

## Politika na Ústavním soudě?

### Vliv politického přesvědčení na hlasování soudců „druhého“ Ústavního soudu\*

#### 1. část – další část příspěvku bude publikována v nejbližším čísle časopisu

Jan Chmel\*\*

Ústava ČR má dohromady s Listinou základních práv a svobod celkem 8 149 slov.<sup>1</sup> To není nijak mnoho na dokumenty stanovující základní pravidla našeho státu, jeho demokracie, fungování základních orgánů či ochrany lidských práv v něm a tvořících rámec pro tvorbu jeho práva. Orgánem ochrany ústavnosti je Ústavní soud. Má-li tuto funkci smysluplně naplňovat, ústavní soudci zřejmě musejí být více, než jen pozornými čtenáři oněch 8 149 slov. Jejich rozhodování je vskutku aktivním *rozhodováním* a je podmíněno celou řadou faktorů. Není divu, že často není ani jednomyšlné. Pozice soudců jakéhokoliv ústavního soudu je do jisté míry dvojaká: jsou odborníky na ústavní právo a zároveň lidmi s určitým pohledem na svět, ideovým zakotvením, s určitými politickými názory – a s jistou možností, avšak dost možná nedostatečnou legitimitou,

aby tyto názory prosazovali. Přitom zřejmě neexistuje ostrá hranice mezi těmito póly jejich rozhodování, „odborným“ a „subjektivním“.

Toto postavení ústavních soudců spolu se silící rolí soudů obecně ve 20. století vyvolává ve světě i u nás kritiku politického rozhodování nikým nevolených soudců, tvořícího hlavní složku fenoménu nazývaného *judicializace politiky*.<sup>2</sup> Přítomnost politiky v rozhodování především vrcholných soudních institucí je jevem, který si zasluhuje důkladné zkoumání, kterého se mu ostatně ve světě dostává.<sup>3</sup> I v ČR je samozřejmě vnímán – jednak formou občasných kritických „výkřiků“ ze strany různých ústavních činitelů, týkajících se však

---

\* Článek vznikl v rámci specifického studentského výzkumu UK č. 266402/2013.

\*\* Jan Chmel, student Právnické fakulty UK v Praze, janchmel@gmail.com.

<sup>1</sup> Z toho 5 270 Ústava a 2 879 Listina. Včetně nadpisů. Samozřejmě, že kdybychom z nějakého důvodu chtěli spočítat všechna slova, která tvoří ústavní pořádek, bylo by výsledné číslo vyšší. Nehledě na to, že s ohledem na existenci nálezu Pl. ÚS 36/01, zahrnujícího ratifikované a vyhlášené mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách pod ústavní pořádek, bychom se těžko shodli, co vlastně počítat.

<sup>2</sup> Pojmy, které bývají používány a které se s výrazem *judicializace politiky* z jisté části překrývají a vyvolávají podobný typ diskuze, jsou soudcovský stát či soudcovský aktivismus. Viz HOLLÄNDER, Pavel. Kolaps „soudcovského státu“: Běží odpočítávání? In HLOUŠEK, Vít, ŠIMÍČEK, Vojtěch (eds). Dělbá soudní moci v České republice. Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2004, s. 16 an.

<sup>3</sup> Viz např. TATE, C. Neal, VALLINDER, Torrnbjörn, (eds). The Global Expansion of Judicial Power. New York and London: New York University Press, 1995. Znáмым textem je též: HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics. Fordham Law Review, November 2006, vol. 75, no. 2, s. 721 an.

většinou konkrétních případů,<sup>4</sup> jednak též odbornou diskuzí, která však nebývá příliš podrobná a drží se zatím spíše na teoretické úrovni.<sup>5</sup>

Poměrně přirozeně bývá kladena otázka, zda zásahy soudů do politických otázek jsou prostorem pro prosazování osobních politických názorů soudců. V této práci bych rád alespoň malým dílem přispěl k jejímu zodpovídání a pokusil se o aplikaci empirického přístupu k ní. Vhodným prostorem pro toto zkoumání se mi zdá být hlasování soudců Ústavního soudu ČR v oblasti soudního přezkumu ústavnosti zákonů (*constitutional review*) a shody či neshody v tomto hlasování. Proto se právě na něj v druhé části práce zaměříme, a to v podstatě statistickými metodami. První část práce bude ještě předtím věnována teoretickým východiskům tohoto postupu. Zároveň věřím, že podobně zaměřených a snad i dokonaleji provedených prací bude u nás přibývat, neboť s postupnou proměnou vnímání práva, související s určitým ústupem legalismu, se na osoby soudců a jejich funkci v systému práva musí nutně upírat větší a větší pozornost.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> *Mezi ty lze podle mě bohužel počítat i sborník Soudcokracie v ČR – fikce, nebo realita, který svým zajímavým názvem slibuje rozbor tohoto fenoménu, pro který vnesl do diskursu termín „soudcokracie“, ovšem skrývá spíše souhrn poznámek ke sporu prezidenta republiky s Ústavním soudem ohledně odvolání předsedkyně NS a zdrcující, nicméně odborně nevalné, kritiky růstu moci soudců. Viz LOUŽEK, Marek (ed). Soudcokracie v ČR – fikce, nebo realita? Praha: Centrum pro ekonomiku a politiku, 2006.*

<sup>5</sup> *Mezi domácí články, které se judicializaci politiky v různých souvislostech věnují, stojí rozhodně za zmínku například: KOŠAŘ, David. Kritika soudců: Mýty a polopravdy. Jurisprudence, 2010, č. 3, s. 5; HOLLÄNDER, Pavel. Kolaps „soudcovského státu“: Běží odpočítávání? op. cit.; KÜHN, Zdeněk. Jusnaturalismus vs. Juspozitivismus? Prvních deset let Ústavního soudu a proměna soudcovské ideologie aplikace práva. In HLOUŠEK, Vít, ŠÍMÍČEK, Vojtěch (eds). Dělna soudní moci v České republice, op. cit., s. 92 an.; KÜHN, Zdeněk. Postavení soudní moci v Evropě na počátku 21. Století a výhledy do budoucnosti. In ŠÍMÍČEK, Vojtěch (ed). Role nejvyšších soudů v evropských ústavních systémech – čas pro změnu? Brno: Masarykova univerzita, Mezinárodní politologický ústav, 2007, s. 72 an.; KYSELA, Jan: Kdopak by se soudcovského státu bál? Tamtéž, s. 127.; PŘIBÁŇ, Jiří. Moc soudní je „nejméně nebezpečná.“: několik poznámek k deficitu soudcovské samosprávy a nezávislosti české justice. In KYSELA, Jan (ed). Hledání optimálního modelu správy soudnictví pro Českou republiku. Praha: Kancelář Senátu Parlamentu ČR, 2008, s. 38 an.*

<sup>6</sup> *Projevem tohoto rostoucího zájmu u nás by mohlo být kupříkladu poměrně nedávné vydání sborníku. Jak se píše o soudech a soudcích: KYSELA, Jan, ONDŘEJKOVÁ, Jana a kolektiv. Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezináborové perspektivě. Praha: Leges, 2012.*

## I. Teoretická část

Předmětem našeho zájmu je otázka, nakolik je rozhodování ústavních soudců v oblasti *constitutional review* ovlivněno jejich politickým názorem. Základní východiska jejího zkoumání lze shrnout do tří základních tezí:

1. Ústavní soud v rámci soudního přezkumu ústavnosti řeší, zda na *politické otázky* byly ústavně přijatelným způsobem dány ústavně přijatelné odpovědi.
2. Neurčitost textu ústavních předpisů ponechává soudcům v některých případech při rozhodování o tom, co je ústavně přijatelné, prostor pro uvážení.
3. Je třeba se ptát, jaké faktory ovlivňují rozhodování soudců v rámci tohoto uvážení.

Každé z tezí je věnován jeden oddíl této části práce.

### I.1 Judicializace politiky

V základu soudního přezkumu ústavnosti zákonů stojí myšlenka *nadvlády práva nad zákonem*.<sup>7</sup> Existuje určitá oblast, do níž ani demokraticky volený zákonodárce (a samozřejmě ani výkonná moc) nesmí. Tuto oblast tvoří ústavně stanovená pravidla,<sup>8</sup> především základní pravidla demokracie, dělby moci a ochrany základních práv. Některá z nich nejsou změnitelná vůbec,<sup>9</sup> většina z nich pak není změnitelná běžnou většinovou procedurou. Ústava tedy v jistém smyslu ohraničuje oblast, v níž rozhodují politické orgány (parlament, vláda, případně prezident republiky).

Otázky, které politické orgány řeší, tak budou v této práci označovány jako *politické otázky*.<sup>10</sup> Vyznačují se mj. tím, že jejich předmětem je vyvážení zájmů jednotlivých společenských skupin a různé politické ideologie na ně dávají odlišné odpovědi.<sup>11</sup> V politických

<sup>7</sup> Viz HOLLÄNDER, Pavel. Kolaps „soudcovského státu“: Běží odpočítávání? op.cit.

<sup>8</sup> Resp. pravidla a principy či hodnoty, viz níže.

<sup>9</sup> Viz čl. 9 odst. 2 Ústavy a slavný nálezk Pl. ÚS 27/09 („kauza Melčák“).

<sup>10</sup> *Toto vymezení pojmu politické otázky je záměrně širší, než jak je většinou vnímán v rámci tzv. doktríny politické otázky, podle které by soudy výsostně politické otázky neměly vůbec věcně rozhodovat. K této doktríně i jejím problémům viz např. REDISH, Martin H. Judicial Review and the Political Question. Northwestern University Law Review, 1984, vol. 79, s. 1031 an. Mně se jedná spíše o to, že mnohé problémy, které soudy vyřeší musí (zákaz odepření spravedlnosti), mají nevyhnutelně politický charakter ve vymezeném širokém slova smyslu. Bohužel zde ovšem nenabídnu žádnou přesnou definici politiky, neboť to by byl problém zdaleka přesahující rozsah této práce. O složitosti vytvoření takové definice svědčí i počet pokusů, který již podnikli politologové. Viz ADAMOVIČ, Karolína, KRÍŽKOVSKÝ, Ladislav. Základy politologie. 2. doplněné vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 1-10.*

<sup>11</sup> *Tamtéž.*

otázkách se tedy střetávají ideologické hodnoty a v politických orgánech jsou prostřednictvím vyjednávání a většinového hlasování hledána řešení těchto střetů.

V rámci soudního přezkumu ústavnosti je ústavním soudům<sup>12</sup> svěřena pravomoc přezkoumávat, zda je řešení *politických otázek*, zvolené politickými orgány, ústavně dovolené a zda bylo přijato ústavně dovoleným způsobem. Soudy by tak – teoreticky – měly činit bez ohledu na to, zda toto zvolené řešení považují za dobré.

Soudní přezkum ústavnosti se celosvětově rozšiřuje, a to jak kvantitativně, tak kvalitativně – ústavní soudy v jeho rámci přezkoumávají čím dál více politických otázek a vůli zákonodárce zřejmě ponechávají čím dál menší prostor.<sup>13</sup> To je nejvýraznější součástí širšího jevu, o němž se hovoří jako o *judicializaci politiky*. Jeho obsahem je obecně „rozšiřování domény soudů či soudců na úkor politiků a/nebo úředníků, tedy přesun rozhodovacích pravomocí od zákonodárce, vlády či státní správy na soudy“ (a případně též „šíření soudních metod rozhodování mimo oblast soudní moci“).<sup>14</sup> Přitom k tomuto přesunu rozhodování od politických orgánů na soudy dochází, jsou-li zároveň dány určité systémové předpoklady, jako demokratické uspořádání, dělba moci či akceptace potřeby chránit základní práva, a zároveň k němu existuje určitá ochota na obou dotčených stranách (u politických orgánů i soudů).<sup>15</sup> Na straně politických orgánů si můžeme v kontextu soudního přezkumu ústavnosti všimnout toho, že jednak dochází k ústavnímu zakotvení řešení některých otázek, které byly kdysi považovány za politické (kupříkladu se dnes těžko můžeme politicky pít o to, zda smí být jakýkoliv zákon rasově diskriminující), jednak se příslušníci politických orgánů (typicky opozice) na soud často obrací s podněty k přezkumu zákonů. Na straně soudců pak může postupu judicializace politiky výrazně dopomoci tzv. „soudcovský aktivismus“, který se projevuje jako ochota do politiky zasahovat i tam, kde takové řešení neplyne z textu ústavy jednoznačně. Ten je ostatně částečně legitimován jednak vnímáním soudů jako ochránců ústavních práv, jednak současnou vysokou důvěrou občanů v soudy ve srovnání s politickými

<sup>12</sup> Či *obdobným institucím jako je Ústavní rada ve Francii. Většina z toho, co bude řečeno o ústavních soudech, se v jisté míře vztahuje i např. na Nejvyšší soud USA, který není zvláštní institucí ochrany ústavnosti, ale též vykonává constitutionální review.*

<sup>13</sup> Viz TATE, C. Neal, VALLINDER, Torrnbjörn (eds). The Global Expansion of Judicial Power, *op.cit.*

<sup>14</sup> VALLINDER, Torrnbjörn. *When the Courts Go Marching In.* In TATE, C. Neal, VALLINDER, Torrnbjörn (eds). The Global Expansion of Judicial Power, *op.cit.*, s. 13 an. *Obdobnou definici přebírá též D. Kosař – viz KOSAŘ, David. Kritika soudců: Mýty a polopravdy, op.cit.*

<sup>15</sup> Viz TATE, C. Neal. *Why the Expansion of Judicial Power?* In TATE, C. Neal, VALLINDER, Torrnbjörn (eds). The Global Expansion of Judicial Power, *op.cit.*, s. 27 an.

orgány.<sup>16</sup> Ačkoliv je ale postup judicializace politiky pozorován především ve druhé polovině 20. století, rozhodně nepovažujeme fakt, že se politické otázky dostávají před soudy, za nějaké absolutní novum posledních desetiletí. Již Tocqueville psal o politickém prostředí USA, že „*neexistuje takřka politická událost, při níž by se někdo nedovolával autority soudce*“.<sup>17</sup>

Rozhodnutí ústavního soudu (a často i soudů jiných) tak mají dopady do politické sféry. Zároveň je výsledkem těchto rozhodnutí nutně určitá „*alokace společenských hodnot*“,<sup>18</sup> podobně jako u rozhodnutí politických orgánů. V tomto smyslu je tak soud nutně *politickým aktérem*. Jinou otázkou ale je, zda na soudce jako na politické aktéry máme hledět i co se týče *způsobu*, jakým ke svým rozhodnutím docházejí.

## I.2 Neurčitost ústavy

Ústavní soud je orgánem, který může učinit rozhodnutí, kterým se ruší zákon přijatý demokratickou procedurou. Abychom takovéto rozhodnutí vnímali jako legitimní, musíme věřit, že je založené na ústavě a že jej učinili nezávislí soudci. Naplňování těchto předpokladů ale není samozřejmostí.

### I.2.1 Vázanost ústavou a složité případy

Zatímco v počátcích moderního práva na přelomu 18. a 19. století se na právo hledělo jako na logický systém a na soudce, slovy klasika, jako na „slepá ústa zákona“,<sup>19</sup> dnes již z těchto předpokladů vycházet nemůžeme. Je otázkou, nakolik byla tato představa soudce od počátku iluzorní, jisté však je, že nejpozději koncem 19. století začala být výrazně narušována. V Evropě v této době Jhering zesměšňuje představu práva jako stroje na jednoznačné odpovědi,<sup>20</sup> o něco později píše H. Kanto-

<sup>16</sup> V českém kontextu např. agentura STEM v posledním průzkumu v září 2012 konstatovala přibližně 60 % důvěru v nejvyšší soudní instituce, zatímco Parlament ani vláda ve stejném měsíci nedosahovaly ani poloviční důvěry (Senát měl důvěru 28 % občanů, Poslanecká sněmovna 24 % a vláda dokonce pouhých 17 %). Výsledky dostupné online na <http://www.stem.cz/clanek/2570> a <http://www.stem.cz/clanek/2578> ↵. Zobrazeno 4. 4. 2013.

<sup>17</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *Demokracie v Americe.* Praha: Academia, 2000, s. 74.

<sup>18</sup> VOLCANSEK, Mary L. 'Appointing Judges the European Way'. *Fordham Urban Law Journal*, 2007, vol. 34, 363-385.

<sup>19</sup> Zmíněným klasikem je samozřejmě Ch. L. Montesquieu, který tvrdil, že soudci jsou „ústa, která citují text zákona, lidé bez vůle, kteří nemohou zmírnit jeho moc ani přísnost.“ Viz MONTESQUIEU, Charles. *O Duchu zákonů.* Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1947, s. 198.

<sup>20</sup> VON JHERING, Rudolf. *In the Heaven for Legal Concepts: A Fantasy;* Temple Law Quarterly 1985, vol. 58, s. 799. Originálně publikováno v němčině jako *Im juristischen Begriffs-*

rowicz o volném právu, tedy všem, co tvoří právo a přitom není uvězněno mezi paragrafy.<sup>21</sup> Podobně ve Spojených státech napadá slavný soudce O. W. Holmes „obvyklý omyl“, že právo je možné odvodit z logiky.<sup>22</sup>

Během 20. století se rozvíjí ochrana základních práv a s ní související teorie právních principů.<sup>23</sup> Postupně je v Evropě mezi soudci upuštěno od tzv. ideologie vázané aplikace práva.<sup>24</sup> Ačkoliv je otázkou, nakolik je to posun metodologický a nakolik rétorický, je nepochybné, že soudci si dnes uvědomují, že nalézání práva je z jejich strany nevyhnutelně doplněno jeho dotvářením,<sup>25</sup> což ostatně můžeme pozorovat i na podobě odůvodnění soudních rozhodnutí.<sup>26</sup> Jejich běžnou součástí se stává široké spektrum argumentů, které reflektují fakt, že samotná slova zákona jim nedávají jednoznačné odpovědi na všechny otázky, které mohou při aplikaci práva v konkrétních případech vzniknout.<sup>27</sup> Přirozeným důsledkem tohoto vývoje je, že začíná záležet nejen na

---

*himmel. Ein Phantastiebild. In Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig: Breitkopf & Hartel, 1884.*

<sup>21</sup> Viz SOBEK, Tomáš. Právní myšlení. Kritika moralismu. Praha – Plzeň: Ústav státu a práva AV ČR a Aleš Čeněk, 2011, s. 292.

<sup>22</sup> Viz: HOLMES, Oliver W. Jr. *The Path of Law. Přetištěno v: O'BRIEN, David O. (ed). Judges on Judging. Views from the Bench. Third edition. Washington D. C.: CQ Press, 2009, s. 141. Původně vyšlo v Harvard Law Review, 1897, vol. 10, s. 457 an. Podle Holmese si tehdejší právníci vůbec neuvědomovali, jak velká část práva je otevřená změně výkladu při změně společenských poměrů. Domnívám se, že v oblasti ústavního práva, které se v této práci budeme věnovat, to platí dvojnásob.*

<sup>23</sup> Viz DWORKIN, Ronald. Když se práva berou vážně. Praha: Oikoymenth, 2001, s. 71 an. a ALEXEY, Robert. A Theory of Constitutional Rights. New York: Oxford University Press, 2004, s. 44 an.

<sup>24</sup> KÜHN, Zdeněk. *Jusnaturalismus vs. Juspozitivismus? Prvních deset let Ústavního soudu a proměna soudcovské ideologie aplikace práva, op.cit.*

<sup>25</sup> Viz např. MELZER, Filip. Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace. 2. doplněné vydání, Praha: C. H. Beck, 2011, s. 211 an.

<sup>26</sup> Jako protipříklad, který na první pohled drží kontinentální tradici „úst zákona“, se někdy uvádějí francouzské soudy. I ty si však fakt, že jejich činnost není ryze mechanická, dávno uvědomují, jak přesvědčivě ukazuje M. Lasser. Viz LASSER, Mitchel. *Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court.* Jean Monnet Working Paper 2003, vol 1. Dostupné online na <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/03/030101.html>, zobrazeno 15. 3. 2013.

<sup>27</sup> Viz KÜHN, Zdeněk. *Formalistické a neformalistické strategie střeoevropské justice po roce 1989.* In TICHÝ, Luboš, HOLLÄNDER, Pavel, BRUNS, Alexander (eds). *Odůvodnění soudního rozhodnutí.* Praha: Centrum právní komparatistiky PFUK v Praze, 2011, s. 435.

tom, co se jakými slovy píše v právních předpisech, ale i na tom, kdo je a co si myslí soudce.<sup>28</sup>

Přitom o výkladu ústavních předpisů a o ústavních soudcích platí, co bylo řečeno, ještě výrazněji. Neurčité pojmy používané ústavami, jako je „rovnost“, „svoboda“ či „právní stát“, prostě neumožňují pouhý jednoduchý textualistický výklad. Ústava vedle toho, že obsahuje některé právní normy, také zakotvuje určité principy či hodnoty a ústavní soud řeší jejich vzájemné střetávání a vyvažování.<sup>29</sup> R. Dworkin to nazývá rovnou tak, že Ústava *nevyhnutelně* vyžaduje morální čtení.<sup>30</sup> Vazba rozhodování ústavního soudu na text ústavy je tak přirozené v některých případech poněkud volná.

Než ale začneme podléhat skepsi ohledně právní jistoty zejména v oblasti ústavního práva, měli bychom učinit důležité rozlišení mezi *jednoduchými a složitými případy*. Většina případů, které ústavní soudy řeší, jsou přes všechno řečené „easy cases“, v nichž ze samotného textu ústavy plyne v zásadě jednoznačné řešení. V druhé části práce si ještě povšimneme toho, že ve většině případů v oblasti *constitutional review* je rozhodování našeho ÚS jednomyslné. Projevem judicializace politiky je i to, že mnohé politické otázky mají toto jednoznačně zakotvené ústavní řešení, ačkoliv ho dříve neměly. To lze samozřejmě kritizovat z toho pohledu, že ústavou je bráněno společenskému rozvoji. Typická kritika, směřující k „politickému rozhodování nikým nevolených soudců“ by ale v těchto případech mířila vedle i přesto, že toto rozhodování samozřejmě též má politické dopady.

Druhou a problematičtější skupinu případů tvoří „hard-cases“, v nichž není jednoznačné, zda k nějakému porušení ústavy došlo. Před soudy se dostávají otázky týkající se např. potratů,<sup>31</sup> antikoncepce,<sup>32</sup> nerovnosti v důchodovém systému<sup>33</sup> či poplatků za poskytování zdravotnických služeb.<sup>34</sup> Text ústavy v těchto případech nedává jasné odpovědi a soudci se nevyhnutelně ve svém rozhodování musejí opírat o zdroje, které jsou formálně vnímanému právu vzdálenější. Mezi problematické složité případy budou patřit i ty, kde by z pouhého

<sup>28</sup> *Ze stejného důvodu vyzývá k pozornosti k tomu, kdo jsou soudci R. Dworkin. Viz DWORKIN, Ronald. Freedom's Law. The Moral Readings of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 1996, s. 263.*

<sup>29</sup> „A hranice citlivosti [na tyto hodnoty] je u každého člověka – soudce nevyjímaje – nastavena rozdílně,“ *dodává k tomu předseda českého ÚS Pavel Rychetský v knižním rozhovoru Diskrétní zóna. Viz NĚMEČEK, Tomáš. Pavel Rychetský. Diskrétní zóna. Praha: Vyšehrad, spol. s r.o., 2011, s. 218.*

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Readings of the American Constitution, op.cit., s. 3.*

<sup>31</sup> *Rozhodnutí NS USA v případě Roe v. Wade – 410 U.S. 113 (1973).*

<sup>32</sup> *NS USA, případ Griswold v. Connecticut – 381 U.S. 479 (1965).*

<sup>33</sup> *Nález Pl. ÚS 8/07.*

<sup>34</sup> *Nález Pl. ÚS 1/08-1.*

textu nějaké řešení vyplývalo, ale někteří soudci by jej považovali za tak *špatné*, že by pro něj ani tak nehlasovali a preferovali jiné řešení opřené o širší argumentaci.<sup>35</sup> Právě případy, kdy ústavní soud nakonec rozhodne o zrušení zákona, jehož protiústavnost nebyla zjevná na první pohled, tvoří prostor pro debatu o „soudcovském aktivismu.“ Zároveň právě (a pouze) v těchto případech jsou to soudci, kdo má na judicializaci politiky svůj podíl. I zde sice budou jejich výsledná rozhodnutí postavena jako pouhá konstatování o tom, zda zákonodárce porušil ústavu, nicméně takovéto „konstatování“ v sobě nese významný prvek aktivního rozhodování. Předseda Nejvyššího soudu USA C. E. Hughes to kdysi shrnul větou: „*jsme vázáni ústavou. Ale Ústava je to, co za Ústavu označí soudci.*“<sup>36</sup>

Přidáme-li k tomu fakt, že ústavní soud je v zásadě poslední instancí a minimálně z faktického hlediska ho tedy nic nenutí ani k tomu, cítit se vázán něčí judikaturou,<sup>37</sup> je zjevné, že ústavní soudci se dávně představě úst zákona vskutku nepodobají. Tím však, mají-li si zachovat shora zmíněnou legitimitu, vzrůstá důležitost požadavku jejich nezávislosti.

### 1.2.2 Hodnoty, neutralita a nezávislost

Fakt, že ústavy zakotvují určité, ve své podstatě *morální* hodnoty, se v judikatuře českého Ústavního soudu odráží v podobě tvrzení, že Ústava není *hodnotově neutrální*.<sup>38</sup> Na druhé straně však podle něj je Ústava relativně *politicky neutrálním* dokumentem.<sup>39</sup> To vyjadřuje myšlenku, že s výhradou základních ústavně vyjádřených hodnot uznává demokratický liberální stát fakt *morální neshody*<sup>40</sup> mezi svými občany. Rozhodo-

vání o tom, co je dobré, náleží zásadně jednotlivci a stát prosazuje jen to, na čem se občané většinově (skrže demokratickou proceduru) shodli.<sup>41</sup> Ty hodnoty, které nejsou ústavou vnímány jako dané, jsou tedy předmětem *politického* střetávání. Tím se každý ústavní soud, vzdalující se od textu ústavy, přirozeně dostává do podezření, že to, co soudci prosazují, již nejsou ústavní hodnoty, nýbrž jejich osobní morální – a v důsledku tedy politické – názory. Otázka, kde končí hodnoty, které bychom měli vnímat jako ústavně dané, a začínají hodnoty politické, je samozřejmě otevřená. Z toho pramení věčná debata, v níž zastánci soudcovského sebeomezení zarputile odrazují soudce od úvah o spravedlnosti a jiných hodnotách, odtržených od textu ústavy,<sup>42</sup> zatímco zastánci opačného přístupu zdůrazňují, že ani ústavodárce nemohl myslet na všechno, a své odporce stejně zarputile obviňují z morálního relativismu.<sup>43</sup>

Požadavek soudcovské nezávislosti je spojen s požadavkem jejich nepředpojatosti a politické neutrality. Nemá smysl doufat, že by tato neutralita byla absolutní. Na druhou stranu z hlediska legitimacy soudu by – minimálně podle kontinentálního vnímání role soudce – bylo problematické, pokud by ve všech složitých případech způsob rozhodování soudu byl obdobný jako způsob, jakým docházejí k rozhodnutí politické orgány. Domnívám se, že by se to projevilo mj. tím, že by hlasování soudců ve složitých případech bylo, odhlédneme-li od jeho odůvodnění, obdobné, jako hlasování v parlamentu. Soudce by bylo možné rozdělit podle toho, k jaké ideologii se hlásí a na základě toho by se také na soudě vytvářely zřetelné hlasovací koalice.<sup>44</sup> Právě tuto skeptickou hypotézu budeme testovat v dru-

*DER, Pavel et al. Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy. Praha: SLON, 2011, s. 44 an.*

<sup>41</sup> *To vyplývá i z čl. 4 odst. 1 Listiny: „Povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod.“*

<sup>42</sup> *Projevem tohoto názoru je typický kritika toho, že soudci přepisují ústavu a dosazují do ní své politické názory. Typickým zastáncem tohoto názoru je R. Bork, který ostře kritizuje Nejvyšší soud USA. Viz BORK, Robert, H. Amerika v pokušení. Praha: Victoria Publishing, 1993.*

<sup>43</sup> *Příkladem této debaty může být pěkná polemika na toto téma mezi americkými soudci, sestávající z textů: REHNQUIST, William H. A Notion of a Living Constitution. In BRIAN, David O. (ed). Judges on Judging: Views from the Bench, op.cit., s. 163 an. a JUSTICE, William W. A Relativistic Constitution. Tamtéž, s. 174 an. K tématu se zajímavě vyjadřuje též R. Dworkin, který pro změnu kritizuje „morální skepticismus“. Viz DWORKIN, Ronald. Law's Empire, London: 2002, Fontana Press, s. 78 an. Relativismus naopak obhajuje např. T. Sobek – viz SOBEK, Tomáš. Právní myšlení, op.cit., s. 67 an.*

<sup>44</sup> *Vyslovené problematickou variantou by pak bylo, pokud by výsledky soudního rozhodování měly být předmětem politického vyjednávání. Pak by bylo narušení soudcovské nezávislosti zřejmé a nehovořili bychom o judicializaci politiky, ale o politizaci justice. Viz KYSELA, Jan. Kdopak by se soudcovského státu bál? op.cit.*

<sup>35</sup> *Otázku, zda je takový postup ještě aplikací práva zde rozvíjet nebudeme. Vnímání práva jako širšího systému, než pouze systému norem to umožňuje. Zajímavě naopak důvody, proč by soudce právě v těchto případech měl rozhodnout způsobem, který se mu osobně docela nelíbí, shrnuje například F. Schauer. Viz např. SCHAUER, Frederick. Formalism. Yale Law Journal, 1988, vol. 97, s. 509–548.*

<sup>36</sup> *„We are under a Constitution. But the Constitution is, what the judges say it is.“ Citováno podle: BRIAN, David, O. Part III. The judiciary and the Constitution. In: BRIAN, David O. (ed). Judges on Judging: Views from the Bench, op.cit., s. 133 an.*

<sup>37</sup> *Realita je samozřejmě ještě o něco složitější, neboť by v našem kontextu bylo možné brát v potaz též existenci Evropského soudu pro lidská práva a Soudního dvora EU. Vztah ÚS k nim je ale tak problematické téma, že se do jeho rozboru nebudu pouštět.*

<sup>38</sup> *Nález Pl. ÚS 19/93.*

<sup>39</sup> *Nález Pl. ÚS 39/01. Základem je čl. 2 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, který říká: „Stát je založen na demokratických hodnotách a nesmí se vázat ani na výlučnou ideologii, ani na náboženské vyznání.“*

<sup>40</sup> *Viz SOBEK, Tomáš. Právní myšlení. Kritika moralismu, op.cit., s. 44 an. či PŘIBÁŇ, Jiří. O dobru a spravedlnosti – odpověď Pavlu Holländerovi. In PŘIBÁŇ, Jiří, HOLLÄN-*

hé části práce. Naopak je-li podmínka neutrality v rozumné míře splněna, jsme snáze schopni akceptovat, že ústavní soudy do politiky někdy zasáhnou i v případech, které jsou z hlediska a ústavního práva případy složitými. Ostatně to, že je případ složitý, ještě samo o sobě neznamená, že soudci v něm své subjektivní názory opravdu prosazují. M. Graber, americký autor kritizující přílišné přeceňování politologického pohledu na soudní rozhodování, k tomu celkem vhodně poznamenal: „[T]o, že se lékaři v obtížných případech neshodnou, jak pacienta léčit, neznamená, že medicína je subjektivní.“<sup>45</sup>

### I.3 Podle čeho soudci rozhodují?

#### I.3.1 Politologický pohled

Na soudní rozhodování se lze dívat z různých úhlů pohledu.<sup>46</sup> Kontinentálnímu právnímu myšlení je vlastní hledět na něj primárně jako na aplikaci práva, což odpovídá představě práva jako v zásadě uceleného systému norem, předepisujících soudní rozhodnutí. Ve chvíli, kdy vnímáme existenci mezer v zákoně, nemožnost vytvoření všemi sdílené metodologie interpretace práva (či minimálně dosavadní bezúspěšnost snahy o něj) a kdy si všímáme prvků právního řádu, jako jsou právní principy, uvědomujeme si, že soudní rozhodnutí formálním právem ve všech případech předepsána nejsou. V tu chvíli samozřejmě vzniká již výše zmíněná otázka, jaké faktory vlastně soudní rozhodování ovlivňují. Může tak být inspirativní všimnout si způsobu, jakým na soudce hledí v zámoří. V systému *common law* bylo postavení soudce vždy odlišné, nicméně i tak bylo v jistém smyslu revoluční slavné prohlášení již citovaného amerického soudce O. W. Holmes o tom, že „*právo není nic víc než předpovědi o tom, co ve skutečnosti udělají soudy.*“<sup>47</sup> Pro kontinentálního právníka takový přístup působí jako tak trochu převrácený naruby. Ptáme-li se však, co soudce ovlivňuje, může pro nás být pohled do oblasti, kde si tuto otázku pokládají již delší dobu, poměrně zajímavý.

Typické je, že v USA jsou soudy předmětem dlouhodobého zájmu politologů. V 80. letech politolog M. Shapiro poměrně přesvědčivě ukázal, že pohled na

soudy jako na nezávislé orgány rozhodující podle práva není rozhodně jediným možným, když jejich činnost analyzoval v širších společenských, politických a historických souvislostech, a ukázal je spíše jako orgány rozhodování sporů a nástroje společenského donucení.<sup>48</sup> V návaznosti na to je politologům vlastní vnímat soudy spíše jako politické orgány, jejichž rozhodování ovšem vykazuje některé charakteristické rysy jako je (přeci jen) jistá svázanost právem, rozhodování v konkrétních případech a absence jejich možnosti vymoci svá rozhodnutí silou<sup>49</sup> (neboť nedisponují „*měšcem, ani mečem*“, protože jsou nejméně nebezpečnou složkou moci, jak ostatně psal už A. Hamilton.<sup>50</sup> To jim zřejmě spolu s přirozenou autoritou, jakou tamní soudci požívají, dodává legitimitu, kterou by u nás „*politici v talárech*“ přeci jen postrádali).

J. Gibson – další politolog – kupříkladu vidí soudní rozhodnutí tak, že „*závisí na tom, co soudci chtějí udělat, přizpůsobeném však tomu, o čem si myslí, že by udělat měli, a svázaném tím, co považují za proveditelné.*“<sup>51</sup> První z těchto tří složek – *to, co by soudci chtěli udělat* – tvoří *postoj* soudce k předmětu případu, který má před sebou. Zkoumání jeho vlivu na výsledné rozhodnutí případu se věnuje tzv. *postojový model*.<sup>52</sup> V případě soudního přezkumu ústavnosti, na který se v této práci zaměřujeme a v němž jde o zrušení či nezrušení zákona,<sup>53</sup> je tento postoj přirozeně v zásadě postojem politickým. Proto, ptáme-li se v rámci této práce opakovaně po tom, zda politický postoj soudců Ústavního soudu ovlivňuje jejich rozhodování, měli bychom se právě na postojový model zaměřit.

Přezkum ústavnosti náleží v USA v poslední instanci Nejvyššímu soudu. Jemu se také zkoumání v rámci postojového modelu často věnuje. Tento model

<sup>48</sup> Viz SHAPIRO, Martin. *Courts. Chicago: University of Chicago Press, 1981. Chapter 1: The Prototype of Courts, s. 1–64.*

<sup>49</sup> Viz MCGUIRE, Kevin T. *The Judicial Process and Public Policy. In BINDER, R. A. W., RHODES, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. (eds). The Oxford Handbook of Political Institutions. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 535 an.*

<sup>50</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist No. 78. The Judiciary Department. Dostupné online na <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, zobrazeno 4. 4. 2013.

<sup>51</sup> *Věta je pěknější v originále: „judges decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do.“* GIBSON, James L. *Judicial Institutions. In BINDER, R. A. W., RHODES, Sarah A., ROCKMAN, Bert A. (eds). The Oxford Handbook of Political Institutions, op.cit., s. 514 an.*

<sup>52</sup> *V anglicky psané literatuře tedy attitudinal model. I v českých pracích je na něj někdy odkazováno pod tímto původním názvem. Viz ONDŘEJKOVÁ, Jana. Modely analýzy rozhodovací činnosti soudů na příkladu kauzy tzv. slovenských důchodů, op.cit.*

<sup>53</sup> *To, že v USA se nehovoří o zrušení, ale o deklaraci neaplikovatelnosti, pro nás není v tuto chvíli rozhodující.*

<sup>45</sup> GRABER, Mark A. *Constitutional Law and American Politics. In WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, Daniel R., CALDERA, Gregory A. (eds) The Oxford Handbook of Law and Politics. New York: Oxford University Press, 2009, s. 300 an.*

<sup>46</sup> *Přehledný výklad o nich podává článek: ONDŘEJKOVÁ, Jana. Modely analýzy rozhodovací činnosti soudů na příkladu kauzy tzv. slovenských důchodů. In KYSELA, Jan, ONDŘEJKOVÁ, Jana a kolektiv. Jak se píše o soudech a soudcích: soudní moc v mezioborové perspektivě. Praha: Leges, 2012, s. 55 an.*

<sup>47</sup> HOLMES, Oliver W. Jr. *The Path of Law, op.cit.*

je teorií soudního rozhodování, která jednoduše předpokládá, že soudci NS v rozhodování hlasují podle svého ideologického přesvědčení. Konzervativní soudci pro konzervativní řešení případů a liberální soudci pro liberální řešení.<sup>54</sup> Měli bychom „vytknout před závorku“ fakt, že rozhodování NS USA o ústavnosti zákonů vykazuje podstatné odlišnosti oproti českému modelu. Vedle odlišností samotného systému práva zmiňme zejména absenci tzv. abstraktního přezkumu ústavnosti<sup>55</sup> a existenci institutu *certiorari*. NS USA tedy přezkoumává ústavnost zákonů výhradně v kontextu konkrétních případů, avšak případy, o kterých bude rozhodovat, si vybírá.<sup>56</sup> Svou roli ostatně může hrát i to, že Ústava USA je, jednoduše řečeno, mnohem (o více než 200 let) *starší* než Ústava ČR, a přísně se držet jejího textu nebo záměrů jejích autorů tak přeci jen činí větší potíže. Výsledky zkoumání vlivu politického postoje soudců na výsledná rozhodnutí tedy nejsou do českého kontextu jednoduše přenositelné. I přes všechno řečené však platí, že rozhodnutí NS USA jsou podobně jako rozhodnutí ÚS ČR rozhodnutími *s právním* odůvodněním, a proto i u nich by bylo minimálně na první pohled očekávatelné, že postojový model se ukáže být neúspěšným – pokud by totiž měl být schopný plně předpovídat hlasování soudců, znamenalo by to, že v USA neexistuje prakticky rozdíl mezi způsobem, jakým se rozhodují soudci a jakým se rozhodují zákonodárci a ona právní odůvodnění mají tuto skutečnost jen zakrývat.

### 1.3.2 Postojový model

Přestože takto výrazného úspěchu se postojovému modelu dosáhnout nepodařilo, výsledky politologického zkoumání hlasování NS jsou pro právní vědu vskutku překvapivé. J. Segal a A. Cover provedli známý výzkum, v němž na základě editorialů ve velkých denících zjišťovali pravděpodobnou politickou (konzervativní/liberální) orientaci všech soudců, kteří seděli na NS USA mezi lety 1953 a 1988. Následně porovnali zjištěné výsledky s jejich hlasováním na soudě (kde výsledky hlasování též jednoduše dělili na konzervativní a liberální). U většiny soudců se podařilo prokázat vel-

<sup>54</sup> GIBSON, James L. *Judicial Institutions*. *op.cit.*

<sup>55</sup> GROSSMAN, Joel B., EPP, Charles R. *Agenda Formation on the Policy Active U.S. Supreme Court*. In ROGOWSKI, Ralf, GAWRON, Thomas (eds). *Constitutional Courts in Comparison. The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. New York/Oxford: Berghahn Books, 2002, s. 103 an.

<sup>56</sup> NS USA ve výsledku meritorně rozhoduje jen v přibližně 1 % případů, které se k němu dostanou. Viz THOMPSON, David C., WACHTELL, Melanie F. *An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and the Call for the Views of the Solicitor General*. *George Mason Law Review*, 2008–2009, vol. 16, s. 237 an.

mi zřetelnou korelaci mezi jejich názory a hlasováním.<sup>57</sup>

Velmi známým výzkumem na tomto poli, provedeným jiným autorským týmem, byla „soutěž“ v předpovídání výsledků rozhodování NS za rok 2002 mezi právníky a statistiky. Autoři prozkoumali všechna minulá hlasování NS ve složení, jaké měl v roce 2002, podle šesti statistických kritérií (např. zda je napadené rozhodnutí nižšího soudu konzervativní nebo liberální, či zda je navrhovatel občanem USA). Poté pro každého soudce pouze podle těchto šesti kritérií předvíдали na základě jednoduchého vzorce jeho hlasování ve všech případech v roce 2002 a na základě toho i výsledné rozhodnutí NS. Zároveň u každého případu požádali několik právních odborníků, aby se (podle jakýchkoliv kritérií) pokusili odhadnout, jak NS nakonec rozhodne. Zatímco statistická metoda byla úspěšná v 75 % případů, právníci dokázali správně předpovědět jen 59 % rozhodnutí (což samo o sobě svědčí o tom, že rozhodnutí NS jsou značně *právně* nepředvídatelná).<sup>58</sup>

V případě NS USA je tak pravděpodobně namístě hovořit o značném vlivu jejich politického názoru na jejich hlasování. Přitom nelze prokázat ani žádný výrazný rozdíl v míře tohoto vlivu mezi předběžným a konečným hlasováním na NS. Ani to, že proběhne právní diskurs mezi soudci a stranami sporu a soudci vzájemně, tedy nepřinášší do rozhodování více práva na úkor politické ideologie.<sup>59</sup>

Spornou a zajímavou otázkou zůstává, zda existuje nějaká spojitost mezi politickou orientací soudce a mírou jeho aktivismu. Aktivismus se typicky projevuje větším odklonem od formálních pramenů práva a vysokou ochotou rušit zákony. Konzervativci včetně konzervativních soudců minimálně na rétorické rovině často vyzývají k tomu, aby bylo zákonodárci ponecháno více prostoru k jeho úvaze a soudci se přísněji drželi toho, co bylo slovy Ústavy původně míněno.<sup>60</sup> Také ve výše citovaném výzkumu se statistikům dařilo předvídat rozhodování konzervativních soudců hůře než právníkům, zatímco u liberálních soudců byl výsledek opačný

<sup>57</sup> SEGAL, Jeffrey A., COVER, Albert D. *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*. *The American Political Science Review*, Jun. 1989, vol. 83, no. 2, s. 557–565. Výsledkem byla zjištěná 80% korelace.

<sup>58</sup> MARTIN, Andrew D., QUINN, Kevin M., RUGER, Theodore W., KIM, Pauline T. *Competing Approaches to Predicting Supreme Court Decision Making*. *Perspectives on Politics*, Dec. 2004, Vol. 2, No. 4. Dostupné online na <https://2048.berkeley.edu/files/pop04.pdf>, zobrazeno 4. 4. 2013.

<sup>59</sup> BRENNER, Saul, ARRINGTON, Theodore S. *Comparing the Conference Vote with the Final Vote with the Segal-Cover Scores*. *Jurimetrics*, 2000–2001, vol. 41, s. 505 an.

<sup>60</sup> Na právně-teoretické úrovni pak tento požadavek odráží tzv. originalismus. Viz např. BORK, Robert. *Amerika v pokušení*, *op. cit.*, či SCALIA, Antonin. *Originalism. The Lesser Evil*. *Cincinnati Law Review*, 1988–1989, vol. 57, s. 849 an.

– což by naznačovalo užší vztah konzervativní soudcům k čistě právním argumentům. Na druhou stranu výrazné prosazování ideologie *laissez-faire* ze strany NS v období New Dealu se typicky uvádí jako příklad konzervativního aktivismu<sup>61</sup> a též pro nedávné období, kdy byl předsedou NS W. Rehnquist, se podařilo prokázat vyšší ochotu konzervativních soudců k rušení zákonů.<sup>62</sup>

Poměrně vysoká relevance politologického přístupu k soudnímu rozhodování je do jisté míry limitována právě na Nejvyšší soud, u soudů nižších se výrazněji projevuje vázanost soudními precedenty.<sup>63</sup> Zároveň je tento přístup mnohdy kritizován jako zjednodušující a bez právní analýzy případů<sup>64</sup> tak jako tak nemožný.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> *Slavné rozhodnutí, které bývá pro takovýto „konzervativní aktivismus“ kritizováno, je rozhodnutí ve věci Lochner v. New York – 198 U.S. 45 (1906).*

<sup>62</sup> *Viz RINGHAND, Lori A., Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court. 2007. Scholarly Works. Paper 370. Dostupné online na: [http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/370](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/370). Zobrazeno 18. 3. 2013.*

<sup>63</sup> *SEGAL, Jeffrey A. Judicial Behavior. In WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, Daniel R., CALDERA, Gregory A. (eds). The Oxford Handbook of Law and Politics, op.cit., s. 19 an.*

<sup>64</sup> *Tuto analýzu politologům zjednodušuje existence široké „Spaethovy databáze“ soudních rozhodnutí ([\*court\*database.org/index.php\), v níž je shromážděno obrovské množství informací o jednotlivých rozhodnutích, včetně například zhodnocení rozhodnutí jako konzervativního či liberálního. Způsob, jakým je tohoto hodnocení dosaženo, je popsán v „codebooku“ dostupném na \[http://supremecourt.database.org/\\\_brickFiles/2012\\\_01/SCDB\\\_2012\\\_01\\\_codebook.pdf\]\(http://supremecourt.database.org/\_brickFiles/2012\_01/SCDB\_2012\_01\_codebook.pdf\) \(bod 36\).](http://supreme-</a></i></p>
</div>
<div data-bbox=)*

I přes existenci této kritiky a přes existenci zmíněných rozdílů mezi NS USA a ÚS ČR se v následující části práce pokusíme podívat „statistickými očima“ na rozhodovací činnost našich ústavních soudců v oblasti *constitutional review*, abychom zjistili, zda je možné i na něm alespoň uvažovat o existenci politicky motivovaného hlasování.

<sup>65</sup> *Viz SHAPIRO, Carolyn. Coding Complexity: Bringing Law to the Empirical Analysis of the Supreme Court. Hastings Law Journal, 2009, vol. 60, s. 477 an., či HO, Daniel E., QUINN, Kevin M. How Not to Lie with Judicial Votes: Misconceptions, Measurement, and Models. California Law Review, 2010, vol 98, s. 813.*