „[J]e-li právem vše, hrozí, že nakonec nebude (vymahatelným) právem nic.“²¹⁵ Pokud na soudy přeneseme rozhodování o příliš mnoho oblastech lidského a společenského života, vytvoříme tím reálné riziko, že ohrozíme jejich schopnost zastat se člověka v momentě, kdy toho bude opravdu nejvíce potřeba. Přílišná inflace práv může vést do situace, kdy snaha člověka domoci se opravdu důležité ochrany se může začít podobat Kafkovsky řečeno snaze *Pana K.* dostat se na pověstný Zámek.²¹⁶ Právní nárok by sice někde existoval, faktická možnost se ho domoci však nikoli. Musíme si odpovědět na otázku, jde-li nám v právu primárně o realitu možného, nebo o naši osobní (utopickou) vizi lepšího světa. Začne-li se totiž právo stávat normativním přáním bez vztahu s realitou, pak přestane být právem úplně.²¹⁷

Obcházení demokratického procesu ve jménu pokroku může být v neposlední řadě rizikové i pro vybojovaná práva samotná. Proto Jan Kysela píše: „*Vše se děje velmi rychle, takže to vyvolává paniku všeho druhu, nejen tu identitární. A panika svědčí extrémistům odmítajícím vše. Znovu se tak hlásím k uměřenosti jako cestě k trvalému zajištění cíle, nikoliv jen dobytí kóty, po němž obvykle následuje protiútok.*“²¹⁸ Tento jev lze pozorovat v současných Spojených státech, kde mnoho takto liberály úspěšně dobytých kót vrací Donald Trump o desítky let nazpátek. Nejmarkantněji je tato problematika vidět na příkladu definice genderu, kdy Trumpova administrativa zvažuje návrat k jeho biologické definici.²¹⁹

²¹⁵ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie...*, s. 270.

²¹⁶ KAFKA, F. *Zámek*. Praha: Odeon, 1989.

²¹⁷ Srov. PŘIBÁŇ, J.; HOLLÄNDER P.; BAŇOUCH, H. *Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy*, s. 270. Stať Petra Pitharta.

²¹⁸ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie...*, s. 269.

²¹⁹ BERGER, S. *Trump admin said to refine legal definition of gender, putting transgender gains at risk: NY Times*. In: CNBS [online]. 2018 [cit. 2018-01-13]. Dostupné z: <https://www.cnbc.com/2018/10/21/trump-admin-reportedly-aims-to-refine-legal-definition-of-gender.html>

Problémem je, že aktivistické organizace mají mnohdy pocit, že musí pořád svolávat „krize“, aby se udržely v centru dění, popřípadě aby je lidé nepřestali podporovat.²²⁰ Kathryn Sikkink však v tomto kontextu zajímavě pozoruje, že čím více tyto organizace hlídají dodržování lidských práv hledají jejich porušování, tím více je nepřekvapivě nacházejí. Ne vždy to je však ve skutečnosti kvůli tomu, že by se svět objektivně zhoršoval. K vyvolání pocitu růstu jejich porušování totiž stačí klasifikovat více jednání jako v rozporu s nimi.²²¹

Došlo zde totiž k určitému popletení jazyka. Problém je již v samotném názvu „lidská práva“. Je-li něco právem, musí to být vymahatelné před soudem. Mnohá lidská práva však žádnými právy ve skutečnosti nejsou. Jedná se mnohem spíše o politické proklamace, cíle, ideály, o volební program. Hlásá-li jedna strana právo na práci, myslí tím, že je jejím politickým cílem práci zajistit, a že pokud bude zvolena, tak se o to pokusí. Lidská práva v nezávazných mezinárodních dohodách také nefungují jako práva, opět jde o cíle, ideály. Přesto jsou nazývána „práva“. Nevadí mi představa, že o lidských právech nemá rozhodovat většina, pokud by však těmi právy byla pouze základní práva, a nikoli kdeco (ne)možného.

Popletla se nám skutečná, historicky osvědčená, vlivem času a společenského konsensu prověřená práva člověka, která jsou nezbytná pro existenci liberální demokracie, do kterých nikdo zasahovat nesmí (soudy je musí chránit), a na druhé straně moderní politické požadavky za tato práva pouze převlečené. Rozdíl je ten, že tato jsou věci politické disputace; většinou bude existovat názor pro a názor proti. Jedná se tak o společenský zdroj konfliktu. Jejich kontroverze je nebezpečná, neboť ohrožuje postavení a společenskou podporu také skutečných základních lidských práv, u kterých naopak příliš argumentů proti v moderní společnosti zaznívat nebude (například u práva na život).

Lidská práva jsou ve své podstatě veta v rukách těch, kdo jimi mohou argumentovat. S tímto lze spojit minimálně dva velmi negativní následky ohrožující pluralitní demokratický systém. Prvním je, že omezují možnost politického kompromisu. Když máte v rukách veto, nepotřebujete se s někým dohadovat, natož domlouvat o středovém

²²⁰ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018, kapitola *Democracy*.

²²¹ Viz SIKKINK, K. *Evidence for hope: making human rights work in the 21st century*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2017.

přijatelném řešení. Druhým problémem je rovnítko mezi inflací lidských práv a inflací státu. Čím víc pozitivních práv zavedeme, tím více státu k jejich naplnění budeme potřebovat.

Zásadní problém s expanzí lidských práv je, že moderní politické požadavky, označené za lidská práva, původní práva omezují. Kysela v tomto kontextu například upozorňuje „že přemíra pozitivních práv přirozenou lidskou svobodu, která leží v základech ideje lidských práv, spojené s teorií společenské smlouvy, podrývá.“²²² Nejedná se o pojmy, které spolu žijí v symbióze, a rozhodně nejsou vzájemnými synonymy.

Toto může být skvěle vidět na eugenice severských států trvající až do půlky 70. let 20. století, kdy touha po sociálním státu blahobytu vedla k akceptaci nedobrovolných eugenických sterilizací.²²³ Tyto tendence se naopak nikdy neprosadily v anglo-americkém prostředí, které roli státu jako poskytovatele sociální jistoty vždy silně limitovalo.²²⁴ Pokud má stát povinnost se o lidi postarat, pak je hájitelné sociálně určovat, jak má společnost geneticky vypadat, a již na začátku zabránit narození hloupých a neproduktivních jednotlivců, kteří by ze systému pouze čerpali.²²⁵ Sociální stabilita společnosti může být v mnoha ohledech zajištěna pouze omezením individuality, a tím pádem svobody.²²⁶ Stát, který dává, je také státem, který nevyhnutelně určuje, jak se mají lidé chovat a jak mají žít své životy.

Opačně argumentují většinou levicově smýšlející autoři, pro které jsou sociální práva právům první a druhé generace rovnocenná. Takto například argumentují Manfred Nowak a Elizabeth McArthur: „Sociální práva, která zahrnují právo na dosažení nejvýše dosažitelné úrovně zdraví a právo na přiměřenou životní úroveň, dostatečnou výživu, šatstvo a obydlí, jsou stejně důležitá jako práva jiná.“²²⁷ Jejich prvním argumentem ve zkratce je, že pokud člověk nemá byt, šatstvo, výživu a další vymoženosti moderní doby, je mu například právo na svobodu slova ve své podstatě k ničemu. Druhým argumentem

²²² KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou...*, s. 266.

²²³ Viz LUCASSEN, L. *A Brave New World: The Left, Social Engineering, and Eugenics in Twentieth-Century Europe*. *International Review of Social History*, vol. 55, no. 2., 2010, s. 265-296.

²²⁴ Tamtéž.

²²⁵ Tamtéž.

²²⁶ Viz HAMAMRA, B. T. *A Foucauldian Reading of Huxley's Brave New World*. *Theory and Practice in Language Studies*, vol. 7, no. 1., 2017, s. 13.

²²⁷ NOWAK, M; MCARTHUR, E. *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 1. Cit in: KRATOCHVÍL, J. *Sociální práva v Evropské úmluvě na ochranu lidských práv a Mezinárodním paktu o občanských a politických právech*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2010, s. 42.

je, že i práva první a druhé generace potřebují ke své ochraně činnost ze strany státu: ať již například zajišťováním bezpečí nebo organizací voleb. Pokud je tak například někdo nevzdělaný člověk s minimálním platem, nemá stejnou možnost využít svou svobodu slova publikací v novinách jako univerzitní profesor. Kritici tak říkají, že za účelem naplnění svobody slova a projevu potřebujeme pozitivní právo na vzdělání.²²⁸ Oba tyto argumenty v následujícím textu adresuji.

Jan Wintr píše: „*Sociální práva jsou právním odrazem ideje sociálního státu.*“²²⁹ Kritika sociálních práv je proto do značné míry ztotožnitelná právě s kritikou sociálního státu. Nejedná se však o synonyma. Vložíme-li sociální práva jako lidská práva do ústav, učiníme je silnější, trvalejší, zakonzervujeme jejich existenci a povýšíme jejich charakter. Již nepůjde o běžné právo vyplývající ze zákona jako obecné vůle politické reprezentace, nýbrž o právo lidské, neoddelitelně a nezcizitelně spojené s lidskou existencí na tomto světě. Dochází tím k omezení politického boje ohledně jejich míry a obsahu ve společnosti. O jejich osudu tak nebude již rozhodovat pouze zákonodárce, slovo získá také Ústavní soud. Již se nejedná o otázku čistě politickou, nýbrž také ústavní, morální a právní. Tímto krokem se navíc silně zpochybňují jejich kritici, neboť se věc prezentuje tak, že chtějí lidem sebrat něco esenciálního.

Je však třeba zdůraznit jednu věc. Mohu být pro sociální stát a zároveň proti sociálním lidským právům; tyto dvě pozice nejsou kontradiktorní. Vzhledem k budoucím vyhlídkám na robotizaci a vývoj umělé inteligence je určitá verze sociálního státu pravděpodobně nevyhnutelná.²³⁰ Zdejší kritika by proto měla být především vnímána jako kritika konceptu sociálních práv jako lidských práv. Jejich existence na zákonné úrovni je otázkou společenské a politické dohody, jejíž zpochybnění není primárním účelem této práce.

Podstatou sociálních práv je nárok na plnění.²³¹ Zastánci sociálních práv tvrdí, že toto platí stejně například pro právo na život. S tímto nesouhlasím. Otázka plnění státu v případě práva na život je pouze uznání a ochrana, nikoli stvoření. Z pohledu klasického liberalismu, který je mi v této otázce blízký, totiž platí, že skutečná základní lidská práva

²²⁸ ELLIOTT, M; THOMAS, R. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 762.

²²⁹ WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 164.

²³⁰ Viz HARARI, Y. N. *Homo deus: stručné dějiny zítřka*. Voznice: Leda, 2017.

²³¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie...*, s. 267.

nelze vytvořit, lze je pouze uznat.²³² Základní lidská práva proto mohou být vyjádřena dvěma imperativy: *být ponechán na pokoji a žít a nechat žít.*²³³ Důraz je kladen na jejich přirozenoprávní charakter; přirozenoprávní by však dle mého názoru bylo lepší označovat jako axiomatický.

Do přirozenoprávní skupiny totiž úplně nezapadají politická práva, jejichž odůvodnění nemůže být přirozenoprávní, nýbrž esenciálně politicko-společenské. Také se jedná o určité společenské konstrukty, ty jsou však esenciální dnešní společnosti, a navíc práva první generace spíše posilují, nikoli oslabují. Sociální práva jsou naproti tomu konstrukty, které nuceně přerozdělují majetek v rámci společnosti. Nedobrovolnost transferu přitom implicitně znamená, že stát uplatňuje na svých občanech jistý druh či hrozbu násilí.

Je poměrně snadné nalézt názor, že jediným správným kritériem pro distribuci lékařské péče je potřeba léčby.²³⁴ Robert Nozick na to odpovídá, že *„podle všeho je pak jediným správným kritériem pro distribuci kadeřnických služeb potřeba nechat se ostříhat. Proč ale musí mít vnitřní cíl činnosti [kterým je potřeba léčby] přednost například před konkrétním záměrem, s jakým člověk tuto činnost vykonává?“*²³⁵ Tímto dáváme přednost právům člověka, který potřebuje ostříhat, nad práva kadeřníka. Redistribuční teorie jsou vždy orientované na příjemce, a to na úkor těch, kteří jsou nuceni dávat.

Mám-li právo na život, je jedinou povinností ostatních do něj nezasahovat; užívám-li svobodu slova, nikdo mě nesmí umlčet. Obě práva jsou esenciálně spojena s mojí důstojností jako lidské bytosti. Od ostatních se vyžaduje nezasahovat. Pokud stát tato práva aktivně ochraňuje, je to dobře, ale ona mohou existovat i bez této ochrany (viz institut nutné obrany, kdy své právo na život bráním sám). Mám-li naproti tomu právo na byt, vyžaduje se, že ho někdo postaví, že mi ho někdo poskytne; neudělá-li to dobrovolně, bude donucen. Může však existovat lidské právo na to, aby někdo jiný postavil byt a ten mi posléze dal? Nemám-li byt, mohu za někým přijít a vzít si ho k naplnění svého práva? Samozřejmě nemohu.²³⁶ Právo na život ale sám chránit mohu. Svobodu slova také. Oboje mohu chránit i před státem samotným. Na tomto je částečně

²³² JOCH, R. *Lidská práva – co jsou, co nejsou, a jak je prosazovat*. In: *Lidská práva: (ne)mysl české politiky?* Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2015, s. 113-115.

²³³ JOCH, R. *Lidská práva – co jsou, co nejsou, a jak je prosazovat*. In: *Lidská práva: (ne)mysl české politiky?* Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2015, s. 113-115.

²³⁴ WILLIAMS, B. *The Idea of Equality, in Philosophy. Politics and Society*. Oxford: Basil Blackwell, 1962, s. 121-122.

²³⁵ NOZICK, R. *Anarchie, stát a utopie...*, s. 244.

²³⁶ K opačné argumentaci viz kauza „Klinika“.

postavena argumentace podporující právo na vlastnictví zbraní v americké ústavě: stát uznává práva lidí a zároveň jim nechává zbraně, kdyby bylo potřeba tato práva bránit i proti státu samotnému.

Zastánci přerozdělovacích mechanismů se povětšinou soustředí na zkoumání, kdo má dostat jaký majetek. Zvažují důvody, proč by měl jeden dostat tolik a druhý tolik a jak by mělo vypadat jeho celkové rozložení.²³⁷ „Diskuze se tak většinou zaměřují na to, jestli lidé mají (měli by mít) právo dědit, spíše než na to, jestli lidé mají (měli by mít) právo odkázat dědictví, nebo jestli ti, kdo mají právo vlastnit, mají také právo rozhodnout se, že místo nich budou vlastnit jiní.“²³⁸ Co když se však někdo stane kadeřníkem, protože rád střihá své známé? Bylo by od něj následně nespravedlivé, pokud by alokoval své služby pouze mezi tuto sortu lidí?²³⁹ Jestliže odpovíme, že by to nespravedlivé nebylo, jak bychom se na tentýž případ dívali, jednalo-li by se namísto kadeřníka o lékaře?

Měl by lékař brát v potaz vnitřní cíl lékařské péče, tedy léčbu potřebných? Robert Nozick na to odpovídá: „[O]n nic takového dělat nemusí; proč by měl jen on právě proto, že má tuto schopnost, nést náklady požadované alokace, proč má menší nárok usilovat o dosažení svých vlastních cílů než kdokoli jiný? Zajistit, aby lékař při dosahování svých cílů alokoval podle potřeb, by tedy nějakým způsobem měla společnost; například mu za to zaplatí.“²⁴⁰

Samozřejmě, že stát může určitým lidem zdravotní péči zaplatit, je-li na tom politická shoda, k tomu je však potřeba součinnosti lékařů. Pokud chci zajistit zdravotní péči a nemám žádné lékaře, jak to mohu udělat? Jak mohu mít základní lidské právo k schopnostem a dovednostem jiného člověka? A co když lékaři existují, ale nechtějí léčit? Mám je z pozice společenské moci donutit? Abstrahujeme-li tuto otázku na situaci, kdy všichni lékaři odmítají léčit, odkrývá se nám skutečná podstata sociálních práv, která spočívá v omezení svobody a důstojnosti ostatních jednotlivců.

Dostáváme se totiž k problému, odkud se věci a činnosti, které mají být za tímto účelem přerozděleny, berou.²⁴¹ Jinak řečeno, zda věříme, že lze produkovat statky určené k redistribuci z ničeho. Druhou možností je, že všechny statky (zboží, peníze a služby)

²³⁷ NOZICK, R. *Anarchie, stát a utopie...*, s. 179.

²³⁸ Tamtéž, s. 179.

²³⁹ Tamtéž, s. 244.

²⁴⁰ Tamtéž, s. 244.

²⁴¹ Tamtéž, s. 245.

jsou navázány na práci, investice a úsilí konkrétních lidí, kteří na ně mají tím pádem nárok a kteří proto mohou sami rozhodovat, komu a za jakých podmínek je poskytnou (či naopak neposkytnou).²⁴²

Popíráme-li právo lékařů ke schopnosti léčení, pak je na jedné straně připravujeme o svobodu sledovat svůj vlastní zájem (a tím pádem také o jejich důstojnost). Aneb slovy Friedricha Hayeka: „*Společnost, která neuznává, že každý jednotlivec má své vlastní hodnoty a má právo je sledovat, nemá žádný respekt k důstojnosti jednotlivce a nezná opravdovou svobodu.*“²⁴³ Na straně druhé je navíc demotivujeme tyto statky vůbec vytvářet.

Vždyť co motivuje zemědělce víc? Vidina vlastního zisku z prodaného jídla, nebo dobrý pocit z nasycení hladových lidí? Adam Smith na tuto otázku odpovídá následovně: „*Není to řezníkova, pivovarníkova či pekařova dobrá vůle, od čeho očekáváme svou večeři. Je to pozornost, kterou věnují svému vlastnímu zájmu. Neapelujeme na jejich humanitu, nýbrž na jejich sebelásku, nemluvíme s nimi o našich potřebách, nýbrž o jejich výhodách.*“²⁴⁴

Nejdůležitější námitkou proti právům člověka na plnění proto je, že „*vyžadují nějakou subkulturu věcí, materiálů a jednání; a na ně zase mohou mít práva jiní lidé.*“²⁴⁵ Nikdo však nemůže mít lidské právo na něco, co nelze realizovat bez využití věcí a činností, které již patří někomu jinému.²⁴⁶ „*Existují konkrétní práva na konkrétní věci vlastněné konkrétními lidmi a konkrétní práva k dosažení dohod s ostatními. Žádná práva neexistují v rozporu s touto subkulturou konkrétních práv. Konkrétní práva na věci vyplňují celý prostor práv, takže nezbyvá místo pro všeobecná práva na život v určitých materiálních podmínkách.*“²⁴⁷

To je základním důvodem, proč jsou nedobrovolné redistribuční mechanismy dle klasického politického liberalismu nelegitimní a proč nespravedlivě zasahují do práv lidí. Já tuto pozici nezastávám absolutně, neboť uznávám také právo společnosti spravovat samu sebe jako komunitu, kde bohatí zaplatí například školství či zdravotnictví chudým a tím vyrovnají jejich rovnost příležitostí, což je důležitá liberální hodnota. Tento

²⁴² Tamtéž, s. 245.

²⁴³ CONWAY, E. *Ekonomie: 50 myšlenek, které musíte znát*. Praha: Slovart, 2013, s. 51.

²⁴⁴ Tamtéž, s. 9.

²⁴⁵ NOZICK, R. *Anarchie, stát a utopie...*, s. 247.

²⁴⁶ Tamtéž, s. 247.

²⁴⁷ Tamtéž, s. 248.

argument je však dle mého názoru pořád zcela aplikovatelný na kritiku sociálních práv jako lidských práv. Ano, může být dobré mít bezplatné školství, ale není třeba z toho hned vytvářet lidské právo. I bez vzdělání lze nakonec spokojeně žít.

Co je příčinou toho, že někdo nemá byt, oblečení nebo jídlo? Tato otázka je špatně položena. Chudoba není něco, co potřebuje vysvětlení nebo za co je někdo konkrétní (natož společnost) vinen, chudoba je přirozený stav. Co naopak vysvětlení potřebuje, je bohatství a prosperita, neboť se jedná o něco neuvěřitelně vzácného a nepřirozeného. Chudoba je výchozí situace, ve které žily stovky generací lidí před námi. Teprve až osvícenství, racionalismus a kapitalismus dokázaly tento vývoj zvrátit.²⁴⁸ Hayek v tomto kontextu dobře napsal: „*Socialismus naučil mnoho lidí myslet si, že mají práva bez ohledu na to, co činí, bez ohledu na své činné přispění.*“²⁴⁹

Nejsilnějším argumentem proti sociálnímu státu blahobytu je však ještě něco jiného: Typické pro sociální programy totiž je, že „*přivádí některé lidi do pozice, kde rozhodují, co je dobré pro jiné lidi. Důsledkem je, že se v jedné skupině vytvoří pocit skoro božské moci a v druhé pocit až infantilní závislosti. U příjemců pomoci zakrňuje schopnost chovat se nezávisle a činit svá vlastní odpovědná rozhodnutí. Vedle plýtvání penězi, vedle neschopnosti dosáhnout proklamované cíle je konečným důsledkem zahánění morálních principů, které drží pohromadě vyspělou společnost.*“²⁵⁰ Vzniká člověk, který má nárok na vše a nic si nemusí zasloužit.²⁵¹ Mnoho institutů sociálního státu lze proto shrnout do tvrzení, že špatné prostředky vedou ke špatným cílům.²⁵² „*Jestliže by jich nebylo, mnoho lidí, kteří jsou dnes na nich závislí, by se stalo samostatnými jedinci, namísto toho, aby byli přísluhovači státu. V krátkodobém měřítku se to někomu může zdát kruté, v dlouhodobém měřítku to však bude mnohem humánnější.*“²⁵³

3.3 Metody politiky práv

Podívejme se nyní detailněji na konkrétní způsoby, kterými se lze domoci rozšíření materiálního obsahu určitého lidsko-právního ustanovení před soudem.

²⁴⁸ PINKER, S. *Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress*. New York: Viking, 2018, kapitola *Dare to Understand!*

²⁴⁹ HAYEK, F. A. *Osudná domyšlivost. Omyly socialismu*. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 1995, s. 164.

²⁵⁰ FRIEDMAN, M; FRIEDMAN, R, D. *Svoboda volby*. Praha: H & H, 1992, s. 147.

²⁵¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou...*, s. 270.

²⁵² FRIEDMAN, M; FRIEDMAN, R, D. *Svoboda volby...*, s. 148.

²⁵³ Tamtéž, s. 148.

3.3.1 Evolutivní teorie práv

Evolutivní teorie práv znamená, že lidsko-právní ustanovení v nejrůznějších dokumentech jsou živými instrumenty, jež je nutno interpretovat ve světle přítomných okolností.²⁵⁴ Je třeba zmínit, že koncepce evolutivního výkladu je do značné míry novou záležitostí, přičemž například klasická anglická ústavní doktrína ji dokonce výslovně odmítala. Její vzestup ovlivnil příklad a vliv Evropského soudu pro lidská práva, který začal tuto výkladovou metodu systematicky používat na konci 70. let. Pro evropské poměry jde tedy o import z evropského práva lidských práv. Jedná se o doktrínu, kterou si soudní moc přisvojila pravomoc měnit (rozšiřovat) obsah práv v prostoru a čase.

Otázkou ale je, zda tímto krokem není nelegitimně obcházena vůle zákonodárce, protože on tuto pravomoc soudu nikdy aktivně nesvěřil (což lze nejmarkantněji pozorovat u mezinárodních soudů).²⁵⁵ Zároveň je v tomto kontextu třeba zmínit alternativní možnost, kterou je rozšiřování práv skrze zákonodárny sbor. Činnost soudů tuto variantu však v současné době dosti limituje.

Za příklad si uveďme nálezný českého ústavního soudu ze dne 8. 6. 2010, Pl. ÚS 3/09, ve kterém soud extenzivně vyložil, pod vlivem judikatury Evropského soudu pro lidská práva, pojem *obydli* způsobem, že se pod něj vztahuje i *pěstírna konopí – bývalý kravín*²⁵⁶ (účel těchto staveb je přitom značně rozdílný). Pokud by však zákonodárce chtěl chránit kravíny stejně jako domácnosti, pak to mohl učinit pomocí své legislativní činnosti a taková otázka mohla být objektem politického soupeření. Krok soudu však potenciální politický boj o zahrnutí pěstíren konopí pod stejnou úroveň právní ochrany jako obydlí lidí ze své podstaty vyloučil.

Je třeba si uvědomit, že jde jako vždy o míru. Aneb jedná-li se o minimální standard ochrany, nemusí to vždy znamenat standard plně adekvátní. Měl by zde zůstat prostor pro zákonodárce, aby svou legislativní činností mohl chránit práva i více, než je nezbytně nutné, a to běžnou legislativní činností. Nastavíme-li však minimální standard excesivně vysoko, pak tím možností (a také ambic) zákonodárce do značné míry eliminujeme. Absolutní převaha výkladu teleologického nad historickým vede k přílišnému prostoru

²⁵⁴ Viz např. rozsudek ESLP ze dne 25. 4. 1978, *Tyrer proti Spojenému království*, Application no. 5856/72.

²⁵⁵ K opačnému pohledu legitimizující tuto doktrínu viz např. LETSAS, G. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy*. [online] 14. 3. 2012. Dostupné z SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2021836> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836>.

²⁵⁶ ŠKAPOVÁ, L. *Kravíny a podobná obydlí*. In: WINTR, J; ANTOŠ, M (eds.). *Základní lidská práva a svobody*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015, s. 138-146.

pro soudce, což omezuje politický prostor zahrnující společenskou debatu (jedná se přitom o jev doprovázený negativními aspekty, které byly rozebrány v předešlých kapitolách).

Na druhou stranu, dle některých autorů tento koncept určitý smysl dává v prostředí psaných ústav a katalogů práv, protože jejich změna je vždy velice komplikovanou záležitostí.²⁵⁷ K tomuto Sowell vznáší následující argumentaci: „Mnozí lpí na tezi, že ústavu je těžké změnit (...). Obtížnost však není určována frekvencí. Pokud společnost partikulární změnu nechce, přestože ji elita považuje za potřebnou, ne-li nezbytnou, pak se nejedná o obtížnost provést změnu. Jedná se o demokracii. Nemění-li se ústava příliš často, pak zde zjevně není vážná potřeba pro takovou změnu. Vzít si ráno jednu botu červenou a druhou zelenou také není nic komplikovaného. Neděje se tak příliš často, protože většina lidí jednoduše nechce, aby se tak dělo. Naopak, když lidé chtěli, byla [americká] ústava mezi roky 1913 a 1920 změněna čtyřikrát.“²⁵⁸ Argument obtížné změnitelnosti ústav a katalogu práv proto chápe spíše jako výmluvu. Myslím si, že tento argument je paradoxně dokonce využitelnější v prostředí českém – kde nemáme tolik rigidní ústavní text – než v jeho originálním kontextu.

Sowell evolutivní teorii práv kritizuje ještě z jednoho úhlu pohledu. Všichni chápou, že by lidé neměli brát spravedlnost (právo) do vlastních rukou. Jde-li někdo potrestat zloděje osobně, bere právo do vlastních rukou a obchází společenský systém.²⁵⁹ Pokud by si každý vyřizoval své účty osobně, civilizovaná společnost by nemohla existovat. Sowell argumentuje, že soudci svým evolutivním přístupem ve skutečnosti vzali právo do vlastních rukou. Namísto interpretace a aplikace existujícího práva – přijatého demokraticky zvoleným zákonodárným sborem a reflektujícího zájmy voličů, kteří si jeho prostřednictvím spravují veřejné záležitosti – rozhodují případy dle zrovna populární sociální teorie spravedlnosti.²⁶⁰

²⁵⁷ BREYER, S. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, s. 230.

²⁵⁸ SOWELL, T. *Intellectuals and society...* kapitola 12 (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

²⁵⁹ SOWELL, T. *The Thomas Sowell reader*. New York: Basic Books, 2011, kapitola *The Meaning of Law* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

²⁶⁰ SOWELL, T. *The Thomas Sowell reader...* kapitola *The Meaning of Law*.

3.3.2 Požadavek na řádné odůvodnění

Další z důvodů rozšiřování obsahu práv není na první pohled zcela zřejmý. Jedná se o požadavek na řádné odůvodňování konkrétních rozhodnutí. Pojďme si zmíněnou problematiku rozebrat na příkladu.²⁶¹ Představme si, že máme prezidenta republiky, který odmítá odůvodnit své rozhodnutí, proč někoho nechce jmenovat soudcem. A my mu nařídíme, aby tak učinil, přičemž dodáme, že nám nejde o to, co v odůvodnění bude napsané. Jde nám výhradně o řádný proces.

Jak se však na situaci budeme dívat v momentě, kdy nám prezident jako důvod nejmenování napíše prosté „nelíbí se mi“? Spokojíme se s takovým odůvodněním? Nebo jej zrušíme jako nedostatečné? Pokud přistoupíme ke kasaci, nedostaneme se ale nakonec do situace, kdy prezident dotyčného čekatele bude muset jmenovat (byť na jmenování neexistuje právní nárok), protože nebude mít dostatečně silné argumenty (které bychom akceptovali), proč tak neučinit? Pokud začneme přezkoumávat proces, vždy se vystavíme reálnému riziku, že pootevřeme možnost přezkumu samotné matérie (což jsme ale na začátku tvrdili, že nechceme).

3.3.3 Diskriminace

2.3.3.1 Srovnatelnost skupin

V britském případě *R (on the application of Steinfeld and Keidan) (Appellants) v Secretary of State for the International Development*²⁶² šlo o diskriminační spor ohledně registrovaných partnerství a manželství. Parlament přijetím zákona o stejnopohlavních sňatcích vytvořil situaci, kdy stejnopohlavní páry měly k dispozici jak klasický sňatek, tak registrované partnerství – mohly si vybrat, jakou formu soužití zvolí. Tato možnost však nebyla k dispozici heterosexuálním párům; ty měly k dispozici pouze tradiční sňatek. Soud rozhodl, že parlament zrovnoprávněním manželství pro všechny vytvořil nepřipustnou diskriminaci.

Kdyby však parlament neučinil nic, tedy nepřijal možnost stejnopohlavních párů uzavřít klasický sňatek, o žádnou diskriminaci by se nejednalo. Na tomto případě lze vidět absurditu celé situace – vytvoření institutu pro specifickou skupinu lidí, které tímto krokem chtěl zákonodárny sbor z politického rozhodnutí pomoci, vytvořilo soudní požadavek jiné skupiny (dle mého názoru nesrovnatelné) na obdobný institut, přestože

²⁶¹ Narážím zde na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 4. 2006, sp. zn. 4 Aps 3/2005-35.

²⁶² Supreme Court [2018] UKSC 32.

o této možnosti se v zákonodárném sboru nediskutovalo, a pokud by se o ní diskutovalo, velice pravděpodobně by nebyla přijata. Srovnatelnost skupin tak bude v mnoha situacích čistě arbitrární kritérium, což je dobré mít na paměti.

2.3.3.2 Formální a materiální rovnost

Ochrana před diskriminací má smysl, pokud jde o ochranu před nerovným zacházením ve stejných případech. Pokud někdo někoho diskriminuje na základě barvy pleti, soud musí zasáhnout. Asi všichni budeme souhlasit, že není správné jinak jednat s muži či ženami, bílými nebo černými, křesťany či muslimy, jenom na základě těchto charakteristik. S čím však souhlasit nelze je ochrana rovnosti dosažených výsledků – tedy na základě argumentace diskriminací považovat za společensky nepřijatelné jiné výsledky určitých sociálních a kulturních skupin (a popřípadě tento stav napadat u soudu).

Problém s rovností výsledků je, že to jednoduše není spravedlivé. Haidt ukazuje jednoduchý příklad.²⁶³ Vezměme si následující situaci: Na středních veřejných školách v Minneapolis bylo zjištěno, že chlapci jsou kázeňsky trestáni desetkrát více než dívky. Byl proto vydán příkaz, že chlapci mají být trestáni stejně často jako dívky. K čemu to vedlo? Dívky byly za účelem dobytí kvót trestány za každou maličkost; zatímco chlapcům procházelo takřka cokoli. Výsledek byl spravedlivý co do výsledku – chlapci a dívky byli podrobováni kázeňským opatřením ve stejné absolutně počítané míře; cenou však byla brutální nerovnost v zacházení.²⁶⁴

Tato situace se ve skutečnosti nikdy nestala s chlapci a dívkami, ale s černošskými a jihoamerickými dětmi. Černošské a jihoamerické děti byly trestány desetkrát více než děti asijské a bělošské. Obamova administrativa kvůli této statistice došla k závěru, že se jedná o diskriminaci na základě rasy a vydala příkaz, že školy musí tuto nerovnost vyrovnat.²⁶⁵ Bělošští a asijské děti byli proto trestáni za každou maličkost a černošským a jihoamerickým dětem procházelo mnohem více přestupků než kdykoli předtím.²⁶⁶

²⁶³ HAIDT, J. *Two incompatible sacred values in American universities* In: Duke University Department of Political Science youtube kanál [video online]. 2016 [cit. 2019-01-13]. Dostupné z: <https://www.youtube.com/watch?v=Gatn5ameRr8>

²⁶⁴ Tamtéž.

²⁶⁵ Tamtéž.

²⁶⁶ Tamtéž.

Jaké z tohoto pramení závěry? Za prvé, musíme si vybrat mezi rovností zacházení a rovností výsledků, protože nelze mít oboje zároveň.²⁶⁷ A za druhé, rovnost výsledků nemá se spravedlností nic společného. Jedná se také o klíčové poselství Friedricha Hayeka: sociální spravedlnost (rovnost na výstupu) je jen Fata morgana.²⁶⁸

Harari v tomto kontextu odlišuje dva pojmy, které jsou pro tuto diskuzi klíčové a jejichž zaměňování tyto debaty často znejasňuje: jsou jimi *rasismus* a *kulturismus*. Rasismus je založen na biologických teoriích – rasistické je například tvrzení, že Japonci jsou hloupější než Češi. Kulturismus je naopak pojem vztahující se k jednotlivým lidským kulturám – jde například o tvrzení, že západní kultura je v určitých ohledech lepší než kultura indická. Na těchto tvrzeních není nic rasistického, neboť nejsou založena na biologických faktorech, nýbrž na faktorech kulturních, které jsou navíc závislé na konkrétních subjektivních hodnotách.

Harari tak píše: „Říci, že černoši páchají více kriminality kvůli svým genům je nepřijatelné; říci, že páchají více kriminality, protože pocházejí z dysfunkční subkultury, se naopak jeví býti v pořádku.“²⁶⁹ K tomuto však poznamenává: „*Antropologové, sociologové a historici se cítí extrémně nepříjemně ve vztahu k této problematice. Na jednu stranu to zní nebezpečně blízko k rasismu. Na druhou stranu má kulturismus mnohem pevnější vědecké podložení než rasismus, a partikulárně společenskovědní a humanitní vědci nemohou popřít rozdíly a důležitost mezi jednotlivými kulturami.*“²⁷⁰

Sowell, afro-americký intelektuál, tímto například vysvětluje horší současné postavení černošské komunity ve Spojených státech. Nikoli rasismus, otroctví či diskriminace, nýbrž dysfunkční černošské subkultury a jejich podpora z liberálních kruhů jsou v současnosti hlavním viníkem současného společensky podřadného postavení černochoů.²⁷¹ Cíl liberálů, zachovat „autentickou“ černošskou subkulturu, vede horším životním vyhlídkám jejich členů. Sowell navíc argumentuje, že původní černošská kultura má s dnešní podobou těchto subkultur pramálo společného, takže navíc nejde ani o nic autentického, co by bylo třeba zachraňovat.²⁷²

²⁶⁷ Tamtéž.

²⁶⁸ HAYEK, F. A. *Cesta do otroctví*. Praha: Academia, 1990.

²⁶⁹ HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 150.

²⁷⁰ HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 152.

²⁷¹ SOWELL, T. *Black rednecks and white liberals*. New York: Encounter Books, 2006.

²⁷² Tamtéž.

Tento příklad hezky ukazuje, že určité subkultury mohou mít objektivně horší výsledky a že to objektivně zato nemusí být ničí chyba. Podobná situace existuje v České republice se subkulturou romskou. Je-li v rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva *D. H. proti ČR*²⁷³ argumentováno statistikami romských žáků na zvláštních školách, možná by stálo se také zamyslet, jestli za to nemůže primárně samotné prostředí, odkud žáci pocházejí. A jestli by lepším řešením, pokud se opravdu rozhodneme, že současný stav je problém, nebylo přestat tyto romské subkultury podporovat – jak to stát dělá například formou sociálního systému – radši než se pokoušet dosáhnout materiální rovnosti výsledků žáků ospravedlněné na základě srovnávání statistik. Pohled na data, který bez důkazů o příčinné souvislosti vede k rozhodnutí, o rasismu, je z mého pohledu tristním selháním argumentace soudu.

Je každopádně nezbytné si vybrat – buď můžeme podporovat z našeho pohledu „méně úspěšné“ společenské subkultury, a pak se smířit s jejich (z našeho pohledu) horšími výsledky a postavením ve společnosti, nebo se je můžeme pokusit asimilovat a postavení jednotlivců tím vyrovnat.²⁷⁴ Nelze však mít oboje zároveň. Úspěšnost je navíc relativní: vždy záleží na kritériu. Profesor Boguszak vždy u Romů zdůrazňoval svobodomyšlnost, nadání pro hudbu a tanec, zručnost stříbrotepců atd.²⁷⁵ Mohou být méně úspěšní v jaderné fyzice, ale je něco z toho více či méně?

Jedním z problémů moderní společnosti je, že na tyto otázky odpovídá za lidi samotné. Je-li něco dobré pro jednu skupinu, mnohdy se předpokládá, že to musí být dobré i pro ostatní. Je nezbytné připomenout, že stát má nekonečný potenciál k páchání zla a pouze omezené možnosti k činění dobra. Liberální společnost by si měla toto uvědomovat a nechat lidi samotné v co nejširší možné šíři určit si, jak chtějí žít a co je pro ně dobré, neboť to přeci musí nejlépe vědět oni sami. Představa všemocného úředníka, politika, soudce či aktivisty, který lidem autoritativně vnucuje svou představu o životě nemá s liberalismem nic společného.

Problém rovnosti výsledků je, že někdo jiný rozhoduje o tom, co má být cílem jednotlivců. Příkladu-li 50% zastoupení žen v politice, tak ženám vlastně říkám, že jejich

²⁷³ *D. H. a ostatní v. Česká republika* ze dne 13. listopadu 2007.

²⁷⁴ Je důležité upozornit na skutečnost, že o asimilaci se pokusil také komunistický režim. Jaké tragické následky to mělo si lze od pamětníků přečíst například zde: https://www.idnes.cz/zpravy/domaci/konec-kocovani-romu.A140408_132421_domaci_jj.

²⁷⁵ Jedná se o vzpomínku mého vedoucího práce.

cílem má být přítomnost v politice. Úkolem liberálního státu však nemá být lidem určovat, co mají se svými životy dělat. Za ideál zákazu diskriminace proto považuji absolutní šátek sleposti.²⁷⁶ Má být zcela nepodstatné, je-li politikem muž nebo žena. Mají-li oba stejné podmínky, o diskriminaci jít nemůže. Nelze přeci přesvědčivě bojovat proti rasismu a sexismu rasistickými a sexistickými prostředky. Dívám-li se přitom na český text Ústavy a Listiny základních práv a svobod²⁷⁷, nemohu v nich najít nic, co by tuto představu popíralo a tím umožňovalo jakoukoli pozitivní diskriminaci.

²⁷⁶ K opačnému názoru viz např. HOLMES, G. *Affirmative Reaction: Kennedy, Nixon, King, and the Evolution of Color-Blind Rhetoric*. Rhetoric Review, 2007, Vol. 26, No. 1.

²⁷⁷ Především viz čl. 1: „Lidé jsou svobodní a rovni v důstojnosti i v právech“ a čl. 3 odst. 1: „Základní práva a svobody se zaručují všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení.“

4. Judicial Restraint

4.1 Institucionální pohled (neinterpretiční sebeomezení)

Jak čtenář již mohl pochopit, mým nabízeným řešením, kam dále směřovat, určitě není revoluce. Jako první možný přístup nabízím institucionální doktrínu soudcovské zdrženlivosti. Podstatou tohoto přístupu je premisa, že by soudci měli vedle otázky výkladu hmotného práva vnímat i svojí institucionální roli v demokratickém systému. V českém prostředí by tedy mělo jít o určitý druh systematického výkladu hmotněprávních ustanovení v kontextu čl. 2 odst. 1 a čl. 95 Ústavy.

Z hlediska teorie Kavanagh institucionální pohled definuje takto: „*Materiální obsah práva je primárním kritériem, které soudce musí vzít v potaz při ústavním přezkumu, neboť ten definuje úlohu soudu při kontrole legislativy a správních rozhodnutí. Toto ale neznamená, že materiální obsah práva má být jediným kritériem, které je vždy rozhodující. Soudci musejí zvážit materiální obsah práva při současném vnímání své institucionální role a jejího omezení v soudním procesu, a to za účelem přiměřenosti soudní intervence v konkrétním kontextu.*“²⁷⁸

Jednodušeji řečeno, institucionální důvod pro zdrženlivost je také hodnotou (právním argumentem). Výklad konkrétního ustanovení se týká materiálního obsahu práva. Institucionální pohled se naopak vztahuje k institucionální roli soudu v ústavní demokracii s dělbou moci. Stojí-li přitom proti sobě více hodnot, mělo by dojít k poměrování. Kritérium proporcionality se tudíž nemá vztahovat pouze na porovnávaná materiální práva, nýbrž i na samotnou aktivitu soudu.²⁷⁹

Kavanagh otázku na soud strukturuje takto: „*Je přiměřené, aby soud zasáhl do právního předpisu, který byl přijat demokraticky zvoleným Parlamentem po pečlivém projednání a rozsáhlých veřejných diskuzích?*“²⁸⁰ Otevřenou otázkou zůstává, je-li každé jednání Parlamentu takto důkladné, a jestli se to týká pouze těch, která jsou, nebo všech. Soudci by každopádně dle jejího názoru měli odpověď na tuto otázku v rozhodnutí důkladně vyargumentovat. Říká, že pokud soudce donutíme tuto úvahu v rozhodnutí provést, můžeme jej nasměřovat v cestě za hledáním správného rozhodnutí. Jde o strukturalizaci

²⁷⁸ KAVANAGH, A. *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*. Toronto: The University of Toronto Law Journal, Vol. 60, No. 1, *The Role of the Courts in Constitutional Law*, 2010, s. 29.

²⁷⁹ KAVANAGH, A. *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*... s. 28.

²⁸⁰ KAVANAGH, A. *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*... s. 28.

myšlenkového postupu, jenž vede ke konkrétnímu rozhodnutí ve věci. Zastánci tohoto přístupu argumentují, že soudcům, kteří se s touto otázkou v odůvodnění rozhodnutí náležitě vypořádají, můžeme následně spíše důvěřovat, že určitý postup soudu byl společensky nezbytný.²⁸¹

Institucionální argument byl použit například Janem Musilem v disentu k nálezů Ústavního soudu Pl. ÚS 18/15, ve věci protiústavnosti zdanění důchodů vysokopříjmových pracujících důchodců, kde ve prospěch soudní zdrženlivosti argumentoval takto: „*nutnost zdrženlivosti vyplývá podle mého názoru zejména z principu soudního sebeomezení (judicial self-restraint). Tato doktrína vychází z fundamentálního principu demokratického právního státu, kterým je princip dělby moci; soudní moc se má zdržet toho, aby přebírala pravomoci náležející moci zákonodárné a moci výkonné.*“²⁸²

Dalším ze soudců argumentujícím institucionálním pohledem na soudcovskou zdrženlivost byl Vladimír Sládeček, který ve svém odlišném stanovisku k nálezů Pl. ÚS 7/15, ve věci registrovaného partnerství jako překážky individuálního osvojení dítěte, konstatoval: „*Ústavní soud by měl respektovat autonomní vůli zákonodárce a zachovávat princip sebeomezení či zdrženlivosti (judicial self-restraint doctrine), "vůdčí princip ovládající ústavní soudnictví v demokratických právních státech" [...], tedy se vyvarovat přílišného aktivismu a nezasahovat do úpravy otázek, které přísluší zákonodárci.*“²⁸³

Důležitým nálezem je rozhodnutí o soudním přezkumu disciplinárních rozhodnutí komory Parlamentu, kde (opět) Jan Musil zdůraznil: „*Mezi další druhy rozhodnutí vymykající se kontrole ze strany ústavního soudnictví patří např. rozhodnutí, kterými zákonodárce či exekutiva rozhodují o otázkách politických (...), o záležitostech organizačně-technických, rozpočtových, ekonomických.*“²⁸⁴

Za dobrý příklad lze také zmínit, jakým způsobem Nejvyšší soud Spojeného království vytyčil oblast, kterou rozhodovat nebude v souvislosti s odchodem Velké Británie z Evropské unie. V rozhodnutí *Miller* konstatoval: „*Je také třeba zdůraznit, že tento případ nemá nic společného s otázkami, jako je moudrost rozhodnutí o vystoupení*

²⁸¹ KING, J. A. *Institutional Approaches to Judicial Restraint*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28, no. 3, 2008, s. 430.

²⁸² Pl. ÚS 18/15.

²⁸³ Pl. ÚS 7/15.

²⁸⁴ Pl. ÚS 17/14 ze dne 13. 1. 2015, bod 47.

*z Evropské unie, podmínkami vystoupení, harmonogram (...) nebo podrobnostmi o budoucích vztazích s Evropskou unií. To jsou všechny politické otázky, které jsou k řešení pro ministry a Parlament. Nejsou to otázky, které by mohly řešit soudy, jejichž povinností je rozhodovat o právních otázkách.*²⁸⁵

Britské prostředí je obecně k tomuto přístupu nakloněné. V případě *Regina v BBC*²⁸⁶ bylo rozhodováno o tom, zda je legální omezit přístup politických stran do médií za účelem nepohoršování veřejnosti (jednalo se o otázku klipu politického hnutí proti potratům). V tomto rozsudku se lze dočíst následující: „*Ve společnosti založené na vládě práva a dělbě moci je nezbytné rozhodnout, která moc má konkrétním případě pravomoc rozhodnout a jakými limity je tato pravomoc omezena. Toto je otázka právní a musí proto být rozhodnuta soudy. Toto znamená, že soudy samotné musí rozhodnout o limitech své rozhodovací pravomoci.*“²⁸⁷

Tato doktrína pro soud prakticky znamená, že v každém jednotlivém případě je nezbytné zvážit, která instituce v systému dělby moci je nejvhodnější alternativou pro řešení daného problému. Tento přístup vyžaduje spíše racionální srovnávání než zásadový postoj.²⁸⁸ Jedná se do jisté míry o relativizaci lidských práv a ostatních ústavních hodnot, děje se to však v nám velmi dobře známém kontextu. Je obecně uznávané, že absolutní práva v českém prostředí takřka neexistují. Dojde-li proto ke konfliktu relativních práv (hodnot), nic jiného, než poměrování stejně nezbyvá.

Ústavní soud vytvořil celou plejádu testů ústavnosti, přičemž mezi nejdůležitější patří test proporcionality. Jeho role je vlastně velmi podobná – strukturuje odůvodnění konkrétního rozhodnutí. Pokud se soudce tohoto testu drží, jistě to zcela nedeterminuje výsledek sporu, nutí to však soudce následovat určitou šablonu uvažování. Pokud by chtěl rozhodnout jinak, než by z myšlenkové šablony vyplývalo, nemusel by být schopný důvěryhodně udržet odůvodnění v předepsaných mezích, čímž by své rozhodnutí ve výsledku zdiskreditoval. Jedná se o důraz na racionální argumentaci, a na určitou důvěru

²⁸⁵ R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC 5.

²⁸⁶ Regina v BBC [2003] UKHL 23.

²⁸⁷ Regina v BBC [2003] UKHL 23, odstavce 75 a 76.

²⁸⁸ KOMESAR, N. *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

v soud, že pod předem určeným myšlenkovým schématem dokáže produkovat předvídatelná rozhodnutí.²⁸⁹

4.2 Judicial restraint jako interpretační sebeomezení²⁹⁰

Druhým nabízeným řešením je trochu odlišný pohled na soudcovské sebeomezení vkládající důraz namísto institucionálního sebeomezení na interpretační stránku věci.

Definoval jej v této práci již mnohokrát zmíněný americký filosof Thomas Sowell. Jeho vystihnutí soudcovské zdrženlivosti je následující: „*Skutečná otázka týkající se soudcovského aktivismu je, zda základ soudního rozhodnutí představuje právo vytvořené jinými [...] nebo zda soudci opírají rozhodnutí o své individuální koncepty „co si doba žádá“ nebo „společenské spravedlnosti“ [...] Judicial restraint znamená rozhodování na základě práva vytvořeného jinými, raději než na základě soudcových vlastních názorů určujících, co je nejlepší pro jednotlivé strany, nebo pro společnost jako celek.*“²⁹¹

Sowell považuje za aktivistické soudce, kteří rozhodují na základě svých vlastních hodnotových, společenských, ekonomických či jiných preferencí. Naopak je důležité zdůraznit, že zcela odmítá měření aktivismu například dle kritéria počtu zrušených zákonů, nebo o jak citelný zásah do politiky se jedná. Tento přístup považují za přesvědčivý, neboť kritéria jako „citelnost zásahu do politiky“ nebo „počet zrušených zákonů“ jsou vysoce problematická.

Úlohou vykladačů práva není dle této doktríny předkládat veřejnosti politické filosofie, ani rozhodovat, která je lepší, nýbrž aplikovat existující právo, které bylo na základě některé z politických a sociálních filosofii vytvořeno povolanější autoritou. Úlohou soudu má být co nejupřímněji aplikovat právo, které bylo vytvořené na určitém filosofickém či politickém základě, a tohoto základu se držet, dokud nebude změněno. Tuto myšlenku také precizně vystihl Raz, který obhajoval formální koncepci vlády práva těmito slovy: „*Pokud vláda práva znamená vládu dobrého práva, pak vystihnutí její podstaty vyžaduje předložení všeobjímající politické filosofie.*“²⁹²

²⁸⁹ KING, J. A. *Institutional Approaches to Judicial Restraint...*, s. 430.

²⁹⁰ Opačný názor kritizující tento pohled zastává například Mark Kozlowski. Viz: KOZLOWSKI, M. *The myth of the imperial judiciary: why the right is wrong about the courts*. New York: New York University Press, 2003.

²⁹¹ SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola 12, podkapitola *Judicial Activism* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

²⁹² RAZ, J. *The Rule of Law and its Virtue*. In: *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979.

Sowell v podstatě vychází z Borkova²⁹³ a Scaliova²⁹⁴ odmítnutí teorie evolutivního výkladu práva a z požadavku na setrvání u původního a doslovného smyslu interpretovaného právního textu. Modernější verze této myšlenkové tradice jsou ochotny určitý vývoj smyslu a účelu práva v čase připustit.²⁹⁵ Chápou ho však spíše jako pozvolné následování společnosti, které je, na rozdíl od soudní snahy změnit společnost, naopak žádoucí. Jde primárně o zachování podstaty práva. Být zcela zaměřen na historii by totiž popíralo možnost reagování práva na společenský a technologický rozvoj.

Pokud nastane společenská změna, například vznikne internet, tato doktrína soudu nebrání aplikovat svobodu slova a zákaz cenzury i v rámci tohoto nového média, neboť to materiálně nemění podstatu práva. Naopak to podstatu práva ukotvuje v nových společenských poměrech. Bylo by nesmyslné požadovat po ústavodárci změnu ústavního textu, který by nově zahrnul také tyto prostředky.²⁹⁶

Otázka je však odlišná při posuzování jevů, které v době psaní právního textu existovaly. Vezmeme-li si to na příkladu trestu smrti, je zcela zřejmé, že v době vzniku americké ústavy si nikdo nemyslel, že by tento text trest smrti zakazoval. Tvrdit proto v dnešní době, že americká ústava trest smrti zakazuje, by bylo s touto doktrínou v rozporu. Zrušit ve Spojených státech trest smrti je úkolem pro zákonodárce, nikoli pro soud.²⁹⁷ Na druhou stranu internet v době psaní americké ústavy neexistoval. V tomto případě je proto možné soudní výklad otázek například spojených se svobodou slova provést extenzivněji.²⁹⁸

Klíčové kritérium by se proto dalo definovat jako existence rozumné jazykové interpretace textu, která je ve prospěch posuzované záležitosti, při současné existenci a zvážení historického argumentu ve prospěch či neprospěch určitého řešení. Do úvahy lze samozřejmě do jisté míry vztáhnout také pozdější historické okolnosti samotnému vzniku právního textu. Principiálně jde hlavně o to, že soud nemá být aktérem, který určitou změnu či hodnotový výklad prosadí, má respektovat vůli zákonodárce.

²⁹³ BORK, R. H. *Amerika v pokušení: právo vystavené svodům politiky*. Praha: Victoria Publishing, 1993.

²⁹⁴ SCALIA, A. *Originalism: The Lesser Evil*. Cincinnati Law Review, roč. 57, 1989, s. 849–865.

²⁹⁵ Viz např. BALKIN, J. *Living originalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2011; STRAUSS, D. A. *The living constitution*, New York: Oxford University Press, 2010; FARBER, D. A. *Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 Ohio State Law Journal 4, 1988, s. 1085–1106.

²⁹⁶ SCALIA, A.; GARNER, B. *Reading law: the interpretation of legal texts*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2012.

²⁹⁷ Tamtéž.

²⁹⁸ Tamtéž.

Pro pochopení tohoto přístupu jsou potřebné konkrétní příklady. Je důležité si předně uvědomit, že soudy mnohdy ve skutečnosti reálně judikují zcela proti literě zákona na základě vlastních hodnotových stanovisek.

Za příklad lze uvést rozsudek z amerického prostředí *United Steelworkers of America v. Weber*.²⁹⁹ Civil Rights Act (1964) v sekci 703(a) prohlásil jako nezákonné pro zaměstnavatele „diskriminovat na základě rasy“. V sekci 703(d) pak byl specificky stanoven zákaz diskriminace v souvislosti s jakýmkoli vzdělávacím programem určeným pro zaměstnance. V originále: „*in any program established to provide apprenticeship or other training*“. Litera zákona se zde jeví poměrně jasně. Skutkový stav spočíval ve skutečnosti, že bílý zaměstnanec byl odmítnut ve vzdělávacím programu, kde byla místa distribuována na základě seniority, a to i přesto, že černí zaměstnanci s nižší senioritou byli přijati – zaměstnavatel používal rasově oddělené seznamy seniority spolu s rasovými kvótami.

Soudce odmítl jazykovou interpretaci zákona, raději hledal „*spirit*“ zákona, kterým bylo dle jeho mínění vyřešení situace černošské komunity v americké ekonomice.³⁰⁰ Z toho důvodu nebyl bílý zaměstnanec chráněn před rasovou diskriminací – spor proto prohrál. Co se týče skutečného smyslu zákona, zákonodárci v Kongresu opakovaně odmítli, že by jejich úmyslem (či úmyslem zákona) bylo preferovat černé nebo umožnit jakoukoli diskriminaci bílých.³⁰¹ Soudci zde zcela evidentně rozhodovali dle chtěného výsledku, nikoli dle psaného práva.

Domácí čtenář si jistě všimne podobnosti argumentace duchem zakládacích smluv v evropském právu, konkrétně například v rozsudku ESD ze dne 5. února 1963 ve věci *Van Gend en Loos*: „*It is necessary to consider the spirit, the general scheme.*“³⁰² V tomto rozhodnutí ESD dovedl přímou aplikovatelnost evropského práva v národních právních řádech. S lehkou nadsázkou, ale opravdu pouze lehkou, se jeví, že pokud soud začne argumentovat duchem určitého předpisu, bude následovat něco, co předpis zcela jistě neříká a ani nezamýšlel.

²⁹⁹ *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193, 1979.

³⁰⁰ *United Steelworkers v. Weber*..., s. 201-202.

³⁰¹ United States Equal Employment Opportunity Commission, *Legislative History of Titles VII and XI of the Civil Rights Act of 1964*, Washington: U.S. Government Printing Office, s. 3005. Cit in: SOWELL, T. *Intellectuals and society*..., kapitola 12, podkapitola *Judicial Activism* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

³⁰² Rozsudek ESD ze dne 5. února 1963 ve věci 26/62 *Van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1

Dalším výborným příkladem soudcovské interpretace *contra legem* je případ z britského prostředí *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission*.³⁰³ Parlamentní zákon stanovoval, že rozhodnutí konkrétního úřadu není možné přezkoumávat u soudu (v originále: „*shall not be called in question in any court of law*“). Úmyslem zákonodárce bylo zcela evidentně vyloučit soudní přezkum. Takový závěr se však soudu logicky nelíbil. Vzhledem k doktríně suverenity parlamentu však nemohl ustanovení neaplikovat. Zvolil tak velmi kreativní interpretaci – dle soudu parlament zamýšlel, že žádné zákonné rozhodnutí nemůže být soudně napadeno. Nezákonná rozhodnutí pak a *contrario* soudně přezkoumána být mohou. Jedná se v tomto případě ještě vůbec o interpretaci zákona, nebo už jde o zcela evidentní odmítnutí aplikace aktu parlamentu?

Z českého prostředí nelze nezmínit nálezy o zdravotnických poplatcích Pl. ÚS 1/08, kde Ústavní soud dovodil, že slovo *bezplatné* neznamena tak úplně *bezplatné*, a mírné regulační poplatky umožnil. Rychetský k tomu ve svém disentu dodal: „*Tak se dozvídáme, že ústavní pořádek již negarantuje právo každého na bezplatnou zdravotní péče (slovy Listiny), ale naopak ústavní garance je poskytována výlučně (pouze a jenom) veřejnoprávnímu systému zdravotního pojištění jako patrně novému subjektu ústavně zaručených práv a svobod.*“³⁰⁴

Poslední případ je skvělým vystihnutím zcela jinak chápané podstaty soudcovského aktivismu z institucionálního a interpretativního pohledu. Souhlasím s Kühnem, že „*Základním leitmotivem názoru většiny, který se prolíná celým jejím stanoviskem, je důraz na sebeomezení (slovy ÚS „zdrženlivost“) ve vztahu k reformnímu zákonodárství (např. v bodu 90).*“³⁰⁵ Je důležité se uvědomit, že takovýto přístup k sebeomezení vnímá soud zcela v opozici se Sowellovou definicí. Dle Sowell by naopak *zdrženlivé* bylo regulační poplatky zrušit, neboť *bezplatně* přece musí znamenat *bezplatně*, a historický argument ve prospěch tohoto řešení by se také dal nalézt.

Ještě lepším příkladem je čtenářům jistě velmi dobře známý nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 66/04 ze 3. 5. 2006 (tzv. eurozatykač). Říká-li čl. 14 Listiny, že „*Občan nemůže být nucen k opuštění své vlasti*“, pak by bylo zcela v souladu se zde diskutovanou doktrínou soudcovské *zdrženlivosti* eurozatykač – na základě textu a historického kontextu

³⁰³ *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

³⁰⁴ Pl. ÚS 1/08

³⁰⁵ KÜHN, Z. "Regulační poplatky" ve zdravotnictví II. In: *Jiné právo* [online]. 2008 [cit. 2019-01-13]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.com/2008/06/regulan-poplatky-ve-zdravotnictvi-ii.html>

posuzovaného článku Listiny – zrušit, a vyžadovat po zákonodárci změnu ústavního textu.

Podívejme se nyní na článek 41 Listiny, který zní takto: „*Práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.*“ Optikou této doktríny soudcovské zdrženlivosti by bylo nutné tento článek interpretovat jazykově, tedy dojít k závěru, že těchto práv se mimo meze zákonů domáhat opravdu nedá.³⁰⁶ Judikatura Ústavního soudu však zmíněné pravidlo posunula trochu jiným směrem. Ústavní soud dovodil: „*zakotvení jejich existence v Listině znamená, že při zákonné úpravě, musí být zachován jistý minimální standart těchto sociálních práv.*“³⁰⁷

V tomto kontextu nelze nezmínit slovenský nález PL. ÚS 21/2014-96 ze dne 30. ledna 2019.³⁰⁸ Slovenský Ústavní soud v tomto rozhodnutí dovodil, že má pravomoc rušit ústavní zákony. Slovenská ústava však neobsahuje žádnou klauzuli věčnosti. Argumentace slovenského Ústavního soudu tak byla založená čistě na metafyzické argumentaci materiálním jádrem ústavy. Žádný text tedy dokonce ani nebyl k dispozici. Toto je soudcovský aktivismus ve své nejextrémnější podobě, neboť mění samotná pravidla hry.

Zdrženlivost zde neznámá nicnedělání či pasivitu, jedná se naopak o činnost vyžadující zrušení části zákona. Jakékoli další úvahy pouze vnášejí hodnoty soudců do procesu rozhodování. Máme-li v tomto ohledu „špatně napsanou ústavu“, z pohledu soudu nezbyvá než ji naplňovat, dokud nebude změna. Například česká třípětinová většina není zase tak vysoké kvorum, aby to nebylo (v případě potřeby) v zákonodárném sboru možné.

Brubaker originálně pozoruje, že podíváme-li se na teorie Ronalda Dworkina, oproštěné od levicově liberálního smýšlení, dalo by se v něm spatřovat silného obhájce právě této teorie soudcovské zdrženlivosti.³⁰⁹ Zdrženlivost totiž neznámá, že většina může o všem rozhodnout proti menšině. Právě naopak, pokud je většinové rozhodnutí mimo rozumnou interpretaci ústavy, zdrženlivý soud by jej měl zrušit.³¹⁰ Z tohoto pohledu je

³⁰⁶ Srov. Pl. ÚS 1/08.

³⁰⁷ Pl. ÚS 2/08 (bod 56).

³⁰⁸ PL. ÚS 21/2014-96 ze dne 30. ledna 2019

³⁰⁹ BRUBAKER, S. C. *Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism. The Journal of Politics*, vol. 46, no. 2, 1984, s. 511.

³¹⁰ Tamtéž.

zdrženlivost prostředkem ochrany menšin a základních práv, nikoli jejich ohrožením. Ohrožením je naopak soudcovský aktivismus, který dovoluje obsah práv snadno měnit a představuje nebezpečí vystavení základních práv aktuálním společenským náladám.

Mohlo by se říci, že u ústav obsahujících obecné pojmy tato metoda nemusí fungovat. Podíváme-li se však na několik případů, uvidíme, že by naopak mohla fungovat velmi dobře. Instituty jako svoboda slova, nucená práce, právo na život atd. byly historicky definovány velmi konkrétně. Úlohou soudu by tudíž mělo být chránit tyto pojmy v jejich historickém významu, jak se po staletí vytvářely, a nikoli je omezovat či měnit na základě osobních hodnotových preferencí. Jde o určení, co interpretovaný text umožňuje z hlediska textu zákona a historického pozadí. Argumentem ve prospěch tohoto přístupu může být skutečnost, že soudy jsou obecně velmi dobré v nacházení historických faktů a argumentů; a naopak velmi špatné při práci se sociálními fakty současnosti.³¹¹

Sowell v tomto kontextu upozorňuje na moderní trend omezování principu presumpce nevinny. Za příklad uvádí oblast soutěžního práva, kde stačí pouze několik statistik k obrácení důkazního břemene. Popisuje tyto změny jako perverzi práva, které je aplaudováno, protože vede k politicky korektním výsledkům.³¹² Za další případ omezování původního smyslu presumpce nevinny uvádí snahy radikálního feminismu: „*Radikální feministky se ve skutečnosti snaží rozšířit tuto presumpci viny také na obviněné ze sexuálního obtěžování.*“³¹³ Nejde pouze o problém právní, nýbrž také společenský – presumpce nevinny přestává být společensky relevantní; objevuje se tak vina bez soudu, zničené životy bez odsouzení a společenské opovržení bez důkazů; vše ve jménu vyššího dobra, kterým lze nakonec ospravedlnit cokoli.

Vezměme si opět za příklad politicko-filosofický názor Roberta Nozicka týkající se pojmu „nucené práce“, který je obsažen v naší Listině základních práv a svobod. Zopakují, že Nozick tvrdí: „*Zdanění výdělků z práce je srovnatelné s nucenou prací. Sebrat někomu výdělek za n hodin práce je totéž jako sebrat tomuto člověku n hodin života; je to jako nutit člověka pracovat n hodin ve prospěch někoho jiného.*“³¹⁴ Z hlediska textu by tato interpretace přicházela v úvahu. Problémem je, že v českém prostředí by byla v rozporu s historickým významem interpretovaného pojmu. Pokud by

³¹¹ WALTMAN, J. *Principled Judicial Restraint...* s. 58.

³¹² SOWELL, T. *The Thomas Sowell reader...*, kapitola *The Meaning of Law*.

³¹³ Tamtéž.

³¹⁴ NOZICK, R. *Anarchie, stát a utopie...*, s. 180.

tuto interpretaci soud zvolil jako správnou, vkládal by své hodnotové (libertariánské) přesvědčení do rozhodnutí. To by nebylo v souladu s doktrínou soudcovské zdrženlivosti. Přístup k soudcovské zdrženlivosti se však musí aplikovat i na druhé straně politického spektra.

Sowell pozoruje, že do aktivismu (v jeho chápání) jsou občas soudci nuceni jinými aktéry. Za příklad uvádí případ týkající se prvního dodatku k americké ústavě, který zní „*Kongres nesmí přijmout žádný zákon (...), který by omezoval svobodu slova.*“ Na Nejvyšším soudu USA se v roce 2010 řešil zákon, který zakazoval svazům či korporacím televizní reklamy na podporu či nepodporu určitých politických kandidátů.³¹⁵ Soud zákon na základě prvního dodatku zrušil. Prezident Obama nazval soudní rozhodnutí „devastující“. Dworkin kritizoval, že sníží kvalitu a férovost americké politiky, neboť umožní korporacím podporovat republikánské politiky.³¹⁶ Jiná kritika zase směřovala vůči posílení lobbistů.³¹⁷ Za vhodné proto považuji zdůraznění, že soudci jsou k rozhodování všech zmiňovaných otázek „lákání“ (nejen) procesními stranami.

Sowell v těchto přístupech k právu spatřuje na výsledek orientované kritérium výkladu práva nahrazující právní pravidla a principy v předmětné otázce.³¹⁸ Všimá si také, že soud byl posléze kritizován, převážně z demokratických kruhů, jako aktivistický, neboť zrušil důležitý politický zákon. Tezi o aktivismu soudu však Sowell v tomto kontextu zcela odmítá, neboť nenaplnuje jeho definici tohoto pojmu. Soud pouze aplikoval existující právo; kdo ho chce změnit, má tak primárně učinit skrze politický systém.

Námítka proti tomuto přístupu je nasnadě: je poměrně těžké rozlišit mezi tím, kde končí *judicial restraint*, a kde již začíná politický konzervatismus.³¹⁹ „*Ústava nutně nabízí pouze základní obrys, navržený [v některých případech i] před více než dvěma stoletími, a to pro mnohem menší a hluboce odlišnou společnost.*“³²⁰ Je však otázkou, jestli toto není spíše argumentem proti přílišné rigiditě ústav nežli proti této doktríně samotné.

³¹⁵ SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola 12, podkapitola *Judicial Activism* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

³¹⁶ DWORKIN, R. *The 'Devastating' Decision*. New York: Review of Books, 2010, s. 39.

³¹⁷ BLINDER, A. S. *It's Time for Financial Reform Plan C*. Wall Street Journal, 2010, s. A19.

³¹⁸ SOWELL, T. *Intellectuals and society...*, kapitola 12, podkapitola *Judicial Activism* (pozn. formát epub, přesná stránka nelze určit).

³¹⁹ *The Concise Oxford Dictionary of Politics and International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pojem *Judicial activism*.

³²⁰ Tamtéž.

Ustanovení o proceduře změn ústav je navíc samozřejmě také změnitelné, takže v případě společenské potřeby lze upravit.

Tato doktrína je navíc postavena na myšlenkách status quo konzervatismu a tragické vize světa. Není to teorie vyznávající určitý politický program, nýbrž preferující status quo tím, že jeho změnu činí obtížnější (nutnost politicky vyhrát, popřípadě dokonce změnit ústavu). Dobře proto reflektuje roli soudu jako záchranné brzdy či pojistky současných axiomatických hodnot naší společnosti. Tato doktrína může chránit i sociálně liberální hodnoty; status quo konzervatismus totiž ve své podstatě žádnou konkrétní politickou filosofii nezastává, neboť se primárně snaží přistupovat ke změnám opatrně a nedopustit zničení něčeho, co relativně dobře funguje, pro vidinu nereálného ideálního světa.³²¹

Na závěr této kapitoly vnesu trochu širší argument ve prospěch tohoto přístupu. Třetí z biblických přikázání zakazuje lidem brát jméno Boží nadarmo. Mnozí toto přikázání chápou v dětinské podobě, že se nemá příliš nadužívat slova „Bůh“ v nevhodných situacích. To je však velmi povrchní interpretace. Harari nabízí jinou: „*Možná, že hlubším významem tohoto přikázání je, abychom nikdy nebrali jméno Boží k ospravedlnění našich politických zájmů, ekonomických ambicí nebo osobních nenávistí.*“³²² Podobné se dá dle mého názoru říci také o Ústavě a právu. Ti, kdož je berou vážně, by jejich slova také neměli používat k ospravedlnění svých politických, ekonomických či jiných zájmů. Situace je o to horší, pokud tak činí samotní soudci.

Zakončím tuto kapitolu citátem Václava Klause: „*Soudcovský aktivismus, podkopávající záměr zákonodárce, je nezbytně protidemokratický. Vede k vládě právníků namísto vlády práva.*“³²³ Nejedná se samozřejmě o doktrínu bez chyb. Je však otázkou, jestli alternativy nejsou ještě horší. Je třeba pamatovat, že kdyby se soudní aktivismus stal zcela nekontrolovatelným fenoménem, jakákoli ústava by nakonec ztratila veškerý význam.

4.3 Expertní a etické otázky

Samostatnou kapitolu jsem v tomto kontextu vyčlenil expertním a etickým záležitostí. Tato kategorie částečně kombinuje předchozí, její jedinečnost si však dle mého mínění zasluhuje vlastní uspořádání. Jedná se o část specifickou, neboť relevantní možností zde je úplné vyloučení rozhodování klasickým soudem.

³²¹ Viz KIRK, R. *Burke a politika zvyklosti*. Praha: Občanský institut, 1998.

³²² HARARI, Y. N. *21 lessons...*, s. 199.

³²³ KLAUS, V. *Celebrating freedom...*, s. 10.

Prvním případem, který stojí v tomto kontextu za zmínění, je britský rozsudek *Nicklinson*.³²⁴ Jedná se o spor, ve kterém šlo o posouzení kompatibility trestnosti asistované sebevraždy s EULP Nejvyšším soudem Spojeného království. Trestnost činu byla stěžovatelem viděna v rozporu s právem na soukromý život; žádal proto deklaraci neslučitelnosti tohoto ustanovení dle sekce 4 HRA 1998. Většina soudců však odmítla deklaraci provést, protože tato otázka slovy Lorda Sumptiona: „vznáší kontroverzní a komplexní otázky vyplývající z morálních a sociálních dilemat“³²⁵. Přestože dva soudci měli za to, že k porušení EULP došlo, soud většinově toto tvrzení odmítl a zvolil neinterpretativní argumentaci ve prospěch svého sebeomezení. Důraz byl kladen na skutečnost, že je rolí parlamentu nalézt jemnou bilanci mezi zájmy těch, kteří si přejí zemřít, a možnosti zneužití tohoto institutu nátlakem vůči zranitelným jedincům, kteří naopak potřebují společenskou ochranu.³²⁶

Z britského právního prostředí stojí v kontextu expertních a etických otázek také za upozornění případ *Bolam v Friern Hospital Management Committee*.³²⁷ Jedná se o případ z medicínského práva. Pacient Bolam souhlasil s elektro-kompulzivní léčbou za účelem léčby deprese. Následně utrpěl vážná poranění z důvodu této léčby. Bolam argumentoval, že lékař pochybil tím, že jej o možnosti tohoto rizika neinformoval. Soud žalobu na odpovědnost zamítl. Vytvořil přitom test odpovědnosti, který se skládal z konstatování, že pokud lékař zachová standard léčby, který by poskytl jiný solidní lékař, při zachování nezbytné minimální kvality péče, o nedbalosti a dalším soudním přezkumu nelze uvažovat.

Tento test lze zjednodušit i takto – dokud existuje na expertní úrovni někdo relevantní a důvěryhodný, kdo s postupem lékaře souhlasí, lékař není odpovědný. Tento rozsudek byl problematický v tom smyslu, že se věnoval informovanému souhlasu pacienta, kam tento expertní test úplně nezapadá (a proto byl také v roce 2015 překonán³²⁸), je však stále hezkou ukázkou možného vztahu soudů k expertním problémům: dokud o určité expertní otázce není relevantní shoda (například ohledně zvolené léčby), není třeba za

³²⁴ R (Nicklinson) v Ministry of Justice [2014] UKSC 38

³²⁵ Tamtéž, odstavec 232.

³²⁶ ELLIOTT, M; THOMAS, R. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 784.

³²⁷ Queen's Bench Division [1957] 1 W.L.R. 582.

³²⁸ Montgomery v Lanarkshire Health Board [2015] UKSC 11.

každou cenu otevírat možnost komplexního soudního přezkumu. Soudci jsou v těchto otázkách laici a z povahy věci nejsou schopni tyto spory zcela kvalifikovaně rozhodnout. Problém odborné nekvalifikovanosti soudu vyvstal přímo v rozsudku *Montgomery*³²⁹, který *Bolam* přístup překonal, a tím otevřel dveře širšímu soudnímu přezkumu. V této věci šlo o porod dítěte, přičemž se nabízely dvě možnosti – normální porod a císařský řez. Lékař se souhlasem ženy nakonec zvolil normální porod, který ale způsobil vážné zdravotní problémy, na jejichž riziko žena nebyla upozorněna. Následný soudní spor byl o náhradě škody. Jádrem případu bylo posouzení, zda lékaři ženu správně informovali o možných následcích. Ona tvrdila, že pokud by byla informována o možnosti komplikace, která nastala, zvolila by císařský řez. Soud ji v tomto případě odškodnění přiznal. Jedním z důvodů bylo soudní pochopení situace ve smyslu, že císařský řez s sebou komplikace nepřinášel (nebo alespoň ne tak vysoké).

Dle některých expertních lékařských názorů soud v tomto případě selhal v odborném posouzení věci. Dle expertů soud nesprávně posoudil a nepřiměřeně zjednodušil možnosti rizika u císařského řezu, čímž změnil skutkovou podstatu, které lékař ve skutečnosti čelil.³³⁰ Změní-li se vinou odborného nepochopení věci soudem skutková podstata, jedná se o velice problematický krok, neboť právní pravidla se následně aplikují na neexistující skutkovou situaci. V tomto případě bylo o to horší, že nepochopení věci nastalo až u Nejvyššího soudu, jehož rozhodnutí bylo pro nižší soud, který předtím rozhodl opačně, závazné.

Mnohdy jde v právu navíc ve skutečnosti spíše o hodnoty a morálku, byť to soudy málokdy přiznají. Vynikajícím příkladem čistě morálního rozhodnutí je britský případ *In re A (Children)(conjoined twin: surgical operation)*³³¹, kde šlo o rozhodnutí, zda povolit případ chirurgického rozdělení siamských dvojčat v situaci, kdy by nerozdělení vedlo ke smrti obou, a rozdělení pouze ke smrti slabšího z nich. Rodiče byli z náboženských a hodnotových důvodů proti rozdělení. Přestože soud hned na začátku rozsudku konstatoval, že je „*soudem práva, nikoli morálky*“, v tomto rozsudku učinil pravý opak – stal se soudem morálky, nikoli práva.

³²⁹ *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11.

³³⁰ MONTGOMERY J; MONTGOMERY, E. *Montgomery on informed consent: an inexperienced decision?* *Journal of Medical Ethics*, 2016, s. 89-94.

³³¹ Rozsudek Britského soudu Court of Appeal [2000] EWCA Civ 254.

Soud zde řešil dvě právní otázky: a) je-li rozdělení dětí v jejich nejlepším zájmu; b) není-li rozdělení vraždou, pokud neodmyslitelně vede k okamžité smrti jednoho z dvojčat. Obdobný případ neměl v Británii precedent, přesto se právní řešení zdálo velice zjevné – dle ustálené trestněprávní praxe³³² muselo jít o vraždu, neboť žádná z okolností vylučujících protiprávnost nebyla naplněna.

Tento závěr však soud vyhlásit nechtěl. Jedno živé dítě je lepší než dvě mrtvé, klasická ukázka utilitaristického smýšlení. Soud zde velmi kreativním výkladem došel k závěru, že rozdělení je v pořádku, přičemž jeho argumentace byla veskrze morální. Co je na rozsudku nejzajímavější, je použitý jazyk hodnotících soudů odsuzují slabší z dvojčat jako parazita:

„Žije vypůjčený čas, všechn vypůjčený od Jodie [silnější z dvojčat]. Je to dluh, který nikdy nemůže splatit.“³³³ „Marie [slabší z dvojčat] může mít právo na život, má ale jen málo práva být naživu. Je naživu, protože, hrubě, ale výstižně řečeno, pouze vysává Jodinu životodárnou krev a odčerpává ji mimo její tělo. Přežije jen tak dlouho, dokud přežije Jodie. Jodie nebude dlouho žít, protože to nebude schopna zvládnout. Marinin parazitický život bude příčinou, že Jodie přestane žít. Kdyby Jodie mohla mluvit, jistě by protestovala: "Přestaň, Marie, zabiješ mě". Marie by na to neměla odpověď.“³³⁴ „Marie zabije Jodie ... Jak by to mohlo být, aby Jodie musela tolerovat tento stav věcí?“³³⁵

Marie byla přitom sestra Jodie. Žila tak, jak se narodila, jistě nechtěla svou sestru zabít. Byla jen zcela nevinné dítě. Použitý jazyk je fascinujícím příkladem, jak soud přesvědčuje čtenáře, že jeho závěr je správný. Přestože na začátku rozsudku konstatoval, že je čistě soudem práva, a že mu morální soudy nepřísluší, dopouští se jich takřka všude. Jde dokonce tak daleko, že morálně odsuzuje jedno z dvojčat, aby si připravil půdu pro rozhodnutí, že je správné tento „parazitický život“ oddělit, a tím ho ukončit. Jistě by se dali nalézt i alternativní interpretace toho, co se v tomto případě stalo.

Je důležité zmínit, že kdyby podobný případ nastal ve Spojených státech, mohl by být postoupen přímo etické komisi, která by rozhodla namísto soudu.³³⁶ Otázka rozhodování v podobných případech spíše expertními odbornými komisemi³³⁷ (či jinými orgány),

³³² R v Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273 DC.

³³³ [2000] EWCA Civ 254, s. 13.

³³⁴ Tamtéž, s. 60.

³³⁵ Tamtéž, s. 68.

³³⁶ Lord Justice Brooke v rozsudku *A (Children)*, 2000 WL 1274054.

³³⁷ Ve kterých by samozřejmě mohl být přítomen i právník.

jmenovanými politickou reprezentací, s omezenou (převážně procesní) přezkumnou rolí soudu, se v této souvislosti dle mého názoru jeví rozumně. Důležitější než otázka, jak rozhodnout, v těchto případech je, kdo a proč tak má učinit. Je-li v určité oblasti nevyhnutelné, že se soud stane pouze soubojem protichůdných znaleckých posudků, které stejně nemá příliš šanci pochopit, rostou argumenty ve prospěch odborných komisí dle mého názoru exponenciální řadou. Hodnotové postavení vykladačů obecných právních pojmů je pro zvolení toho správného řešení opravdu nesmírně podstatné; proto je tak důležité dávat si veliký pozor, kdo se má stát tímto vykladačem, zdali soudce, etická komise, parlament, či někdo jiný.

U etických rozhodnutí přitom kvalifikovanost soudů vystihl soudce Scalia v rozsudku *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, kde konstatoval: „*Moment, ve kterém se život stává nehodným žitím, a moment, ve kterém se prostředky nezbytné k jeho zachování stávají mimořádnými nebo nepřiměřenými, není vepsán v ústavě, ani není znám devíti soudcům soudu nijak lépe, než je znám devíti lidem náhodně vybraným z Kansaského městského telefonního seznamu.*“³³⁸

Uurčíme-li, že arbitrem bude soudce, měli bychom si alespoň dávat pozor, koho do této funkce jmenujeme (což se například v České republice příliš neděje³³⁹). Při úvahách nad rolí soudnictví v dnešní společnosti jako klíčové dle mého názoru vyvstává, kdo se reálně stává soudcem a jaké pro to má lidské a odborné kvality. Jedná se o podstatnou záležitost, protože zkrátka víme, že soudce někdy rozhoduje i o velmi podstatných morálních a etických problémech. Nejedná se o subsumpční automat.

Podle čeho se konkrétní člověk rozhodne, jak dané ustanovení eticky interpretovat? K zodpovězení této otázky je užitečné pochopit, jak funguje lidská mysl. Klíčovou metaforou lidské mysli je představa slona a jeho jezdce. Jezdec je naším vědomým uvažováním (rozumem). Slon je reprezentantem nevědomí, tedy intuitivních a emocionálních systémů mysli.³⁴⁰ Vědomí (rozum) funguje jako jezdec, který si myslí, že řídí slona, ale ve skutečnosti mu hlavně slouží. Jejich vzájemná spolupráce posléze

³³⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu USA, 110 U.S. 2841, 1990.

³³⁹ KYSELA, J; BLAŽKOVÁ, K; CHMEL J. *Právnícký Olymp: portréty vybraných soudců Ústavního soudu ČR*. Praha: Leges, 2015, s. 255.

³⁴⁰ HAIDT, J. *Morálka lidské mysli: proč lidstvo rozděluje politika a náboženství*. Praha: Dybbuk, 2013, s. 19.

představuje výsledek procesu tvorby lidských rozhodnutí.³⁴¹ Důležité je, že rozhodujícím aktérem není rozum, neboť nevědomí je v této dvojici mocnější.

Haidt pracuje s poznatkem, že rozum primárně dokonce ani nevznikl k nalézání pravdy, nýbrž je nástrojem nevědomí, který má za úkol plnit a naplňovat jeho přání a tužby. Pokud se tedy ocitneme v hádce s někým, s nímž se v nevědomé rovině na morálních otázkách neshodneme, náš rozum slouží takřka výhradně jako advokát nevědomých názorů, nikoli jako hledatel objektivní pravdy. Morální argumenty tedy dle Haidta nejsou většinou nic jiného než dodatečné, narychlo vymyšlené konstrukce, které si lidé tvoří za účelem obhajoby vlastních postojů.³⁴²

Z tohoto vyplývá, že rozumu (vědomí) nejde primárně o skutečnou objektivní pravdu, ale spíše o obhajobu nevědomých názorů – vlastně se chováme jako intuitivní politici, kteří se snaží prosadit své názory ve společenství voličů. To, co dnes objevuje moderní psychologie, ve své podstatě vystihl už David Hume, kdy pronesl, že „*rozum sám nemůže nikdy být motivem nějakého činu vůle a ... nemůže nikdy stát proti vášni v určení vůle.*“³⁴³

Chceme-li reálně poznat a případně ovlivnit chování soudce, je třeba vědět, jak funguje jeho rozhodování a z čeho vychází – podstatným například bude, z jakého prostředí soudce pochází, jaké předsudky ho ovládají, z jakých motivů soudí, či co považuje za morální a správné.³⁴⁴ Čím konkrétnější jsou normativní vodítka, dle kterých má rozhodovat, tím více je význam těchto neprávních aspektů umenšen. V případě soudců rozhodujících dle extrémně obecných pravidel (například v případě interpretace katalogů lidských práv či ústav) je však vliv mimoprávních aspektů na rozhodování naprosto zásadní. Je-li soudce Ústavního soudu konzervatívec nebo liberál, ateista či věřící, bude to mít fatální vliv na konečné rozhodnutí ve věci, a to i přes skutečnost, že normativní vodítka (příslušná právní norma) může být v obou případech totožné.

V takto komplikovaných otázkách rozum funguje především jako advokát nevědomých postojů, který vytváří jejich obhajobu. Není zde přitom kvalitativní rozdíl mezi soudcem a kýmkoli jiným. Jediným rozdílem je, že soudce je schopen svůj nevědomý názor perfektně vyargumentovat a obhájit, neboť je k tomu léta cvičen. Věřit však, že se zde

³⁴¹ Tamtéž, s. 19.

³⁴² Tamtéž, s. 19.

³⁴³ HUME, D. *A Treatise of Human Nature*. Oxford, 1958, s. 413.

³⁴⁴ Viz např. KUK, M. *Iracionální rasové předsudky u soudců*. In: ANTOŠ, M; WINTR, J (eds.). *Rovnost a zákaz diskriminace v právní teorii a praxi*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014, s. 111-125.

stále rozhoduje dle práva, není z psychologického pohledu absolutně realistické. U těchto otázek nelze věřit na existenci objektivně správného právního výkladu, neboť se při absenci zcela konkrétního normativního vodítka (např. ústavního dodatku o povolení eutanazie) vždy bude jednat o obhajobu nevědomých osobních postojů soudce.

Závěr

Domnívám se, že tato práce plní dva velmi důležité úkoly – na jedné straně vysvětluje teorii demokraticko-expertního vládnutí, a na straně druhé tuto teorii obhajuje jako nejlepší možnou. Z právního pohledu je klíčové, že role soudů v demokratickém systému musí být limitována. Myslím si, že se mi zde podařilo poměrně srozumitelně analyzovat tuto problematiku způsobem, který může být základem dalších budoucích debat a rozborů.

Klíčové poselství této práce by se dalo shrnout takto: Smysluplné rozdělení rolí ve státě je stejně důležité jako dělba moci. Dělba moci se klasicky dělí na tři části: moc zákonodárná, výkonná a soudní. Dělba rolí musí dle mého soudu pracovat s kategoriemi odlišnými – role politická, expertní a soudní. Každá z těchto kategorií má přitom jiné atributy, které je předurčují k odlišným aktivitám, a měli bychom se snažit zabránit přenášení činností na instituce, které k tomu nejsou ze své podstaty vhodné.

Atributy a úloha role soudní jsou odlišné od role odborné a politické. Jejich splývání je proto jevem negativním, neboť zhoršuje funkčnost a efektivitu demokratického liberálního systému. Proměna zpět ke své původní pozici je proto něčím, co bych osobně označil za žádoucí. Jedná se také o nejdůležitější závěr této práce, která na mnoho desítkách stran tento fenomén zevrubně analyzuje.

Na úplný závěr je potřeba upozornit ještě na jednu věc. Přestože považuji svůj poznámkový aparát za značně rozsáhlý, je nezbytné upozornit, že množství zdrojů vztahující se k tomuto tématu je neomezené, což logicky omezuje možnost zcela komplexního zpracování. Jedná se proto pouze o malý příspěvek do debaty.

Seznam zkratk

ESD = Evropský soudní dvůr

EULP = Evropská úmluva o ochraně lidských práv

HRA = Human Rights Act 1998

Listina = Listina základních práv a svobod, vyhlášena pod č. 2/1993 Sb.

Spojené království = Spojené království Velké Británie a Severního Irska

Spojené státy = Spojené státy americké

USA = Spojené státy americké

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

ALLAN, T. *Law, Liberty, And Justice: The Legal Foundations Of British Constitutionalism*. Oxford: Clarendon, 1993.

ALLAN, T. R. S. *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BALKIN, J. *Living originalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

BELLAMY, R. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BESSON, S; MARTÍ J, L. *Legal republicanism: national and international perspectives*. New York: Oxford University Press, 2009.

BLINDER, A. S. *It's Time for Financial Reform Plan C*. Wall Street Journal, 2010.

BOBEK, M. *The effects of EU law in the national legal systems*. In: *European union law*. New York: Oxford University Press, 2017.

BORGES, J. L. *Zrcadlo a maska*. Praha: Odeon, 1989.

BORK, R. H. *Amerika v pokušení: právo vystavené svodům politiky*. Praha: Victoria Publishing, 1993.

BOUTROS; GHALI. *Human Rights: The Common Language of Humanity*. In: *United Nations: World Conference on Human Rights, The Vienna Declaration and Programme of Action*, 1993.

BRAZIER, M; CAVE, E. *Medicine, patients and the law*. Manchester: Manchester University Press, 2016.

BREYER, S. *Making Our Democracy Work: A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010.

BRUBAKER, S. C. *Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism*. *The Journal of Politics*, vol. 46, no. 2, 1984.

CARROLL, A. *Constitutional and administrative law*. Ninth edition. Harlow, United Kingdom: Pearson Education Limited, 2017.

CONWAY, E. *Ekonomie: 50 myšlenek, které musíte znát*. Praha: Slovart, 2013.

CURRY, O; MULLINS, D; WHITEHOUSE, H. *Is It Good to Cooperate?: Testing the Theory of Morality-as-Cooperation in 60 Societies*, *Current Anthropology* 60, no. 1, 2019.

ČAPEK, K. *Hovory s T.G.M.* Praha: Fragment, 2009.

DAHL, R. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker*. *Journal of Public Law*, vol. 6, 1957.

DUFEK, P. *Lidská práva, ideologie a veřejné ospravedlnění: co obnáší brát pluralismus vážně*. *Právník*, č. 1, roč. 157, 2018.

- DWORKIN, R. Rights as Trumps. In: WALDRON, J. (ed.). Theories of Right. Oxford University Press, 1984.
- DWORKIN, R. Taking Rights Seriously. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.
- DWORKIN, R. The 'Devastating' Decision. New York Review of Books, 2010.
- DWORKIN, R. Když se práva berou vážně. Praha: Oikoymenth, 2001.
- DWORKIN, R. Law's empire. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986.
- ELLIOTT, M. THOMAS, R. Public law. Oxford: Oxford University Press, Third edition, 2017.
- FARBER, D. A Originalism Debate: A Guide for the Perplexed. In 49 Ohio State Law Journal 4, 1988.
- FISHER, L. Defending Congress and the Constitution. Lawrence: University Press of Kansas, 2011.
- FRIEDMAN, M; FRIEDMAN, R, D. Svoboda volby. Praha: H & H, 1992.
- FROMM, E. Strach ze svobody. Praha: Portál, 2014.
- GILBERT, S; TYLER, A; ZACKIN, E. Bioethics and the new embryology: springboards for debate. Gordonsoville: W.H. Freeman, 2005.
- HAIDT, J. Morálka lidské mysli: proč lidstvo rozděluje politika a náboženství. Praha: Dybbuk, 2013.
- HAIDT, J. The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion. New York: Vintage Books, 2012.
- HAMAMRA, B. T. A Foucauldian Reading of Huxley's Brave New World. Theory and Practice in Language Studies, 01, 2017, vol. 7, no. 1.
- HAMILTON, A. The Federalist No. 78. The Judiciary Department. Independent Journal, 1788.
- HAMILTON; MADISON, JAY. Listy federalistů č. 62, 1787-1788.
- HAND, L. The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization. In: DILLIARD, I. (ed.): The Spirit of Liberty. New York: Knopf, 1953.
- HARARI, Y. N. 21 lessons for the 21st century. New York: Spiegel & Grau, 2018.
- HARARI, Y. N. Homo deus: stručné dějiny zítřka. Voznice: Leda, 2017.
- HARARI, Y. N. Sapiens: od zvířete k božskému jedinci. Voznice: Leda, 2013.
- HAYEK, F, A. Cesta do otroctví. Praha: Academia, 1990.
- HAYEK, F. A. Osudná domyšlivost. Omyly socialismu. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 1995.
- HOLLÄNDER, P. Soumrak moderního státu. Právník č. 1, 2013.
- HOLMES, G. Affirmative Reaction: Kennedy, Nixon, King, and the Evolution of Color-Blind Rhetoric. Rhetoric Review, 2007, Vol. 26, No. 1.

HOŘEŇOVSKÝ, J - CHMEL, J. Proces vzniku rozhodnutí Ústavního soudu ČR. Časopis pro právní vědu a praxi. 2015, roč. XXIV, č. 3.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Kritický nástin politizace soudní moci. Právník. 2016, roč. 155, č. 10.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Kritika sociálních práv. Soutěžní práce v rámci IX. ročníku soutěže SVOČ na PF UK v sekci Ústavní právo, 2016.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Lidská důstojnost, Immanuel Kant a úloha moderního soudce. In: WINTR, J; ANTOŠ, M. (eds.). Základní lidská práva a svobody. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Lze sestřelit letadlo unesené teroristy? Krajní nouze, nutná obrana, výjimečný stav? In: WINTR, J; ANTOŠ, M. (eds.). Omezování svobod z důvodu veřejného zájmu. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2017.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Lze sestřelit letadlo unesené teroristy? Krajní nouze, nutná obrana, výjimečný stav? Soutěžní práce v rámci X. ročníku soutěže SVOČ na PF UK v sekci trestní právo, kriminologie a kriminalistika, 2017.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Mohou právníci zachránit demokratický právní stát? In: ANTOŠ, M; WINTR, J. (eds.). Ústavní rámec politiky. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2014.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Politizace moci soudní a fenomén politiky práv. Soutěžní práce v rámci VIII. ročníku soutěže SVOČ na PF UK v sekci Politologie a sociologie, 2015.

HOŘEŇOVSKÝ, J. Subjektivita a intersubjektivita práva. In: GÁBRIŠ, T. (eds.). Nedogmatická právní věda: od marxizmu po behaviorální ekonomii. Praha: Wolters Kluwer, 2017.

HUME, D. *A Treatise of Human Nature*. Oxford, 1958.

HUXLEY, A. *Brave new world*. London: Vintage Books, 2014.

HVÍŽDALA, K; PŘIBÁŇ, J. Hledání dějin: o české státnosti a identitě: 883 - 1918 - 2018: rozhovor. Praha: Univerzita Karlova, Karolinum, 2018.

CHMEL, J. Zásahy soudů do politiky, jejich strategický rozměr a legitimita. In: WINTR, J; ANTOŠ M. (eds.). Ústavní rámec politiky. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014.

JOCH, R. Lidská práva – co jsou, co nejsou, a jak je prosazovat. In: Lidská práva: (ne)smysl české politiky? Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2015.

KAFKA, F. *Zámek*. Praha: Odeon, 1989.

KAMM F. Ronald Dworkin's Views on Abortion. In: *Bioethical Prescriptions: To Create, End, Choose, and Improve Lives*. Oxford University Press, 2013.

KAVANAGH, A. *Judicial Restraint in the Pursuit of Justice*. Toronto: The University of Toronto Law Journal, Vol. 60, No. 1, *The Role of the Courts in Constitutional Law*, 2010.

KEOWN, J. *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*. Oxford: OUP, 2013.

- KERTZER, D. The Roman Catholic Church, the Holocaust, and the demonization of the Jews. *HAU: Journal of Ethnographic Theory* 4, no. 3, 2014.
- KING, J. A. Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, no. 3, 2008.
- KIRK, R. *Burke a politika zvyklosti*. Praha: Občanský institut, 1998.
- KLAUS, V. Celebrating freedom: His Excellency Václav Klaus, President of the Czech Republic, speaks to Canadians and Americans in November 2004. Vancouver: Fraser Institute, 2005.
- KNAPP, V. *Velké právní systémy: úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C.H. Beck, 1996.
- KOMESAR, N. *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*. Chicago: University of Chicago Press, 1997.
- KOSAŘ, D. *Judicializace justiční politiky Evropským soudem pro lidská práva*. Praha: Wolters Kluwer, 2016.
- KOZŁOWSKI, M. *The myth of the imperial judiciary: why the right is wrong about the courts*. New York: New York University Press, 2003.
- KRATOCHVÍL, J. *Sociální práva v Evropské úmluvě na ochranu lidských práv a Mezinárodním paktu o občanských a politických právech*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2010.
- KUK, M. Iracionální rasové předsudky u soudců. In: Antoš, M; Wintr, J (eds.). *Rovnost a zákaz diskriminace v právní teorii a praxi*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014.
- KUNDERA, M. *Nesmrtelnost*. Brno: Atlantis, 2006.
- KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014
- KYSELA, J; BLAŽKOVÁ, K; CHMEL J. *Právnický Olymp: portréty vybraných soudců Ústavního soudu ČR*. Praha: Leges, 2015.
- LEVIN, J. Religion and Happiness Among Israeli Jews: Findings from the ISSP Religion III Survey. *Journal of Happiness Studies*. 2014, 15(3).
- LOUGHLIN, M. *The idea of public law*. New York: Oxford University Press, 2004.
- LUCASSEN, L. A Brave New World: The Left, Social Engineering, and Eugenics in Twentieth-Century Europe. *International Review of Social History*, vol. 55, no. 2, 2010.
- LUKIANOFF, G; HAIDT, J. *The coddling of the American mind: how good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure*. New York City: Penguin Press, 2018.
- LUNDSTEDT, V. *Legal Thinking Revisited*. Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956.
- MILL, J. S. *O svobodě I*. Praha: J. Otto, 1913
- MONTGOMERY, J; MONTGOMERY, E. Montgomery on informed consent: an inexperienced decision? *Journal of Medical Ethics*, 2016.
- MOUNK, Y. The Undemocratic Dilemma. *Journal of Democracy*, vol. 29 no. 2, 2018.

- MUELLER, J. Capitalism, democracy, and Ralph's Pretty Good Grocery. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.
- MULGAN, R. Holding Power to Account Accountability in Modern Democracies. London: Palgrave Macmillan UK, 2003, s. 1.
- NAPIER, L; JOST, J. Why Are Conservatives Happier Than Liberals?: Findings from the ISSP Religion III Survey. Psychological Science. 2008, 19(6).
- NĚMČÁK, V. Politické limity kontroly norem prováděné ústavními soudy. Brno, 2016. Disertační práce. Masarykova Univerzita, Právnická fakulta, Katedra ústavního práva a politologie.
- NOWAK, M; MCARTHUR, E. The United Nations Convention against Torture: A Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- NOZICK, R. Anarchie, stát a utopie. Praha: Academia, 2015.
- OLIVECRONA, K. Law as Fact. London-Copenhagen: Munksgaard, 1939.
- ORTEGA Y GASSET, J. Vzpouora davů. Praha: Orbis, 1933.
- PEHE, J. Demokracie bez demokratů: úvahy o společnosti a politice. Praha: Prostor, 2010.
- PINKER, S. Enlightenment now: the case for reason, science, humanism, and progress. New York: Viking, 2018.
- PINKER, S. The better angels of our nature: a history of violence and humanity. London: Penguin Books, 2012.
- PINKER, S. The blank slate: the modern denial of human nature. New York: Viking, 2002.
- PÍŠA, R. Soudobá kritika juristokracie. Disertační práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2018.
- PÍŠA, R. Soudy jako potenciální uchvatitelé veřejné moci. In: KYSELA, J; ONDŘEJKOVÁ, J. Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě. Praha: Leges, 2012.
- POPPER, K. R. Otevřená společnost a její nepřátelé. Druhé, revidované vydání. Praha: OIKOYMENH, 2015.
- PROCHÁZKA, R. Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.
- PŘIBÁŇ, J; HOLLÄNDER P; BAŇOUCH, H. Právo a dobro v ústavní demokracii: polemické a kritické úvahy. Praha: Sociologické nakladatelství (SLON), 2011.
- RAZ, J. The Rule of Law and its Virtue. In: The authority of law: essays on law and morality. New York: Oxford University Press, 1979.
- ROSLING, H; ROSLING, O; ROSLING A. Factfulness: Ten Reasons We're Wrong About the World - and Why Things Are Better Than You Think. London: Sceptre, 2018.
- SCALIA, A; GARNER, B. Reading law: the interpretation of legal texts. St. Paul, MN: Thomson/West, 2012.
- SCALIA, A. Originalism: The Lesser Evil. Cincinnati Law Review, roč. 57, 1989.

- SHAPIRO, M. Judges as Liars. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, č. 17, 1994.
- SHEMTOB, Z. B. Following Thayer: The Many Faces of Judicial Restraint. *Boston University Public Interest Law Journal* 21, no. 1, Fall 2011.
- SCHMITT, C. Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 3. Aufl., Berlin 1979.
- SCHWARTZ, B. American Constitutional Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- SIKKINK, K. Evidence for hope: making human rights work in the 21st century. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2017.
- SOBEK, T. Právní myšlení: kritika moralismu. Praha: Ústav státu a práva AV ČR ve spolupráci s Vydavatelstvím a nakladatelstvím Aleš Čeněk, Plzeň, 2011.
- SOWELL, T. Intellectuals and society. New York: Basic Books, 2011.
- SOWELL, T. The Thomas Sowell reader. New York: Basic Books, 2011.
- SOWELL, T. A conflict of visions: ideological origins of political struggles. New York: Basic Books, 2007.
- SOWELL, T. Black rednecks and white liberals. New York: Encounter Books, 2006.
- SOWELL, T. Wealth, Poverty and Politics: An International Perspective. New York: Basic Books, 2015.
- STENNER, K. Three Kinds of 'Conservatism. In: *Psychological Inquiry*, vol. 20, no. 2/3, 2009.
- STRAUSS, D. A. The living constitution, New York: Oxford University Press, 2010
- ŠKAPOVÁ, L. Kravíny a podobná obydlí. In: WINTR, J; ANTOŠ, M (eds.). Základní lidská práva a svobody. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2015.
- THAYER, J. B. John Marshall. Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 1901.
- The Concise Oxford Dictionary of Politics and International Relations. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- TRIVERS, R. The folly of fools: the logic of deceit and self-deception in human life. New York: Basic Books, 2011.
- TUSHNET, M. Taking the Constitution Away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- VIKARSKÁ, Z. Politická role soudů a soudců a evropském a srovnávacím kontextu. Disertační práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra politologie a sociologie, 2018.
- WALDRON, J. (ed.). Theories of Right. Oxford University Press, 1984.
- WALTMAN, J. Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism. New York: Palgrave Macmillan, 2015.
- WEINBERGER, O. Norma a instituce: úvod do teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017.

WILLIAMS, B. The Idea of Equality, in Philosophy. Politics and Society. Oxford: Basil Blackwell, 1962.

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.

WINTR, J. Principy českého ústavního práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2013.

ZAKARIA, F. Vzestup neliberální demokracie. Praha: Občanský institut, 1998.

2. Seznam použitých internetových zdrojů

BANESCU, CH. *Ronald Reagan: Whatever Happened to Free Enterprise?* American thinker [online]. 15. 10. 2010. Dostupné z:

https://www.americanthinker.com/blog/2010/08/ronald_reagan_whatever_happene.htm

BERGER, S. *Trump admin said to refine legal definition of gender, putting transgender gains at risk.* NY Times. In: CNBS [online]. 2018. Dostupné z: <https://www.cnbc.com/2018/10/21/trump-admin-reportedly-aims-to-refine-legal-definition-of-gender.html>

ČAPEK, K. *O věcech obecných čili zoón politikon.* In: Rodon [online]. 2018. Dostupné z: <http://www.rodon.cz/admin/files/ModuleKniha/114-O-vecech-obecných-cili-Zoon-politikon.pdf>

Český ekumenický překlad Bible. Deuteronomium (pátá kniha Mojžíšova) 20. [online]. Dostupné z: <http://www.cb.cz/karlovy.vary/bible/dt/dt20.htm>

Data ČSÚ [online]. Dostupné z: <https://www.czso.cz/csu/czso/kojenecka-umrtnost-v-letech-1950-2017>

Data OECD [online]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/air/air-and-ghg-emissions.htm>

Data OECD [online]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/inequality/income-inequality.htm>

Data OECD [online]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/transport/road-accidents.htm>

Data OECD [online]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/unemp/unemployment-rate.htm>

Data OECD [online]. Dostupné z: <https://data.oecd.org/youthinac/youth-not-in-employment-education-or-training-neet.htm>

EHRENREICH, J. *Why the Abortion Debate Feels Like Such a Stalemate.* In: slate [online] 1. 8. 2018. Dostupné z: <https://slate.com/technology/2018/08/why-the-abortion-debate-feels-like-such-a-stalemate.html>

HAIDT, J. *Two incompatible sacred values in American universities* In: Duke University Department of Political Science youtube kanál [video online]. 2016. Dostupné z: <https://www.youtube.com/watch?v=Gatn5ameRr8>

HERTL, D. *Josef Pekař – jasnozřivý skeptik.* In: Český rozhlas Plus [online]. 2015. Dostupné z: <https://plus.rozhlas.cz/josef-pekar-jasnozrivy-skeptik-6512711>

KOSAŘ, D. *Knihy roku 2008.* In: Jiné právo [online]. 2009. Dostupné z: http://jinepravo.blogspot.de/2009/10/kniha-roku-2008_08.html.

KÜHN, Z. *"Regulační poplatky" ve zdravotnictví II.* In: Jiné právo [online]. 2008. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.com/2008/06/regulan-poplatky-ve-zdravotnictvi-ii.html>

LANGBERT, M; QUAIN, A, J; KLEIN, D, B. *Faculty Voter Registration in Economics, History, Journalism, Law, and Psychology.* In: Econ Journal Watch. Dostupné online:

<https://econjwatch.org/File+download/944/LangbertQuainKleinSept2016.pdf?mimetype=pdf>

LETSAS, G. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy*. [online] 14. 3. 2012. Dostupné z SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2021836> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836>.

Levitikus 19:18. Dostupné z: <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Leviticus+19%3A18&version=NIV>

MARX, K; ENGELS, B. *Manifest komunistické strany. Kapitola I. Buržoové a proletáři*. In: Marxist internet archive [online]. 2018. Dostupné z: <https://www.marxists.org/cestina/marx-engels/1848/manifest/ch01.htm#s428>.

MILMAN, O. *Fate of Obama's health law set to be decided by supreme court – again*. In: The Guardian [online]. 2018. Dostupné z: https://www.theguardian.com/us-news/2018/dec/15/obamacare-healthcare-aca-appeal-supreme-court?CMP=fb_gu&fbclid=IwAR16ZFs0pqfHyHXwWM5ZMiBqC8Qh_p3phEY52X5QtVnztAPY61n2Hn5OCic

Politicians are surrendering key decisions to judges, warns Lord Sumption. In: The Times [online]. 2018. Dostupné <https://www.thetimes.co.uk/article/politicians-are-surrendering-key-decisions-to-judges-warns-lord-sumption-ggqz9r8gj>

PROCHÁZKA, R. *Ján Krstiteľ, ktorý mal moc*. In: Tyzden [online]. 2013. Dostupné z: <http://www.tyzden.sk/casopis/2013/31/jan-krstitel-ktory-mal-moc.html>.

Rasistická vražda Tibora Danihela rozhoupala spoločnosť [online]. 29.9.2010. Dostupné z: <http://www.romea.cz/cz/zpravy/rasisticka-vrazda-tibora-danihela-rozhoupala-spolecnost>.

RŮŽIČKA, A. *Cynismu je třeba se vzepřít. A to vyžaduje odvahu* [online]. 2018. Dostupné z: http://ceskapozice.lidovky.cz/ruzicka-cynismu-je-treba-se-vzeprit-a-to-vyzaduje-odvahu-pkh-/forum.aspx?c=A181225_203521_pozice-forum_lube&fbclid=IwAR2Kjz278y4R9RGM_MywidSzwF1EaeSQ3ahwWCv9oYLLRjB-Z0yXv2AVOjA

THAYER, J. B. *John Marshall*. Boston and New York: Houghton Miffl in Company, 1901, s. 103-107. Dostupné z: <https://archive.org/stream/johnmarshall01thaygoog#page/n12/mode/2up> >.

3. Seznam použitých právních předpisů

Jurisdikce Spojeného království Velké Británie a Severního Irska

Human Rights Act 1998

Jurisdikce České republiky

Listina základních práv a svobod, vyhlášená ve sbírce zákonů pod č. 2/1993 Sb.

Jurisdikce Spojených států amerických

Civil Rights Act 1964

4. Seznam použité judikatury

Jurisdikce Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku

[2000] EWCA Civ 254

Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission [1969] 2 AC 147

Court of Appeal [2000] EWCA Civ 254

Montgomery v Lanarkshire Health Board [2015] UKSC 11

Queen's Bench Division [1957] 1 W.L.R. 582

R (Nicklinson) v Ministry of Justice [2014] UKSC 38

R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC 5

R v Dudley and Stephens (1884) 14 QBD 273 DC

Regina v BBC [2003] UKHL 23

Supreme Court [2018] UKSC 32

Jurisdikce České republiky

4 Aps 3/2005-35 ze dne 27. 4. 2006

Pl. ÚS 2/08 ze dne 23. 4. 2008

Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008

Pl. ÚS 27/09 ze dne 10. 9. 2009

Pl. ÚS 17/14 ze dne 13. 1. 2015

Jurisdikce Slovenské republiky

PL. ÚS 21/2014-96 ze dne 30. 1. 2019

Jurisdikce Spojených států amerických

110 U.S. 2841 (1990).

Abrams v United States, 250 Ú.S. 616 (1919)

Obergefell vs. Hodges 576 U.S. (2015)

United Steelworkers of America v. Weber, 443 U.S. 193, 1979

Jurisdikce Evropského soudního dvora

Rozsudek ESD ze dne 5. února 1963 ve věci 26/62 Van Gend en Loos, ECLI:EU:C:1963:1

Jurisdikce Evropského soudu pro lidská práva

D. H. a ostatní v. Česká republika ze dne 13. listopadu 2007

Tyler proti Spojenému království, Application no. 5856/72 ze dne 25. 4. 1978

5. Seznam ostatních zdrojů

Podobu této práce určovaly do velké míry dva kurzy z Cardiffské univerzity, které si zaslouží být zde zmíněny: *Public law a Healthcare, ethics and law*.

Public law byl kurz převážně věnující se ústavnímu právu Spojeného království, přičemž můj seminář byl veden Normanem Doe³⁴⁵, který se věnuje také církevnímu právu. Tento kurz se proto svou podstatou dotýkal základů této práce a přinesl mi mnoho inspirativních myšlenek.

Healthcare, ethics and law byl kurzem na pomezí medicínského práva, bioetiky a umění vedený v mém případě Stephenem Smithem³⁴⁶ a Thomasem Hayesem³⁴⁷. Jedná se o oblast, která je z pozice veřejného práva (státovědy) mnohdy opomíjená, přitom velmi důležitá a užitečná.

³⁴⁵ <https://www.cardiff.ac.uk/people/view/478847-doe-norman>

³⁴⁶ <https://www.cardiff.ac.uk/people/view/557072-smith-stephen>

³⁴⁷ <https://www.cardiff.ac.uk/people/view/478867-hayes-thomas>

Proměna role soudní moci v 20. a 21. století

Abstrakt

Tato práce mluví o fundamentálních otázkách vztahu práva, soudců, společnosti a liberální demokracie z teoretického společenského nadhledu. Jedná se tak o studii především z oborů státovědy a politické filosofie (popřípadě v určitých pasážích filosofie jako takové).

První kapitola se věnuje filosofickým východiskům. Druhá a třetí kapitola se věnují roli soudů jakožto politických aktérů, respektive do značné míry kritice tohoto fenoménu. Důležité jsou části týkající se podstaty liberální demokracie, politiky a role expertů v procesu spravování věcí veřejných. Neméně důležitou částí je posléze kritický pohled na inflaci lidských práv v moderních společnostech.

V poslední kapitole se zaměřuji na různé podoby doktríny soudcovské zdrženlivosti, kterou vidím jako realistické řešení nastíněných problémů. Častým argumentačním postupem při kritice doktríny *judicial restraint* je totiž vytvoření karikatury a její následné majestátní poražení. Myslím si, že tento přístup není spravedlivý, neboť o soudcovské zdrženlivosti se dle mého názoru dá debatovat věcně, bez předsudků a bez apriorního odmítání.

Klíčové poselství této práce by se dalo shrnout takto: Smysluplné rozdělení rolí ve státě je stejně důležité jako dělba moci. Dělba moci se klasicky dělí na tři části: moc zákonodárná, výkonná a soudní. Dělba rolí musí dle mého soudu pracovat s kategoriemi odlišnými – role politická, expertní a soudní. Každá z těchto kategorií má přitom jiné atributy, které je předurčují k odlišným aktivitám, a měli bychom se snažit zabraňovat přenášení činností na instituce, které k tomu nejsou ze své podstaty vhodné.

Atributy a úloha role soudní jsou odlišné od role odborné a politické. Jejich splývání je proto jevem negativním, neboť zhoršuje funkčnost a efektivitu demokratického liberálního systému. Proměna zpět ke své původní pozici je proto něčím, co bych osobně označil za žádoucí. Jedná se také o nejdůležitější závěr této práce, která na mnoho desítkách stran tento fenomén zevrubně analyzuje.

Klíčová slova: soudní moc, liberální demokracie, dělba rolí

The transformation of the role of the judiciary in the 20th and 21st centuries

Abstract

This work is about the fundamental questions of law, judges, society, and liberal democracy from theoretical social perspective. This study is mainly from the fields of state science and political philosophy.

Due to the complexity of the topic, I decided to devote the first chapter to the philosophical starting points. The second and third chapters deal with the role of the courts as political actors. To a large extent, I deal with the criticism of this phenomenon. Important sections are those on the essence of democracy, policies and the role of experts in the process of governance. Equally important is the critical view of human rights inflation in modern societies.

In the last chapter, I focus on the various forms of doctrine of judicial restraint, which I see as a realistic solution to the outlined problems. Frequently, the argumentation for criticizing the Judicial Restraint is the creation of a cartoons and its subsequent majestic defeat. I think that this approach is not fair, because in my opinion the judicial restraint can be debated objectively without prejudices and without a priori rejection.

Meaningful division of roles in the state is as important as the division of power. The division of power is classically divided into three parts: legislative, executive and judicial. In my opinion, the division of roles must work with different categories - political, expert and judicial. Each of these categories has different attributes that predispose them to different activities, and we should try to prevent the transfer of activities to institutions that are not inherently appropriate.

Attributes and role of judicial role are different from professional and political. Consequently, their merging is a negative phenomenon, as it exacerbates the functionality and effectiveness of a democratic liberal system. Therefore, turning back to its original position is something I would personally consider desirable. It is also the most important conclusion of this work, which thoroughly analyses this phenomenon on many dozens of pages.

Key words: judiciary, liberal democracy, division of roles