

Soudcokracie, nebo judicializace politiky?

Vztah práva a politiky
(nejen) v časech krize



Hubert Smekal, Ivo Pospíšil et al.

International Institute of Political Science



of Masaryk University

Mezinárodní politologický
ústav Masarykovy
univerzity

muni
PRESS

MASARYKOVA UNIVERZITA
FAKULTA SOCIÁLNÍCH STUDIÍ
MEZINÁRODNÍ POLITOLOGICKÝ ÚSTAV

—

EDIČNÍ ŘADA MONOGRAFIE
SVAZEK Č. 52

muni
PRESS

SOUDCOKRACIE, NEBO JUDICIALIZACE POLITIKY?

**Vztah práva a politiky
(nejen) v časech krize**

HUBERT SMEKAL, IVO POSPÍŠIL ET AL.



Masarykova univerzita
Fakulta sociálních studií
Mezinárodní politologický ústav
Brno 2013



Konrad
Adenauer
Stiftung

50 JAHRE ZUSAMMENARBEIT WELTWEIT

Publikace vychází s finanční podporou
Konrad-Adenauer-Stiftung, zastoupení v Praze

Vědecká redakce MU:

prof. PhDr. Ladislav Rabušic, CSc.

Mgr. Iva Zlatušková

prof. RNDr. Zuzana Došlá, DSc.

Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.

Mgr. Michaela Hanousková

doc. PhDr. Jana Chamonikolasová, Ph.D.

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.

Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.

prof. PhDr. Petr Macek, CSc.

PhDr. Alena Mizerová

doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.

doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.

Mgr. David Povolný

Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.

prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.

prof. PhDr. Marie Vítková, CSc.

doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

Recenzent: doc. JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LL.M., S.J.D.

© 2013 Masarykova univerzita

© 2013 Hubert Smekal, Ivo Pospíšil et al.

ISBN 978-80-210-6282-5 (brožovaná vazba)

ISBN 978-80-210-7798-0 (online : pdf)

OBSAH

HUBERT SMEKAL – IVO POSPÍŠIL

1. PŘEDMLUVA	9
--------------------	---

HUBERT SMEKAL

2. SOUDCOKRACIE, NEBO JUDICIALIZACE POLITIKY?	12
2.1 Soudcokracie, judicializace – co vlastně říkáme?	12
2.2 Právně-politologická klasika (a moderna): co stojí za vzestupem soudů?	17
2.3 Když se na soudy zadívají sociální vědci – co ovlivňuje rozhodování soudů a soudců?	23
2.4 Nadnárodní soudy pod drobnohledem.....	27
2.5 Blýská se u nás na lepší časy?.....	30

JIŘÍ BAROŠ

3. OD ÚSTAVNÍ DEMOKRACIE K ÚSTAVNÍMU SOUDNICTVÍ	34
3.1 Ústavní demokracie v. demokracie reprezentativní	38
3.2 Parlamenty, nebo soudy?	43

Ivo POSPÍŠIL

4. ÚSTAVNÍ SOUDNICTVÍ A POLITIKA: NEKLIDNÝ MODUS VIVENDI	52
4.1 Úvod	52
4.2 O hierarchii a zbytnosti institucí.....	53
4.3 Politické cykly a ústavní soudnictví: tenká hranice mezi demokracií a tyraníí	55
4.4 Třetí komora parlamentu jako „osvícená“ aristokracie?.....	56
4.5 Bezradná společnost a její přátelé	57
4.6 Budoucnost evropských liberálních demokracií: maďarská, či řecká cesta?	58

VOJTĚCH ŠIMÍČEK

5. SOUDNÍ PŘEZKUMY POLITICKÝCH PROCESŮ	60
5.1 Je namíste strach z nemístného aktivismu soudců?	61
5.2 Reálné dopady soudních rozhodnutí a paradox přenášení politické agendy na soudy	64
5.3 Závěrečné teze	69

HYNEK BAŇOUC

6. VZTAHY PRÁVA A POLITIKY A JEJICH VLIV NA EFEKTIVNOST PRÁVA	73
6.1 Jak naplňovat rozhodovací povinnosti soudů a netvořit soudcovládu	73
6.2 Přehlížená neslučitelnost některých axiomů politické teorie a teorie normotvorby	79
6.3 Politické řízení společnosti pomocí práva není možné	86
6.4 Namísto závěru: důvěra v právo a ataky politiky na justici	90

MARIAN KOKEŠ

7. PRŮLOMY DO SVĚTA ZA ZDÍ ANEB SOUDNÍ PŘEZKUM ČINNOSTÍ POLITICKÝCH STRAN.....	93
7.1 Obžaloba politických stran	93
7.2 Zmocněný zástupce	99
7.3 Obhajoba.....	101
7.4 Rozhodnutí o vině	104
7.5 Stanovení trestu	110

RENÁTA KLEČKOVÁ

8. VÝBĚR SOUDCŮ MEZINÁRODNÍCH SOUDŮ NOMINOVANÝCH ČR: POLITIKA, ODBORNOST, NEBO OBOJE?.....	112
8.1 Mezinárodní soudní dvůr (ICJ)	113
8.2 Mezinárodní trestní soud (ICC).....	117
8.3 Porovnání ICJ a ICC	120
8.4 Zvláštní tribunál pro Libanon	121
8.5 Závěr	122

MARTIN SMOLEK

9. SOUDNÍ DVŮR EU JAKO SOUČÁST POLITICKÉHO SYSTÉMU EVROPSKÉ UNIE ANEB O BYTÍ MEZI SKYLLOU A CHARYBDOU... 123	
9.1 Úvodní poznámky.....	123
9.2 Pohled procesní: řízení „typově“ předurčená k rozhodnutím s politickým prvkem.....	125
9.3 Pohled věcný: řízení „druhově“ předurčená k rozhodnutím s politickým prvkem.....	135
9.4 Závěr.....	147

JIŘÍ KMEC

10. EVROPSKÝ SOUD PRO LIDSKÁ PRÁVA A NÁRODNÍ POLITICKÝ SYSTÉM.....	149
10.1 ESLP.....	149
10.2 Vliv ESLP na národní politický systém.....	151
10.3 Vliv národního politického systému na ESLP.....	160
10.4 Má ESLP svoji politiku?.....	164

STANISLAV KŘEČEK

11. PRÁVO, JUSTICE A POLITIKA - NĚKOLIK POZNÁMEK K PROBLÉMU.....	167
11.1 Legislativa.....	168
11.2 Výklad právních norem.....	170
11.3 Právní pomoc.....	173
11.4 Ústavní soud.....	174
11.5 Samospráva justice.....	178
11.6 Závěr.....	179

DAVID ŠEICH

12. JUDICIALIZACE POLITIKY, NEBO POLITIZACE JUSTICE?	181
12.1 Apolitičnost jako politický názor.....	181
12.2 Judicializace politiky.....	182
12.3 Politizace justice.....	183
12.4 Terminologická nedopatření.....	184
12.5 Dvacet let demokratického uspořádání.....	185

HUBERT SMEKAL – IVO POSPÍŠIL

13. ZÁVĚR	187
14. SEZNAM ZDROJŮ	194
15. MEDAILONKY AUTORŮ	205
16. JMENNÝ REJSTŘÍK	208
17. ENGLISH SUMMARY	210

1. PŘEDMLUVA

HUBERT SMEKAL – IVO POSPÍŠIL

Někdy v podzimních plískanicích roku 2011 jsme se rozhodli uspořádat konferenci, která by napomohla porozumět tématu, o němž se sice zhusta veřejně mluví, ale povětšinou zaznívají silné názory bez dostatečného argumentačního podhoubí. Z úst politiků, novinářů a komentátorů všeho druhu se line kakofonie nálepek jako soudcokracie, soudcovský stát, vláda soudců a tak dále, která slouží jako fasáda k hrubému nastřelení postoje, nicméně bez propracovanějšího obsahu a hlubšího odůvodnění. Na konferenci s trochu podbizivým názvem „Soudcokracie, nebo judicializace politiky?“ jsme plánovali pozvat osobnosti, které stojí na různých částech politických barikád – soudce, politiky, profesionály z Ministerstva spravedlnosti a Ministerstva zahraničních věcí. Moderování by se zhostili akademici a novináři. Po roce příprav se 14. listopadu 2012 na Fakultě sociálních studií Masarykovy univerzity podařilo uskutečnit bohatě navštívenou událost, která přilákala exkluzivní publikum nejen tradičně z řad studentů, ale i z nedalekých soudních paláců – Ústavního soudu, Nejvyššího správního soudu a Nejvyššího soudu. V aule FSS, jejíž kapacita byla naplnuta na maximum, se podařilo rozpoutat místy velmi plamennou diskusi, jež pokračovala i v zákulisí během vždy oblíbené součásti jakékoliv konference – přestávky na kávu.

Kvalita příspěvků a následné diskuse, vysoká návštěva a zájem, jakož i perfektní organizace v režii Mezinárodního politologického ústavu vedly zástupce nadace Konrad Adenauer Stiftung, díky níž se celá konference mohla uskutečnit v podobě, v jaké se uskutečnila, k přání, aby vyslovené myšlenky nezůstaly jen mezi více než dvěma stovkami hostů v aule, ale aby byly přístupné širšímu okruhu zájemců. Navíc i samotní přímí návštěvníci akce by se mohli chtít k některým částem vrátit, protože míra uchování informací plynoucích z mluvené řeči v lidské paměti přeci jen není neomezená.

Ačkoliv ponecháváme jako titul této knihy samotný název konference – „Soudcokracie, nebo judicializace politiky? Vztah práva a politiky

(nejen) v časech krize“ – publikace rozhodně nepředstavuje „pouze“ jakýsi postkonferenční sborník. Díky tematické sevřenosti a pestrosti perspektiv, plynoucích zejména z rozdílných profesních pozadí jednotlivých autorů, si troufáme nabídnout k přečtení plnohodnotnou publikaci, jež se věnuje tématu stýkání a potýkání práva a politiky, a to zejména v jeho pozdější fázi – tedy ve fázi zapojení soudů. Publikace přispívá k naplnění doposud poněkud vyprázdněných nádob pojmů jako soudcokracie či judicializace konkrétnějším obsahem. Velmi přínosným aspektem publikace by měla být její oborová otevřenost. Samotní autoři jednak velmi často prodělali vedle právního také společenskovědní trénink a navíc místo konání konference – Fakulta sociálních studií – ponoukalo vystupující k zohlednění i jiných než čistě právních perspektiv, což se dále odrazilo na podobě dodaných textů. Za další výrazné pozitivum považujeme víceúrovňový pohled na problematiku soudů a soudců, protože zpracována není pouze úroveň národní, ale také evropská a mezinárodní.

Co váženého čtenáře tedy na následujících stránkách čeká? Nejprve se podává krátký terminologický předkrm, jenž by mohl dopomoci k tomu, že někdy „budeme mluvit stejným jazykem“. Zároveň se v krátkosti představuje to zásadní, čím prozatím politická věda přispěla k pochopení významu a fungování soudů. Vícero příspěvků rozebírá, proč je záhodno mít soudy vybavené pravomocí ústavního přezkumu – tedy možností prověřit, zda jsou právní akty nižší právní síly v souladu s normami ústavního pořádku (včetně Listiny základních práv) a proč by takto „silné“ soudy jakožto orgány bez přímé legitimace nutně nemusely představovat problém z hlediska demokratické teorie. Texty se zaměřují zejména na situaci v České republice, tudíž se k ilustraci problému a k podepření vlastní argumentace používají primárně tuzemské soudní kauzy. Čtenář se dále přímo od účastnice vyjednávání dozvídá, jak složitý úkol představuje ve velmi kompetitivním prostředí mezinárodní diplomacie prosazení českého zástupce do mezinárodních soudních pozic, případně jak funguje zastupování České republiky před Soudním dvorem EU či u Evropského soudu pro lidská práva.

Mezi spoluautory naší kolektivní monografie patří soudci jak z nižší (Baňouch), tak z celostátní úrovně (Šimíček), pracovníci Ústavního soudu (Baroš, Pospíšil) či Nejvyššího správního soudu (Kokeš), zástupci Ministerstva zahraničních věcí (Klečková) a zástupci České

republiky před Soudním dvorem EU (Smolek) nebo Evropským soudem pro lidská práva (Kmec). Akademika (Smekal) doplňují nejen pro dodání vyšší názorové vyhraněnosti reprezentanti z druhého břehu – politici (Křeček, Šeich).

Přejeme záživné a informativní počtení.

2. SOUDCOKRACIE, NEBO JUDICIALIZACE POLITIKY?

HUBERT SMEKAL

Velmi krátký nadpis obsahuje hned dvě nezvukomalebná divně znějící slova s nadprůměrným výskytem písmena „c“, která se čas od času prohánějí českým mediálním prostorem. Na úvod se je pokusím vysvětlit a upozornit, že se obvykle vyskytují v odlišných kontextech a jsou různě používána politickými rivaly a akademiky. Hlavní náplň textu představuje nárys hrubé mapy výzkumu, který se na průsečíku práva a politiky, konkrétněji činnosti soudů, doposud realizoval. Na omezeném prostoru pochopitelně dojde ke značné výběrovosti, tudíž množství relevantních děl zůstane opomenuto. Pokouším se upozornit na několik pozoruhodných novějších výzkumů provedených politology, jež přinášejí v oblasti soudnictví velmi zajímavé poznatky a mohou otrást mnohými právními ortodoxiemi. Kapitola je zakončena krátkou sondou do českého prostředí.

2.1 Soudcokracie, judicializace – co vlastně říkáme?

Následující odstavce se pokoušejí o vyjasnění mírně neusazené terminologie a poukázání na subtilně se odhalující vzorce používání. Slovu soudcokracie udělal v České republice zřejmě největší reklamu sborník Centra pro ekonomiku a politiku nazvaný „Soudcokracie v ČR – fikce, nebo realita?“,¹ který vyšel při příležitosti sporu prezidenta Václava Klause s předsedkyní Nejvyššího soudu Ivou Brožovou. Nutno ovšem podotknout, že editoru Marku Loužkovi šlo zřejmě zejména o přiměřeně provokativní název, protože slovo soudcokracie se v textu příspěvků objevuje toliko třikrát. Publikace samotná obsahuje především názorová pojednání, a to většinou osob z okruhu ideových příznivců bývalého prezidenta. Sám Václav Klaus dává svým krátkým prohlá-

¹ Loužek, M. (ed.): *Soudcokracie v ČR – fikce nebo realita?*. Soubor textů č. 52/2006, Praha: Centrum pro ekonomiku a politiku.

šením k rozhodnutí Ústavního soudu ve věci odvolání předsedkyně NS tušit, co by se pod pojmem soudcokracie mohlo skrývat: „V tomto rozhodnutí jednoho ze senátů Ústavního soudu vidím nebezpečný posun našich polistopadových poměrů od parlamentní demokracie k soudcovskému korporativismu a k dosažení ničím neomezené soudcovské autonomie, která nikde ve světě v takové podobě neexistuje.“²

Při vymýšlení přílehavého titulu sborníku možná došlo k inspiraci zahraničím, konkrétně termínem „juristocracy“, jež použil v názvu své knihy³ z roku 2004 profesor Ran Hirschl. „Jurist“ představuje obecnější pojem než soudce, spíše se jedná o právníka obecně. Na druhé straně, pokusy typu „judgeocracy“ se v odborné literatuře vůbec neuchytily a zůstalo jen u pár mediálních výstřelů do tmy.

Soudcokracii jako složeninu slov soudce či soudcové a vláda lze nejlépe chápat jako vládu soudců – tedy popis stavu, odpověď na otázku, kdo vládne. Naproti tomu pojem judicializace už svou příponou (-izace) poukazuje na proces, v tomto případě tedy postupné posilování role soudců. Pregnantně řečeno, postupnou judicializací bychom se mohli propracovat až k jejímu meznímu stadiu, tedy soudcokracii.

Judicializace představuje v odborné literatuře mnohem zakořeněnější výraz. Zatímco první výskyt „juristocracy“ jsem byl schopen v odborné literatuře vypátrat v článku z roku 1988⁴, o „judicialization“ se píše již v roce 1928⁵ a v roce 1948 se objevuje článek nazvaný „Judicialization of the Administrative Process“⁶. V českém veřejném diskurzu pojem judicializace politiky pomohl rozšířit například Zdeněk Kühn článkem na sledovaném blogu *Jiné právo*,⁷ soudcokracii zpopularizoval zejména již výše zmiňovaný sborník CEP.

² Klaus, V.: Prohlášení prezidenta k rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 12. září 2006. In: Loužek, M.: *Soudcokracie v ČR – fikce, nebo realita?*, s. 11.

³ Hirschl, R.: *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁴ Chayes, A.: How Does the Constitution Establish Justice?. *Harvard Law Review*, roč. 101, č. 5, 1988, s. 1026–1042.

⁵ Glueck, S.: Principles of a Rational Penal Code. *Harvard Law Review*, roč. 41, č. 4, 1928, s. 453–482.

⁶ Barnett, V. M., Jr.: Judicialization of the Administrative Process. *Public Administration Review*, roč. 8, č. 2, 1948, s. 126–133.

⁷ Kühn, Z.: Judicializace politiky aneb hrozí nám soudcovský stát?. *Jiné právo*, 26. 11. 2006, http://jinepravo.blogspot.cz/2006/11/judicializace-politiky-aneb-hroz-nm_26.html.

Zatímco termín judicializace se běžně používá jako neutrální popis situace, soudcokracie se nezdá vyskytovat v kriticky naladěných textech. Není potom překvapením, že slova o soudcokracii, vládě soudců apod. nejčastěji vypadávají z klávesnic konzervativně naladěných odpůrců přezkumu právních norem ústavními soudy, kteří nejsou ztotožnění se samotnou existencí ústavních soudů. Naproti tomu liberálové (v americkém pojetí) obvykle instituci ústavního soudu uznávají, což jim však nebrání v ostré kritice jeho výstupů, zvláště když soudu vládne konzervativní většina.⁸ S nadsázkou a velmi zjednodušeně řečeno, liberálové jsou spokojeni, když na nejvyšším soudu sedí většina obdobně orientovaných soudců, ale smíří se i s existencí konzervativci obsazeného soudu. Naproti tomu konzervativci, většinou spojení s republikánskou stranou, sice kvitují konzervativní výstupy soudu, ale kdyby soud neměl pravomoc přezkumu právních norem vytvořených přímo legitimovanými zástupci lidu, pak by se ani moc nezlobili.

V následujících pasážích⁹ se pokusím naplnit pojem judicializace obsahem, k čemuž napomůže krátké vysvětlení kontextu. Po druhé světové válce dochází ke dvěma vzájemně spojeným trendům – jednak rapidně vzrůstá počet států s institucí ústavního přezkumu, jednak se běžnou součástí ústav stala listina práv a svobod. Podhoubí pro zničující události světového konfliktu vyrostlo v autoritářských neliberálních režimech a v rámci poválečné rekonstrukce se přemýšlelo, jak předcházet podobným hrůzám v budoucnosti. Jeden z mála „přírodních zákonů“ společenských věd říká, že liberální demokracie mají tendenci spolu neválčit,¹⁰ a právě listiny práv spolu se soudy dohlížejícími na jejich dodržování měly ve státech napomáhat zachování liberálních režimů. Listiny práv a svobod povětšinou sestávají

⁸ Viz např. Dworkin, R.: *The Supreme Court Phalanx. The Court's New Right-wing Bloc*. New York: New York Review Books, 2008.

⁹ Přejímám je v mírně pozměněné podobě ze dvou textů, které jsem (jeden společně s L. Majerčíkem) sepsal v nedávné minulosti: Smekal, H. a Majerčík, L.: Vnitrostátní soudy a ozbrojené konflikty. In: Pospíšil, I., Kříž, Z. a kol.: *Ozbrojené konflikty po konci studené války*. Brno: Muni Press, 2012, s. 191–227; Smekal, H.: Kam se poděla většina? O demokratické legitimitě ESLP. In: Bobek, M. et al.: *Dvacet let Evropské úmluvy v České republice a na Slovensku*. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 229–241.

¹⁰ Tzv. teorie demokratického míru se opakovaně dostává pod palbu kritiků, která pravidelně bývá zakrátko umlčena (viz např. Dafoe, A.: Statistical Critiques of the Democratic Peace: Caveat Emptor. *American Journal of Political Science*, roč. 55, č. 2, 2011, s. 247–262).

z obecných formulací, což výrazně hraje do karet interpretujícímu subjektu, který není omezen detailními normami, a do výsledku tak může zásadně promítnout své preference. S další vlnou demokratizace v 80. a 90. letech 20. století, která s sebou přinesla rozšíření osvědčeného modelu s listinami práv a ústavními soudy, se v kombinaci s rostoucím počtem a důležitostí mezinárodních soudů rozšiřuje užívání pojmu judicializace politiky. Tento termín odkazuje na zvyšující se důležitost soudů při formulaci podoby veřejných politik, ale také na stále častější pronikání metod soudního rozhodování mimo soudní síně. T. Vallinder judicializaci v tomto ohledu vymezil následovně: „(1) *the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decisionmaking rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.*“¹¹ Obě mimoběžné větve pojmu ukázkově spojuje na příkladu německého Spolkového ústavního soudu K. von Beyme,¹² když popisuje jev přiléhavě přezdívaný „*Karlsruhe-astrology*“, v jehož rámci němečtí zákonodárci přemítají, jak by asi mocný soud mohl o jejich produktu v Karlsruhe rozhodnout. Tahle skutečnost poukazuje na dvě věci: zaprvé, zákonodárci při navrhování zákonů kalkulují s postojem ústavního soudu a zadruhé, při těchto kalkulacích používají logiku soudů, tudíž se snaží do důvodových zpráv či úvodních ustanovení právních aktů prezentovat důvody, jež by existenci dané normy přesvědčivě ospravedlnily. Další z významných teoretiků J. Ferejohn vyzdvihuje první složku judicializace, již charakterizuje jako hlubokou změnu v distribuci moci, a to směrem od legislativ k soudům a dalším právním institucím. Ferejohn identifikuje minimálně tři způsoby, jimiž soudy posílily na úkor legislativy. Zaprvé, soudy stále více omezují výkon parlamentních pravomocí, když jim stanovují substantivní

¹¹ Srov. Vallinder, T.: When the Courts Go Marching. In: Tate, C. N. a Vallinder, T. (eds.): *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, s. 13.

¹² von Beyme, K.: The German Constitutional Court in an Uneasy Triangle between Parliament, Government and the Federal Laender. In: Sadurski, W. (ed.): *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2002, s. 110.

hranice, jež legislativní instituce nesmějí překročit. Zadrugé, soudy stále více ovlivňují substantivní podobu politik a zatřetí, soudy se už nezastavují ani před regulací samotných politických aktivit.¹³

V současnosti se existence ústavních soudů s pravomocí přezkumu konformity aktů zbylých složek moci s ústavou stala z globálního pohledu standardním jevem a ústavní soudy ovlivňují svou rozhodovací činností podobu politiky takřka ve všech oblastech lidské činnosti, a to včetně rozhodování, jež dříve náleželo výhradně jiným složkám moci, jako v případě vedení ozbrojených konfliktů.¹⁴

Razantní posílení moci soudů neuniklo pozornosti teoretiků, kteří se začali tázat, zda je správné, aby přímo demokraticky nelegitimovaná instituce rozhodovala zcela klíčové společenské otázky. Pro výstižný krátký popis této situace se uchytil termín „*non-majoritarian difficulty*“,¹⁵ který zpopularizoval americký ústavní právník Alexander Bickel v díle *The Least Dangerous Branch*¹⁶, na něž se dodnes odkazuje. Bickel svou nevětšinou obtíží směřuje k situacím, kdy legislativa pocházející od přímo voliči legitimované instituce neobstojí proti dohledu pouze nepřimo legitimovaného soudu. Soud maří vůli zástupců lidu, proto nelze soudní přezkum ústavnosti považovat za demokratický, a tedy legitimní. Lid vyjadřuje svůj souhlas s kvalitou práce zákonodárců a exekutivy v pravidelných volbách. Když produkce parlamentu nebo vlády není lidu po vůli, zvolí jiné zástupce, kteří mohou sporné akty změnit. Soudcové však hlas lidu přímo nereprezentují.¹⁷ K prominentním kritikům silných soudů se řadil například Robert Bork, neúspěšný Reaganův kandidát na soudce Nejvyššího soudu USA. Bork popisuje posilování soudní moci jako vítězství liberálů, kteří neumějí své názory prosadit v obvyklém politickém střetu skrze volby a nacházejí své spojení mezi aktivistickými soudci.¹⁸

¹³ Ferejohn, J.: Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, roč. 65, č. 3, 2002, s. 41.

¹⁴ Například v Izraeli tamní Nejvyšší soud rozhodoval otázky ohledně přípustnosti mučení či podmínek, za nichž lze zlikvidovat osoby podezřelé z terorismu. Více viz Smekal, H. a Majerčík, E.: Vnitrostátní soudy a ozbrojené konflikty.

¹⁵ V naší publikaci tuto otázku rozebírá zejména příspěvek Jiřího Baroše.

¹⁶ Bickel, A. M.: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Educational Publishing, 1962.

¹⁷ *Ibid.*, s. 16–17.

¹⁸ Bork, R. H.: *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*. Washington: The AEI Press, 2003, s. 5–6.

Významný protipól obhajující roli soudů reprezentuje John Hart Ely v knize *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*¹⁹, jenž v soudech vidí velmi důležitou instituci k ochraně menšin. Ely se hlásí zejména k ochraně procesní složky politického procesu. Soudy by neměly zasahovat do substantivní podoby politiky (tedy do výsledků politického procesu), ale měly by zajistit, že se na jejím formulování podílí všechny menšiny. Soudy by tudíž měly hlavně hlídat, aby většina nezneužívala svého postavení k zablokování přístupu menšin do politického zápolení. A když už se menšina do politického procesu zapojuje, nelze připustit, aby byla systematicky většinou znevýhodňována. Ely tedy preferoval stav, kdy se rozhoduje většinově, ale zohledňují se práva menšin. Soustředoval se přitom hlavně na oblasti jako volební práva a svoboda projevu, kde odvážnějším soudům fandil – skrze zajištění účasti na rozhodovacím procesu se totiž proces stává z pohledu populace jako celku reprezentativnějším a více se blíží demokratickým ideálům.

2.2 Právně-politologická klasika (a moderna): co stojí za vzestupem soudů?

V této kapitole načrtnu stručnou kostru výzkumu činnosti soudů a soudců, který realizovali právníci a sociální vědci v dřívějších desetiletích. Drtivá většina článků a knih pochází od autorů z amerických univerzit. Předpokládám, že k tomu výrazně napomáhá tamní způsob právního vzdělávání, jenž produkuje absolventy s větším disciplinárním rozkročením. Na tříleté právní studium totiž jdete poté, co jste absolvovali čtyřletý bakalářský studijní program se zaměřením na vše možné, typicky ekonomii, politické vědy, sociologii a podobně, nicméně výjimkou nejsou ani matematikové. S naším systémem, kdy je mladý člověk ihned po maturitě na pět let vržen do tenat právnické fakulty a vystaven její „kmenové“ řeči a způsobu uvažování, se tedy ten americký nedá úplně srovnávat.

Empirický sociálněvědní výzkum soudů a soudců se vine hlavně třemi směry, které seřazuji dle roviny analýzy. První zkoumá postavení soudů v politickém systému, hledá faktory, které ho ovlivňují, a snaží

¹⁹ Ely, J. H.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

se také zodpovědět otázku, co zapříčinilo vzestup moci soudů. Další proud se zajímá o to, jaké faktory ovlivňují rozhodování soudů. A konečně poslední výzkumný směr sestupuje až na úroveň jednotlivce a táže se, co ovlivňuje rozhodování soudce. Zatímco právníci by zřejmě přispěchali s jednoznačným výrokem, že soudy rozhodují jen podle práva a používají při tom právní metody výkladu norem, sociální vědci se s takovým přístupem nespokojí.

Normativní výzkum, zabývající se primárně nikoliv otázkou, co je, ale co býti má, řeší v souvislosti se soudy již výše načrtnutou problematiku *non-majoritarian difficulty*. Zásadním vkladem do debat obou přístupů přispěl již před více než půlstoletím Robert Dahl, jenž ve své klasické studii z roku 1957²⁰ poukazuje na skutečnost, že Nejvyšší soud USA se obvykle na federální úrovni zdráhá jít proti aktuální vládnoucí většině a ruší zejména starší legislativu. Z toho vyplývá, že většinou neruší aktuální legislativní produkty přímo volených reprezentantů lidu, tudíž ani nedochází k nedemokratickému rozhodování.²¹ Soudy našly zastání i v novějších empirických studiích. Některé hodnoty, například svoboda, mohou být důležitější než demokracie s jejím většinovým rozhodováním a jsou to právě soudy, které dohlížejí na dodržování svobod. Tento výrazný legitimující faktor potvrzuje silná spjatost vyšší úrovně ekonomické a politické svobody s existencí soudcovské nezávislosti a ústavního přezkumu.²²

Mezi nejvlivnější obecná teoretická pojednání o soudech jako politických institucích patří již více než třicet let stará kniha Martina Shapira s prozaickým názvem *Courts*²³. Shapiro tvrdí, že obvyklá definice

²⁰ Dahl, R. A.: Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, roč. 6, 1957, s. 279–298.

²¹ Další empirickou podporu poskytují studie zkoumající vliv veřejného mínění na rozhodování Nejvyššího soudu, jež ukazují, že soud a veřejnost se názorově dlouhodobě nerozcházejí. Z velkého počtu studií viz např. čerstvou: Casillas, Ch. J. et al.: How Public Opinion Constrains the U.S. Supreme Court. *American Journal of Political Science*, roč. 55, č. 1, 2011, s. 74–88. Navíc, ani přímo volení zástupci lidu se vždy nenechají vést přáními lidu, tudíž není jasné, zda lze jiné složky považovat za demokratické, když se zvolení reprezentanti ve své rozhodovací činnosti prokazatelně řídí pokyny specializovaných silných zájmových skupin a neberou vždy v potaz amorfní zájmy lidu.

²² La Porta, R. et al.: Judicial Checks and Balances. *Journal of Political Economy*, roč. 112, č. 2, 2004, s. 445–470

²³ Shapiro, M.: *Courts. A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981. Měl jsem tu čest, že profesor Shapiro souhlasil se zařtitěním mého pobytu během Fulbrightova postdoktorského výzkumného stipendia na UC Berkeley,

soudů, v jejímž rámci nezávislý soudce aplikuje existující právní pravidla ve sporném řízení, které vede k odhalení pravdy a následnému dichotomnímu rozhodnutí, přiznávajícímu jedné straně, že jednala v právu, a druhé, že jednala proti právu, nemá oporu v realitě. Mezi hlavní přínosy Shapiroova díla patří rozpracování role soudů v dlouhé historické perspektivě, teorie triadického řešení sporů²⁴ (když jsou dva lidé ve sporu, jdou ke třetímu, aby jejich spor posoudil) a odvolacího řízení. Velmi provokativně a velmi krátce vyjádřil Shapiro své pojetí soudů jako politických institucí v úvodníku s názvem *Judges as Liars*²⁵.

K dalším oříškům, s nimiž si odborníci lámou hlavy, patří hledání příčin vzestupu moci soudů. Mezi nejvýznamnějšími se vedle poválečného rozšíření myšlenky liberální demokracie spojené s ideou lidských práv a nutností jejich ochrany uvádějí vzrůstající nedůvěra vůči vládám, úhybné manévry politiků v podobě delegace nepopulárních rozhodnutí na soudní orgány nebo třeba obecně strategické chování politických aktérů (Hirschl 2004).²⁶ Expanzi soudní moci podle C. N. Tatea dále napomáhá přítomnost následujících faktorů: dělba moci, využívání soudů zájmovými skupinami, využívání soudů opozicí, neefektivita přímo volených institucí či ve srovnání s jinými politickými institucemi vysoká důvěra veřejnosti v soudy.²⁷ Martin Shapiro a Alec Stone k příčinám judicializace přidávají ještě nárůst úrovní vlády správy a také nárůst počtu zájmových skupin a kvality občanské participace.²⁸ Vedle těchto obecnějších děl však existují i empirické studie zkoumající faktory ovlivňující postavení soudů v politických systémech na konkrétních případech. Zásadní hádanka zní: Proč

a debat s ním, jakož i jeho přednášky mě utvrdily v tom, že soudy jsou ty instituce, jimiž se chci zabývat.

²⁴ Na Shapira navázal jeho mladší kolega Alec Stone Sweet, který se diádám a triádám věnuje v úvodní kapitole knih *The Judicial Construction of Europe a Governing with Judges*.

²⁵ Shapiro, M.: *Judges as Liars*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, roč. 17, č. 1, 1994, s. 155–156.

²⁶ Za důležité starší dílo zabývající se judicializací bývá považován Tate a Vallinder (1995), vlivný je též článek J. Ferejohna (2002). Reprezentativní přehled výzkumu na téma právo a politika přináší kompendium Whittington et al. (2008).

²⁷ Tate, C. N.: Why the Expansion of Judicial Power?. In: Tate, C. N. a Vallinder, T. (eds.): *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, s. 28–33.

²⁸ Shapiro, M. a Stone, A.: The New Constitutional Politics of Europe. *Comparative Political Studies*, roč. 26, č. 4, 1994, s. 402.

držitelé politické moci zřizují nezávislé soudy, případně proč souhlasí s jejich existencí, čímž vlastně umenšují svou vlastní moc?

V téměř čtyřicet let starém článku *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*²⁹ vysvětlují William M. Landes a Richard A. Posner konečnou podobu legislativního aktu jako výsledek soutěže zájmových skupin. Legislativní akt je v zásadě „prodáván“ zákonodárci a „kupován“ beneficienty legislativy. Soudci berou v potaz motivaci pro přijetí daného legislativního aktu, čímž zvyšují jeho životnost, a tedy i cenu, za niž akt zájmová skupina „kupuje“. Pokud by soudy nebyly nezávislé, ale lehce ovlivnitelné opozicí či konkurenční zájmovou skupinou, poptavatel legislativy by za „produkcí“ aktu žádnou vysokou částku „nezaplatil“, jelikož by jeho úsilí mohlo záhy přijít vniveč.

Mark Ramseyer se ve své komparativní studii³⁰ na téma postavení soudů v Japonsku a ve Spojených státech opírá o teorii opakovaných her (věžňovo dilema). Nezávislost soudů je podmíněna tím, jak si vládnoucí politikové zodpovědí dvě otázky. Zaprvé, očekávají, že se budou „donekonečna“ konat volby (tj. že přetrvá demokratický systém)? Zadruhé, očekávají, že je budou stále vyhrávat? Pouze v případě, že politická garnitura je nakloněna principům reprezentativní demokracie, tedy budou se konat férové volby a zároveň je jejich výsledek nejistý, mohou být udržovány při životě nezávislé soudy. Přesně taková situace panovala ve Spojených státech amerických, jež Ramseyer dává do kontrastu s Japonskem. V imperiálním Japonsku (1868–1945) sice politické nemohli počítat s volebním vítězstvím, ale ani s konáním voleb. V poválečném Japonsku zase všichni aktéři počítali s pravidelným konáním voleb, ale již pouze vládnoucí Liberální demokratická strana s volebním úspěchem. Oba japonské scénáře spojovala nízká úroveň nezávislosti soudů. Ramseyerovu přístupu se v knize *Judicial Review in New Democracies* blíží Tom Ginsburg³¹, jenž přišel s tzv. pojišťovací tezí. Čím je politické soutěžení rozdrobenější a výhra ve volbách méně předvídatelná, tím víc se vládnoucí aktér snaží o zajištění stávajícího systému a norem a staví překážky (třeba ve formě zakotvení ústavního

²⁹ Landes, W. M. a Posner, R. A.: The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective. *Journal of Law and Economics*, roč. 18, č. 3, 1975, s. 875–901.

³⁰ Ramseyer, J. M.: The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach. *The Journal of Legal Studies*, roč. 23, č. 2, 1994, s. 721–747.

³¹ Ginsburg, T.: *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

soudu do ústavy) přeměně systému – „pojišťuje se“ proti případné budoucí porážce tak, aby co nejvíce věcí, které zavedl, zůstalo při životě.

Dalším, současným proponentem strategického přístupu ke studiu soudů je Keith Whittington³², jenž pojímá nezávislost soudů z pohledu preferencí rozhodujícího politického aktéra a skrze nerovnice modeluje tři případy:

- (1) $B_i - C_i \geq 0$
- (2) $B_i - C_i < 0$ a $D_i \geq C_i - B_i$
- (3) $B_i - C_i < 0$ a $D_i < C_i - B_i$

Kde (vždy z pohledu daného aktéra): B_i jsou přínosy nezávislého soudu, C_i náklady nezávislého soudu pro aktéra a D_i náklady útoku na nezávislost soudu. Whittington tím v zásadě říká, že v momentu, kdy nezávislé soudnictví znamená pro aktéra čisté náklady (náklady převáží nad přínosy a zároveň nad náklady na útok na nezávislé soudy), racionální hráč se rozhodne omezit autonomii soudnictví. Pro lepší představu – náklady na útok na nezávislost soudu mohou představovat například negativní reakce veřejnosti na politickou akci proti nezávislosti soudnictví.

Na přelomu tisíciletí se rozšířil přístup sledující delegaci moci z ostatních složek na soudy skrze perspektivu principál-agent, kterou obecněji popsali například Mark Thatcher s Alecem Stone Sweetem³³ či Giandomenico Majone³⁴. Přímo na delegaci na soudy se zvláštním důrazem na otázky legitimacy se zaměřili Karol Soltan³⁵ a také George

³² Whittington se tomuto tématu věnoval v článcích Whittington, K. E.: „Interpose Your Friendly Hand“: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, roč. 99, č. 4, 2005, s. 583–596 a Whittington, K. E.: Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review. *The International Journal of Constitutional Law*, roč. 1, č. 3, 2003, s. 446–474; formální zápis čerpám z Vanberg, G.: Establishing and Maintaining Judicial Independence. In: Whittington, K. E., Kelemen, R. D. a Caldeira, G. A. (eds.): *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 104.

³³ Thatcher, M. a Sweet, A. S.: Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions. *West European Politics*, roč. 25, č. 1, 2002, s. 1–22.

³⁴ Majone, G.: Non-Majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, roč. 157, č. 1, 2001, 57–78.

³⁵ Soltan, K.: Delegation to Courts and Legitimacy. *Maryland Law Review*, roč. 65, č. 1, s. 115–124.