



Univerzita Karlova v Praze Právnická fakulta

Soudobá kritika akumulace právnické moci

Studentská vědecká a odborná činnost
Kategorie: magisterské studium

5. ročník 2012

Radek Píša

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do V. ročníku Studentské vědecké a odborné činnosti (SVOČ) vypracoval samostatně za použití literatury a zdrojů v ní uvedených. Dále prohlašuji, že práce nebyla ani jako celek, ani z podstatné části dříve publikována, obhájena jako součást bakalářské, diplomové, rigorózní nebo jiné studentské kvalifikační práce a nebyla přihlášena do předchozích ročníků SVOČ či jiné soutěže.

Souhlasím s užitím této práce rozšiřováním, rozmnožováním a sdělováním veřejnosti v neomezeném rozsahu pro účely publikace a prezentace PF UK.

V Praze dne 17. dubna 2012

.....

Radek Píša

Obsah

1. Úvod	4
2. Slabé a silné formy kontroly ústavnosti	5
3. Tushnetova teorie ústavního přezkumu	6
4. Tushnetova teorie institucí interpretujících ústavu	9
5. Tushnetova teorie posuzování sociálních práv	11
6. Hirschlův pojem juristokracie	14
7. Přenositelnost a relevance	15
8. Závěr	16
Literatura	17

1. Úvod

Během posledních desetiletí se významně posunul diskurs ohledně moci soudů a demokratické deliberace. Tento přerod měl řadu příčin, od vyvstalých dilemat postprůmyslové společnosti, celosvětového rozšiřování německého modelu přezkumu ústavnosti až po konzervativní revoluci, která obrátila politické pozice kritiků a příznivců soudní moci ve Spojených státech.

Z očividných příčin však má soudobá kritika soudní moci omezený dosah ve východní Evropě. Komunistické režimy úspěšně zdiskreditovaly jakékoliv zmínky o vládě lidu a paradoxní myšlenka ochrany lidu před sebou samým se zdála přirozená. Německý model zde byl přijat jako dogma a zdejší studenti práv si často podobně jako jejich němečtí kolegové nejsou vědomi faktu, že do některých koutů Evropy přezkum ústavnosti dosud nezavítal. Paradoxně jde o nejvyspělejší země kontinentu, tedy Skandinávii, Nizozemí a Švýcarsko.¹

Soudobé kritika soudní moci má kořeny mezi americkými levicovými právními teoretiky. Přestože vliv amerického Nejvyššího soudu nedosáhl německého ústavního soudu a jeho mezinárodní vliv je omezený, představují Spojené státy nejstarší model přezkumu ústavnosti vůbec a hluboké zkušenosti plodí informovanou kritiku. Nezanedbatelná je také americká tradice svobodné diskuse, kdy mnohé v Evropě radikální myšlenky jsou běžně přednášeny na univerzitách. Cynik by tak mohl začít mluvit o českém polistopadovém diskursu, kdy jedním z jeho fundamentů je pocit výjimečnosti díky komunistické minulosti, který nás opravňuje k poučování pomatených západních intelektuálů, kteří nevyhodili z knihoven marxistické knihy a dokonce nakupují nové.²

Tato práce se z důvodu rozsahu zaměřuje na dva autory výše uvedeného proudu: Marka Tushenta, profesora na Harvardově univerzitě a Rana Hirschla, profesora na Torontské univerzitě. Některé převážně metodologické postřehy jsou čerpány z článku *The Core of the Case Against Judicial Review* od Jeremy Waldrona, profesora na NYU.

Cílem práce je posoudit přenositelnost myšlenek výše uvedených autorů do českých poměrů a vyvodit případné důsledky a doporučení pro tuzemský ústavní systém.

Práce zastává názor, že proces, kdy ústavní soud jako poslední článek řetězce systematicky rozšiřuje svoje pole působnosti, je problémem českého ústavního systému, Politikům ovšem tento proces nevadí, mají méně komplikovaných a ožehavých otázek k řešení. Tento postup však prakticky vyrazuje tradiční demokracii a způsobuje silný pocit odcizení: volby působí jako konkurenční boj mezi supermarkety, kde je nakonec zelenina všude podobně shnilá a uniformní prostory se liší jen barevným provedením.

¹ Absence ústavního přezkumu je však autorem této práce vnímaná jako výsledek jejich vyspělosti, ne naopak.

² Myšlenka Václava Bělohradského vyslovená 27. 10. 2011 na panelu think tanku CESTA.

2. Slabé a silné formy kontroly ústavnosti

Klíčem k rozslzení role ústavního přezkumu v ústavním životě jednotlivých zemí je vymezení jejich síly. Pokud pomineme státy, kde ústavní přezkum vůbec neexistuje, dělí ho většina autorů prostě na silný a slabý.³

V systému silného ústavního přezkumu soudy mohou odmítnout aplikaci zákona v určitém případě (i když se zákon podle jeho vlastní terminologie jednoznačně aplikuje) nebo mohou změnit účinek zákona za účelem dosažení konformity s individuálními právy (způsobem, který zákon sám os obě neukazuje). Navíc soudy v tomto systém mají pravomoc právně rozhodnout, že daný zákon nebo ustanovení nebude aplikován, takže jako důsledek doktrín *stare decisis* a věci rozhodnuté se odmítnutý zákon stane cárem papíru. Forma ještě silnějšího ústavního přezkumu opravňuje soudy legislativu přímo rušit. Některé evropské soudy mají toto oprávnění. Americké soudy jí patrně⁴ nemají, ale ve výsledku na tom nejsou o mnoho hůře.

V systému slabého ústavního přezkumu soudy sice mohou posuzovat soulad legislativy s individuálními právy, ale nemohou odepřít její aplikaci (nebo jí změnit) jenom z důvodu porušení práv. Nicméně samotné posuzování má jistý efekt. Ve Spojeném království soudy mohou posuzovat zákony a vydat „prohlášení neslučitelnosti“ v případě, že „soud je přesvědčen, že ustanovení je neslučitelné s právem podle Úmluvy“ – například pokud jde o právo stanovené Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv, jak je inkorporováno do britského práva Zákonem o lidských právech. Toto prohlášení nemá vliv na platnost nebo účinnost právního předpisu. Nicméně má stále určitý účinek: ministr je díky němu oprávněn použít zrychlený legislativní proces k napravení neslučitelnosti.

Na Novém Zélandu soudy podle Waldrona nemohou rušit zákony ani se vyhnout jejich aplikaci, ale podle Zákona o listině práv musejí najít interpretaci, která se vyhýbá jejich porušení.

Některé případy jsou na pomezí mezi silným a slabým přezkumem. V Kanadě mohou podobně jako ve Spojených státech odmítnout aplikaci zákona, pokud je v rozporu s Kanadskou listinou práv a svobod. Nicméně kanadský provinční nebo federální zákonodárce může „suspendovat“ práva v Listině. V praxi se to ale děje poměrně ojediněle. Waldron tedy považuje kanadský model za příklad silného přezkumu.⁵

³ Následující výklad je převzat z (Waldron 2006, s. 1354 – 1357).

⁴ Nejasný je již Waldron, patrně chce nejasným výrazem evokovat obdobnou fakticitu.

⁵ Waldron upozorňuje, že převaha soudní moci je odlišnou otázkou od slabého a silného přezkumu ústavnosti. Převaha soudní moci se vztahuje k situaci, kdy 1. soudy rozhodují otázky důležité pro celý politický systém, 2. tato rozhodnutí jsou považována za absolutně závazná pro všechny ostatní aktéry politického procesu, 3. soudy neberou v úvahu přístup ostatních složek veřejné moci, a to ani do míry, kterou přiznávají svým starým rozhodnutím v rámci omezeného principu *stare decisis* (Waldron 2006, s. 1354).

3. Tushnetova teorie ústavního přezkumu

Kniha Marka Tushneta *Weak Courts, Strong Right* se zabývá třemi souvisejícími tématy. Prvním je rozdíl mezi běžnou silnou kontrolou ústavnosti a slabou kontrolou, kde je soud partnerem zákonodárce, který ale vždy může mít poslední slovo. Navazujícím tématem je role legislativního sboru v tomto dialogu a vůbec otázka, jestli může volené těleso smysluplně diskutovat o ústavnosti. Závěrečná část je věnovaná soudnímu přezkumu sociálních práv, především v kontextu přezkumu slabého.

Kniha popisuje nejprve vznik a systém tzv. slabé kontroly ústavnosti, která vznikla nejprve v 80. letech v Kanadě. V druhé části Tushnet propaguje myšlenku multipolární interpretace ústavy, jinými slovy zastává názor, že ústavu v praxi interpretuje také zákonodárce a kvalita jeho interpretací nemusí být nutně nižší než u interpretace soudní. V závěrečné části se věnuje prosazování soudní ochrany sociálních práv, kde polemizuje s americkou doktrínou státního zásahu. Uzavírá výhodami slabého soudního přezkumu a pochybnosti o smysluplnosti oddělování generací práv.

Tushnet uvádí jeho model slabé kontroly ústavnosti v úvodu jako atraktivní možnost smíření demokratické samovlády se základní myšlenkou konstitucionalismu, kterou je omezení zákonodárce ústavou. Tato možnost se line jako červená nit většinou knihy a pro českého čtenáře může být obtížně pochopitelná, protože slabý přezkum se vyskytuje v Evropě jen v Británii a to zatím jen 11 let. Ostatně celý koncept vznikl v Kanadě 80. let, je tak poměrně nový obecně.

Autor se jako Američan často vrací k tamějšímu prostředí, kromě něj je kniha založena především na analýzách Kanady, Británie a Nového Zélandu jako proponentech systému slabé kontroly ústavnosti.⁶ Z evropského pohledu je také zvláštní americká absence komparativního ústavního práva, koneckonců nedávný rozsudek Nejvyššího soudu citující soudy mimo Spojené státy si vysloužil tvrdou kritiku konzervativních komentátorů (Tushnet 2008, s. 3). V otázce interpretace ústav soudce Anthonin Scalia poznamenal, že používání ústavní komparace je dobré při psaní ústavy, nikoliv pro její interpretaci. Tyto úkoly však nejsou tak vzdálené, jak by se mohlo zdát, protože každý text se dotváří interpretací (Tushnet 2008, s. 15).

Tushnet dělí tradiční filozofii srovnávacího ústavního práva na univerzalismus a funkcionalismus a kontextualismus dělící se na prostý kontextualismus a expresivismus (Tushnet 2008, s. 5). Univerzalismus a funkcionalismus však operují na vysoké úrovni abstrakce, která nám ke skutečnému fungování institucí mnoho neřekne (Tushnet 2008, s. 9 – 10).

Kontextualismus si všímá reálných rozdílů ve fungování institucí, například hate speech crime může obžalovat v Británii a Kanadě jen generální prokurátor, kdežto v USA úplně každý regionální prokurátor. Pro **expresivisty** je důležité myšlenkové jádro, proto často používají jako interpretační pomůcku preambule ústav [Tushnet 2008, s. 10 – 12].

Zvláštní je Tushnetova poznámka o Kelsenově argumentu pro ustavení zvláštního ústavního soudu především pro jeho lepší porozumění pro politický charakter ústavního práva, který ho odlišuje od práva obyčejného. Kelsenova koncepce se obvykle vykládá jako zajištění pouhé koherence práva, které by politická hlediska jasně překážela.

⁶ Zajímavé je, že (Hirschl 2007) naopak Nový Zéland a Kanadu pokládá za odstrašující příklady.

Metody slabého přezkumu Tushnet rozděluje takto:

Novozélandský zákon o listině základních práv z roku 1990 je formálně obyčejný zákon a specificky zakazuje soudům rušit zákony na základě materiální komptability. Spíše zavádí interpretační pravidlo, že mezi výklady má přednost výklad v souladu se základními právy. Tento **intepretativní mandát** by samozřejmě umožňoval řešit případný nesoulad soudní interpretce a úmyslu zákonodárce pomocí novelizace samotného zákona o listině základních práv. To ale není vhodná metoda, protože listina je napsaná dobře a v případě jednoznačného konfliktu jde z pohledu zákonodárce o špatnou interpretaci listiny soudy. Jednoznačně lepší je tak opětovné vydání zákona [Tushnet 2008, s. 25 – 27].

Vylepšený interpretativní mandát – Británie. V Británii byli labouristé dlouho proti přezkumu ústavnosti, protože měli na očích americkou zkušenost se soudy na ústavní bázi házející klacky pod nohy odborové a redistributivní politice. Po vlně thatcherismu si však labouristé uvědomili, že princip suverenity parlamentu může úplně zničit jejich politické cíle. Navíc se výrazně změnilo mezinárodní právo a Británie stále častěji prohrávala spory u ESLP. Zde odkazuje Tushnet na Hirschla, podle kterého přistoupili konzervativci na ideu listiny práv vzhledem k jejich další předpokládané volební porážce a doufali, že ústavní přezkum zachová některé konzervativní výdobytky. Jak je zmíněno výše, britské soudy ovšem podle zákona o lidských právech z roku 1998 zákony neruší, pouze vydávají Prohlášení o neslučitelnosti, díky kterému pak může příslušný ministr vynechat některé stupně legislativního procesu při novelizaci neslučitelného zákona nebo přímo vydat Nápravné nařízení, které změní obsah legislativy [Tushnet 2008, s. 27 – 31].

Dialogový model přezkumu – Kanada.⁷ Zákonodárce může překonat rozhodnutí soudu buď na základě článku 1 Kanadské listiny práv a svobod, který dovoluje omezení základních práv respektující svobodnou a demokratickou společnost a podle článku 33, který dovoluje suspendovat základní práva opakovaně po dobu pěti let [Tushnet 2008, s. s. 31 – 33]. Problém použití článku 33 je jeho vyhrazení pro suspendování práv. Ale v případě, kdy si zákonodárce myslí, že úprava je ústavní, se jeho použitím dostává do problematické pozice – jakoby přiznává, že úprava je neústavní (Tushnet 2008, s. 47)⁸.

V Kanadě se vyvinula konvence článek 33 nepoužívat. Nová kanadská ústava byla koneckonců myšlena jako nástroj na otupení vnitřních konfliktů založením státnosti na multikulturní listině základních práv, která nebude příliš čerpat z tradic dvou jazykových oblastí. Článek 33 byl vložen na poslední chvíli, protože někteří levicoví politici sdíleli odpor tehdejší evropské levice ke kontrole ústavnosti (Tushnet 2008, s. 52).

Jedním z mála, kdo článek 33 použil, byla Quebeckská vláda, která však touto blokovou výjimkou ztratila podporu pro ústavní článek dávající Quebecu zvláštní postavení (Tushnet 2008, s. 57). Dále ho použila vláda provincie Alberta, která jím definovala

⁷ Ano, Tushnet skutečně považuje Kanadu za příklad slabého přezkumu. Zřejmě přikládá větší roli možnosti suspenze lidských práv než (Waldron 2006) a méně významná je pro něj řídka aplikace příslušného ustanovení.

⁸ Naproti tomu (Goldsworthy 2003) považuje důvody pro pouze ojedinělou aplikaci čl. 33 za nejasné.

manželství jako sňatek muže a ženy. Jenže rodinné právo je v Kanadě federální kompetence, takže šlo jen o prázdnou proklamaci (Tushnet 2008, s. 61 – 62).

Na druhou stranu, mosty mezi silným a slabým přezkumem nejsou příliš komplikované. Podle řady modelů se Nejvyšší soud USA shoduje s politiky, kteří jsou u moci dostatečně dlouho, aby mohli prosadit kandidáty odpovídající jejich přesvědčení (Tushnet 2008, s. 34). Koneckonců u *Marybury v. Madison* existovala možnost ústavně konformního výkladu⁹, ale John Marshal použil jako oslí můstek abstraktní příklad zákona, kterým by stanovil možnost odsouzení pro zradu při svědectví jednoho svědka místo ústavou požadovaných dvou (Tushnet 2008, s. 41).

Nelze přehlédnout, že výše uvedený příklad se zákonem s jedním svědkem místo ústavou požadovaných dvou je hypotetický. Ve skutečnosti bude obvykle zákonodárce považovat zákon za ústavní a jeho ústavnost bude předmětem složitých právních otázek. Zákonodárce bude přijímat zákony, které jsou očividně neústavní, jen při vážné státní krizi (Tushnet 2008, s. 86).

Slabý model kontroly ústavnosti se však může stát nestabilní oběma směry: legislativa může potvrzovat každý zrušený zákon nebo naopak vydávat při každém Prohlášení neslučitelnosti Nápravné nařízení. Systém slabé kontroly ústavnosti tak může úplně zaniknout nebo se naopak stát běžným silným přezkumem (Tushnet 2008, s. 43).

Některé případy, které Tushnet považuje za kuriózní, by byly podle českého obyčejného práva interpretovány úplně stejně. Např. jde o případ zákona o azylu v Británii, který upřel podporu azylantům po zamítnutí žádosti. V tomto případě však nebylo rozhodnutí azylantce vůbec doručeno a Sněmovna lordů tedy rozhodla, že jí náleží podpora za období mezi rozhodnutím o zamítnutí a jeho doručením (asi 5 měsíců). Pro Tushneta je to přinejmenším kreativní interpretace (s. 50). Podle případu *ESLP Handyside v. Spojené království* z roku 1976 však má každá země určitou volnost v aplikaci úmluvy (Tushnet 2008, s. 71), takže by zřejmě Británie nemusela tento běžný kontinentální systém nutnosti doručení aplikovat.

Tushnet kritizuje Habermase za přeceňování role zvyků a patriotismu. Ve Spojených státech sice existuje silný patriotismus vůči ústavě a v Německu je silná ideologie militantní demokracie, jenomže patriotismus je materiální povahy a demokracie je v podstatě otázkou procesů ve společnosti (Tushnet 2008, s. 71 – 73). Toto dělení je poměrně překvapivé, Tushnet se zřejmě snaží vyřadit argument tradicí pro silný ústavní přezkum.

⁹ Tushnet tuto možnost bohužel dále nerozvádí.

4. Tushnetova teorie institucí interpretujících ústavu

Idea slabého přezkumu stojí na představě, že soudy nemusí nutně přicházet s přesnou a odpovídající interpretací ústavy (Tushnet 2008, s. 79) I v silné kontrole ústavnosti však není moc soudů absolutní, například doktrína politické otázky ve Spojených státech znamená pravomoc zákonodárce interpretovat ústavu v oblastech, které soudy prohlásí za politickou. Tak lze číst *Walter Nixon v. United States*, kdy si odvolávaný federální soudce stěžoval, že dokazování probíhalo jen před výborem senátu a ne před plénem, které však o odvolání nakonec hlasovalo (otázku vnitřní senátní úpravy procesu odvolání označil nejvyšší soud za politickou) (Tushnet 2008, s. 83).

Tushnet také argumentuje prostými demokratickými poměry. Naprostá většina respondentů si myslí, že by zákonodárce měl formulovat vlastní ústavní interpretace nezávislé na ústavním soudě (s. 87). Jedním z důvodů, proč by se zákonodárce měl zabývat ústavou, je nepochybně fakt, že si to obyvatelé přejí (Tushnet 2008, s. 88 – 89). Tushnet kromě toho odkazuje na Rawlse, morálně-politický systém, který by nebral v úvahu společenské důsledky rozhodnutí, by byl prostě šílený. Soudy se nemohou zříci posuzování důsledků (Tushnet 2008, s. 92).

Legislativci se někdy uchylují k populistickým praktikám, například přijímají nevýznamné zákony, u kterých je jim jejich neústavnost zřejmá, aby nakonec mohli obviňovat zlé soudy a získali prostor v médiích (současná česká situace s vykazováním z obce za přestupky). Ale situace, kdy se někdo chová nezodpovědně, protože ví, že ho někdo vyplatí (v tomto případě nejvyšší či ústavní soud) nic neříká o variantě, kdy by toto automatické vyplácení nefungovalo (Tushnet 2008, s. 101).

Aplikace doktríny *ultra vires* je v podstatě interpretací zákona. Mnohé evropské ústavní soudy postrádají formálně pravomoc interpretovat běžné zákony, avšak prakticky všechny k této interpretaci cestu našly (například pomocí určování ústavně konformního výkladu). Nejvyšší soud Spojených států ovšem nemůže interpretovat zákony jednotlivých států – pokud jejich nejvyšší soud upřednostní ústavně nekonformní výklad, federálnímu nejvyššímu soudu zbývá jen možnost prohlásit státní zákon za neústavní (Tushnet 2008, 107 – 110).

Ke Clintonově impeachmentu Tushnet poznamenává a k potencionální kritice tehdejších mizerných ústavních interpretací zákonodárce, že velké případy tvoří špatné právo, výkon zákonodárce v ústavní interpretaci za vypjatých politických podmínek byl podstatně horší než za běžných okolností (Tushnet 2008, s. 115).

Prezident Spojených států má k dispozici právní poradní orgán *The Office of Legal Counsel* (OLC), který také interpretuje ústavu, byť s většími faktickými limity, než má zákonodárce. Pokud tento úřad zastává názor, že je návrh neústavní, prezident ho obvykle vetuje (Tushnet 2008, s. 132). OLC skutečně místy vládní politiku výrazně ovlivnila – zastavila snahu Bushovy administrativy prosadit zákon o ochraně vlajky a Reagan nerealizoval nápad vetovat jen konkrétní ustanovení schváleného návrh (chtěl tím posílit politickou pozici prezidenta při rozpočtových otázkách – mohl by vetovat je část kompromisu, která se týkala demokratů) (Tushnet 2008, s. 134). V případě memoranda o mučení z roku 2002 však vyšla OLC administrativě překvapivě vstřícná, když její memo ignorovalo protichůdný precedent (Tushnet 2008, s. s. 136).

Při přijímání protiteroristické legislativy v roce 2001 britská vláda suspendovala články Úmluvy o zadržení. Sněmovna lordů nicméně konstatovala, že nesuspendovala články týkající se diskriminace, takže vydala prohlášení o nekompatibilitě ohledně částí opravňující k přísnějšímu postupu proti cizincům. Vláda reagovala zavedením přísnějšího režimu i pro Brity. Pokud existuje v britském modelu nějaký problém, je to nedostatečná úprava lidských práv v Úmluvě [Tushnet 2008, s. 146 – 148].

Jak však může zkoumat zákonodárce ústavnost, pokud vláda vyplývá z většiny v parlamentu a ten tak neoponuje vládním návrhům? Pomocí zvláštního výboru – australský výbor zkoumající poškozování lidských práv nebo svobod, Britský Spojený výbor pro lidská práva (Tushnet 2008, s. 151). Přestože Tushnet v zápětí zmiňuje logické limity těchto výborů, ani zarytý odpůrce silné kontroly ústavnosti se nemůže při pohledu na český ústavně právní výbor sněmovny ubránit pocitům jisté parodie. Na druhou stranu, zdaleka ne všichni čeští ústavní soudci jsou kultivovaní oduševnění intelektuálové.

Z českého pohledu je zajímavé, že portugalská ústava z roku 1976 zakotvuje neústavní opomenutí, které konstatuje ústavní soud při nenaplnění ústavy a zákonodárce je pak povinen jednat. Tento postup je skutečně poměrně často realizován [Tushnet 2008, s. 155 – 156].

Závěrem kapitoly Tushnet nepřekvapivě vyvozuje, že je třeba se vyhnout přehnané skepsi nebo cynismu ohledně schopností zákonodárce hodnotit ústavnost, stejně jako si nelze romantizovat tuto schopnost u soudů. Schopnosti soudů a zákonodárce nejsou nijak dramaticky odlišné [Tushnet 2008, s. 157].

5. Tushnetova teorie posuzování sociálních práv

Ve Spojených státech se uplatňuje tzv. state action doctrine, jinak řečeno nepřímý horizontální efekt s omezením na aktivity státu. Tushnet staví na tezi, že doktrína státního zásahu je aplikace ústavního práva na to, čemu říká pravidla v pozadí práva – majetkové, smluvní a deliktovní právo [Tushnet 2008, s. 162].

Typickým příkladem amerického přístupu je soukromoprávní spor mezi New York Times a policií ohledně nepravdivých údajů – státním zásahem byl rozsudek nařizující novinám zaplatit náhradu škody, který porušil jejich právo na svobodu projevu (Tushnet 2008, s. 163 – 164). Ještě v roce 1875 však považoval Nejvyšší soud Spojených států rozhodnutí někoho diskriminovat za principiálně soukromoprávní delikt (Tushnet 2008, s. 174).

V následujících pasážích rozvádí myšlenkový postup, který známe jako nepřímý horizontální účinek: stát měl povinnost zavést určitou regulaci nebo chránit určitá práva, takže je rozhodnutí v soukromoprávním vztahu neústavní.

Neslavný stav ochrany lidských práv před New Dealem pak Tushnet komentuje ryze marxisticky. Klasický liberální stát řešil distribuce statků primárně na úrovni soukromého práva, sekundárně na úrovni práva veřejného. Z práva soukromého pak vycházela další pravidla. Primárně se právo snažilo vyhnout rozšíření těchto pravidel, například týkající se deliktů, mimo úzký řetězec distribuce. Jinými slovy, jakmile přišel stupeň přerozdělování soudcům příliš vysoký, použili skutkovou podstatu donucení nebo podvodu. V oblasti práva veřejného pak rozložení statků kontrolovala policie a jiné silové složky, přičemž tuto kontrolu považovali za záměrnou ochranu majetku místo obrany původní akumulace [Tushnet 2008, s. 182].

Posun zaznamenaný New Dealem pak znamená, že volba mezi volným trhem a ekonomickou regulací je politická, takže nemůže podléhat soudnímu přezkumu (Tushnet 2008, s. 186)

Závěrem však podle Tushneta může být libertariánská teze, že státní regulace snižuje ekonomický výstup a tedy je proti chudým, protože jim snižuje míru blahobytu. Ovšem takové tvrzení může být až výstupem diskuse, ne jejím předpokladem. Otázka státního zásahu je ekvivalentní otázce ochrany sociálních práv, to však neznamená, že sociální práva mají být automaticky chráněna [Tushnet 2008, s. 194 – 195].

Ústavní soud SRN jako nejvlivnější instituce svého druhu oproti americkému nejvyššímu soudu jasně judikoval povinnost obecných soudů brát do úvahy ústavní hlediska, a tím minimálně nepřímý horizontální efekt lidských práv (s. 196). Kanadský nejvyšší soud se naproti tomu nejdřív zahrabal do díry, když aplikoval teorii podobné americké, rozlišující státní a soukromý zásah (Tushnet 2008, s. 199).

Z té se postupně vykopával, u případu poskytnutí tlumočnicka ze znakové řeči zdravotnickým zařízením ho sice prohlásil za soukromé, ale dal vládě povinnost nediskriminovat (ministerstvo zdravotnictví se před tím rozhodlo tlumočnický nehradit). Nakonec se vyhrabal v případě gaye vyhozeného kvůli sexuální orientaci, kdy přiznal chartě nepřímý horizontální účinek [Tushnet 2008, s. 205 – 206]. Kanadská doktrína nakonec dospěla, když Ontario zavedlo zákon, který vytvářel kolektivy zemědělských dělníků k jednání se zaměstnavateli. Nová vláda tento zákon zrušila a dělníci úspěšně napadli zrušení jako porušení jejich práv absencí zákonného příkazu,

který by nutil zaměstnavatele s nimi jednat (Tushnet 2008, s. 210). Úplným završením pak bylo, když Pepsi nedostalo příkaz k zastavení protestů stávkujících mimo prostory, protože nemůžou být obecně deliktem, jelikož podle nejvyššího soudu common law je nutné vykládat pomocí charty (Tushnet 2008, s. 214).

Ústavní soudy jsou nicméně nuceny v případech týkajících se sociálních práv porovnávat rozsah těchto práv s materiálními možnostmi společnosti. Nicméně tendence k zachování autonomního soukromého stavu vede soudy k doktríně státního zásahu, která ale narušuje úsilí o udržitelnou a ústavně odpovídající distribuci materiálních statků [Tushnet 2008, s. 218].

Spojené státy sice mají skoro nejméně ústavních článků o pozitivních právech, ale i tam se nějaké stopy najdou. Například stát je povinen zajistit svobodu slova včetně přiměřené bezpečnosti řečníků [Tushnet 2008, s. 228 – 231].

Jedním z důvodů odmítání soudního přezkumu sociálních práv je automatická představa o silném ústavním přezkumu (Tushnet 2008, s. 231). Tushnet dále replikuje námitky týkající se rozpočtové náročnosti ochrany sociálních práv. Následně rozebírá zrušení úsporného programu maďarské vlády ústavním soudem, především protože porušila legitimní očekávání občanů. Tushnet vychází z materiálů publikovaných kolem roku 2000, takže se najde zmínka o potenciálně mnohem větších problémech států podstatně zaostalejších, než je Maďarsko, jako je Slovensko. Autor této práce sice nesdílí neoliberální nadšení ze slovenského vývoje, které je v principu založena na glorifikaci relativních ukazatelů před absolutními, ale rychlé změny diskursu hospodářské politiky jsou obzvláště ve vztahu k ústavnímu právu signifikantní (není vhodné podle nich dělat ústavní články, jak je nyní navrhováno v souvislosti s dluhovými problémy) [Tushnet 2008, s. 231 – 237].

Tushnet dělí sociální práva podle jejich síly do třech skupin (Tushnet 2008, s. 238 – 247):

Pouze deklaratorní práva – Práva mohou být jen deklarací v ústavě, nebo je mohou anulovat soudy. V irském případě bylo právo na zabezpečení dětí státem umístěné v závazné části ústavy nevykonáno nejvyšším soudem, který tvrdí, že může vydat jen nezávaznou deklaraci v případě poskytování statků státem.

Slabá skutečná práva – Jde o americký přístup, kdy nejvyšší soud vykládá několik málo ustanovení, které by mohly přiznat plnění státu, jako diskreci zákonodárce, která musí splnit standard minimální racionality (nemůže právo úplně popřít). V ústavě JAR je sice právo na bydlení, ovšem ústavní soud ho nevykládá jako minimální standard, ale jako nutnost viditelné vládní politiky.

Silná skutečná práva – Jihoafrický příklad s poskytováním léku bránícímu přenosu HIV z matky na plod, který vláda označila za experimentální. Ústavní soud se postavil za právo na zdravotní péči jako silné právo.

Přestože jsou Spojené státy doménou silného přezkumu, když nejvyšší soud Spojených států prohlásil rasovou segregaci ve školství za neústavní, mohl přímo vydat příkaz k ukončení této praxe. Místo toho se spolehl na zákonodárce, protože si myslel, že gradualistický přístup vzbudí menší odpor. To se ukázalo liché, ale poskytl tak model pro slabý přezkum ústavnosti (Tushnet 2008, s. 248).

Původní ideály o demokracii produkující sociálně demokratické politiky byly poněkud otřeseny. Koneckonců i jihoafrická sociální práva musela být přizpůsobena (bílým) kapitalistům, protože všichni věděli, že budou hrát v následujícím režimu důležitou úlohu. Za těchto okolností se může zdát slabý přezkum atraktivní, obzvláště vzhledem k evoluci washingtonského konsensu, kdy jeho příznivci došli k názoru, že zajištění vzdělávání a veřejného zdraví může přispět k vývoji společnosti [Tushnet 2008, s. 251 – 252].

Pro českou praxi s nálezem o zdravotnických poplatcích (Pl. ÚS 1/08), používající vymezení esence základního práva, může být zajímavý příklad jihoafrického soudu. Ten odmítl vymezení jádra sociálního práva a jeho slabý přezkum, protože se podle názoru soudu ukázalo nemožné stanovit jeho obsah. Místo definování abstraktního jádra je podstatně smysluplnější podívat se na instituce v dané oblasti, které fungují dobře, a z nich odvodit standard (Tushnet 2008, s. 256).

V Quebecu zakázali poskytovat soukromé zdravotní pojištění, protože chtěli zabránit vystupování majetných lidí ze státního systému. Někteří z nich navrhli zrušení tohoto zákona, protože bylo porušeno jejich právo na přístup ke zdravotním službám (příliš dlouhé čekací doby ve státním systému). Nejvyšší soud jim dal zapravdu, což nás přivádí k otázce, jestli základním řešením při sporech ohledně sociálních práv není znovuzavedení tržního řešení. Kanada má ovšem slabý model přezkumu, takže Quebec by mohl tuto regulaci zavést znovu za použití výjimky z charty [Tushnet 2008, s. 258 – 261].

Rozdělení práv na generace je poněkud pochybné, jak bylo ukázáno na příkladě se svobodou projevu, která je podle amerického nejvyššího soudu také spojena s pozitivním plněním. Ovšem atraktivnější variantou pro soudní přezkum je obecně slabá varianta, protože nenarušuje naši schopnost vládnout si sami [Tushnet 2008, 261 – 264].

6. Hirschlův pojem juristokracie

Ran Hirschl pojmenoval svoji knihu z roku 2004 *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Pojem juristokracie v ní však výslovně nedefinuje, spíše obecně popisuje nadvládu soudní moci, kterou klade do souvislosti s ekonomickým neoliberalismem (Hirschl 2007, s. 16).

Důležitou odlišností od Tushneta je zcela jiné pojetí Kanadské situace, které se spíše blíží Waldronovi. V roce 1992 přirovnal předseda kanadského nejvyššího soudu přijetí kanadské ústavy v roce 1992 k revoluci srovnatelné s objevem penicilinu, pasterizace a laseru. Kanadská ústava formálně zachovává princip suverenity zákonodárce: článek 1 jej opravňuje k přijetí regulací v rámci limitů svobodné a demokratické společnosti, článek 2 umožňuje suspendovat většinu práv zákonem maximálně po dobu 5 let. Nicméně podle Hirschla se tyto bariéry ukázaly nefunkčními a podíl ústavních záležitostí na nejvyšším soudu vzrostl ze zanedbatelné míry 5,5 % na 21,3 % v roce 1991 (před rokem 1982 fungoval v Kanadě slabý model soudního přezkumu, založený na doktríně *ultra vires* – nejvyšší soud tak prohlašoval za neústavní předpisy, které stály mimo pravomoc jejich vydavatele v rámci kanadského federalismu) [Hirschl 2007, s. 18 – 19].

Stejně tak Hirschl kritizuje i situaci v Izraeli. H 21 – 23 V Izraeli v roce 1992 reagovala strana sekulární inteligence na klesající podporu zakotvením základních práv ve dvou základních zákonech. Izraelským *Marbury v. Madison* byl žaloba bank proti zákonu, který anuloval jejich pohledávky proti některým předluženým zemědělským družstvům [Hirschl 2007, s. 21 – 23]. Hirschl koneckonců považuje Izrael za zemi nejvíce se blížící plné juristokracii (Hirschl 2006, s. 738 – 739). Podle Hirschla neuplyne týden, aby izraelský Nejvyšší soud nevydal rozsudek ovlivňující politické poměry a nebyl by seriózně sledován médií. Nejvyšší soud si vyhradil i takovou otázku, kdo je vlastně Židem. Židé mají tzv. právo návratu, které jim zaručuje právo získat izraelské občanství. Toho využívali občané bývalého Sovětského svazu, kteří podstupovali konverze a následně emigrovali do Izraele. Snahu učinit tomuto jednání zhatil právě Nejvyšší soud, podle něhož je izraelský národ prostě jeden [Hirschl 2006, s. 739 – 740].

Hirschl přidává působivý příklad Egypta, kde je ústavní soud v rukou pochopitelně liberálně vzdělaných soudců, kteří interpretují nebo alespoň interpretovali zásady islámu zakotvené v egyptské ústavě v souladu s potřebami egyptské elity s naprosto odlišným životním stylem od většiny populace – například podržel právo ženy nechat se rozvést (Hirschl 2006, s. 737 – 738).

Nakonec uzavírá článek konstatováním, že přece sekulární charakter státu v Turecku, otázka židovství v Izraeli a rozvodů v Egyptě jsou výskotně politické otázky. Juristokracii tak považuje ze politický, nikoliv právní fenomén (Hirschl 2006, s. 753).

7. Přenositelnost a relevance

Jak je již zmíněno výše, kritika akumulace právní moci má v některých případech velmi příhodné paralely v nálezech českého ústavního soudu. Český ústavní soud také v případě volby mezi ochranou lidských práv a jeho pravomoc volí jednoznačně pravomoc, jak ukázal v nálezu k euronovele ústavy (Pl.ÚS 36/01). V tomto případě si ústavní soud atrahoval výhradní pravomoc posuzovat soulad zákona s mezinárodní smlouvou o ochraně lidských práv – kdyby je ponechal v režimu běžných mezinárodních smluv, zákon by musel smlouvě ustoupit již u obecného soudu prvního stupně (srov. Kysela, Kühn 2002).

Po deseti letech se ústavní soud k této tradici vrátil a pro změnu si atrahoval výhradní pravomoc napravovat zjevné úlety obecné justice v nálezu Pl. ÚS 29/11 (srov. Kühn 2012). Tímto nálezem ústavní soud zrušil tzv. nenárokové dovolání, založené na významné právní otázce.

Obsáhlou kapitolou je česká diskuse k sociálním právům.¹⁰ Ačkoliv jsou některé články na první pohled vykládány levicově, jejich soudní interpretace je často ryze konzervativní, někdy však byl konzervativní již úmysl zákonodárce. Například v diskusi o nálezu ve věci zdravotnických poplatků (Pl. ÚS 1/08) je článek 31 Listiny interpretován zcela levicově jako záruka bezplatnosti lékařské péče. Nález je sice skutečně velmi slabý a ani s touto otázkou se uspokojivě nevyřazuje,¹¹ tato diskuse však zastírá další rozměry článku. Stanovuje obligatorní povinnost veřejného pojištění, kdy dokonce za subjekt ochrany práv označuje sumu prostředků veřejného pojištění, což by sice v případě nepravděpodobné účinné ochrany ústavním soudem mohlo vyřadit některé neoliberalní návrhy ze hry, ale rozhodně není levicový – severské řešení v podstatě zakazuje a jeho myšlenková podstata leží v německých konzervativních teoriích sociálního státu. Komplikace s výkladem článku se projevily již dříve, dokonce se objevila argumentace povahou pojištění a s tím spojenou široce chápanou ekvivalencí jako přímou úměru mezi zaplaceným pojištěním a obdrženou péčí (sep. votum k Pl. ÚS 14/02).¹² Tento výklad je přirozeně absurdní, princip ekvivalence znamená samotné právo na obdržení protiplnění, které odlišuje veřejné pojištění a daň (ze které žádné nároky nevyplývají). Nicméně se naplno projevil v důchodovém nálezu (Pl. ÚS 8/07), kde se postavil ústavní soud za kreativně extenzivní interpretaci principu ekvivalence, byť jde v případě důchodového systému k o něco méně absurdní argumentaci, protože má jiné i funkce než ochraňovat člověka před neočekávanými problémy.

Na plno se tak projevuje otázka, jestli základním řešením ústavněprávního sporu není potvrzení převažujícího ideologického proudu, v tomto případě neoliberalní ideologie.

¹⁰ Následující odstavec vychází z argumentace, kterou jsem uveřejnil v (Píša 2011).

¹¹ K nálezu viz např. (Kühn 2008).

¹² Za tuto poznámku vděčím Janu Wintrovi.

8. Závěr

Zajímavé je, že se Hirshl i Tushnet programově nezaobírají východoevropskými státy. Hirshl říká, že se v nich udály kromě zavedení ústavního přezkumu i další hlubší změny, takže nelze rozlišit a analyzovat vliv samotného ústavního soudnictví (Hirshl 2007, s. 9). Tushnet přiznává, že těmto zemím nerozumí. Připojuje však poznámku s odkazem, kde vykládá vítězství ústavních soudů v obvyklých východoevropských válkách se soudy nejvyššími jejich programovou ústupností (doktrína politické otázky) (Tushnet 2008, s. 198). Z českého pohledu je tato drobná poznámka poněkud neinformovaná, jak vyšlo výše najevo v souvislosti s eurnovelou ústavy a dalšími českými nálezy.

Přestože v České republice existuje silný model kontroly ústavnosti a sociální práva jsou v ústavě obsažena, k jejich prosazení nedošlo. V nálezu ke zdravotnickým poplatkům je především řada neprávni argumentace o Mezopotámii a dalších mimořádně zajímavých tématech. Máme také obdobu kanadského rozsudku o zákazu soukromého zdravotního pojištění v podobě důchodového nálezu. I když jde o jeden z mála nálezu týkající se sociálních práv, zcela jasně preferuje a nařizuje neoliberální řešení. Mark Tushnet má tedy zjevně pravdu, když preferuje slabý přezkum před silným.

Ran Hirschl se na věc dívá politologickým pohledem, kdy by ústavní přezkum patrně zrušil a navrátil se k westminsterskému systému. Výmluvný je jeho příklad s kanadským Nejvyšším soudem, který se po zavedení přezkumu na základě lidských práv prakticky přestal zabývat obyčejným právem. Ani jeden ze zde zmíněných autorů se nevěnuje pro autora zajímavým severským modelům, jejich zkoumání tedy bude předmětem dalšího výzkumu.

Pro Českou republiku existuje ohledně jejího Ústavního soudu jedno osvědčené a tradiční řešení, jednoduše jej neobsadit. V případě hlubší modernizace ústavy¹³ by to bylo dokonce nezbytné, Ústavní soud by jinak novely ústavy zrušil. Nicméně jak je řečeno výše, současná situace mocenským elitám dokonale vyhovuje, majetek českých oligarchů je spolehlivě chráněn.

¹³ Např. formulace čl. 1 po francouzském vzoru, vypuštění čl. 9 odst. 2. a s tím spojené „skandinavizace“ země.

Literatura

BĚLOHRADSKÝ, V. *Vystoupení na panelu think tanku CESTA dne 27. 10. 2011.*

GOLDSWOTRHY, J. Judicial Review, Legislative Override and Democracy. *Wake Forest Law Review* 2003, č. 38, s. 451 – 472

HIRSCHL, R. The New Constitutionalism and The Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 2006, č. 75, s. 721 – 754

HIRSCHL, R. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. 1. paperback. vyd. Cambridge: Harvard University Press 2007. 286 s. ISBN: 0-674-02547-4

KYSELA, J. KÜHN, Z. Euronovela Ústavy ve světle překvapivého nálezu Ústavního soudu č. 403/2002 Sb. *Soudní rozhledy* 2002, č. 12, s. 421

KÜHN, Z. *Nenárokové dovolání je protiústavní?* *Jiné právo* 1. 3. 2012, dostupné k 15. 4. 2012 na <http://jinepravo.blogspot.com/2012/03/nenarokove-dovolani-je-protiustavni.html>

KÜHN, Z. *"Regulační poplatky" ve zdravotnictví II.*, *Jiné právo* 1. 6. 2008, dostupné ke 2. 10. 2011 na <http://jinepravo.blogspot.com/2008/06/regulan-poplatky-ve-zdravotnictvi-ii.html>

PÍŠA, R. Je Česká republika sociální stát? in WINTR J., ANTOŠ, M.: *Sociální práva*, 1. vyd. Praha: Leges 2011. 160 s. ISBN: 978-80-87576-02-01

TUSHNET, M. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton, N.J., Oxford: Princeton University Press 2008. 272 s. ISBN: 978-0-691-13092-7

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