

University Karlova v Praze
Právnická fakulta

Soudní deliberace

Ústavní implikace politické teorie

Studentská vědecká a odborná činnost
Magisterské studium

2013
VI. ročník SVOČ

Jan Broz

Čestné prohlášení a souhlas s publikací práce

Prohlašuji, že jsem práci předkládanou do 6. 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 14. dubna 2013

.....
Jan Broz

Obsah

Úvod	1
Koncept deliberativní demokracie	3
1 Komunikace proti směně a jednomyslnosti	3
2 Principy deliberativní procedury (J. Cohen)	4
3 Nekončící diskuse na neomezeném prostoru?	5
Modely ústavněprávní deliberace	7
4 Ústavní kontrola vně deliberativní struktury (J. Habermas)	7
5 Pluralita kontrolních mechanismů? (Ch. Zurn)	8
6 Ústavní soud jako příklad »veřejného rozumu« (J. Rawls)	10
7 Vláda exklusivních argumentů (R. den Otter)	12
Meze deliberativního konstitucionalismu	15
8 Deliberace a právní diskurs (R. Alexy)	15
9 Závěrem: právo vs. politická teorie	17
Bibliografie	19

*O přesných a sobě dostačujících znalostech není rozvahy ...
Rádce přibíráme na důležité věci, poněvadž sami sobě nedůvěřujeme,
jsme-li dostatečně schopni správného soudu.
-Aristotelés-¹*

Úvod

V posledních letech jsme svědky hypertrofie řady odborných termínů při užívání běžného jazyka. Ušetřenou nezůstala ani oblast praktické filosofie. Denně slyšíme, že určitý film je projevem „diskursu současných dvacátníků“, či že je třeba určitý problém podrobit „hlubší deliberaci“. Tato tendence nachází svůj odraz i v oblasti práva. Běžně slyšíme o nutnosti „veřejné soudní deliberace“, popřípadě o „diskursu jakožto nutné podmínce kvalitního zákonodárství“. Co však pojmy *deliberace* a *diskurs* opravdu znamenají? Jedná se pouze o bezobsažné pojmy, jejichž jediným účelem je za pomoci nádechu jisté exkluzivity maskovat prázdnotu řečnickova projevu, či se jedná o pojmy složité, běžnému smrtelníkovi nepřístupné, jejichž osvojení si vyžaduje léta filosofických studií?

Cílem této práce není snaha o podání vyčerpávajícího teoretického rozboru těchto pojmů, ale poukázat na nutnou souvztažnost jejich právního a politicko-teoretického užívání. Jinými slovy, odvoláváme-li se na určitou hodnotu veřejné soudní deliberace, měli bychom být taktéž schopni obhájit tuto hodnotu z hlediska politické teorie, již zastáváme. Takovýto požadavek je přirozeně založen na předpokladu vzájemné determinovanosti právního a politického systému. Jeho implikací však není, jak by snad někteří mohli namítat, požadavek na zneužití práva ve prospěch konkrétních politických zájmů. Důraz, kladený na koherenci obou systémů, vychází z jejich chápání jakožto složek širšího celospolečenského systému, jehož řádné fungování vyžaduje z morálně-normativního hlediska existenci jednotících idejí a hodnot.²

Abych mohl výše uvedenému úkolu dostát, rozhodl jsem se omezit téma práce na kritickou deskripci požadavků, jež kladou jednotlivé teorie *deliberativní demokracie* na charakter a podobu *ústavněprávní deliberace*, tj. metody ústavněprávní argumentace, meziinstitucionálního dialogu, etc. Příčina této volby je vcelku zřejmá. Ústavní právo bývá oprávněně považováno za právní odvětví nejvíce propojené se světem politiky, čehož zřejmě nejvýraznějším projevem je institut ústavního soudnictví, obsahující kontroverzi v podobě svého *protivěštinového postavení*. Není proto divu, že se ústavní právo těší zvýšenému zájmu politické teorie. S jistou mírou zjednodušení lze říci, že právě oblast ústavního práva zajišťuje, byť nikoliv výlučně, koherenci právního a politického systému.

V této práci postupuji následujícím systémem. První část práce je věnována stručnému nástinu normativního pojetí deliberativní demokracie. Jedná se přitom pouze o nástin

¹ *Etika Nikomachova*, knih. III, 1112^b, 1-2 a 10-12, překl. Antonín Kříž (Aristotelés 2009).

² Viz Baňouch 2009, 16 a 22-9. Obecně vzato je pozoruhodné odmítání jakýchkoliv úvah z oblasti politické teorie částí českých ústavních právníků, obvykle doprovázené poukazem na dílo „normativistů“, ignorující přitom politicko-teoretický význam Kelsenova díla. Bohužel, z prostorových důvodů se zde nemohu tomuto tématu podrobně věnovat.

konceptuální, jehož snahou je popis výchozích tezí tohoto proudu. Abych zamezil možnému zkreslení prostřednictvím určité teorie, vycházím ve svém výkladu z historicky nejstarších teoretických prací o tomto tématu (B. Manin, J. Cohen), jež obsahují popis výchozích premis tohoto konceptu, nikoliv však snahu o konstrukci subtilní teorie.³ Druhá část práce je věnována popisu vybraných teorií deliberativní demokracie. Nutno dopředu podotknout, že vzhledem k požadovanému rozsahu práce šlo o výběr notně selektivní. S ohledem na účel této práce jsem se rozhodl zabývat pouze těmi teoriemi, jež kladou silný důraz na institut ústavního soudnictví (proto se např. nevěnuji teorii J. Dryzeka). I tak jsem ovšem nemohl věnovat pozornost všem teoriím, jež by si ji zasloužily (C. Nino, B. Ackerman či C. Sunstein). Vybrány nakonec byly teorie J. Habermase a J. Rawlse, nikoliv však pro zvučnost jmen jejich autorů, nýbrž kvůli nejpropracovanějšímu přístupu k problematice koexistence principů *demokratického ústavního státu*, tj. základnímu problému, který se snaží koncept deliberativní demokracie řešit.⁴ I pro umenšení „váhy titánů“ byli zároveň vybrány teorie dvou představitelů nejmladší generace právních a politických teoretiků, jež po mém soudu kriticky rozpracovávají a v určitých aspektech zároveň překonávají teorie svých předchůdců. Konečně, obsahem poslední části je kritické zhodnocení představených teorií v celku, kteréžto by mělo poukázat na nutné limity aplikace zkoumaných teorií v oblasti ústavního práva.

* * *

Před začátkem samotné práce je po mém soudu třeba učinit dvě krátké poznámky:

Tato práce se na první pohled v mnohém shoduje s prací, kterou jsem prezentoval v minulém ročníku této soutěže. Skutečností je, že v mnohém navazují na své dřívější díla, citované dále v textu. Přesto je obsah této práce v mnohém odlišný. Zaměřoval-li jsem se v minulém ročníku především na význam hodnotového základu procedurálních teorií demokracie, soustředím se v této práci především na varianty jejich judičiální ochrany. Práci je proto taktéž možno chápat jako dříve slibované rozpracování témat, jež byly pouze ve značné stručnosti nastíněny v poslední části mé práce z minulého roku.

Původní podtitul této práce zněl „politická teorie v. právní praxe“. Odpovídal původnímu záměru této práce popsat a zhodnotit vnitřní a vnější dialog Ústavního soudu ČR z pohledu teorie deliberativní demokracie. Záhy se však objevil problém: „Co vlastně je obsahem deliberativní teorie ústavního soudnictví?“ S rostoucím počtem možných odpovědí vzrůstal i počet stran, jež bylo nutné této otázce věnovat. Rozhodl jsem se proto nakonec věnovat této otázce práci celou. Tak jako má stát dům na pevných základech, má mít taktéž empirický výzkum pevnou oporu v teorii, bez které se proměňuje v pouhý sled čísel a postřehů. Tato práce přirozeně nemůže takovéto základy sama vybudovat. Může se však pokusit k jejich vybudování alespoň částečně přispět.

³ K podrobnému popisu rozličných teorií viz přehledové články Bohman 1998 a Chambers 2003.

⁴ Srov. Tully 2002.

I

Koncept deliberativní demokracie

1 Komunikace proti směně a jednomyslnosti

Jako mnoho dřívějších teorií, vznikl i koncept deliberativní demokracie v reakci na soudobé společenské podmínky, konkrétněji pak na představu politiky jakožto specifického trhu. Tato představa byla výsledkem prudkého vzestupu rozličných ekonomických teorií demokracie, resp. veřejné volby, jež nepřikládaly hlubší význam společenským hodnotám a občanským ctnostem, tj. fenoménům zásadním pro republikánskou tradici. Demokracie naopak získala ryze instrumentální, bezhodnotovou podobu. Jak výstižně popisuje J. Elster, prizmatem této teorie je cílem politiky „zajistit optimální kompromis mezi neřešitelně si kolidujícími zájmy“.⁵

Ekonomický pohled na politiku s sebou přinesl i ekonomické chápání jedince jakožto racionálně kalkulujícího individua s předem vytyčenými hodnotami a zájmy, jejichž realizaci sleduje za pomoci vytváření vyjednávacích koalic a dalších nástrojů, jejichž původ lze vystopovat právě v ekonomii.⁶ Otázkou však je, zda takovýto pohled odpovídá skutečnosti. Jak soudobá morální filosofie vcelku přesvědčivě ukazuje, povaha našich morálních (normativních) soudů poukazuje na schopnost zaujmout alespoň částečně interpersonální postoj v případě rozvažování o dobrém a špatném. Kdykoliv vznášíme určitý morální nárok, popř. se snažíme jiného morálně povínovat, vystupujeme vně atomistického »já«, přičemž naše výroky mají částečně universální povahu ve smyslu uvažování o vhodnosti určitého chování v rámci mezilidských (společenských) vztahů.⁷

Zpochybnění výchozích tezí ekonomické teorie demokracie opětovně otevírá prostor bytostným tématům politické teorie, mezi nimiž ústřední místo zaobírá problematika legitimacy výkonu státní moci. Mezi teoretiky deliberativní demokracie je všeobecně přijímán předpoklad o vzájemné rovnosti a svobodě všech osob.⁸ Má-li být premisa morální rovnosti všech osob dodržena, musí být výkon politické moci založen na jednomyslném souhlasu všech osob. Pro zjednodušení budu tento předpoklad nadále nazývat *ideálním principem legitimacy*:

Legitimitu si mohou nárokovat pouze takové akty států, jež byly předem schváleny všemi členy dané společnosti.

Takovýto požadavek však skýtá několik problémů, z nichž pro tuto práci ústředním je nereálnost požadavku jednomyslnosti. Tento požadavek, ač logický, neodpovídá možnostem existence reálných hodnotových rozporů, jež jej odsuzují k nezdaru. Projevem této skutečnosti je i nedůvěra, se kterou soudobá teorie přistupovala k ambiciózním

⁵ Elster 1986, 103.

⁶ Ibid., 105-6. Takovýto zjednodušený popis se samozřejmě vztahuje na v té době dominantní školu racionální volby. Jsem dalek tomu, abych takovéto názory pokládal za názory všech ekonomických škol.

⁷ Nagel 1991, 10-13.

⁸ Viz má dřívější práce Broz 2012a, 7.

projektům diskursivní etiky J. Habermase či teorie spravedlnosti J. Rawlse. Zatímco první ze zmiňovaných teorií byl vyčítán její ryze teoretický charakter, znemožňující jakýkoliv pokus o užití, druhá byla podrobena kritice pro její apriori spekulativní charakter. Nelze-li předpokládat, že by se občané mohli jednomyslně shodnout na akceptaci určité činnosti státu, nelze se dost dobře ani domnívat, že všichni budou akceptovat výsledek individuálního myšlenkového experimentu.⁹

Jak lze vyřešit spor mezi ideálem principu legitimacy a realitou, aniž by přitom došlo k redukci vnímání politiky na pouze jeden z druhů ekonomického trhu se specifickou směnnou zboží? Východiskem je návrat k některým ideálům republikanismu, nikoliv však v jejich vyhranění komunitaristické podobě, jejímž problémem je přílišná tendence k potlačování »já« na úkor »my«. Předpokládá-li ekonomická tradice interakci subjektů vstupujících na politický trh s již předem formovaným a nezměnitelným souborem zájmů, komunitarismus namnoze tenduje k zavrnutí jakékoliv formy autonomie („nezakotveného jáství“) ve prospěch idejí komunity a vzájemnosti.¹⁰

Proces deliberace lze od dob Aristotelových chápat jako „proces utváření vůle, který předchází rozhodnutí“.¹¹ Tento proces se odehrává jak v rovině individuálního rozvažování, tak také v rovině interpersonální komunikace. Tato skutečnost vyvrací premisy obou výše nastíněných přístupů. Člověk na jedné straně nejedná výlučně autonomně. Diskuse s ostatními mu pomáhá ujasňovat a popřípadě redefinovat vlastní pozice. Samotné rozhodnutí je však aktem bytostně individuálním ve smyslu vlastní (ne)akceptace určitého rozhodnutí. Deliberace, jakožto proces utváření vůle spočívající v možnosti »slyšet a být slyšen« na veřejném fóru, je vhodnějším prostředkem k zajištění legitimacy politických rozhodnutí, než akt individualistického *agregativního* hlasování či dominance diskursi nepodléhající doktríny:

Zdrojem legitimacy není předem určená vůle jednotlivců, ale spíše proces jejího utváření, tj. deliberace jako taková. [...] [L]egitimní není rozhodnutí, jež by reprezentovalo *vůli* všech, nýbrž takové, jež je výsledkem *deliberace* všech.¹²

2 Principy deliberativní procedury (J. Cohen)

Díla J. Elstera a B. Manina lze po právu považovat za průkopnické práce, které opětovně zvýraznili úlohu mezilidské komunikace při tvorbě politické vůle. Detailnější popis podmínek *ideální deliberativní procedury* však jako první představil J. Cohen (1989), přičemž jeho koncept patří i po čtvrtstoletí mezi nejnositelnější modely »ideální« deliberace.

Výchozím bodem autorova uvažování je princip dobře uspořádané společnosti známý z díla J. Rawlse. Cohen souhlasí se základními ideály této teorie, odmítá však prioritu základních principů spravedlnosti. Demokracii je naopak nutno chápat jako elementární substantivní ideu, nikoliv jako instrument k realizaci vyšších hodnot.

⁹ Viz Elster 1986, 114-20 (kritika Habermase); Cohen 1997a, 71 (kritika Rawlse).

¹⁰ Např. Sandel 1984.

¹¹ Manin 1987, 345.

¹² Ibid., 351-2 (kurzíva orig.).

Základem Cohenova vymezení je formální koncept, který vyjadřuje základní znaky ideální procedury. Pod pojmem deliberativní demokracie tak autor rozumí trvalý nezávislý sdružení, jehož členové předpokládají jeho další pokračování (D1), přičemž považují svobodnou diskusi v rámci tohoto sdružení za základ legitimacy (D2). Členové se přitom vyznačují rozdílnými zájmy a postoji, nicméně však sdílejí závazek k řešení sporů prostřednictvím deliberace (D3). (D4) Společenské vztahy nejsou pouze výsledkem, ale zároveň také manifestací deliberativní procedury. Preferují proto instituce explicitně vyjadřující vztah mezi deliberací a výsledným řešením. A konečně, jednotliví členové navzájem uznávají způsobilost druhých být účastníkem deliberace (D5).¹³

Aby však mohl být tento ideál uskutečněn, je třeba dostát následujícím *principům ideální deliberativní procedury*:

- (I1) Ideální deliberace je *svobodná* a naplňuje následující dva požadavky: (i) její účastníci jsou vázáni pouze výsledkem deliberace a jejími (apriorními) podmínkami, nikoliv však dřívějšími normami; (ii) účastníci jednají v souladu s výsledky deliberace, berouce ji za dostatečný důvod k dodržování přijatých politik.
- (I2) *Racionální argumentace* je základní prostředek v rámci deliberace.
- (I3) Formální a substanciální *rovnost* účastníků.
- (I4) *Konsensus*: strany jsou racionálně motivovány na dosažení konsensu. V případě neúspěchu je přijat výsledek na základě majoritního hlasování.¹⁴

3 Nekončící diskuse na neomezeném prostoru?

Kritici deliberativního pojetí demokracie často poukazují na utopistické rysy tohoto směru, které pramení z požadavku na jednomyslnost, tj. dodržení požadavku ideálního principu legitimacy (kap. 1). Deliberativní proces tak bývá popisován jako nikdy nekončící diskuse neomezeného počtu osob, které odmítají využít institucionalizovaných politických struktur.¹⁵ V této kapitole se pokusím tyto mýty alespoň v obecné rovině vyvrátit. Nejprve se zaměřím na navzájem spjaté argumenty o jednomyslnosti a časové neohraničenosti deliberativního procesu (1), abych následně nastínil význam institucionálních podmínek deliberace (2).

(1) Kořeny první výtky lze zřejmě nalézt u populárního ztotožnění tohoto konceptu s dílem J. Habermase a to i navzdory výše uvedené kritice jeho konceptu. Velmi zjednodušeně řečeno, cílem Habermasovy původní teorie diskursivní etiky bylo nalézt základní kritéria, na kterých může být založen celospolečenský konsensus, jenž bývá obvykle označován jako *diskursivní princip* »D«. Jeho podstata je shodná s ideálním principem legitimacy, tj. jedná se o požadavek na jednomyslný souhlas účastníků diskursu s platností předmětné normy.¹⁶ Jak však již bylo výše naznačeno, účelem zkoumané teorie je oslabit faktickou náročnost takového ideálu stanovením alternativního legitimizačního kritéria, jímž je deliberační proces.

¹³ Cohen 1997a, 72-3.

¹⁴ Ibid., 74-5 (zestručněno).

¹⁵ Viz Waldron 1999, 91-3; Shapiro 1999.

¹⁶ Srov. Nohejl 2007, 91 (obecně kap. 3 a 5).

Již tato skutečnost poukazuje na praktické založení této teorie, jež se snaží o teoretické řešení praktických problémů. Nepřekvapí proto, že všechny teorie deliberativní demokracie počítají s možností majoritního hlasování (srov. princip »I4« v kap. 2). Ilustrativní je v tomto ohledu postoj B. Manina, dle kterého veřejná deliberace primárně zajišťuje »intersubjektivní racionalitu« přijímaného výsledku. Legitimitu nezajišťuje přijetí většinově nejpřesvědčivější volby, nýbrž volby, která je opřena o nejpřesvědčivější *racionální argumenty*. Jelikož je však přesvědčivost jednotlivých argumentů závislá na časovém a společenském kontextu, je kontextuálně podmíněná taktéž legitimita přijatých řešení.¹⁷

(2) Druhá z uvedených námitek mří vůči představě všeobecné deliberace všech dotčených osob. Takováto představa není nelogická. Předpokládá-li ideální princip legitimacy souhlas všech členů společnosti, měla by být analogickým předpokladem účast všech občanů na deliberaci. Je ovšem nutno opětovně poukázat na snahu o praktičnost ze strany deliberativních teorií. Ilustrativním příkladem je proměna definic legitimacy v pozdějších pracích J. Habermase a J. Rawlse, uskutečněných právě pod tlakem výše nastíněné kritiky. Legitímními již napříště nejsou ty státní akty odsouhlasené všemi občany, ale taktéž akty, jež „by *mohly* souhlas získat“ (Habermas), resp. u nichž „můžeme *upřímně věřit* v jejich akceptování ostatními občany“ (Rawls).¹⁸

Deliberativní demokracie se tudíž vyznačuje svým aproximativním charakterem. Jedná se o demokracii, jež se snaží o co největší míru splnění výše uvedených požadavků. Nezbytným předpokladem je takové nastavení formálních institucionálních struktur politického systému, které umožňuje co nejpřesnější transformaci komunikativní síly základních jednotek ve vyšší stupeň institucionálního komunikativního diskursu.¹⁹

Přes velké množství zdánlivě rozličných teorií nelze říci, že by byl tento předpoklad uspokojivě vyřešen. Jak ukáže následující oddíl, jinak je tomu taktéž v oblasti institucionální ochrany ústavnosti, jejíž postavení je o to komplikovanější, že musí dostát dvou často protichůdným úkolům. Na jedné straně prokázat dostatečnou sensitivitu k názorům artikulovaným v rámci veřejného prostoru, na druhé straně dostát své funkci strážkyně základních hodnot.²⁰

¹⁷ Viz Manin 1987, 75. Termín *intersubjektivní racionality* používám pro zdůraznění konstruktivistické povahy předpokládaných soudů o racionalitě určitého tvrzení.

¹⁸ Habermas 1994, 141; Rawls 1997, 771 (kurzíva v obou případech JB).

¹⁹ Viz Rummens 2012.

²⁰ Ke vztahu základních hodnot a deliberativního procesu viz zejm. Habermas 2001. Srov. taktéž Cohen 1997b; Estlund 1997.

II

Modely ústavněprávní deliberace

4 Ústavní kontrola vně deliberativní struktury (J. Habermas)

Habermasova teorie deliberativní demokracie je úzce spjata s konceptem *komunikativní moci*, jíž disponuje občanská společnost. Ve svých pracích z devadesátých let autor rozlišuje mezi *slabou* a *silnou* podobou veřejné sféry. *Slabou* podobu veřejné sféry představují různá neformální uskupení občanské společnosti, jakými jsou např. zájmové spolky, občanská fóra, etc. Vzhledem k otevřenosti a neformálnosti této sféry je právě ona prostředím s nejlepšími podmínkami pro formování *komunikativní moci*, tj. možnosti vést hlubokou originelní deliberaci o každém tématu, jež by bylo ve veřejném prostoru nastoleno.

Moderní společnost však nemůže být vzhledem k diferencovanosti zájmů a komplexnosti sociálních vztahů založena pouze na dobrovolných neformálních strukturách. Důležitým institutem moderních společností je tudíž právo, které jednak zajišťuje sociální integraci společnosti prostřednictvím »legitimity legalitou«, zároveň však z druhé strany plní funkci garanta základních (subjektivních) práv.²¹ A právě legislativní činnost je doménou *silné* veřejné sféry, jíž vytváří institucionalizované procesy veřejné deliberace, mezi nimiž dominantní postavení zaujímá parlament. Skutečnost, že silná veřejná sféra disponuje kompetencí vydávat zákony, však v ideálním případě nezpůsobuje její faktickou dominanci. Právě naopak, občanská společnost, schopná adekvátněji disponovat s »komunikativní mocí« by měla „hnacím motorem“ veřejné deliberace a tím i zákonodárného procesu.²²

Nic z doposud uvedeného neimplikuje nutnost existence institutu ústavního soudnictví. Ten však přesto hraje v Habermasově teorii významnou úlohu. Ačkoliv legitimitu práva primárně zajišťuje deliberativní proces, jeho předpokladem je existence lidských práv, jež vytvářejí nutné podmínky samotného procesu:

Obsah lidských práv spočívá ve formálních podmínkách právní institucionalizace každé podoby diskursivní tvorby názorů a vůle, v nichž nachází suverenita lidu svou právní podobu.²³

Má-li být zachována legitimita prostřednictvím procesu, je třeba, aby jak proces samotný, tak taktéž jeho výsledek, nebyli v rozporu s lidskými právy konstituujícími

²¹ Habermas 1998, 171.

²² Habermas 1994, kap. 1 (význam práva) a s. 365 a 435-67 (*slabá – silná* veřejná sféra; srov. také Flynn 2004).

²³ Ibid., 135. Na první pohled by se chtělo říci, že „lidská práva konstatují demokracii“, jež procedurálně vyjadřuje základní společenské hodnoty – lidská práva. Takovýto závěr by však nebyl přesný, jelikož předjímá prioritu práv před procesem. Ve skutečnosti oba principy vycházejí z totožného (meta)principu komunikativního jednání. Ačkoliv takovéto tvrzení není v popisované teorii implicitně řečeno, z teoretického pohledu je konečná platnost obou principů založena na logickém, a proto hodnotově neredukovatelném, základě premis komunikativního jednání. Viz Habermas 2001.

legitimitu samotného procesu.²⁴ A právě dohled nad zachováním této podmínky ospravedlňuje existenci ústavního soudnictví. Habermas tak ve své podstatě následuje klasické *proceduralistické* ospravedlnění soudního přezkumu ústavnosti, reprezentované především v díle J. H. Ely. Výkon kontroly ústavnosti spojené s případnou derogací zkoumané normy nezakládá porušení suverenity lidu, jelikož porušení základních práv, jež mají bezpodmínečně deontický charakter, neumožňuje její legitimní realizaci. Soud tudíž nemůže porušit něco, co vůbec nenastalo.

Požadavek na ochranu základních práv však nikterak nesměruje k nevyhnutelné akceptaci ústavního soudnictví. Stále se můžeme ptát, proč právě tento institut poskytuje nejlepší ochranu základním právům při současné akceptaci deliberativní podstaty demokratického procesu. Habermas nabízí dva důvody: (1) Soudy v rámci své činnosti nevyužívají stejný diskurs jako moc zákonodárná; (2) Ústavní soudy nejlépe zastávají specifickou ústavní diskursivní funkci.

(1) Habermas přejímá teorii K. Günthera o odlišných typech diskursů. Dle této teorie existuje podstatný rozdíl mezi dvěma typy diskursů: *ospravedlňujícím* a *aplikačním*. Jak již název napovídá, účelem prvního je poskytnout ospravedlnění přijímané právní normě a tím zajistit její platnost. Oprávnění k jeho vedení mají instituce disponující »komunikativní mocí«, tj. silná a slabá veřejná sféra. Naopak v případě aplikačního diskursu, jenž je charakteristický pro instituce vykonávající *moc administrativní* (tj. exekutivu a judikativu), není cílem nalézt ospravedlnění pro již platnou normu, ale stanovit, která z norem má být aplikována v konkrétním případě. Přijmeme-li toto dělení a zároveň akceptuje tvrzení o stejné základní funkci ústavního a obecného soudnictví, můžeme zpochybnit námitku nedemokratického charakteru této instituce.²⁵

(2) Ústavní soudy disponují zvláštní smyslem pro racionalizaci diskursu, jež pramení ze specifického institucionálního étosu soudu jakožto nestranného arbitra, kterýžto je vzdálen pluralistické a tím pádem soutěživé povaze parlamentních institucí, přičemž je zároveň schopný naslouchat hlasu veřejné sféry.²⁶

5 Pluralita kontrolních mechanismů? (Ch. Zurn)

Habermasem předkládané ospravedlnění existence ústavního soudnictví se jeví být v mnoha ohledech problematickým. Jednu z nejpřesvědčivějších a zároveň konstruktivních kritik učinil Christopher Zurn. Ačkoliv přejímá základní Habermasovu myšlenku o »co-originalitě« principů demokracie a lidských práv, zároveň zpochybňuje její vyústění v systém s dominantním ústavním soudem. Příčinou je zpochybnění teze o možnosti striktního členění diskursů na ospravedlňující a aplikační.

Dle Zurna je nutné za základní problém považovat *nevyhnutelnou proměnu* každého orgánu ochrany ústavnosti v orgán jejího faktického dotváření. Příčinou této skutečnosti však není ani tak uzurpace moci daným orgánem, ale působení faktických determinant,

²⁴ K podobě těchto práv viz Habermas 1994, 155-7.

²⁵ Ibid., 285 a 318. Viz Günther 1988.

²⁶ Ibid., 322-4. Habermas ve svém zdůvodnění vychází z prací F. I. Michelmana (srov. Michelman 1988).

jakými jsou např. sémantická nejasnost ústavních norem, působení neformálních „ústavních“ institucí či změny sociálního prostředí.²⁷ Klíčovým problémem však je faktická nemožnost striktního oddělení aplikačního od ospravedlňujícího diskursu.

Jak již jsem výše nastínil, zatímco úkolem ospravedlňujícího diskursu je stanovit, které normy budou platné, tj. jedná se o diskurs veřejné debaty, technicistní aplikační diskurs pouze stanovuje použitelnost jedné z množiny *prima facie* použitelných norem v konkrétním případě. Skutečně však lze s takto striktním odlišením souhlasit? Považuji za správnou námitku, že problém stanovení validity právních norem nemůže být zcela vyřešen v rámci legislativního procesu. Na této úrovni může být stanovena pouze obecná platnost právní normy, jejíž platnost v relevanci ke konkrétním případům však může být stanovena pouze při aplikaci práva, tj. aplikačního diskursu. Ospravedlňující a aplikační diskurs je proto nutné považovat za souvztažné, a nikoliv za oddělitelné diskursy.²⁸ Tento problém, společně s dalšími problémy plynoucími především ze sémantické nejasnosti ústavních norem otevírají široký prostor pro proměnu »negativního « zákonodárce v »pozitivního«.

Jak tento prostor zmenšit? Aby dostaly své funkci, musí instituce chránící ústavnost splňovat určitá kritéria: být nezávislá, zajišťovat koherenci právního systému, musí být schopna účinně řešit ústavní problémy a mít k tomu dostatečnou jurisdikci. Zároveň však musí být dostatečně sensitivní k názorům veřejnosti, jež tvoří základ deliberativního pojetí demokracie.²⁹ Všem podmínkám, jež se často nacházejí ve vzájemném rozporu, nemůže zcela dostát jediná instituce. Zurn proto navrhuje *vertikální* a *horizontální* dělbu ústavních kompetencí. V horizontální rovině je navrhován dělba mezi *ústavní soud, seberegulační interní panely* v rámci legislativy i exekutivy a mechanismy zajišťující *debatu mezi jednotlivými složkami moci*, jako je například institut »měkkého« přezkumu ústavnosti či zrušující nález ústavního soudu s odkladným účinkem. V rámci vertikální linie, jejímž primárním úkolem je zajistit větší citlivost k názorům neformální, či slovy Habermase „slabé“, veřejné sféry. Instituty k tomu vhodnými jsou *zjednodušení způsobů přijímání ústavních změn* a institucionalizace *ústavních fór*, jež plní vzdělávací a socializační funkci ve vztahu k ústavnímu diskursu.³⁰

Ačkoliv lze takovýto přístup považovat za inovativní, bližší pohled ukazuje na řadu rozporů, jež tento model obsahuje. Základním je samotné vymezení účelu navrhovaných institucí. Přestože se Zurn v celé práci zabývá otázkou ochrany ústavnosti, v této, z celé práce jistě nejdůležitější, části náhle přechází k zdůrazňování funkce »ústavního rozvažování«.³¹ Tento obrat může být částečně zdůvodněn snahou o zamezení přílišné extenze ústavního soudnictví do již zmiňované role »pozitivního zákonodárce«. Zurn totiž přejímá od Habermase a zastánců procedurálního ospravedlnění ústavního soudnictví tezi o nutné existenci ústavního soudu jakožto arbitra ústavnosti zákonodárceho procesu. K tomuto účelu má sloužit nezávislý, centralizovaný systém ústavního přezkumu, jenž je však omezen pouze na abstraktní kontrolu ústavnosti. Není pak ovšem jasné, jakým způsobem mohou případnou rozpínavost tohoto orgánu omezit další navrhované formální instituce. Je jistě pravdou, že existence interní debaty o ústavní dimenzi projednávaných otázek v rámci jednotlivých složek moci může přispět k ústavní kultivaci jejich činnosti,

²⁷ Zurn 1997, 257-64.

²⁸ Ibid., 257.

²⁹ Ibid., 266-72.

³⁰ Ibid., kap. 9 (k ideji *ústavních fór*, resp. *dne deliberace* viz Ackerman & Fishkin 2002).

³¹ Ibid., 265 a 301.

popřípadě zamezit *aktům dvojí demagogie*.³² Vnitřní institucionální debata však nikterak nemůže napravit chyby způsobené jinou (soudní) mocí.

Absence korektivních mechanismů, za výjimku lze považovat pouze některé instituty »měkkého« přezkumu ústavnosti, poukazuje na nutnost důkladného rozpracování modelu ústavního soudnictví s řadou seberegulačních prvků. Bohužel, návrh takovýchto prvků Zurnova teorie zcela postrádá. Toto zásadní negativum se nejvýrazněji projevuje v zřejmě nejvýznamnější oblasti, jíž je metodologie ústavněprávní argumentace. Přestože autor správně upozorňuje na nutnost racionálního zdůvodnění rozhodovací činnosti ústavních soudů, spokojuje se s konstatováním o široce přijímaných technikách ústavněprávní argumentace, jež byly přijaty k zvýšení racionalit soudního rozhodování.³³ Takovéto prohlášení však stojí v přímém rozporu s jeho dřívějším tvrzením, dle kterého je existence konkurenčních teorií metodologie ústavní interpretace odpovědí na sémantickou nejasnost ústavních norem.³⁴ Ačkoliv je tedy hlavním předmětem autorovi kritiky Habermase poněkud naivní přístup k aplikaci ústavního práva, sám se řešení tohoto problému taktéž vyhýbá.³⁵

6 Ústavní soud jako příklad »veřejného rozumu« (J. Rawls)

Jak již jsem v předchozí kapitole uvedl, původní Rawlsova teorie spravedlnosti byla z řad stoupenců deliberativní demokracie kritizována pro její příliš spekulativní charakter. Tohoto nedostatku si byl vědom i její autor. Jak sám v úvodu svého druhého vrcholného díla uvádí, *Teorie spravedlnosti* (1971) představuje jednu z forem všeobsažných učen. Charakteristickým znakem moderních společností však je pluralita protichůdných, avšak rozumných všeobsažných učen. Tato skutečnost musí být reflektována politickou filosofií, pročež má být napříště jejím cílem „odhalit podmínky umožňující zajistit rozumné veřejné základy pro ospravedlnění fundamentálních politických otázek“.³⁶

Jednou z elementárních podmínek, jež uskutečňují tento požadavek, je respektování liberálního principu legitimacy, tj. požadavku na zachování reciprocity:

Náš výkon politické moci je řádný pouze tehdy, pokud upřímně věříme, že argumenty, kterými bychom ospravedlňovali naše politické jednání [...], jsou dostačující a zároveň taktéž rozumně akceptovatelné ostatními občany.³⁷

Ačkoliv může každý z nás zastávat odlišnou či dokonce protichůdnou morální doktrínu, princip »demokratického občanství«, který pramení z faktické nutnosti být členem politické

³² Tímto příznačným termínem je označován stav, kdy některá ze složek veřejné moci populisticky učiní protiústavní akt (demagogie č. 1), aby následně po zrušení předmětného aktu prohlásila jednání ústavního soudu za nedemokratické (demagogie č. 2). Ibid., 303.

³³ Ibid., 278.

³⁴ Ibid., 258.

³⁵ Ibid., 232 pozn. č. 12. Na okraj lze ještě poznamenat, že překvapivý je taktéž autorův odpor k ústavněprávní deliberaci mezi ústavním a řádnými soudy. Ačkoliv je tento typ deliberace často zvýrazňován jako jeden z nejučinnějších, Zurn jej odmítá pro možnou „infiltraci“ řádného soudnictví ústavními otázkami, jež by tyto instituce neměli z hlediska jejich legitimacy řešit (ibid., 282); k opačnému stanovisku van Hoecke 2001, 420.

³⁶ Rawls 1996, xxi.

³⁷ Rawls 1997, 771.

společnosti, nevyhnutelně zakládá uznání občanů jakožto navzájem si rovných a svobodných osob, čemuž musí být uzpůsobena taktéž možnost výkonu politické moci.³⁸

Výrazem požadavku konsenzuálního ospravedlnění jejího výkonu je koncept *veřejného rozumu*.³⁹ Z argumentačního hlediska spočívá hlavní význam tohoto konceptu v definování omezené skupiny tzv. *veřejných argumentů*,⁴⁰ jež lze použít ve veřejné diskusi:

[P]ři ospravedlňování [výkonu politické moci] se můžeme odvolat pouze na v současné době obecně přijímané názory, formy argumentace založené na zdravém rozumu [common sense] a na vědecké metody a závěry, pakliže nejsou předmětem kontroverze.⁴¹

Požadavek na omezení argumentačního prostoru se však netýká jakékoliv diskuse, nýbrž „pouze“ veřejné diskuse o základních ústavněprávních otázkách. Právě na této úrovni jsou konstituovány základní prvky liberální demokratické společnosti, tj. obecná struktura politického procesu a základní práva a svobody. Je-li ochrana ústavnosti spojena s existencí ústavního soudnictví, a tuto skutečnost Rawls jednoduše předpokládá, musí nutně platit, že „veřejným rozumem je rozum ústavního soudu“.⁴² V ústavních demokraciích není suverénem parlament, ale lid, jemuž náleží ústavodárná moc. Ústavní soud je ve své podstatě protivětšinovou institucí, nikoliv však institucí nedemokratickou. Finálním arbitrem výkladu a aplikace ústavy není soud, ale ústavodárná vůle lidu, jež se projevuje ve zlomových momentech.⁴³

Představuje-li ústava, resp. esenciální ústavní hodnoty, základní principy veřejného rozumu, činnost ústavních soudů poté ztělesňuje faktickou činnost veřejného rozumu, tj. způsob, jakým by měla probíhat debata o zásadních ústavněprávních otázkách. Mají-li přitom soudci dostát požadavku liberální legitimacy, musí být jejich rozhodování ospravedlněno tomu odpovídajícími argumenty:

[O]čekává se, že se soudci odvolávají na politické hodnoty veřejné koncepce [spravedlnosti] kdykoliv se jich dovolává, ať již výslovně či implicitně, samotná ústava [...] Musejí se proto odvolat na ty politické hodnoty, o nichž mají za to, že náleží k nejrozumnějšímu pojetí veřejné koncepce spravedlnosti a veřejných důvodů.⁴⁴

³⁸ Rawls 1996, 134-44 a 216.

³⁹ Termín *Public reason* lze překládat dvěma způsoby: (1) *Veřejný rozum* označující podmínky veřejné deliberace; (2) *Veřejný argument* (resp. veřejně obhajitelný argument), jež lze v rámci veřejné deliberace vznést.

⁴⁰ Rawls odmítá hovořit o *diskurzech* jakožto o argumentačně nejasném pojmu (Rawls 1996, 220). Klíčovými jsou naopak *důvody* (*arguments*), jež tvoří substanci ospravedlnění: „Veřejné ospravedlnění není pouze platným odůvodněním, ale argumentem adresovaným ostatním“ (Rawls 1997, 786).

⁴¹ Rawls 1996, 244.

⁴² Ibid., 231.

⁴³ Rawls výslovně přejímá Ackermanovu teorii *dualitního demokratického konstitucionalismu*, jež je založena na odlišení „ústavodárné“ a „běžné“ politické deliberace. Základ této teorie vychází z v kontinentální doktríně známého dělení na „moc ustavující“ a „moc ustavenou“ (viz Ackerman 1984, 1049-57).

⁴⁴ Rawls 1996, 236.

Nabízí se otázka, zdali není nepřijatelné používat jiné argumenty, než ty, jež jsou akceptovatelné všemi občany. Toto omezení logicky plyne ze základních politických hodnot, tj. vzájemné rovnosti a svobody všech občanů. Takovýto závěr však Rawls odmítá. Argumentace neveřejnými důvody, pakliže slouží k posílení důvodů veřejných, je za určitých podmínek nejen možná, ale zároveň taktéž potřebná k překonání rozporů v teoretickém zdůvodnění základních principů.⁴⁵ Jak ovšem v následující části ukážu, takovýto předpoklad je velmi nejistým řešením zásadního problému.

7 Vláda exklusivních argumentů (R. den Otter)⁴⁶

Za ústavněprávní „vyhrocení“ teorie *veřejného rozumu* lze považovat dílo Ronalda Den Ottera. Ten sice přejímá tezi o svobodě a rovnosti jakožto základních politických hodnot i nutnost veřejného ospravedlnění jednání státu na základě veřejných argumentů, zároveň se však od Rawlse striktně odlišuje ve svém důrazu, který klade na exklusivní povahu veřejných argumentů. Dle Ottera lze rozlišit tři možné modely užívání veřejného rozumu: (i) *Laissez-faire* pojetí předpokládá, že „všechny důvody mohou potenciálně být veřejnými a že účastníci deliberace by měli poskytovat své nejlepší důvody, bez ohledu na jejich obsah či původ“.⁴⁷ Naopak (ii) *exklusivní pojetí* veřejného rozumu je založeno na striktním omezení argumentačních možností. Účastníci deliberace musejí apriorně předpokládat, že určité argumenty mohou být ostatními účastníky odmítnuty pro jejich morální kontroverznost. V rámci diskuse lze proto argumentovat pouze veřejnými důvody, založenými na konsensu. (iii) *Inklusivní pojetí* představuje kompromis mezi předchozími variantami, když umožňuje, aby lidé v rámci deliberace vznášeli krom veřejných důvodů taktéž důvody soukromé, pakliže se nevyklučují s důvody veřejnými.⁴⁸

Den Otter preferuje *exklusivní pojetí*. Pouze takové kroky státu, jež se neopírají o morálně kontroverzní doktríny, mohou zajišťovat stabilitu pluralitní společnosti. Ústavní soudy přitom představují nejvhodnější místo pro identifikaci exklusivních veřejných argumentů, tj. jedná se o orgán, který nejlépe zachází s *ústavním veřejným rozumem*, jehož cílem je „strukturace argumentace v případech ochrany lidských práv a rovného zacházení“.⁴⁹

Úloha ústavních soudů ovšem nespočívá pouze v identifikaci základních ústavních hodnot společnosti, ale především v jejich aplikaci v konkrétních případech. Abstraktnost základních principů má za následek stav *rozumné neshody* (*reasonable disagreement*), v němž je možné předložit rozumné argumenty (tj. veřejné důvody) na podporu protichůdných závěrů. A právě tento fakt posiluje argument ve prospěch ústavního soudnictví. Obsah veřejných důvodů nelze pevně stanovit. Skutečná množina použitelných důvodů i jejich konkrétní obsah vždy závisí na okolnostech jednotlivých případ. Soudce, jenž je schopný

⁴⁵ Rawls 1996, 247-8; Rawls 1997, 776 a 783-7.

⁴⁶ Deskriptivní část této kapitoly vychází z mé dřívější práce Broz 2012b.

⁴⁷ Den Otter 2009, 110.

⁴⁸ Ibid., 111-30 (k tomuto dělení viz také Solum 1993, 741-51).

⁴⁹ Ibid., 140.

abstrakce od vlastních zájmů a lepšího »zření« a vážení veřejných důvodů, je schopnější posoudit konkrétní případy, než ostatní složky státní moci.⁵⁰

Podstatou rozumné neshody však nejsou specifické okolnosti konkrétního případu, jež stanovují normativní obsah veřejných důvodů, ale přítomnost a závažnost kolidujících principů. Při vážení normativní síly jednotlivých důvodů platí následující zásada: „Čím více se důvod váže k svobodě a rovnosti, tím spíše se jedná o lepší důvod“.⁵¹ Ani tak však nezaručuje jednoznačné řešení. Za *obtížné* lze považovat právě ty případy, ve kterých se rameno váhy zřetelně nevychyluje ve prospěch žádného z argumentů, resp. řešení. Jak tedy určit v takovémto případě výsledek? Tuto otázku dle autora řeší hlasování soudců, v jehož prospěch hovoří *presumpce správného názoru většiny*, pakliže je tento názor dostatečně zdůvodněn rozumnými argumenty. Ačkoliv se takovýto závěr může jevit poněkud překvapujícím, ve skutečnosti odráží procedurální podstatu užívání veřejného rozumu jakožto souboru principů, které určují podmínky veřejné deliberace: „Metoda je důležitější než výsledek [...]“.⁵² Cílem soudního rozhodování nemůže být stanovení nade vší pochybnost správného výsledku, ale závěru, který mohou na základě korektní rozumné argumentace *akceptovat* i lidé, kteří se přiklánějí k závěru opačnému.

Za přínos nastíněné teorie lze jistě považovat snahu o podrobnější popis interpretační metodologie, jejíž základní rysy odpovídají modernímu kontinentálnímu pojetí volného nalézání práva a diskursivní právní argumentace.⁵³ Na straně druhé však nelze pominout, že takto formulovaná teorie zdůrazňuje nedostatky obsažené již v Rawlsově inkusivním pojetí a zároveň vytváří prostor pro vznášení dalších námitek. Ponechme nyní stranou fundamentální teoretickou námitku o sebezničujícím potenciálu této teorie⁵⁴ a věnujme se námitkám praktičtějším, právním.

První zásadní námitkou vůči představené teorii je koncepční nejasnost působnosti kritéria veřejného ospravedlnění. Přestože autor na mnoha místech v návaznosti na Rawlse zdůrazňuje roli ústavních soudů jakožto subjektů schopných dostát požadavkům veřejného ospravedlnění, není zcela jasné, zda mají být soudy jediným subjektem, jenž je svázán požadavkem na veřejné ospravedlnění svých kroků. Takovéto tvrzení by logicky vzato bylo inkonzistentní s celým pojetím ochrany ústavnosti. Pakliže může výrok soudu ospravedlnit pouze argumentem φ , zatímco platnost zákona argumenty φ a ψ (přičemž ψ je »neveřejný argument«), nelze zajistit koherenci obou přístupů. Zdá se proto vcelku intuitivním autorovo ojedinelé tvrzení o nutnosti vyžadovat výlučně veřejný způsob ospravedlnění i po moci zákonodárné.⁵⁵ Takovéto omezení této moci je však stěží slučitelné s ideami

⁵⁰ Ibid., 173-82.

⁵¹ Ibid., 185.

⁵² Ibid., 176.

⁵³ Viz zejm. Kühn 2002; Hlouch 2011.

⁵⁴ Stručně řečeno, tato námitka spočívá ve vlastním porušení základní premisy teorie *veřejného rozumu*. Je-li určitý princip kontroverzní, nesmí stát prostřednictvím tohoto principu ospravedlňovat své jednání. Kontroverzním je však i samotný princip veřejného ospravedlnění, tj. ani o něj nelze opírat konání státu. K podrobné kritice viz Raz 1998, k snaze o vyvrácení této kritiky naopak Freeman 2004.

⁵⁵ Den Otter 2009, 139. Nutno podotknout, že v následujících partiích své knihy autor tento předpoklad opětovně implicitně neguje.

deliberativní demokracie, jež se ve své konceptuální rovině přiklání spíše k modelu *laissez-faire* argumentace.⁵⁶ Ačkoliv bývá takováto kritika obvykle směřována vůči Rawlsovi, den Otterův přístup po mém soudu daleko pregnantněji ukazuje slabiny konceptu »veřejného rozumu«. Zatímco v případě deliberace o základních ústavněprávních otázkách lze omezení argumentačního rámce připustit, v rámci běžného politického procesu mohou takováto omezení paradoxně vést k celkové destabilizaci politického systému.

Druhým problémem je proklamovaná neutralita politického liberalismu, resp. konceptu veřejného ospravedlnění. Skutečnost, že politický liberalismus není hodnotově neutrální, již byla bezpečně prokázána. Z hlediska ústavněprávní interpretace je problematická zejména snaha o neutrální výklad pojmů *svoboda a rovnost*. Zeptáme-li se lidí, zda se ztotožňují s ideami svobody a rovnosti, budou povětšinou souhlasit. Problémem ovšem je, že kdykoliv člověk vyslovuje souhlas s jistým principem, vyslovuje vždy souhlas s určitou představou o obsahu a možné aplikaci tohoto principu. Tento fakt není sám o sobě problematický, jelikož den Otter připouští, že základní principy užívání veřejného rozumu mohou být kompatibilní s určitými morálními doktrínami či ideologiemi, pakliže s daným principem souhlasí i lidé s odlišnými morálními postoji.⁵⁷ Problémem však je požadavek na vyloučení všech kontroverzních výroků o svobodě. Je možné definovat obsah pojmů svoboda a rovnost tak, aby na jedné straně poskytovali návod pro rozhodování soudů a na straně druhé s ním mohli všichni lidé souhlasit? Obávám se, že ve většině konkrétních případů bude odpověď záporná. Den Otterova snaha tak naráží na meze teoretické nejednotnosti při užívání abstraktních ústavních norem, na něž ve své práci bystře upozornil Ch. Zurn.⁵⁸

⁵⁶ Srov. Benhabib 1994, 35-9; Habermas 1995, 128.

⁵⁷ Den Otter 2009, 208.

⁵⁸ Zurn 1997, 258-9.

III

Meze deliberativního konstitucionalismu

8 Deliberace a právní diskurs (R. Alexy)

Předchozí kapitoly zřetelně poukázaly na meze, které vykazují teorie deliberativní demokracie, jež jsou primárně konstruované prizmatem politické teorie. Zatímco se Habermasův přístup vyznačuje překvapivě nekritickou vírou v možnost oddělitelnosti aplikace práva od jeho tvorby, Rawls s nemístnou důvěrou akceptuje způsobilost soudců nejvyšších (ústavních) soudů být reprezentantem »veřejného rozumu«. Kritická rozpracování těchto teorií, jež ve svých pracích představují Ch. Zurn a R. Den Otter, působí z právního hlediska poněkud přesvědčivějším dojmem. Den Otterovu práci však pro její přílišné lpění na exklusivním pojetí veřejných argumentů lze jen stěží považovat za teorii deliberativní demokracie. Lze totiž oprávněně namítat, že apriorní vyloučení rozsáhlé množiny argumentů ve své podstatě protirečí původní ideji deliberativního fóra, jež byla nastíněna v prvních dvou kapitolách této práce. Naopak Zurnova práce, ačkoliv z tohoto pohledu akceptovatelná, trpí závažným nedostatkem v podobě chybějící metodologie ústavněprávní argumentace.

Jak předchozí řádky naznačují, je namístě se ptát, zda není vhodnější vytvářet teorii *deliberativního konstitucionalismu*, tj. teorii ústavněprávní roviny deliberativní demokracie, raději z pozic ústavní teorie. Jinak řečeno: „Neměli by teorii deliberativní demokracie raději vytvářet ústavní právníci než političtí teoretici?“

Jednou z nejznámějších teorií deliberativního konstitucionalismu je teorie německého právního filosofa R. Alexyho.⁵⁹ Jeho zájem je dlouhodobě věnován problematice právní argumentace v návaznosti na *teorii právního diskursu*. Právní diskurs přitom nelze chápat jinak, než jako zvláštní případ (Sonderfallthese) obecného praktického diskursu. Ačkoliv Alexy ve svých dřívějších pracích nevěnoval definici praktického diskursu větší pozornost, pod tlakem rostoucí kritiky se jal obecný pojem praktického diskursu specifikovat: Cílem diskursu není prosté zajištění konsensu, nýbrž docílení nestrannosti za pomoci diskursivních pravidel. Diskurs tak má navodit situaci, která umožňuje dosažení akceptace ze strany všech občanů.⁶⁰ Alexy si je však od počátku vědom hypotetičnosti ideálního diskursu odehrávajícího se „za podmínek časové neohraničenosti, neomezeného členství, neformálnosti a absolutní řečové jasnosti a informovanosti“.⁶¹ Skutečná deliberace vždy podléhá omezením reálného světa. Ideální diskurs proto „pouze“ představuje měřítko a regulativní ideu diskursu praktického, jehož povaha je ve vztahu k ideálu pouze

⁵⁹ Některými aspekty Alexyho díla jsem se zabýval již ve své práci Broz 2011 (zejm s. 8-10). Inspirativním zdrojem při psaní této práce my však byla, krom Alexyho vlastních textů, především stat' Bäcker 2011.

⁶⁰ Alexy 2009, 155-6.

⁶¹ Alexy 1995, 113.

aproximativní. Reálný diskurs se tudíž může optimálním podmínkám pouze více či méně přiblížit, nikdy jim však nemůže zcela vyhovět.⁶²

Faktické meze ideálního diskursu předznamenávají *problematiku diskursivního poznání*. V rámci diskursu (deliberace) lze často dospět do situace, kdy jednotliví aktéři zaujmají protichůdné postoje, jež jsou však »diskursivně možné«, tj. nelze je vyvrátit za pomoci diskursivních pravidel. Takovýto stav je ovšem v rozporu s ideou práva jakožto koherentního a universálního celku. Nutným pokračováním obecného praktického diskursu P^p je proto úroveň národní legislativy P^r, jejímž úkolem je stanovit diskursivně akceptovatelnou právní normu, jejíž určení zmírňuje nejistotu pramenící z teoreticky nekonečného diskursivního procesu. Alexyho teorie tak v mnohém navazuje, byť často nevědomky, na myšlenky B. Manina a J. Cohena o nutném vyústění deliberace v právně-normativní, tj. obecně závazný, právní akt. Na rozdíl od klasických teoretiků deliberativní demokracie však Alexy nezůstal pouze u tohoto konstatování. Právní norma nemůže dost dobře vystihnout řešení všech případů, jež pod ni mohou být v budoucnu subsumovány. Otázka, zda a popřípadě jak má být určitá norma na určitý případ aplikována, může mít taktéž řadu diskursivně možných odpovědí. Je proto úlohou soudnictví (P^s), aby za pomoci speciálního právního diskursu (Pⁱ) nalézal ospravedlnitelná řešení případných kontradikcí při aplikaci práva.⁶³

Právní diskurs tak již od počátku tvoří významnou složku Alexyho modelu. Tento fakt si zasloužení ocenění především v souvztažnosti k autorově metodologii aplikace základních práv, jež spolu s teorií právní argumentace (právního diskursu) vytváří na první pohled mohutný a zároveň koherentní systém ústavněprávní teorie. Jako důkaz může posloužit oblast ústavní ochrany socioekonomických práv.

Třetí princip ideální deliberativní procedury »I4« požaduje formální i substanciální rovnost všech účastníků deliberace, tj. občanů. Jak přitom její autor J. Cohen v jiné práci správně upozorňuje, tato podmínka může ve své krajní podobě vyústit v požadavek specifického socialismu.⁶⁴ Přiměřená ochrana socioekonomických práv tak hraje jednu z ústředních rolí deliberativního konstitucionalismu, jejíž řešení však naráží na řadu faktických i metodologických překážek. Není proto překvapující, zároveň však taktéž stěží omluvitelné, že shora představované teorie rezignují na řešení této otázky.⁶⁵ Alexy naproti tomu nabízí přinejmenším ve svém základu akceptovatelné řešení, jímž je modifikovaný princip poměrování, který má zjistit zachování práv na existenční sociální minimum.⁶⁶

Nespornou výhodou Alexyho práce tudíž je vyzdvižení významu právní argumentace, konkrétněji pak především definování diskursivních pravidel umožňujících řádné a

⁶² Ibid., 124. Praktický diskurs tudíž vykazuje stejný (aproximativní) charakter jako deliberativní demokracie (viz kap. 3).

⁶³ Ibid., 105-8. Ačkoliv Alexy označuje svůj diskursivní model za čtyřstupňový (P^p→P^r→Pⁱ→P^s), souhlasím s Bäckerem, že v praktické rovině nelze ostře oddělovat diskursivní úroveň P^p a Pⁱ od decisionistických úrovní P^r a P^s (srov. Bäcker 2011, 353).

⁶⁴ Viz Cohen 1989 (srov. taktéž Habermas 1994, 156).

⁶⁵ Den Otter 2009, 2 pozn. č. 9; Zurn 2007, 232 pozn. č. 12.

⁶⁶ Alexy 1996, 454-73 (viz také Broz 2011, 19-22).

transparentní zdůvodnění aplikace práva i v tzv. »obtížných případech«. ⁶⁷ Zároveň je ovšem patrné, že představovaná teorie naráží na překážky mající původ v oblasti morální a politické teorie.

(i) Alexyho diskursivní teorie, stejně jako obdobná teorie Habermasova, naráží na problém ospravedlnění vlastních ospravedlňujících kritérií. Lze-li existenci lidských práv zdůvodnit pomocí diskursivních pravidel, *čím poté můžeme zdůvodnit fundamentální hodnotu diskursivních pravidel samotných?* Jedním ze způsobů je odkaz na empirickou, resp. naturalistickou povahu takovýchto pravidel. Jinými slovy, jelikož jsou lidé tvory společenskými, musí určité modalities interpersonální komunikace tvořit základ mezilidské interakce a tím i společnosti jako takové. ⁶⁸ Alexy si je však vědom skutečnosti, že prostá deskripce neimplikuje normativní význam takovýchto jevů. Jak proto ve svých novějších pracích upozorňuje, metafyzický základ lidských práv nelze založit pouze na diskursivních pravidlech, ale taktéž na *existenciální složce*, jež zdůvodňuje samotnou akceptaci těchto pravidel. ⁶⁹ Základ této složky ovšem zůstává velmi nejasný. I když akceptujeme premisu o lidech jakožto „nutně diskursivních stvořeních“, ⁷⁰ stále není jasné, jaké substanciální závěry z této premisy plynou. Ačkoliv Alexy svou teorií míří vůči post-metafyzickým teoriím Rawlse a Habermase, v konečné podobě naráží jeho teorií na stejný problém ospravedlnění, jako teorie jím kritizované.

(ii) Velmi problematickou se jeví být taktéž teze o ústavním soudu jakožto nejlepším či dokonce jediném možném ochránci základních práv. ⁷¹ Dle Alexyho ústí vývoj od formálního pojetí právního státu k představě ústavního státu nutně v předpoklad dominantního ústavního soudu, jenž představuje jedinou instituci schopnou bránit ústavní základy před demokratickým procesem. Jak jsem se však již v páté kapitole snažil naznačit, obrana před demokratickým procesem povětšinou představuje taktéž odpor vůči samotnému základu deliberativního konceptu demokracie. Naráží-li Zurnova teorie na neschopnost přesvědčivě vysvětlit vztah ústavního soudu k ostatním institucím »ústavní deliberace«, naráží Alexy naopak na faktické potlačení významu těchto institucí.

Jak vidno, Alexyho diskursivní teorie si vybírá vysokou daň za svou preciznost v oblasti právní teorie ve sféře morální a politické teorie.

9 Závěrem: právo vs. politická teorie

Koncem minulého roku si Zdeněk Kühn při jednom veřejném vystoupení pochvaloval nově ustavenou možnost soudců Nejvyššího správního soudu připojovat svá odlišná

⁶⁷ Bohužel, na tomto místě nelze tomuto tématu věnovat prostor, jež by si bezesporu zasloužil. Omezují se proto na odkaz na relevantní českou literaturu k tomuto tématu: Kühn 2002, 56-64; Hlouch 2011, 176-91.

⁶⁸ Viz např. Gewirth 1978, 1143-47.

⁶⁹ Alexy 2004, 21; Alexy 2009, 162.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Alexy 1998, 260-61. *Základní práva* představují v Alexyho teorii positivisovaná (ústavně zaručená) *lidská práva*.

stanoviska k majoritním rozhodnutím.⁷² Tři odlišná stanoviska, připojená o týden později k usnesení⁷³ o zamítnutí návrhu na registraci kandidátních listin při volbě prezidenta republiky, však ukázala, že tento institut nemusí sloužit pouze k větší transparentnosti soudního rozhodování, ale taktéž k podkopání jeho autority. Ačkoliv lze souhlasit z Kühnovou tezí o legitimizaci soudního rozhodování prostřednictvím větší transparentnosti, nelze opomíjet, že si řada lidí spojuje legitimitu soudní moci s domnělou jednomyslností a jednoznačností soudních rozhodnutí.⁷⁴

Zmiňovaný příklad ani tak nepoukazuje na nesprávnost Kühnových argumentů, jako spíše na pluralitu názorů a východisek, které panují v oblasti politické teorie a jež se nutně projevují i v množství rozličných názorů na úlohu soudů, především ústavních, v deliberativní demokracii, jichž jsme byli svědky v předchozích kapitolách. Množství rozporů se přitom ještě znásobí, uvědomíme-li si skutečnost, že ačkoliv tato práce vychází z určité priority politické teorie před teorií ústavní, ústavní právo nemůže být jakožto právní subsystém nikdy zcela podrobeno teorii politické. Politika a právo jsou systémy nutně propojené, nikoliv však identické.⁷⁵

Nelze tudíž považovat za překvapivé konstatování, že *žádná z představených teorií neposkytuje zcela uspokojivý model ústavněprávní deliberace, zvláště pak ve vztahu k metodologii právní argumentace*. Naopak, zůstává otázkou, zda lze takovýto model vůbec nalézt. Vědomí mnoha kontradikcí mezi politickým a právním systémem, jakož i přítomnost řady rozporů v rámci těchto systému samotných, nás může od snahy dalšího přemýšlení o takovémto modelu odrazovat. Domnívám se však, že opuštění této snahy by bylo v přímé kontradikci s podstatou deliberace: cílem není dosáhnout všemi lidmi odsouhlaseného řešení, ale výsledku, jenž může být lidmi považován za racionálně akceptovatelné řešení. Deliberace, tj. cesta, může být někdy pro společnost důležitější než její výsledek. Stejně tak přemýšlení o významu lidské interakce při utváření politických rozhodnutí může být často přínosnější než její výsledek v podobě určitého teoretického systému.

Přestože tedy nelze zkoumané téma zřejmě vyřešit s konečnou platností, je po mém soudu třeba mu nadále věnovat zvýšenou pozornost. Pouze tak lze docílit stavu, v němž bude politický systém ve vztahu kooperace a nikoliv kohabítace k systému ústavního práva.

⁷² Jednalo se o Kühnův příspěvek “První a druhý Ústavní soud”, přednesený dne 11. prosince 2012 na konferenci *20 let Ústavy České republiky*.

⁷³ Vol 11/2012 – 63 (Ochrana ve věcech registrace - T. Okamura), dostupné na www.nssoud.cz.

⁷⁴ Srov. zejm. Lasser 2004, 322-60.

⁷⁵ K tomu Baňouch 2009.

Bibliografie

- Ackerman, Bruce. 1984. "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution" *The Yale Law Journal* 93: 1013-72.
- Ackerman, Bruce – Fishkin, James. 2002. "Deliberation Day" *The Journal of Political Philosophy* 10(2): 129-52.
- Alexy, Robert. 1995. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- . 1996. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- . 1998. "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat" in Gosepath, Stefan – Lohman, Georg (eds.). *Philosophie der Menschenrechte*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 244-64.
- . 2002. "Menschenrechte ohne Metaphysik?" *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52: 15-24.
- . 2009. "Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts" *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95: 151-66.
- Aristotelés 2009. *Etika Nikomachova*. Praha: Petr Rezek.
- Bäcker, Carsten. 2011. "Recht als institutionalisierte Vernunft?" *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 97: 346-59.
- Baňouch, Hynek. 2009. "Vymezení funkčních domén práva a politiky a efektivnost práva" in Wagnerová, Eliška – Pospíšil, Ivo (eds.). *Liber Amicorum Vladimír Klokočka*. Praha: Linde, 15-42.
- Benhabib, Seyla. 1994. "Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy" *Constellations* 1: 26-52.
- Bohman, James. 1998. "The Coming of Age of Deliberative Democracy" *The Journal of Political Philosophy* 6(4): 400-25.
- Broz, Jan. 2011. "Alexyho teorie základních práv a judikatura Ústavního soudu ČR" *IV. ročník Studentské a vědecké odborné činnosti, Právnická fakulta UK Praha*. Dostupné na: <http://svoc.prf.cuni.cz/sources/4/6/52.pdf> (12. 4. 2013).
- . 2012a. "Limity procedurální teorie demokratické legitimacy" *V. ročník Studentské a vědecké odborné činnosti, Právnická fakulta UK Praha*. Dostupné na: <http://svoc.prf.cuni.cz/sources/5/13/134.pdf> (12. 4. 2013).
- . 2012b. "Den Otter, Ronald. *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*" *Časopis pro právní vědu a praxi* 20(4): 409-10.

- Cohen, Joshua. 1989. "The Economic Basis of Deliberative Democracy" *Social Philosophy and Policy* 6: 25-50.
- . 1997a [1989]. "Deliberation and Democratic Legitimacy" in Bohman, James – Rehg, William (eds.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 67-92.
- . 1997b. "Procedure and Substance in Deliberative Democracy" in Bohman, James – Rehg, William (eds.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 407-38.
- Den Otter, Ronald. 2009. *Judicial Review in an Age of Moral Realism*. New York: Cambridge University Press.
- Elster, Jon. 1986. "The market and the forum: three varieties of political theory" in Elster, Jon – Hylland, Aanund (eds.). *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 103-32.
- Estlund, David. 1997. "Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority" in Bohman, James – Rehg, William (eds.). *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: The MIT Press, 173-204.
- Flynn, Jeffrey. 2004. "Communicative Power in Habermas's Theory of Democracy" *European Journal of Political Theory* 3(4): 433-54.
- Freeman, Samuel. 2004. "Public Reason and Political Justification" *Fordham Law Review* 72: 2021-72.
- Gewirth, Alan. 1978. "The Basis and Content of Human Rights" *Georgia Law Review* 13: 1143-70.
- Günther, Klaus. 1988. "Impartial Application of Moral and Legal Norms: A Contribution to Discourse Ethics" *Philosophy & Social Criticism* 14: 425-32.
- Habermas, Jürgen. 1994. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- . 1995. "Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism" *The Journal of Philosophy* 92: 109-31.
- . 1998. "Zur Legitimation durch Menschenrechte" in týž. *Die postnationale Konstellation*. Frankfurt/M.: Suhrkamp, 170-92.
- . 2001. "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?" *Political Theory* 29(6): 766-81.
- Hlouch, Lukáš. 2011. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk.
- Chambers, Simone. 2003. "Deliberative Democratic Theory" *Annual Review of Political Science* 6: 307-26.
- Kühn, Zdeněk. 2002. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum.

- Lasser, Mitchel. 2004. *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. Paperback edn. [2009]. Oxford: Oxford University Press.
- Manin, Bernard. 1987. "On Legitimacy and Political Deliberation" *Political Theory* 15(3): 338-68.
- Michelman, Frank I. 1988. "Law's Republic" *The Yale Law Journal* 97: 1493-1537.
- Nagel, Thomas. 1991. *Equality and Partiality*. New York: Oxford University Press.
- Nohejl, Marek. 2007. *Jednání, diskurs, kritika: Myslet společnost*. Praha: Sociologické nakladatelství.
- Rawls, John. 1996. *Political Liberalism*. Paperback edn. New York: Columbia University Press.
- . 1997. "The Idea of Public Reason Revisited" *The University of Chicago Law Review* 64(3): 765-807.
- Raz, Joseph. 1998. "Disagreement in Politics" *The American Journal of Jurisprudence* 43: 25-52.
- Rummens, Stefan. 2011. "Staging Deliberation: The Role of Representative Institutions in the Deliberative Democratic Process" *The Journal of Political Philosophy* 20(1): 23-44.
- Sandel, Michael. 1984. "The Procedural Republic and the Unencumbered Self" *Political Theory* 12(1): 81-96.
- Shapiro, Ian. 1999. "Enough of Deliberation: Politics is about Interests and Power" in Macedo, Stephen (ed.). *Deliberative Democracy: Essays on Democracy and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 28-38.
- Solum, Lawrence. 1993. "Constructing an Ideal of Public Reason" *San Diego Law Review* 30: 729-62.
- Tully, James. 2002. "The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy" *The Modern Law Review* 65: 204-28.
- van Hoecke, Mark. 2001. "Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation" *Ratio Juris* 14: 415-23.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon.
- Zurn, Christopher F. 2007. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York: Cambridge University Press.